



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Vormen van subsidiariteit : een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht

Koops, E.

Citation

Koops, E. (2010, April 15). *Vormen van subsidiariteit : een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*. Meijers-reeks. Boom Juridische Uitgevers, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15224>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15224>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Vormen van subsidiariteit

Vormen van subsidiariteit

*Een historisch-comparatistische studie
naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand,
hypotheek en borgtocht*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 15 april 2010
klokke 13.45 uur

door

Egbert Koops

Geboren te Utrecht

in 1979

Promotiecommissie

Promotor: Prof. mr. W.J. Zwalve

Overige leden: Prof. mr. F. Brandsma (Rijksuniversiteit Groningen)
Prof. mr. A.G. Castermans
Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
Prof. dr. A.J.B. Sirks (Oxford University, U.K.)
Prof. mr. F.M.J. Verstijlen (Rijksuniversiteit Groningen)

Lay-out: AlphaZet prepress, Waddinxveen

© E. Koops / Boom Juridische uitgevers
ISBN 978 90 8974 259 9

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatien- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

‘Valde inhumanum est a nemine accipere,
sed passim vilissimum est et omnia avarissimum.’

– D. 1,16,6,3 (Ulpianus, *I off. procons.*)

Voor Carolien

Verkorte inhoudsopgave

Uitgebreide Inhoudsopgave	IX
Lijst van afkortingen	XVII
Woord vooraf	XXI
DEEL I – HET ROMEINSE RECHT	1
I.1. Inleiding	3
I.2. Borgtocht	6
I.3. Goederenrechtelijke zekerheidsrechten	34
I.4. De invoering van Novelle 4	60
DEEL II – HET GEMENE RECHT TUSSEN 1150 EN 1550	77
II.1. Inleiding: de receptie van Novelle 4,2	79
II.2. De volgorde van uitwinning uit Collatio 1,4	81
II.3. Het ‘exceptionele’ karakter van het voorrecht van uitwinning	90
II.4. ‘Derdenbezit’: toepassingsgebied van het voorrecht	101
II.5. De verhouding tussen Novelle 4,2 en Novelle 112,1	117
II.6. Besluit	125
DEEL III – HET ROOMS-HOLLANDSE EN ROOMS-FRIESE RECHT (1550-1800)	129
III.1. Inleiding	131
III.2. Conventionele hypotheke	133
III.3. Legale hypotheke	144
III.4. Het Rooms-Friese recht	151
DEEL IV – HET FRANSE RECHT (1250-1955)	159
IV.1. Het Franse recht tot aan de revolutie (1250-1789)	161
IV.2. Het ‘droit intermédiaire’ (1789-1804)	187
IV.3. Het Franse recht onder vigeur van de Code civil (1804-1955)	191
IV.4. Enige kritiek op het voorrecht van uitwinning	213

DEEL V – HET NEDERLANDSE RECHT ONDER HET OUDE BW (1798-1992)	221
V.1. Nederlandse ontwikkelingen	223
V.2. Het Nederlandse recht tot aan het ontwerp OBW (1798-1830)	225
V.3. Het ontwerp en de invoering van het oude BW (1830-1838)	234
V.4. Het voorrecht van uitwinning bij borgtocht (1798-1838)	243
V.5. Het Nederlandse recht onder het oude BW (1838-1992)	247
V.6. Een beoordeling van art. 1244 OBW	283
DEEL VI – HET NEDERLANDSE RECHT ONDER HET NIEUWE BW (VANAF 1992)	293
VI.1. Inleiding	295
VI.2. Het voorrecht van uitwinning bij pand en hypotheek: invoering	296
VI.3. Het voorrecht van uitwinning bij pand en hypotheek: toepassing	312
VI.4. Borgtocht: art. 7:855 BW	348
VORMEN VAN SUBSIDIARITEIT – SAMENVATTING	367
1. Inleiding en begripsbepaling	369
2. Korte geschiedenis van het voorrecht van uitwinning	371
3. Het voorrecht van uitwinning in het nieuwe BW	378
4. Slotopmerking	380
FORMEN DER SUBSIDIARITÄT – ZUSAMMENFASSUNG	383
1. Einleitung und Begriffserklärung	385
2. Kurzgeschichte des „beneficium excussionis“	387
3. Die Einrede der Vorausklage im neuen niederländischen BGB (BW)	395
4. Schlussbemerkung	397
Lijst van aangehaalde werken I	401
Lijst van aangehaalde werken II: ius commune	411
Bronnen- en wettenregister	415
Jurisprudentieregister	429
Curriculum vitae	435

Uitgebreide inhoudsopgave

Verkorte inhoudsopgave	VII
Lijst van afkortingen	XVII
Woord vooraf	XXI
DEEL I – HET ROMEINSE RECHT	1
I.1. Inleiding	3
I.2. Borgtocht	6
I.2.1. Inleiding en begripsbepaling	6
I.2.1.1. Accessoriëteit	7
I.2.1.2. Subsidiariteit	9
I.2.1.3. Regres, schuldsplitsing en subrogatie	10
I.2.2. Stipulatieborgtocht	12
I.2.2.1. Procesconsumptie (C. 8,40(41),28)	14
I.2.2.2. Keuzevrijheid en afstand daarvan (C. 8,40(41),5)	17
I.2.2.3. Zedelijke plichten (D. 47,10,19)	24
I.2.3. Mandaatborgtocht (C. 8,40(41),23)	26
I.2.4. Constitutum debiti alieni	28
I.2.5. Op borgtocht gelijkende aansprakelijkheden	29
I.2.5.1. Gemeentelijke magistraten (D. 50,1,13)	30
I.2.5.2. Gezamenlijke voogdij (C. 5,75,5)	31
I.2.5.3. Verschil met borgtocht	33
I.3. Goederenrechtelijke zekerheidsrechten	34
I.3.1. Inleiding: systeem van goederenrechtelijke zekerheidsrechten	34
I.3.2. Keuzevrijheid van de crediteur	37
I.3.2.1. Het ontbreken van procesconsumptie (C. 4,10,10 en D. 20,1,13,4)	39
I.3.2.2. Keuzevrijheid onder de schuldenaar (D. 20,5,8)	40
I.3.2.3. Zaaksgevolg (C. 8,27(28),12)	42
I.3.2.4. Keuzevrijheid onder derden (C. 8,13(14),14 en 15)	43
I.3.3. Ontwikkelingen in de keizertijd	45
I.3.3.1. Mededeling aan de schuldenaar (C. 8,13(14),10)	46
I.3.3.2. ‘Beneficium excussionis realis’ (C. 8,13(14),2)	48
I.3.3.3. Pandrecht ten titel van vonnis	50
I.3.3.4. Fiscale schulden (D. 49,14,47,pr.)	52

I.4.	De invoering van Novelle 4	60
I.4.1.	De inhoud van Novelle 4	60
I.4.1.1.	Subsidiare aansprakelijkheid van borgen (Nov. 4,1)	61
I.4.1.2.	Subsidiare aansprakelijkheid van derden- bezitters (Nov. 4,2)	65
I.4.2.	De samenhang met andere Novellen	67
I.4.2.1.	Uitzondering ten behoeve van bankiers (Nov. 136)	68
I.4.2.2.	Analogie met hoofdelijkheid (Nov. 99)	71
I.4.2.3.	Uitzondering: vervreemding tijdens procedure (Nov. 112,1)	72
DEEL II – HET GEMENE RECHT TUSSEN 1150 EN 1550		77
II.1.	Inleiding: de receptie van Novelle 4,2	79
II.2.	De volgorde van uitwinning uit Collatio 1,4	81
II.2.1.	Plaatsing van het voorrecht van uitwinning	81
II.2.2.	Reikwijdte van de uitwinning: executie onder de schuldenaar	82
II.2.3.	Collatio 1,4: volgorde van verhaalsaansprakelijke personen	87
II.3.	Het 'exceptionele' karakter van het voorrecht van uitwinning	90
II.3.1.	Afwezigheid van de hoofdschuldenaar	90
II.3.1.1.	Toepassing van de afwezigheidsregel op derden-bezitters	92
II.3.1.2.	Notoire insolventie van de schuldenaar	93
II.3.2.	Geen verplichting tot onmogelijke uitwinning	95
II.3.3.	Afstand van het voorrecht	96
II.3.4.	De 'possessoire condictie' (C. 7,32,12,pr.)	97
II.4.	'Derdenbezit': toepassingsgebied van het voorrecht	101
II.4.1.	Derden-verkrijgers	101
II.4.2.	Houders gelden niet als derden-bezitters	103
II.4.3.	Debiteuren blijven hun rang behouden	103
II.4.4.	Lager gerangschikte zekerheidsnemers (C. 8,13(14),2)	104
II.4.5.	Zekerheidsrechten op vorderingen	107
II.4.5.1.	Aard van de actie tegen de debiteur van een verpande vordering	108
II.4.5.2.	De 'actio utilis' als persoonlijke actie	109
II.4.5.3.	Samenhang met het pandrecht ten titel van vonnis	111
II.4.5.4.	De 'actio utilis' als zakelijke actie	112
II.4.5.5.	Belang van het onderscheid	114

II.5.	De verhouding tussen Novelle 4,2 en Novelle 112,1	117
II.5.1.	Novelle 112,1 derogeert aan Novelle 4,2	117
II.5.2.	Pogingen tot harmonisatie	119
II.5.2.1.	Door Novelle 112,1 is Novelle 4,2 afgeschaff	119
II.5.2.2.	Betrekking op de Actio Pauliana	120
II.5.2.3.	Derden die hun bezit ontlenen aan de debiteur	121
II.5.2.4.	Vervreemding tijdens een hypothecaire actie tegen de debiteur	122
II.5.2.5.	Vervreemding onder beding van aflossing	123
II.6.	Besluit	125
DEEL III – HET ROOMS-HOLLANDSE EN ROOMS-FRIESE RECHT (1550-1800)		129
III.1.	Inleiding	131
III.2.	Conventionele hypotheken	133
III.2.1.	Conventionele hypotheek op roerende zaken: geen zaaksgevolg	133
III.2.1.1.	Geen verkrijging in bezwaarde staat	134
III.2.1.2.	Bezitsbescherming voor de crediteur	135
III.2.2.	Conventionele hypotheek op onroerende zaken	136
III.2.2.1.	Conventionele generale hypotheek (1): geen zaaksgevolg	136
III.2.2.2.	Conventionele generale hypotheek (2): geen voorrecht	138
III.2.2.3.	Conventionele speciale hypotheek: zaaksgevolg, geen voorrecht	141
III.2.3.	Afwijkende regeling: Amsterdams octrooi	143
III.3.	Legale hypotheken	144
III.3.1.	Legale hypotheek op onroerende zaken: zaaksgevolg	144
III.3.2.	Analoge toepassing van de Politieke Ordonnantie	146
III.3.3.	Voet: gelijkstelling aan conventionele hypotheken	147
III.3.4.	Hoge Raad: geen volgorde van uitwinning	149
III.4.	Het Rooms-Friese recht	151
III.4.1.	Inleiding: zaaksgevolg van de hypotheek op roerende zaken	151
III.4.2.	Voorrecht van uitwinning bij speciale en generale hypotheken	152
III.4.3.	De 'clausula constituti': bezitsbesluit bij overdracht	155
III.4.4.	De hypotheek op vorderingen	156

DEEL IV – HET FRANSE RECHT (1250-1955)	159
IV.1. Het Franse recht tot aan de revolutie (1250-1789)	161
IV.1.1. Inleiding	161
IV.1.2. Het ‘ancien droit français’ (1250-1400)	162
IV.1.2.1. Obligation générale	163
IV.1.2.2. Obligation spéciale	165
IV.1.2.3. Pays de nantissement	167
IV.1.3. Zekerheidsrechten op roerende goederen (1400-1789)	168
IV.1.3.1. De regel ‘Meubles n’ont pas de suite par hypothèque’	168
IV.1.3.2. Crediteursbescherming	169
IV.1.4. Zekerheidsrechten op onroerende goederen (1400-1789)	171
IV.1.4.1. Obligation générale	172
IV.1.4.2. Obligation spéciale	174
IV.1.4.3. Grondrentes	176
IV.1.4.4. Het beroep op het voorrecht van uitwinning	178
IV.1.5. Borgtocht (1400-1789)	183
IV.1.5.1. Voorwaarde of voorrecht?	184
IV.1.5.2. Afstand en het vereiste van een notariële akte	185
IV.1.5.3. Uitwinning en aanwijzing	186
IV.1.5.4. De kosten van uitwinning	187
IV.2. Het ‘droit intermédiaire’ (1789-1804)	187
IV.2.1. Inleiding	187
IV.2.2. De ‘Code hypothécaire’ van 9 messidor an III	188
IV.2.3. De wet van 11 brumaire an VII	190
IV.3. Het Franse recht onder vigeur van de Code civil (1804-1955)	191
IV.3.1. Het specialiteitsbeginsel	191
IV.3.2. Borgtocht	194
IV.3.2.1. De wettelijke regeling van het voorrecht van uitwinning	195
IV.3.2.2. Hoofdelijke borgtocht	201
IV.3.3. Zakelijke zekerheidsrechten	203
IV.3.3.1. Meubles n’ont pas de suite par hypothèque	204
IV.3.3.2. Legale hypotheeken op onroerende goederen	206
IV.3.3.3. De wettelijke regeling van het voorrecht van uitwinning	208
IV.3.3.4. De ‘zakelijke borg’	211

IV.4.	Enige kritiek op het voorrecht van uitwinning	213
IV.4.1.	Gering praktisch belang	213
IV.4.2.	Het voorrecht van borgen	214
IV.4.3.	Het voorrecht van derden-bezitters	217
DEEL V – HET NEDERLANDSE RECHT ONDER HET OUDE BW (1798-1992)		221
V.1.	Nederlandse ontwikkelingen	223
V.2.	Het Nederlandse recht tot aan het ontwerp OBW (1798-1830)	225
V.2.1.	Inleiding	225
V.2.2.	Ontwerp-Kreet (1801)	226
V.2.3.	Ontwerp-Van der Linden (1808)	228
V.2.4.	Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland (1809)	229
V.2.5.	Ontwerp-Kemper (1816)	230
V.2.6.	Ontwerp-1820	231
V.2.7.	Wetboek van 1830	233
V.3.	Het ontwerp en de invoering van het oude BW (1830-1838)	234
V.3.1.	De invoering van het oude BW	234
V.3.2.	Zaaksgevolg	235
V.3.3.	Art. 1244: voorrecht van uitwinning bij hypotheeken	236
V.3.4.	Kritiek bij de invoering van art. 1244	237
V.3.5.	Art. 1245: gedeeltelijke vervreemding	241
V.3.6.	Art. 1246: subrogatie	242
V.4.	Het voorrecht van uitwinning bij borgtocht (1798-1838)	243
V.4.1.	Inleiding	243
V.4.2.	Ontwerp-Farjon (1800)	243
V.4.3.	Ontwerp-Van der Linden (1808)	244
V.4.4.	Wetboek Napoleon, ingerigt voor het koninkrijk Holland (1809)	244
V.4.5.	Gewijzigd Ontwerp-Kemper (1820)	245
V.4.6.	Het oude BW (1838)	245
V.5.	Het Nederlandse recht onder het oude BW (1838-1992)	247
V.5.1.	‘Van de gevolgen der hypotheeken tegen derde bezitters’	247
V.5.1.1.	Derden-verkrijgers	248
V.5.1.2.	De ‘zakelijke borg’	249
V.5.1.3.	Beperkt genotsgerechtigden	252
V.5.1.4.	Geen persoonlijke aansprakelijkheid	254
V.5.2.	De ‘vordering’ van uitwinning	255
V.5.3.	Goederen ‘in het bezit van den oorspronkelijken schuldenaar’	256
V.5.4.	De aanwijzing van ‘klaarblijkelijk voldoende’ goederen	258

V.5.4.1.	Het alternatief van Pelinck: gezamenlijke veiling	260
V.5.5.	De derde-bezitter van een gedeelte	261
V.5.6.	Het voorrecht van uitwinning bij borgtocht	264
V.5.6.1.	De aansprakelijkheid van de borg	266
V.5.6.2.	De wettelijke regeling van het voorrecht	270
V.5.7.	Borgtocht en goede trouw	272
V.5.7.1.	Heidenreich/Alcredis	275
V.5.8.	Uitbreiding van art. 1244 naar analogie	278
V.5.8.1.	Pandrechten	280
V.5.8.2.	Voorrechten	281
V.5.8.3.	Zekerheidseigendom	282
V.6.	Een beoordeling van art. 1244 OBW	283
V.6.1.	Gering praktisch belang	283
V.6.2.	Inbreuk op de ondeelbaarheid	284
V.6.3.	‘Eene hoogst billijke bepaling’	286
V.6.4.	Proceseconomie	288

DEEL VI – HET NEDERLANDSE RECHT ONDER HET NIEUWE BW (VANAF 1992) 293

VI.1.	Inleiding	295
VI.2.	Het voorrecht van uitwinning bij pand en hypotheek: invoering	296
VI.2.1.	De invoering van art. 3:234 BW	296
VI.2.2.	Ontwerp-Meijers: uitbreiding tot jongere zekerheidsnemers	297
VI.2.3.	Gewijzigd Ontwerp: (1) vordering van eerdere uitwinning	301
VI.2.4.	Gewijzigd Ontwerp: (2) uitbreiding tot pandrechten	303
VI.2.5.	Invoeringswet: verduidelijking	307
VI.2.6.	Samenhang met andere wettelijke regelingen: verplichting tot aanwijzing	308
VI.3.	Het voorrecht van uitwinning bij pand en hypotheek: toepassing	312
VI.3.1.	Inleiding	312
VI.3.2.	Het ontstaan van ‘derdenbezit’	313
VI.3.2.1.	Zakelijke borgtocht	314
VI.3.2.2.	Beschikkingsonbevoegde zekerheidsgever	316
VI.3.2.3.	Verkrijging in bezwaarde staat	316
VI.3.2.4.	Beperkt recht dat de schuldeiser niet behoeft te eerbiedigen	320
VI.3.2.5.	Relatieve rechten van derden	321
VI.3.3.	Het ‘verlangen’ van eerdere ‘verkoop’	325
VI.3.3.1.	Wetenschap van executie	325
VI.3.3.2.	Pandrecht op geld (art. 3:255)	327

VI.3.3.3. Gezamenlijke executie van onroerende zaken (art. 520 Rv)	328
VI.3.3.4. Gezamenlijke executie van pand en hypotheek (art. 3:254)	329
VI.3.3.5. Overneming van de executie (art. 544 lid 3 Rv)	330
VI.3.3.6. Hernieuwde verkoop (art. 527 Rv)	331
VI.3.4. Bezwaar door de crediteur	331
VI.3.4.1. Rechtsverwerking	332
VI.3.4.2. Moeizame executie	332
VI.3.4.3. Vertraging	334
VI.3.4.4. Kosten van uitwinning	335
VI.3.4.5. Discrepancie in waarde	336
VI.3.4.6. Andersoortige belangen	337
VI.3.5. Enige bijzondere gevallen	338
VI.3.5.1. Aandelen bij bijzondere gemeenschap (art. 3:190)	338
VI.3.5.2. Pandrecht op vorderingen (art. 3:239)	340
VI.3.5.3. Herverpanding (art. 3:242)	344
VI.3.5.4. Het bodemrecht van de fiscus (§ 14.1.4 Leidraad Inv. 2008)	346
VI.4. Borgtocht: art. 7:855 BW	348
VI.4.1. De afschaffing van het voorrecht van uitwinning	348
VI.4.2. De subsidiaire aansprakelijkheid van de borg	351
VI.4.3. Collisie van borgtocht en zekerheidsrechten onder de schuldenaar	356
VI.4.3.1. Collisie van verhaalsmogelijkheden onder de schuldenaar	357
VI.4.3.2. Collisie van verhaal onder de borg en onder de schuldenaar	358
VI.4.3.3. Collisie van borgtocht en zekerheidsrechten onder derden	364
VORMEN VAN SUBSIDIARITEIT – SAMENVATTING	367
1. Inleiding en begripsbepaling	369
2. Korte geschiedenis van het voorrecht van uitwinning	371
a. Romeins recht	371
b. Het gemene recht	373
c. Nationale codificaties	376
3. Het voorrecht van uitwinning in het nieuwe BW	378
4. Slotopmerking	380

FORMEN DER SUBSIDIARITÄT – ZUSAMMENFASSUNG	383
1. Einleitung und Begriffserklärung	385
2. Kurzgeschichte des „beneficium excussionis“	387
a. Römisches Recht	387
b. Gemeines Recht	389
c. Nationalgesetzgebung	392
3. Die Einrede der Vorausklage im neuen niederländischen BGB (BW)	395
4. Schlussbemerkung	397
Lijst van aangehaalde werken I	401
Lijst van aangehaalde werken II: ius commune	411
Bronnen- en wettenregister	415
Jurisprudentieregister	429
Curriculum vitae	435

Lijst van afkortingen

AA	<i>Juridisch studentenblad Ars Aequi</i>
A-G	Advocaat-generaal
<i>Arch. Civ. Prax.</i>	<i>Archivio für die Civilistische Praxis</i>
art.	artikel(en)
auth.	authentica
a.w.	aangehaald werk
BBW	Belgisch Burgerlijk Wetboek
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland)
<i>BIDR</i>	<i>Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano</i>
BS	Basilicorum libri LX, ed. Scheltema, Holwerda en Van der Wal, Groningen 1953, Series B (Scholia) (geciteerd naar pagina en regel)
BT	Basilicorum libri LX, ed. Scheltema, Holwerda en Van der Wal, Groningen 1953, Series A (Textus) (geciteerd naar pagina en regel)
<i>Bull.civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres civiles</i>
BW (NBW)	Burgerlijk Wetboek
C.	Codex Justinianus, ed. stereotypa (P. Krüger), Berlijn 1911.
Cass.civ.	Cour de Cassation (chambre civile)
Cass.com.	Cour de Cassation (chambre commerciale)
Cass.req.	Cour de Cassation (chambre des requêtes)
Cc	Code civil
coll.	Collatio
const.	Constitutio
D.	Digesten, ed. stereotypa (Th. Mommsen), Berlijn 1911.
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
e.a.	en anderen / et alii
ed.	uitgegeven door (editor(s) / edidit)
Ep. Gai	Epitome Gai, opgenomen in: <i>FIRA II</i> , p.229 e.v.
Ep. Juliani	Juliani Epitome latina novellarum Iustiniani, ed. Hänel, Leipzig 1873.
e.v.	en volgende
<i>f.</i>	folium; blad
<i>FIRA</i>	Fontes Iuris Romani Antejustiniani I-III, ed. Riccobono e.a., Florence 1940-1943.
<i>Fs.</i>	Festschrift
Fw	Faillissementswet
G.	Gai Institutiones, ed. David, Leiden 1964.
Gl.	Magna glossa ('Accursische glosse'), geciteerd uit de uitgave Venetië 1487-1489, reprint: Turijn 1968-1969.

GPB	Groot-Placaet Boek
Gr.O.M.	Groninger Opmerkingen en Mededelingen
HGB	Handelsgesetzbuch (Duitsland)
HR	Hoge Raad
Hw	Hypotheekwet (België)
I.	Instituten, ed. stereotypa (P. Krüger), Berlijn 1915.
ibid.	ibidem, op dezelfde plaats
Inv.	Invoeringswet
IURA	<i>Rivista internazionale di diritto romano e antico</i>
Iw	Invorderingswet
JAAN	<i>Jurisprudentie Aanbesteding</i>
JBN	<i>Juridische Berichten voor het Notariaat</i>
j°	juncto; in verbinding met
JOR	<i>Jurisprudentie Onderneming en Recht</i>
KG	<i>Kort Geding</i>
Ktg.	Kantongerecht
LJN	<i>Landelijk Jurisprudentie Nummer</i> (ingang op: www.rechtspraak.nl)
Mon.	monografieën
MvA (I/II)	Memorie van Antwoord (Eerste, Tweede Kamer)
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
NJB	<i>Nederlands Juristenblad</i>
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
Nov.	Novellae, editio stereotypa (Schöll/Kroll), Berlijn 1912
nr.	nummer(s)
nt.	met noot van
NTBR	<i>Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht</i>
O&F	<i>Onderneming & Financiering</i>
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek (1838)
OM	Ontwerp-Meijers (regeringsontwerp)
OR	Obligationenrecht (Zwitserland)
p.	pagina('s)
PG	Parlementaire Geschiedenis
pr.	principium
PS.	Paulus, Sententiae, opgenomen in: <i>FIRA II</i> , p.319 e.v.
PvJ	<i>Paleis van Justitie</i>
Rb.	Rechtbank
RH	<i>Revue Historique de droit français et étranger</i>
RIDA	<i>Revue Internationale des Droits de l'Antiquité</i>
RM Themis	<i>Rechtsgeleerd Magazijn Themis</i>
R° (a/b)	recto (voorzijde; linker/rechter kolom)
rov.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	<i>Rechtspraak van de Week</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>

S&S	<i>Schip en Schade</i>
SDHI	<i>Studia et Documenta Historiae et Iuris</i>
s.v.	sub voce; onder het woord
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
TM	Toelichting Meijers
TPR	<i>Tijdschrift voor Privaatrecht</i>
TvR	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis</i>
vgl.	vergelijk; zie ook
V ^o (a/b)	verso (achterzijde; linker/rechter kolom)
VV (I/II)	Voorlopig verslag (Eerste, Tweede Kamer)
W.	<i>Weekblad van het regt</i>
WPNR	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>
ZSS	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)</i>

Woord vooraf

Dit boek behandelt de verhaalsaansprakelijkheid van niet-draagplichtige derden. Het doet zich met enige regelmaat voor dat een crediteur tot verhaal van zijn vordering niet alleen de schuldenaar kan aanspreken, maar ook een derde die de schuld niet zelf is aangegaan, noch daarvan de voordelen heeft genoten. Nu is het onderscheid tussen 'Schuld' en 'Haftung' een probleem dat iedere generatie juristen opnieuw bezighoudt; deze studie beperkt zich tot de verhaalsaansprakelijkheid krachtens een *zekerheidsrecht*. Het gaat daarbij steeds om aanspraken tegen een derde die als borg persoonlijke zekerheid heeft verschaft, of om aanspraken tegen een derde die op enige wijze goederenrechtelijk is gerechtigd tot een goed dat jegens de crediteur is verbonden tot verhaal van diens vordering.

De nadruk is daarbij komen te liggen op het verhaal krachtens een *goederenrechtelijk* zekerheidsrecht, dat wil zeggen: krachtens pandrecht of hypotheek. De belangrijkste reden daarvoor is dat de aansprakelijkheid van een borg veelal wordt bepaald door de termen van diens contract. Een derdeverkrijger van een verbonden goed hoeft daarentegen niet op de hoogte te zijn van het bestaan van een zekerheidsrecht, zodat diens verhaalsaansprakelijkheid pregnanter tot uitdrukking komt. Een tweede reden voor deze nadruk op het goederenrechtelijke zekerheidsrecht is gelegen in de ruime behandeling die de aansprakelijkheid van de borg reeds heeft gekregen in binnenlandse en buitenlandse literatuur.¹ De positie van een derde-bezitter is veel minder goed onderzocht.²

Deze vraag is in het navolgende steeds aan de orde: onder welke omstandigheden dient een crediteur eerst stappen te ondernemen tegen zijn schuldenaar, alvorens vermogensbestanddelen van derden uit te winnen krachtens zijn zekerheidsrecht? Het beginsel van subsidiariteit speelt daarbij een

-
- 1 Ik verwijs in het bijzonder naar Briguglio, *'Fideiussoribus succurri solet'*, Milaan 1999 en meer in het algemeen naar Van Quickenborne, *Borgtocht*, Antwerpen 1999 en Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^e druk, Parijs 2000. Er zijn Nederlandse dissertaties over het onderwerp van de hand van Diemont (1860), Hugenhpoth (1890) en Harders (1895), alsmede (algemener) Korthals Altes (1933), naast twee preadviezen over borgtocht, van Pels Rijcken en De Gaay Fortman (1962). Het standaardwerk over de borgtocht onder het gemene recht is Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, historisch-dogmatisch dargestellt*, I,1: *das römische Recht* en I,2: *Dogmengeschiede des Mittelalters und der neuern Zeit*, Jena 1850. Deze reeds door Feenstra gesignaleerde lacune in de literatuur blijft bestaan, ook na het verschijnen van Briguglio's boek. Het onderhavige werk brengt daar, gezien zijn opzet, geen verandering in.
 - 2 Het meest recente proefschrift is van Pelinck (1882). Duitse proefschriften zijn er van Mosler (1895) en Frankenstein (1909). Het meest recente relevante artikel is van Zwitser: 'Misbruik van executiebevoegdheid ten aanzien van derden', *NTBR* 9, 1994, p.208-214.

grote rol. Het lijkt, op het eerste gezicht, redelijk dat een *niet*-draagplichtige derde pas wordt geconfronteerd met zijn verhaalsaansprakelijkheid wanneer de crediteur geen betaling kan verkrijgen van de draagplichtige schuldenaar. Een dergelijke gedachte is onder meer neergelegd in art. 3:234 en art. 7:855 lid 1 BW. Het idee dat deze regels getuigen van een 'evidente billijkheid' is echter de neerslag van een historische ontwikkeling die bijna 1500 jaar beslaat. Er is een tijd geweest dat het subsidiariteitsbeginsel in het zekerheidsrecht niet bestond; en er zijn ook nu nog landen wier rechtsstelsels dit beginsel niet, of niet volledig toepassen. Een crediteur is naar Nederlands (en Italiaans) recht niet gehouden tot eerdere uitwinning van het vermogen van de schuldenaar alvorens de borg aan te spreken. Naar het Franse recht, waarin beide stelsels hun wortels vinden, is hij dat in beginsel wel. De subsidiariteit van het 'derdenpand' is in België in 1851 afgeschaft, maar in Nederland bij de invoering van het nieuwe BW juist uitgebreid tot derden met een recht dat de crediteur bij executie niet behoeft te eerbiedigen.

Dergelijke verschillen laten zich niet verklaren door een op algemene billijkheidsoverwegingen gestoelde benadering van het geldende materiële recht. Integendeel, zelfs de overeenkomsten tussen de verschillende Europese rechtsstelsels zijn slechts te begrijpen uit de rechtstraditie die aan al deze stelsels ten grondslag ligt. Deze traditie komt, voor wat betreft het hier behandelde onderwerp, *niet* overeen met het klassieke Romeinse recht. Zoals in deel één zal blijken, werd het subsidiariteitsbeginsel voor het zekerheidsrecht pas ingevoerd door keizer Justinianus in het jaar 535. De nationale codificaties van de negentiende eeuw bouwden echter voort op de traditie van het Europese 'ius commune' zoals dat door de juristen van het ancien régime voordien tot ontwikkeling was gebracht op basis van het gereciperde Romeinse recht. Aan deze rechtstraditie zal daarom ruime aandacht worden besteed. Het tweede deel behandelt de gemeenrechtelijke traditie tot halverwege de zestiende eeuw; in deel drie wordt aandacht besteed aan het Rooms-Hollandse en Rooms-Friese recht en in deel vier aan het 'droit commun Français'.

Zoals de ondertitel van dit werk reeds aangeeft, betreft het een *historisch-comparatistische* studie. Het doel is derhalve niet om het eens geldende recht in zijn tijd te reconstrueren, anders dan als hulpmiddel en ter vergelijking: men kan de hier gevolgde methode desgewenst omschrijven als 'verticale rechtsvergelijking'. Het doel is daarbij om de historische wortels van het geldende Nederlandse recht bloot te leggen, teneinde dat recht vanuit zijn oorsprong te kunnen verklaren. Dit was de belangrijkste reden om geen aandacht te besteden aan het Duitse recht.³ Het BGB is in dit onderzoek niet betrokken, omdat dit wetboek op de hier behandelde *Nederlandse* ontwikke-

3 De Pandektistische traditie van de negentiende eeuw is uiteraard verwerkt in het eerste deel, voor zover betrekking hebbend op het Romeinse recht.

lingen niet van invloed is geweest.⁴ Er is echter ruime aandacht besteed aan het Franse recht. De wetgever van het oude BW heeft uitdrukkelijk de Code Civil tot voorbeeld genomen, en veel leerstukken die in het nieuwe BW terugkeren, vinden derhalve hun oorsprong in de Franse traditie. In deel vier wordt, naast het 'droit commun français', ook het modernere Franse recht onderzocht. Deel vijf behandelt de Nederlandse pogingen tot codificatie, uitmondend in het oude BW. Deel zes, tot slot, is gewijd aan het geldende Nederlandse recht.

Alle vertalingen van fragmenten uit het Corpus Iuris zijn, tenzij anders vermeld, afkomstig van Spruit e.a.,⁵ behoudens vertalingen uit de boeken 9-10 van de Codex, en vertalingen uit de Novellen. Aan prof. dr. B.H. Stolte ben ik bijzondere dank verschuldigd voor zijn steun bij het ontsluiten van de Griekse bronnen. Drs. E.F.E. van Brakel ben ik erkentelijk voor zijn hulp bij de Duitse vertaling van de slotbeschouwing.

Het onderzoek werd afgesloten op 1 september 2009.

4 Ik wijs terzijde op § 1230 BGB, volgens welk artikel een crediteur met verschillende goederenrechtelijke zekerheidsrechten kan kiezen welk recht hij wenst te executeren. Vgl. ook Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts I*, Frankfurt 1906, § 235, p.1196: 'Ein beneficium excussionis personalis oder realis besteht im bürgerlichen Rechte nicht.'

5 J.E. Spruit e.a. (red.), *Corpus Iuris Civilis, tekst en vertaling I-VIII*, Zutphen/Den Haag/Amsterdam 1993-2007.

DEEL I

HET ROMEINSE RECHT

I.1.	Inleiding	3
I.2.	Borgtocht	6
I.3.	Goederenrechtelijke zekerheidsrechten	34
I.4.	De invoering van Novelle 4	60

I.1. INLEIDING

In het algemeen ervaren Nederlandse juristen het als een regel van grote billijkheid,¹ dat een crediteur zich eerst verhaalt op zijn schuldenaar. De crediteur moet, zo meent men, eerst voldoening trachten te verkrijgen van zijn schuldenaar alvorens zich te wenden tot derden, zoals borgen of gerechtigden tot goederen die met zekerheidsrechten zijn bezwaard.² Die gedachte is, wellicht onbewust, ten diepste schatplichtig aan een wet die keizer Justinianus uitvaardigde op 16 maart in het jaar 535 na Christus.³ De keizer gaf daarin een regeling voor de subsidiaire aansprakelijkheid van borgen en derdenbezitters van bezwaarde goederen. ‘De crediteur gaat’, zo stelde Justinianus, ‘eerst naar degene die het geld heeft ontvangen en de schuld is aangegaan.’⁴ Deze gedachte mag de Nederlandse jurist vertrouwd voorkomen – zij is immers neergelegd in art. 3:234 en art. 7:855 BW – maar in de zesde eeuw was zij revolutionair. Zó vernieuwend zelfs, dat de keizer meende dat een overweging van billijkheid onvoldoende grond bood om het bestaande recht te wijzigen. Hij beriep zich daarom in het geheel niet op dergelijke overwegingen, maar stelde dat hij een ‘palaios nomos’, een oeroude regel, in ere herstelde. Dat mag, op zijn zachtst gezegd, verbazing wekken. Precies vier maanden vóór de uitvaardiging van Novelle 4, op 16 november 534, was de herziene editie van de Codex uitgevaardigd, waarmee de codificatie van het Romeinse recht tot een einde was gekomen. Was deze ‘oeroude regel’ over het hoofd gezien bij de vervaardiging van het Corpus Iuris?

In de constitutie waarbij de herziene editie van de Codex werd uitgevaardigd, gaf de keizer zelf al te kennen⁵ dat mogelijk, in de toekomst, een betere regeling voor bepaalde problemen zou worden getroffen. Deze regelingen zouden op den duur worden samengevoegd en ondergebracht in een verzameling, die de naam ‘Nieuwe verordeningen’ zou krijgen. Het wetgevingsproces werd, uiteraard, met de uitvaardiging van de Codex niet tot stilstand gebracht. De verzameling van ‘Nieuwe verordeningen’ is er echter nooit gekomen.⁶ De wetgeving die door Justinianus en zijn onmiddellijke opvolgers is uitgevaardigd na de totstandkoming van de tweede Codex, is daarom slechts overgeleverd als een privé-

1 Zie, bijvoorbeeld, het in een eeuw niet gewijzigde oordeel dat wordt gegeven in opeenvolgende edities van de Asser-serie: van de 3^e druk (Asser II, 1896, p.382); de 8^e druk (Asser/Scholten II, 1945, p.529); de 10^e druk (Asser/Van Oven 3-II, 1978, p.213); de 11^e druk (Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, 1986, nr. 349); tot en met de 13^e en laatste druk (Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III, 2003, nr. 332).

2 Deze gedachte werd kernachtig verwoord door Pitlo (*Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, Groningen 1972, p.343): ‘pak eerst de eigenlijke debiteur aan, pas daarna de derde garant.’

3 Novelle 4.

4 Novelle 4,1: ‘ἀλλὰ χωρεῖτω πρῶτον ἐπὶ τὸν τὸ χρυσίον εἰληφότα καὶ τὸ δάνεισμα πράξαντα.’

5 Const. Cordi § 4.

6 Van der Wal/Lokin, *Historiae iuris graeco-romani delineatio: les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, p.37-38; Zwolve, *Beknopte geschiedenis van het Romeinse recht*, Den Haag 2004, nr. 77.

verzameling, die als 'de' Novellen wordt aangeduid.⁷ Het daarin opgenomen recht wijkt soms aanzienlijk af van het recht dat is vastgelegd in de Codex (en dat van de Instituten en Digesten), omdat de oudere wetboeken niet werden aangepast aan de nieuwere wetgeving. De consequentie daarvan is dat men, voor sommige leerstukken (het bekendste voorbeeld is het erfrecht), beschikt over twee stadia in de ontwikkeling van het Romeinse recht ten tijde van Justinianus. Eén stadium is vastgelegd in het Corpus Iuris en biedt een weergave van het klassieke Romeinse recht zoals dat de compilatoren voor ogen stond; een geheel ander stadium is te vinden in de Novellen.

Eén blik op de Codex is voldoende om vast te stellen dat crediteuren vóór de uitvaardiging van Novelle 4 in het geheel niet gehouden waren om eerst hun debiteur aan te spreken alvorens zich op derden te verhalen. Het Romeinse recht had tot uitgangspunt genomen dat een crediteur vrij was in de keuze tussen de uitoefening van rechten tegen zijn schuldenaar en tegen verhaals-aansprakelijke derden, zoals borggen en derden-bezitters van met zekerheidsrechten bezwaarde goederen. De keizers hebben dat in hun rescriptenpraktijk keer op keer bevestigd. De buitengewoon productieve⁸ kanselarij van Diocletianus en Maximianus vaardigde bijvoorbeeld in één week alleen al, tussen 30 april en 3 mei 293, drie rescripten uit die de keuzevrijheid van de crediteur betroffen. In het eerste rescript, over borgtocht, werd de verzoeker toegevoegd dat hij 'had moeten weten dat de schuldeiser niet kan worden gedwongen degene die de geldlening heeft ontvangen eerder dan u aan te spreken'.⁹ Volgens het tweede rescript is het 'een vaststaande rechtsregel' dat een crediteur mag kiezen tussen verhaal onder zijn schuldenaar en verhaal onder derden-verkrijgers van met zekerheidsrechten bezwaarde goederen.¹⁰ Het derde rescript, tot slot, geeft aan dat het 'volstrekt zeker' is dat een debiteur zijn crediteur, die is voorzien van een goederenrechtelijk zekerheidsrecht, niet door vervreemding in een slechtere positie kan brengen.¹¹

7 Zie over de geschiedenis van de Novellen: Biener, *Geschichte der Novellen Justinian's*, Berlijn 1824.

8 Diocletianus nam zijn positie als 'patroon' van het gehele Romeinse volk, en de daarbij behorende taak om juridische adviezen te verlenen, zoals bekend zeer serieus. Men moet daarnaast bedenken dat de Codex Hermogenianus een belangrijke bron vormde bij de vervaardiging van de Justiniaanse Codex; de eerstgenoemde Codex kwam als privé-verzameling tot stand gedurende de heerschappij van Diocletianus en bevatte vooral constituties uit de jaren 293-294 (Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, p.390-391). Over die periode is dus, dankzij de Codex Justinianus (de Codex Hermogenianus is verloren gegaan), veel meer bekend dan over andere periodes. Grofweg een achtste deel van de in de Codex opgenomen constituties dateert uit 293-294.

9 C. 8,40(41),19 (30 april): 'Si alienam reo principaliter constituto obligationem suscepisti vel fideiussorio sive mandatorio vel quocumque alieno nomine pro debitore intercessisti, non posse argueri creditorem, eum qui mutuum accepit pecuniam quam te convenire, scire debueras, cum, si hoc in initio contractus specialiter non placuit, habeat liberam electionem.'

10 C. 8,13(14),14 (1 mei): 'non est incerti iuris.' Hieronder aangehaald, p.44.

11 C. 8,13(14),15 (3 mei): 'certissimum est'. Hieronder aangehaald, p.44. Dat het pandrecht zaaksgevolg had, was bovendien uitdrukkelijk vastgesteld op 30 april: C. 8,27(28),12, aangehaald op p.42.

Deze week in 293 was wellicht uitzonderlijk productief op dit gebied, maar de beslissingen die aldaar werden gegeven, vormen geen uitzondering.¹²

Het grote aantal rescripten laat geen twijfel toe omtrent de vrijheid van de crediteur om zelf te bepalen in welke volgorde hij zich wenste te verhalen. Maar het gegeven dat de vraag naar een volgorde keer op keer werd opgeworpen, toont tevens aan dat die keuzevrijheid naar het gevoelen van de Romeinse justitiabelen niet zo vanzelfsprekend was. Kennelijk was het idee wijdverbreid dat een schuldeiser zich eerst op zijn (draagplichtige) schuldenaar moest verhalen.¹³ Uitzonderingen daargelaten,¹⁴ waren de keizers echter niet genegen om de 'rigor iuris' te verzachten uit overwegingen van billijkheid. Novelle 4 maakte daaraan een einde. In het eerste hoofdstuk werd de subsidiaire aansprakelijkheid van borgen vastgelegd; het tweede hoofdstuk breidde dat uit tot een meer subsidiaire aansprakelijkheid van derden-bezitters. Dit voorrecht van eerdere uitwinning staat sinds de Middeleeuwen bekend als het 'beneficium excussionis'.¹⁵

Bij deze vaststelling zou men het, vanuit historisch-comparatistisch oogpunt, kunnen laten. Door de latere Novelle 4 was immers de eerdere regel afgeschaft, zodat alle juristen sinds die tijd moesten rekenen met een volgorde van uitwinning. Het 'klassieke' Romeinse recht had sindsdien op dit vlak slechts antiquarische waarde.¹⁶ De receptie van Novelle 4

-
- 12 Andere constituties voorlopig buiten beschouwing latend, tel ik alleen al 16 rescripten uit de periode 293-294 waarin de keuzevrijheid van de crediteur wordt voorondersteld, of uitdrukkelijk wordt bevestigd. Naast de drie in de tekst genoemde zijn dat: C. 8,39(40),2(3); C. 8,39(40),3(4) (hoofdelijkheid); C. 8,40(41),23 (mandaatborgtocht) C. 4,10,10; C. 8,27(28),14 (executie onder schuldenaar); C. 8,27(28),12; C. 8,25(26),10; C. 8,27(28),17 (zaaksgesvolg pandrecht); C. 4,10,7,pr.; C. 8,27(28),16; C. 8,31(32),2; C. 4,10,14; C. 8,13(14),24 (vrije keuze tegen derde-bezitter). In C. 4,15,4 wordt een volgorde van uitwinning aangenomen, maar in het daar behandelde geval (zie ook p.56 nt.324) betreft het een volgorde in het verhaal op vermogensbestanddelen onder de schuldenaar door de fiscus.
- 13 Dat idee leefde zelfs in de kringen van de keizerlijke procuratoren, die in tenminste één geval (ten onrechte) bevolen dat een verhaalsoekende crediteur zich eerst tot diens debiteur moest wenden: C. 8,40(41),3,pr. Zie ook Levy, 'Principal and surety in classical Roman law', *BIDR* 14/15, 1951, p.215.
- 14 Zie p.48 en 52.
- 15 Zie p.82. De termen 'beneficium discussionis' en 'beneficium ordinis' werden ook gebruikt. Het gaat hier om het 'beneficium excussionis *personalis*', dat scherp dient te worden onderscheiden van het 'beneficium excussionis *realis*'. Zie over het laatste: Zwolve, 'Tekst & uitleg XI: C. 8,13(14),2', *Gr.O.M.* 26, 2009 [in druk]. Briguglio ('*Fideiussoribus succurri solet*', Milaan 1999, p.73 nt.172) reserveert de term 'beneficium excussionis' voor uitwinningssubsidiariteit, en 'beneficium ordinis' voor de eis dat de hoofdschuldenaar eerst tot betaling moet worden aangesproken (in of buiten rechte). Deze (moderne) duiding is begripsmatig verhelderend, maar stemt niet overeen met het traditionele gebruik van de termen.
- 16 Zoals opgemerkt, stelde Justinianus dat hij een 'παλαιὸς νόμος', een oude regel, in ere herstelde. De vraag welke regel hij bedoelde, houdt juristen al bezig sinds de receptie van het Romeinse recht. Maar zelfs als op die vraag een definitief antwoord kan worden gegeven, wat twijfelachtig is, dan nog is de identificatie van een voorloper van het voorrecht van uitwinning niet relevant voor de verdere rechtsontwikkeling. Deze vond immers plaats op basis van Novelle 4 en niet op basis van de daarin aangeduide 'oude regel'. Zo ook reeds: Van Hugenpoth, *De gevolgen van den borgtocht tusschen den schuldeischer en den borg*, Leiden 1890, p.3.

geschiedde bovendien in West-Europa gedurende de Middeleeuwen niet op basis van de Griekse tekst, maar op basis van het Latijnstalige Authenticum.¹⁷ Ter verklaring van verdere rechtsontwikkelingen heeft het derhalve weinig nut om de bedoelingen van de Griekstalige wetgever te achterhalen. Er zijn echter twee redenen om in het navolgende aandacht te besteden aan het Romeinse recht voorafgaand aan, en volgend op, de invoering van Novelle 4.¹⁸ In de eerste plaats bleef het recht dat in de Codex was vastgelegd zijn gelding behouden in de gebieden waar Novelle 4 *niet* tot het gerecipieerde Romeinse recht behoorde. En in de tweede plaats is recent een omvangrijke studie¹⁹ verschenen over de ontwikkeling van subsidiaire aansprakelijkheid bij *borgen* in het Romeinse recht, met bijzondere betrekking op Novelle 4, zonder dat de auteur evenwel aandacht besteedt aan de subsidiaire aansprakelijkheid die voor *derden-bezitters* in dezelfde Novelle wordt geschapen.²⁰ De navolgende schets mag een aanzet geven om deze lacune te vullen.

I.2. BORGTOCHT

I.2.1. Inleiding en begripsbepaling

Het wekt in de ogen van een moderne jurist wellicht enige verwondering om deze behandeling te beginnen bij de borgtocht en niet bij de goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Borgtocht is evenwel in het Romeinse recht altijd de belangrijkste vorm van zekerheid geweest.²¹ Men kan echter, in ieder geval tot aan Justinianus, niet spreken van ‘het’ Romeinse recht met betrekking tot borgtocht.²² In een ruime definitie is borgtocht iedere persoonlijke aansprakelijkstelling voor een schuld waarvoor men niet (geheel) draagplichtig is. Aldus geformuleerd omvatte ‘het’ Romeinse borgtochtrecht

17 Zie p.79-80.

18 Het ligt geenszins in de bedoeling om daarbij het ‘klassieke’ Romeinse recht in zijn verschillende stadia van ontwikkeling te reconstrueren. Het navolgende is (grotendeels) beperkt tot het Romeinse recht zoals dat in het Corpus Iuris is vastgelegd, zonder de (tamelijk omvangrijke) ‘Interpolationenforschung’ op iedere aangehaalde plaats te behandelen.

19 Briguglio, *‘Fideiussoribus succurri solet’*, Milaan 1999. Recensie: Knütel, ‘Literatur: Filippo Briguglio, *Fideiussoribus succurri solet’*, ZSS 119, 2002, p.605-607.

20 De meest recente studies over dit onderwerp zijn een eeuw oud: Mosler, *Das beneficium excussionis personalis des dritten Pfandbesitzers und des Drittschuldners*, Greifswald 1895; Frankenstein, *Das beneficium excussionis nach gemeinem Rechte und die Einrede der Vorausklage nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Heidelberg 1909.

21 Vgl. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I*, Leipzig 1860, p.1-7 en *Pandekten II: Obligationenrecht*, 4^e druk, Berlijn 1894, § 76, p.206; Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 2^e druk, München 1971, § 108, p.457 en § 155, p.660; ‘Besitzpfand und ‘besitzloses’ Pfand’, in: *Studien zum römischen Pfandrecht (III)*, Napels 1982, p.217; Guarino, *Diritto privato romano*, 12^e druk, Napels 2001, p.844 nt.1. Zelfs Justinianus behandelt eerst nog in Novelle 4,1 de positie van borgen, en pas daarna, in Novelle 4,2, de positie van derden-bezitters van met zekerheid bezwaarde goederen, als analoog aan borgen.

22 Dit is, zoals Feenstra (‘Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbi en droit romain classique’, in: *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence 1970, p.303) terecht opmerkt, inmiddels een cliché.

zeer verschillende rechtsfiguren: aansprakelijkstelling door middel van een overeenkomst in vormelijke bewoordingen, dat wil zeggen door stipulatie ('sponsio', 'fidepromissio', 'fideiussio'); aansprakelijkstelling door middel van een opdracht tot geldlening ('mandatum pecuniae credendae'); en de, later dan de andere tot ontwikkeling gekomen, vormloze aansprakelijkstelling voor andermans schuld ('constitutum debiti alieni'). Ieder van deze rechtsfiguren werd door zijn eigen regels beheerst. Deze regels vertonen bovendien de sporen van onvermijdelijke wederzijdse beïnvloeding; en zij zijn, tot slot, door de tijd heen niet gelijk gebleven. 'Het' Romeinse borgtochtrecht is, kort gezegd, niet éénduidig. Bij gelegenheid van de Justiniaanse codificatie zijn de keizerlijke beslissingen en de uitlatingen van de klassieke Romeinse juristen over borgtocht daarnaast ingrijpend herzien.²³

Het belang dat borgtocht had in de Romeinse samenleving, tezamen met de gecompliceerde staat van de bronnen, heeft aanleiding gegeven tot een stortvloed aan Romanistische studies over het onderwerp. Het ligt geenszins in de bedoeling om een 'disputatio juridica inauguralis de fideiussoribus' aan de schier eindeloze rij toe te voegen. Deze studie beperkt zich tot de (primaire of subsidiaire) *verhaalsaansprakelijkheid* van niet-draagplichtige derden jegens een crediteur. Dat vereist nochtans een afbakening, en een plaatsbepaling ten opzichte van de modernere Romanistische literatuur.

I.2.1.1. Accessoriëteit

Eén van de meest besproken onderwerpen uit de negentiende-eeuwse literatuur²⁴ is de vraag *hoe*, en *waarom* een verbintenis tenietging door 'litis contestatio', hetgeen zoveel wil zeggen als het moment waarop het onderwerp van het geding was vastgelegd in het 'formula'-proces, als afsluiting van de fase voor de praetor.²⁵ Wat daarvan ook zij, het is wel duidelijk *dat* 'litis contestatio' tot procesconsumptie leidde.²⁶ De verbintenis ging teniet wanneer zij in rechte werd opgeëist, om te worden vervangen door een verbintenis onder opschortende voorwaarde van veroordeling.²⁷ Het tenietgaan van de hoofdverbintenis leidde ook tot het tenietgaan van sommige (niet alle) verwante aansprakelijkheden.²⁸ In het bijzonder trof dit de aansprakelijkheid-

23 Men denke slechts aan de doorwerking van C. 8,40(41),28 – de afschaffing van de consumerende werking van 'litis contestatio' – en aan de vervanging, wellicht zelfs al vóór Justinianus, van 'sponsio' als wijze van borgstelling door de modernere 'fideiussio'.

24 Keller, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht*, Zürich 1827; Von Ribbentrop, *Zur Lehre von den Correal-Obligationen*, Göttingen 1831; Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, Leipzig 1889.

25 Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2^e druk, München 1996, § 41, p.289-293, Guarino, *DPR*, p.220-222.

26 Het motief daarvoor is gelegen in het adagium 'bis de eadem re ne sit actio'. Kaser/Hackl § 43, p.301-303.

27 G. 3,180.

28 Teneinde cumulatie van vorderingen 'de eadem re' te voorkomen: Dernburg, *Pandekten II*, § 72; Kaser/Hackl § 43, p.303-305.

van een borg uit stipulatie. De vorderingen tegen een stipulatieborg en tegen de hoofdschuldenaar stonden dus in een betrekking tot elkaar, die wordt aangeduid als 'Konsumptionskonkurrenz'.²⁹

De term 'Konsumptionskonkurrenz' wordt gehanteerd ter onderscheiding van de zogenoemde 'Solutionskonkurrenz', waarbij een verwante aansprakelijkheid (men denke aan de verbintenis van een mandaatborg)³⁰ ook na 'litis contestatio' met de hoofdschuldenaar bleef bestaan, tot het moment dat de crediteur volledige betaling had verkregen.

Justinianus heeft, zoals bekend, de consumerende werking van de 'litis contestatio' in 531 afgeschaft voor hoofdelijke schuldenaren en (mede)borgen uit 'fideiussio'.³¹ Alleen al uit die constitutie blijkt dat voordien de stipulatieborg werd bevrijd door het aanspreken van de schuldenaar, terwijl dat niet het geval was bij mandaatborgen. In de twintigste-eeuwse Romanistische literatuur is daaromtrent de vraag gerezen, of, omgekeerd, de hoofdschuldenaar ook werd bevrijd door 'litis contestatio' met de stipulatieborg. Het antwoord op deze vraag hangt nauw samen met het antwoord op een andere vraag, te weten of, en zo ja in hoeverre, de aansprakelijkheid van een borg uit stipulatie *accessoir* was aan de hoofdschuld.

Het betreft één van de meest besproken onderwerpen in de moderne Romanistische literatuur. Naar het courante inzicht (van Flume)³² diende de 'fideiussio' tot verzekering van de rechtsverhouding tussen debiteur en crediteur, terwijl de oudere 'sponsio' de rechtshandeling van de debiteur, te weten diens stipulatie, waarborgde. De 'fideiussio' zou daarmee volledig *accessoir* zijn geweest aan de hoofdschuld; de 'sponsio' daarentegen slechts voor zover de identiteit van beide prestaties overeenstemde.³³ De vraag naar de *accessoriëit*, of het ontbreken daarvan, is – bijvoorbeeld – van invloed op leerstukken³⁴ als de totstand-

29 De term is afkomstig van Eisele ('Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz', *Arch. Civ. Prax.* 79, 1892, p.327-405). Het standaardwerk is nog steeds Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I-II*, Berlijn 1918-1922; belangrijke nieuwe inzichten in Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972. Zie ook: Kaser, *RP I*, § 154, p.657-659; Kaser/Hackl § 43, p.306.

30 Kaser/Hackl § 43, p.306 nt.41. Zie hieronder, p.26-27.

31 C. 8,40(41),28 (Justinianus a.531).

32 Flume, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar 1932, p.52-53 en 62-82; *Rechtsakt und Rechtsverhältnis, römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn 1990, p.31; 'Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen', *ZSS* 113, 1996, p.97.

33 Pastori, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milaan 1961, p.97-100; Kaser, *RP I*, § 155, p.663; Flume, *ZSS* 113, 1996, p.97-110; Briguglio p.20-28. Maar zie ook: Feenstra, in: *Études Macqueron*, p.303-306; Zimmermann, *The law of obligations: Roman foundations of the civil law tradition*, Kaapstad 1992, p.121-125.

34 Vgl. Apathy, 'Zur Abgrenzung von Novation und Bürgschaft', *RIDA* 18, 1971, p.421-422; Kaser, 'Celsus D. 12,6,47 und die Akzessorietät der Bürgschaft', in: *Ausgewählte Schriften II*, Napels 1976, p.376-381; Diaz Bautista, A., 'Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación Justiniana', *Anuario de historia del derecho Español* 50, 1980, p.686; Flume, *Rechtsakt*, p.32-34 en *ZSS* 113, 1996, p.88-96.

koming en omvang van de borgtocht, de gevolgen van kwijtschelding en novatie, en de mogelijkheid om zich te beroepen op verweermiddelen van de hoofdschuldenaar. Zij is ook van invloed op de vraag of de *hoofdschuldenaar* door procesconsumptie werd bevrijd als de borg in rechte was betrokken. Dit wordt, voor 'sponsio', niet betwijfeld;³⁵ maar er is enig debat of een hoofdschuldenaar naar het klassieke Romeinse recht werd bevrijd door een procedure tegen de 'fideiussor'.³⁶ Ondanks de ruime literatuur is het laatste woord over 'de' accessoriëteit van de verschillende vormen van stipulatieborgtocht nog niet gesproken. Ik meen dat een functionele benadering van het begrip 'accessoriëteit' hier vruchten kan afwerpen.³⁷

I.2.1.2. Subsidiariteit

Op deze plaats moet het begrip 'accessoriëteit' strikt worden onderscheiden van het begrip 'subsidiariteit'. Met 'accessoriëteit' wordt bedoeld dat twee (of meer) aansprakelijkheden *verbonden* zijn, zodat rechtsfeiten ten aanzien van de hoofdaansprakelijkheid invloed hebben op het ontstaan, het voortbestaan, de omvang of het tenietgaan van de ondergeschikte aansprakelijkheid. De 'subsidiariteit', daarentegen, ziet op de *volgorde* waarin een crediteur zich moet verhalen op twee (of meer) verhaalsaansprakelijke personen.

Subsidiariteit kent verschillende vormen, variërend van de rechtsplicht om zich eerst te verhalen op het vermogen van de hoofdschuldenaar ('uitwinningssubsidiariteit'), en vervolgens steeds dalend in gewicht, tot de zedelijke plicht om de hoofdschuldenaar eerst om betaling te vragen. In het navolgende reserveer ik de term 'subsidiariteit' voor gevallen, waarin de crediteur (ten minste) eerst in rechte moet optreden tegen de hoofdschuldenaar alvorens een derde te kunnen aanspreken.

Accessoriëteit en subsidiariteit vinden beide hun oorsprong in het gegeven dat er meer dan één verhaalsaansprakelijkheid kan bestaan, maar daar houdt

35 De 'rechtshandeling' was immers al onderwerp geweest van een geding tussen crediteur en borg, zodat een tweede procedure over hetzelfde onderwerp was uitgesloten. Vgl. Kühling, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Bürgschaftsrecht*, Göttingen 1962, p.14-35.

36 Het is weinig aannemelijk dat hij *niet* werd bevrijd: Ep. Gai 2,9,2 (hieronder aangehaald, p.16 nt.68). Vgl. Levy, *BIDR* 14/15, 1951, p.208-211; Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni I: le garanzie personali*, Padua 1962, p.136. Zie vooral Sacconi, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milaan 1973, p.11 en 24-49. Recent: Steiner, 'Die praescriptio aus Gai 4,137 und ihre Bedeutung für das 'materielle' Bürgschaftsrecht', *ZSS* 123, 2006, p.185-187. Kühlings stelling (p.36-62) dat een 'fideiussor' naar het klassieke recht *evenmin* werd bevrijd door een procedure tegen de schuldenaar, heeft weinig bijval gekregen.

37 Vgl. Feenstra, in: *Études Macqueron*, p.302 nt.8. Zie, voor de ontwikkeling en toepassing van een dergelijke benadering op *goederenrechtelijke zekerheidsrechten*: Out, *Vormen van accessoriëteit. Een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht*, Leiden 2005.

iedere gelijkenis op.³⁸ Het accessoriëteitsbeginsel heeft tot doel om verdubbeling van de verzekerde schuld te voorkomen; het subsidiariteitsbeginsel heeft tot doel dat de lasten van een verzekerde schuld worden gedragen door degene die er voor draagplichtig is. Zo kan het gebeuren dat een verhaalsaansprakelijkheid accessoir is maar niet subsidiair: de crediteur heeft de vrije keuze (geen subsidiariteit), maar de uitoefening van die keuze heeft gevolgen voor een andere verhaalsaansprakelijkheid (wel accessoriëteit). Dit deed zich, bijvoorbeeld, voor bij de 'fideiussio'. Omgekeerd kan een crediteur verplicht zijn om zich te houden aan een verhaalsvolgorde (wel subsidiariteit) zonder dat er sprake is van een lotsverbondenheid (geen accessoriëteit) van twee verhaalsaansprakelijkheden. Het voorbeeld bij uitstek is de voorwaardelijke aansprakelijkstelling die bekend staat als 'fideiussio indemnitas'. De veelbesproken *accessoriëteit* van de Romeinse vormen van borgtocht is, zo volgt hieruit, van betrekkelijk weinig belang voor een bespreking van (het ontbreken van) *subsidiariteit*. Aan de accessoriëteit zal daarom slechts incidenteel aandacht worden besteed. Men dient echter te bedenken dat een regel omtrent de verbondenheid van twee aansprakelijkheden, zoals de regeling van procesconsumptie, een neveneffect kan hebben: een stipulatieborg kan, *uit de aard der zaak*, niet subsidiair verhaalsaansprakelijk zijn wanneer zijn aansprakelijkheid reeds teniet gaat door 'litis contestatio' met de hoofdschuldenaar.

I.2.1.3. Regres, schuldsplitsing en subrogatie

Het leerstuk van regres vooronderstelt dat de regresnemer een schuld heeft betaald voor een groter deel dan waartoe hij draagplichtig is in zijn verhouding tot andere verhaalsaansprakelijke personen. Het ontstaan van een regresvordering dient derhalve als correctie. Daaruit vallen echter geen conclusies te trekken omtrent een eventuele primaire of subsidiaire aansprakelijkheid van de regresnemer voorafgaand aan diens betaling. De crediteur kan zich immers wenden tot een verhaalsaansprakelijke derde *omdat* hij de vrije keuze heeft, of juist omdat hij *niet* de vrije keuze heeft en bij de hoofdschuldenaar geen volledige betaling heeft verkregen.

Hier moet opnieuw de rol van procesconsumptie worden benadrukt. Als eenmaal is vastgesteld dat een crediteur in het geheel niet kon procederen tegen een stipulatieborg nadat hij de hoofdschuldenaar in rechte had aangesproken, dan leidt dat ontegenzeggelijk tot de

38 Zo ook Dernburg, *Pandekten II*, § 78, p.212; Dernburg/Sokolowski, *System des römischen Rechts*, 8^e druk, Berlijn 1912, § 336, p.712: 'Mit der accessorischen Natur der Bürgschaft ist nicht zu identificiren ihre Subsidiariät, wonach der Bürge erst angegriffen werden kann, wenn der Gläubiger vom Hauptschuldner nichts mehr erlangen kann.' Anders, bijvoorbeeld (en in mijn ogen beslist onjuist): Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 12^e druk, Napels 1954, p.407 - 'Ma la conseguenza più decisa del principio dell'accessoriëte fu tratta soltanto da Giustiniano, quando accordò al fideiussore ... il *beneficium excussionis*.' Schindler (*Justinians Haltung zur Klassik*, Keulen/Graz 1966, p.37) laboreert helaas aan hetzelfde misverstand.

volgende conclusie. Als de crediteur zijn stipulatieborg in rechte kon dwingen tot betaling,³⁹ dusdanig dat daaruit een regresvordering ontstond, dan vormt dit laatste gegeven een bewijs voor de keuzemogelijkheid van de crediteur om eerst de borg in rechte aan te spreken. Hetzelfde geldt voor het voorrecht van schuldsplitsing, dat aan medeborgen was toegekend. Dankzij dit 'beneficium divisionis' kon een 'fideiussor' zijn aansprakelijkheid limiteren door de schuld om te slaan over zichzelf en alle solvete medeborgen.⁴⁰ In het licht van de procesconsumptie impliceert dit instituut dat eerst de stipulatieborgen tot betaling konden worden aangesproken; want nadat de hoofdschuldenaar was aangesproken, bestond er geen actie meer om te verdelen.⁴¹

Naar het klassieke Romeinse recht ontstond de regresvordering van een betalende stipulatieborg uit lastgeving of zaakwaarneming.⁴² Geen van beide gaf een vorderingsrecht tegen andere verhaalsaansprakelijke, *niet*-draagplichtige personen, zoals medeborgen⁴³ of derden-bezitters van met zekerheidsrechten bezwaarde goederen. Bovendien werd het regres op de hoofdschuldenaar niet ondersteund door enig zekerheidsrecht. Deze lacune werd gevuld door de crediteur zijn acties tegen de hoofdschuldenaar te laten cederen aan de borg. Deze vorm van contractuele subrogatie veronderstelde echter, in alle gevallen, dat de crediteur niet eerst zijn hoofdschuldenaar in rechte had aangesproken.⁴⁴ Als hij dit immers had gedaan, dan zou hij niet in staat zijn geweest om de acties tegen de hoofdschuldenaar te cederen omdat deze door procesconsumptie waren tenietgegaan. De mogelijkheid van cessie van acties sloot, anders gezegd, de mogelijkheid van een subsidiaire verhaalsaansprakelijkheid onder het klassieke recht uit.

Het bestaan van regres, maar vooral van subrogatie, impliceert dat een crediteur zich niet heeft gehouden aan de volgorde van uitwinning die het meest redelijk voorkomt, beginnend bij de hoofdschuldenaar. Aldus gezien probeert het voorrecht van uitwinning een oplossing vóór af te geven voor een probleem dat door middel van subrogatie achteraf wordt opgelost, te weten dat de 'verkeerde' (niet-draagplichtige) persoon wordt aangesproken tot verhaal. Als eenmaal is vastgesteld dat een verhaalsaansprakelijke derde door betaling wordt *gesubrogeerd*, dan rijst de vraag in hoeverre hij nog is gebaat bij een voorrecht van uitwinning. Wanneer de hoofdschuldenaar in staat is om de schuld (zelfs maar ten dele) te betalen, dan kan de betalende derde zich immers krachtens subrogatie even gemakkelijk verhalen als de crediteur. Het gaat het bestek van dit boek te buiten om de samenhang tussen subrogatie en het subsidiariteitsbeginsel verder te onderzoeken;

-
- 39 Bij deze vaststelling moet men bedenken dat de borg ook een regresrecht verkrijgt door eigener beweging over te gaan tot betaling.
- 40 G. 3,121. In het navolgende wordt geen verdere aandacht besteed aan het geval dat meer dan één persoon zich borg heeft gesteld.
- 41 Behoudens het geval, uiteraard, dat de stipulatieborgen zich verbonden hebben voor de 'actio iudicati'.
- 42 Kaser, *RP I*, § 155, p.665-666. Zie vooral: Wesener, 'Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht', *Labeo* 11, 1965, p.341-361.
- 43 Uiteraard behoudens een bijzondere contractuele relatie tussen de medeborgen: Wesener, *Labeo* 11, 1965, p.360. Zie voor mandaatborgen Frezza, *Garanzie I*, p.225.
- 44 Vgl. Litewski, 'Litis contestatio et obligations solidaires passives dans le bonae fidei iudicia en droit romain classique', *RH* 54, 1976, p.166.

het is echter alleszins opmerkelijk dat Justinianus in Novelle 4,1 niet alleen het *voorrecht van uitwinning* voor borgen introduceerde, maar ook een wettelijke regeling gaf voor hun *subrogatie*.⁴⁵

I.2.2 Stipulatieborgtocht

Na de voorgaande, algemene opmerkingen kan hier worden volstaan met een korte bespreking van de aansprakelijkheid van een borg uit stipulatie.⁴⁶ Het klassieke Romeinse recht kende drie vormen van borgstelling door middel van stipulatie, te weten de ‘sponsio’, ‘fidepromissio’ en ‘fideiussio’. Met de eerste twee stipulaties kon ook een zelfstandige verbintenis worden gevestigd,⁴⁷ terwijl de later tot ontwikkeling gekomen ‘fideiussio’ alleen werd gebruikt om een aansprakelijkheid als borg te vestigen.

De ‘sponsio’ was voorbehouden aan Romeinse burgers;⁴⁸ door middel van ‘fidepromissio’ konden ook vreemdelingen zich geldig verbinden. Voor zover zij als borgstelling werden gebruikt, dienden beide stipulaties slechts tot verzekering van een andere verbintenis uit stipulatie.⁴⁹ Dat was de belangrijkste reden om over te gaan tot de introductie van de ‘fideiussio’, die ook andere verbintenissen dan die uit stipulatie kon verzekeren.⁵⁰ Bovendien was de aansprakelijkheid uit ‘fideiussio’ overerfbaar, terwijl dit niet het geval was geweest bij de ‘sponsio’ en ‘fidepromissio’.⁵¹ Mogelijk is een derde motief voor de invoering van de ‘fideiussio’ geweest dat de positie van sponsor-borgen gedurende de Republiek was versterkt door bijzonderlijk daartoe strekkende wetgeving, hetgeen ten nadele was gekomen van de zekerheid van de crediteur. Zo beperkte de ‘lex Furia’ de aansprakelijkheid van sponsoren en fidepromissoren tot hun aandeel; dezelfde wet bepaalde bovendien dat deze borgen na twee jaar van aansprakelijkheid waren bevrijd.⁵²

Mede dankzij het succes van de ‘fideiussio’ waren de ‘sponsio’ en de ‘fidepromissio’ al vóór Justinianus in onbruik geraakt. In het Corpus Iuris zijn beide daarom tamelijk rigoureus verwijderd, voor zover zij in de bronnen nog voorkwamen, en vervangen door de ‘fideiussio’.⁵³ Afgezien van enige interpolatievermoedens, waarmee men voorzichtig moet zijn, berust de kennis van ‘sponsio’ en ‘fidepromissio’ als vorm van borgtocht daarom geheel

45 Wesener, *Labeo* 11, 1965, p.350.

46 Een stipulatie is een éézijdig verbintenisscheppende overeenkomst in vormelijke bewoordingen, die in aanwezigheid van partijen tot stand komt door vraag en antwoord: bijvoorbeeld ‘beloofd jij dat wordt gegeven – ik beloof het.’ Vgl. G. 3,92.

47 Levy, *Sponsio, Fidepromissio, Fideiussio: einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin 1907, p.29-30; Pastori p.86-92.

48 G. 3,93. Maar zie ook: Feenstra, in: *Rec. Jean Bodin* 28, p.313-314.

49 G. 3,119.

50 G. 3,119a. Vgl. Flume, *Akzessorietät*, p.36-38; Kühling p.36; Feenstra, in: *Rec. Jean Bodin* 28, p.315-316.

51 G. 3,120.

52 G. 3,121. De wet gold slechts in Italië.

53 Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, historisch-dogmatisch dargestellt I,1: das römische Recht*, Jena 1850, p.103-104; Flume, *Akzessorietät*, p.121-126; Pastori p.106-107; Liebs p.61; Sacconi p.19; Feenstra, in: *Rec. Jean Bodin* 28, p.316; Kaser, *RP II*, § 278, p.458.

op de Instituten van Gaius. Het is echter wel duidelijk dat de grondvorm van *alle* vormen van stipulatieborgtocht de passieve hoofdelijkheid was.⁵⁴ De stipulatieborg kon zijn aansprakelijkheid limiteren of zichzelf verbinden onder lichtere voorwaarden dan de hoofdschuldenaar, maar uit de formulering van zijn stipulatie vloeide ontegenzeggelijk voort, dat hij voor de door hem beloofde prestatie *hoofdelijk* aansprakelijk was met de schuldenaar. De formulering van de betreffende stipulaties is authentiek, aangezien zij is overgeleverd in de Instituten van Gaius.

G. 3,116: 'Een 'sponsor' wordt aldus bevraagd: 'beloofd gij dat hetzelfde wordt gegeven?' Een 'fidepromissor': 'beloofd gij trouw hetzelfde?' En een 'fideiussor' aldus: 'beveelt gij dat hetzelfde⁵⁵ op uw eer verschuldigd is?''⁵⁶

De formulering van de stipulatie bracht mee dat een stipulatieborg op dezelfde voet aansprakelijk was als de debiteur.⁵⁷ Hij had immers beloofd 'hetzelfde' te betalen, ongeacht of 'datzelfde' in een concreet geval terug sloeg op hetgeen de hoofdschuldenaar had beloofd, of op hetgeen de hoofdschuldenaar verschuldigd was. Als de crediteur zijn hoofdschuldenaar in rechte kon aanspreken tot betaling, dan kon hij de borg ook daartoe aanspreken. Naast deze materiële grond voor de keuzevrijheid van de schuldeiser, bestond er een formele grond van procesrechtelijke aard, die meebracht dat de schuldeiser de vrije keuze *moest* hebben tussen het aanspreken van borg en hoofdschuldenaar. Het betreft de zogenoemde consumerende werking van 'litis contestatio'.

54 Sacconi p.11; Diaz Bautista p.684-685. Aarzelend: Briguglio p.28-44.

55 Er is, met betrekking tot het veronderstelde verschil in accessoriëteit tussen 'sponsio' en 'fideiussio', een hoop geschreven over de precieze formulering van de stipulatie van een 'fideiussor'. Volgens D. 45,1,75,6 (Ulpianus) belooft een 'fideiussor' een 'certum' in antwoord op de vraag 'id fide tua esse iubes?', maar een 'sponsor' daarentegen een 'incertum' in antwoord op de vraag 'quod mihi Seius debet, dare spondes?'. Pomponius (D. 45,1,5,2) definieert, meer in het algemeen, 'adpromissores' als diegenen 'qui idem promittunt'. Aan het onderscheid tussen 'id' en 'idem' moet mijns inziens geen gewicht worden toegekend. Een verwijzing naar de hoofdschuld, op wat voor manier dan ook, ligt voor de hand bij een stipulatieborgtocht, of die nu door 'sponsio' of door 'fideiussio' wordt gevestigd. Accessoriëteit (en subsidiariteit) zijn van geheel andere factoren afhankelijk. Vgl. Feenstra, in: *Études Macqueron*, p.304-308; Apathy, *RIDA* 18, 1971, p.427-430; Kaser, *Ausgewählte Schriften II*, p.379; Sacconi p.17; en reeds Girtanner, *Die Stipulation und ihre Verhältniss zum Wesen der Vertragsobligation, insbesondere zum Creditum*, Kiel 1859, p.253-254. Anders: Girard/Senn p.799 nt.4; Flume, *Akzessorietät*, p.24-27 en *ZSS* 113, 1996, p.104; Pastori p.100; Kühling p.36-37; Briguglio p.14 nt.17 en p.26 nt.47; Steiner, *ZSS* 123, 2006, p.185-196.

56 G. 3,116: 'Sponsor ita interrogatur: 'idem dari spondes?' Fidepromissor: 'idem fidepromittis?' Fideiussor ita: 'idem fide tua esse iubes?''

57 Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts II*, 9^e druk, Frankfurt 1906, § 478, p.1093 nt.1; Girard/Senn p.803. Anders, zonder enige grond daarvoor te geven: Bonfante, *Corso di diritto romano IV: le obbligazioni*, Milaan 1979, p.163 ('Certamente già nel diritto classico erano responsabili in via sussidiaria gli sponsores').

I.2.2.1. Procesconsumptie (C. 8,40(41),28)

Door een procedure tegen de hoofdschuldenaar ging de schuld teniet. Dezelfde prestatie, dat wil zeggen betaling, kon niet tweemaal in rechte worden gevorderd: 'bis de eadem re ne sit actio'.⁵⁸ Deze regel strekte zich echter ook uit tot de aansprakelijkheid van de stipulatieborg. Een eerdere procedure tegen de hoofdschuldenaar sloot een daaropvolgende procedure tegen de borg dus uit. Het was, anders gezegd, dankzij de consumerende werking van 'litis contestatio' met de *hoofdschuldenaar* niet mogelijk om de *stipulatieborg* subsidiair in rechte aan te spreken tot betaling. Het beste bewijs⁵⁹ voor het bestaan van deze 'Konsumptionskonkurrenz' wordt, opvallend genoeg, geleverd door de constitutie waarmede zij door Justinianus in 531 is afgeschaft.

C. 8,40(41),28: [pr.] Wij vaardigen de algemene verordening uit dat de voor mandaatborggen⁶⁰ vastgestelde regel, inhoudende dat na het aanhangig maken van een geschil tegen één van hen de ander niet wordt bevrijd, evenzo in acht zal worden genomen voor fideiussors.⁶¹ [1] Immers ook in de garantieverklaringen van fideiussors vinden Wij zeer vaak dat op grond van een afspraak in een dergelijke situatie is voorzien. Daarom verordenen Wij in een algemene wet dat door de keuze voor één van de fideiussors of voor de schuldenaar zelf de [niet-gekozen] ander geenszins wordt bevrijd en dat, als de fideiussors gekozen zijn

-
- 58 Levy, *Konkurrenz I*, p.9. Zie, over de historische achtergronden van procesconsumptie: Liebs, 'Die Herkunft der 'Regel' bis de eadem re ne sit actio', *ZSS* 84, 1967, p.104-132; 'Die Klagenkonsumption des römischen Rechts', *ZSS* 86, 1969, p.169-191.
- 59 Anders: Kühling p.12, die de aangehaalde plaats slechts wil betrekken op het postklasieke recht. Zijn argument daartoe, 'dass dieses Recht im 6. Jahrhundert mit dem klassischen Recht identisch war, ist von vornherein zweifelhaft', zou ik willen omdraaien. Men dient juist te bewijzen dat het klassieke recht *niet* identiek is aan het Justiniaanse recht.
- 60 De mandaatborgtocht is een overeenkomst van lastgeving tussen borg en schuldeiser, krachtens welke de schuldeiser geld uitleent aan de schuldenaar en vervolgens de borg aansprakelijk kan stellen voor de kosten die zijn gerezen bij de uitvoering van de last. Zie verder p.26.
- 61 Volgens Schulz ('Interpolationen in den justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus vom Jahre 534', in: *Studi in onore di Pietro Bonfanti I*, Milaan 1930, p.359-360) had C. 8,40(41),28 oorspronkelijk (in 531) slechts betrekking op medeborgen onderling, en werd de tekst door de samenstellers van de Digesten uitgebreid tot de verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar. Dat lijkt mij – zonder *ander* daartoe strekkend keizerlijk voorschrift, hetgeen ontbreekt – hoogst onwaarschijnlijk. Zie over dit criterium: Zwolve, *BG*, nr. 72 en 75. Zoals Van der Wal heeft laten zien ('Die Textfassung der spätrömischen Kaiser Gesetze in den Codices', *BIDR* 22, 1980, p.26), is het grootste deel van het Codexmateriaal woordelijk ontleend aan de oorspronkelijke wetten, welke de samenstellers van de Codex ter beschikking stonden: te meer reden om aan te nemen dat een wet die veel dichterbij lag in de tijd, zonder een uitdrukkelijke opdracht daartoe niet is bewerkt. Bezwaren tegen de zinsnede 'electione unius ex fideiussoribus, vel ipsius rei, alterum liberari' kunnen worden ondervangen met de vaststelling dat de keizer aan twee gevallen heeft gedacht, te weten 1) twee medeborgen, van wie één wordt aangesproken; en 2) één borg en één hoofdschuldenaar die wordt aangesproken. Vgl. Levy, *BIDR* 14/15, 1951, p.209; Sacconi p.5. Anders (zoals Schulz): Liebs p.39-41; Kaser, *RP II*, § 277, p.456 nt.15.

of één van hen, de schuldenaar zelf geenszins bevrijding verkrijgt, als hij de schuldeiser geen genoegdoening verschaft, maar dat diens rechtspositie intact blijft totdat de geldsom hem volledig wordt betaald dan wel hem op een andere wijze genoegdoening wordt verschaft. [3] Indien dit immers bij gemaakte afspraken wordt toegestaan en Wij waarnemen dat dit in de dagelijkse praktijk altijd gangbaar is, waarom zou dit dan niet door de bepalingen zelf van de wet worden toegestaan teneinde te voorkomen dat de naïviteit van degenen die contracten aangaan in enig aspect het recht van de schuldeiser kan aantasten?⁶²

De datering van de constitutie is van belang. Zij verscheen na de uitvaardiging van de eerste Codex en vóór de uitvaardiging van de Digesten, maar nadat de opdracht tot vervaardiging van de Digesten reeds was gegeven.⁶³ Aangezien de Digesten als één wet uitgevaardigd zouden worden, en derhalve krachtens de 'lex posterior'-regel afbreuk zouden doen aan de rechtskracht van de hierboven aangehaalde constitutie, diende men het wetboek inhoudelijk aan te passen aan het nieuwe recht.⁶⁴ Toen de constitutie in de tweede Codex werd opgenomen, is waarschijnlijk in één moeite door het oudere keizersrecht op dit punt herzien.⁶⁵ Het Corpus Iuris is om deze redenen met betrekking tot de bevrijding door procesconsumptie op enige punten geïnterpoleerd, zodat daaruit het beeld van 'Solutionskonkurrenz' in plaats van 'Konsumptionskonkurrenz' oprijst, dusdanig dat een crediteur de borg ook kan aanspreken na een eerdere procedure tegen de hoofdschuldenaar.⁶⁶

-
- 62 C. 8,40(41),28 (Justinianus a.531): '[pr.] Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. [1] Invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus, vel ipsius rei, alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo satis ei fiat. [3] Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacumque parte possit ius creditoris mutilare?' De (hier niet geciteerde) tweede paragraaf geeft een gelijke regeling voor hoofdelijke schuldenaren. Ik wijk licht af van de vertaling van Spruit e.a.
- 63 Uitvaardiging eerste Codex: const. Summa (a.529). Uitvaardiging van Digesten en Instituten: const. Tanta / *Δέδωκεν* (a.533). Opdracht tot vervaardiging Digesten: const. Deo auctore (a.530). Vgl. Liebs p.38. De constitutie was waarschijnlijk niet opgenomen in de 'Quinquaginta decisiones': Honoré, *Tribonian*, Londen 1978, 142-146.
- 64 Bijvoorbeeld D. 30,8,1 (Pomponius). Datzelfde gold uiteraard voor de Instituten: vgl. I. 4,14,4.
- 65 Deze herziening was noodzakelijk. Als men dat *niet* zou hebben gedaan, dan was het gehele oude keizersrecht, zoals opgenomen in de eerste Codex, op dit punt 'zur Makulatur' geworden. De Digesten waren immers inhoudelijk aangepast en als constitutie ingevoegd in de tweede Codex (C. 1,17,2,23), zodat zij krachtens de 'lex posterior'-regel vóór gingen op de oudere constituties.
- 66 Levy, *BIDR* 14/15, 1951, p.212-214; Sacconi p.7-9; Kaser/Hackl, *RZP*, § 94 p.616-617. Zie ook, bij wijze van uitzondering, D. 46,1,60 (Scaevola). Anders: Liebs p.40.

Dat dit onder het klassieke recht⁶⁷ anders lag, wordt (behalve door C. 8,40(41),28 zelf) bevestigd door een aantal bronnen dat niet in de Digesten is opgenomen.⁶⁸

PS. 2,17,16: 'Door de keuze voor de principale debiteur ('electo reo') wordt de 'fideiussor' of zijn erfgenaam bevrijd; hetzelfde wordt niet in acht genomen bij mandaatborgen.'⁶⁹ Men vergelijk dit fragment bijvoorbeeld met C. 5,57,2,pr.: 'Het is een onbetwijfelde rechtsregel dat door het kiezen van de hoofdschuldenaar en diens betaling ('electo reo et solvente') de borg wordt bevrijd.'⁷⁰ 'Electo reo' betekent in dit verband steeds: aanspreken *in rechte*.⁷¹ Algemeen wordt daarom aangenomen dat de zinsnede 'et solvente' is toegevoegd.⁷² De borg werd immers bevrijd door het aanspreken van de hoofdschuldenaar, en hij werd uiteraard ook bevrijd door diens betaling; maar beide waren *voldoende* voorwaarden. Het was voor bevrijding niet nodig dat de debiteur werd aangesproken én betaalde.

Zolang de aansprakelijkheid van een borg en de aansprakelijkheid van de schuldenaar in een verhouding van wederzijdse procesconsumptie stonden, dat wil zeggen: tot 531, was het onmogelijk om eerst de hoofdschuldenaar in rechte te betrekken en vervolgens de stipulatieborg aan te spreken tot betaling. Men dient echter te beseffen dat de procesconsumptie niet tot *doel* had om een subsidiaire aansprakelijkheid te verijdelen. Integendeel, zij werkte ten voordele van de borg opdat er niet tweemaal dezelfde prestatie werd

67 De datering van de *Sententiae* is evenwel omstrede. Naar de heersende leer is het geschrift een vierde-eeuwse samenvatting van klassieke geschriften. Zie daarover: Kühling p.84-85; Briguglio p.163 nt.156.

68 Vgl. Ep. Gai 2,9,2 (*FIRA I*, p.253): 'Creditor autem, qui pecuniam dedit, in potestate habet ad reddendam pecuniam, quem velit tenere, utrum ipsum debitorem an fideiussorem. Sed si debitorem tenere elegerit, fideiussorem absolvet: si vero fideiussorem tenuerit, debitorem absolvet; quia uno electo, quem idoneum creditor iudicavit, alterum liberat.' Daarover: Kühling p.80-81; Briguglio p.164-164. Zie voor Cicero, *Ad Atticum* 16,15,2 hieronder, p.25. Vgl. Levy, *Konkurrenz I*, p.190. De stelling van Buckland (*A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1950, p.451) dat wederzijdse procesconsumptie een postklassieke vernieuwing is, kan tegenwoordig niet meer serieus worden genomen. Hij beroept zich op de vermelding van een 'palaios nomos' in Novelle 4: maar het is onwaarschijnlijk dat Justinianus een klassieke regel (die hij, aldus Buckland, als zodanig kende) terzijde zou hebben gelaten ten faveure van postklassieke regels, bij de vervaardiging van Digesten en Codex. Kühlings stelling (p.38-62) dat de 'fideiussio' pas in het postklassieke recht aan wederzijdse procesconsumptie is onderworpen, berust op drie gedachten: 1) dat C. 8,40(41),28 geen bewijs oplevert voor het klassieke recht; 2) dat alle relevante plaatsen (p.63-77 en 80) zijn geïnterpoleerd, en oorspronkelijk betrekking hadden op de 'sponsio'; 3) dat er een verschil in procesconsumptie moet zijn geweest tussen de oudere 'sponsio' en de nieuwere 'fideiussio'. Zelfs als het eerste en tweede waar zouden zijn, wat ik betwijfel, dan nog is het derde een *petitio principii*.

69 PS. 2,17,16 (*FIRA II*, p.344): 'Electo reo principali fideiussor vel heres eius liberatur. Non idem in mandatoribus observatur.'

70 C. 5,57,2,pr. (Alexander a.225): 'Non est ambigui iuris electo reo et solvente fideiussorem liberari.'

71 Vgl. Levy, *Konkurrenz I*, p.45; Kühling p.34.

72 Keller p.437 nt.5; Rotondi, 'Appunti sulla stipulatio rem pupilli salvam fore', in: *Scritti giuridici II: studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milaan 1922, p.286-288; Levy, *BIDR* 14/15, 1951, p.213; Kühling p.32-33; Liebs p.41 nt.18; Sacconi p.35.

gevorderd.⁷³ Deze regel was, welbeschouwd, nadelig voor de crediteur, die met lege handen stond als hij na de executie van een veroordelend vonnis geen volledige betaling had verkregen. Het is om deze reden dat men – kennelijk – in de praktijk steeds de procesconsumptie trachtte te omzeilen. Justinianus verwijst naar die praktijk in C. 8,40(41),28,1 en 3, en geeft zelfs uitdrukkelijk het motief voor de afschaffing van procesconsumptie: men trachtte haar steeds te omzeilen, wat door de ‘simplicitas’ van de contracterende partijen soms mislukte, zodat het recht *van de crediteur* om volledige betaling te verkrijgen werd aangetast. De afschaffing van procesconsumptie was ingegeven, aldus Justinianus, door de wens om *crediteuren* in bescherming te nemen. Aldus bezien, kan men niet zeggen dat Justinianus de procesconsumptie afschafte om het pad te effenen voor subsidiaire aansprakelijkheid van de borg.⁷⁴

1.2.2.2. Keuzevrijheid en afstand daarvan (C. 8,40(41),5)

Zoals hierboven is aangegeven, vloeide de primaire aansprakelijkheid van een borg niet hoofdzakelijk voort uit het verschijnsel van procesconsumptie, maar vooral uit de aard van de stipulatieborgtocht, die leidde tot een hoofdelijke verbintenis. De *afschaffing* van de procesconsumptie in 531 maakte het daarom ook niet nodig om verandering te brengen in de bestaande keuzevrijheid van de crediteur.⁷⁵ Zo kan worden verklaard waarom deze keuzevrijheid, ondanks afschaffing van de procesconsumptie, *niet* uit de bronnen is verwijderd. Zoals eerder vermeld, werd dit keuzerecht bevestigd in tal van rescripten.⁷⁶

C. 8,40(41),5: ‘Naar ons recht heeft de schuldeiser de bevoegdheid om met voorbijgaan van de schuldenaar de borgen te kiezen, tenzij wordt aangetoond dat tussen de contractanten iets anders overeengekomen is.’⁷⁷

-
- 73 Het lijkt mij – om dezelfde reden – dat ‘litis contestatio’ met de borg leidde tot bevrijding van de hoofdschuldenaar. Dit is niet de plaats om deze controverser verder te bespreken; ik merk slechts op dat men algemeen aanneemt dat (onder het klassieke recht) een borg slechts cessie van acties (contractuele subrogatie) kon vorderen tot aan het moment van ‘litis contestatio’. Dit standpunt veronderstelt dat de verbintenis van de hoofdschuldenaar inderdaad tenietging door ‘litis contestatio’ met de borg; anders zou de laatste immers cessie van acties kunnen verlangen tot aan het moment van betaling.
- 74 Zo ook Schindler p.42. De afschaffing van procesconsumptie was uiteraard wel noodzakelijk voordat Nov. 4,1 kon worden uitgevaardigd. Vgl. Rotondi p.288-289.
- 75 Dat gebeurde pas enige jaren later, middels de (hieronder besproken, p.61 e.v.) Novelle 4 van 535 na Christus. Vgl. Girard/Senn p.804-805.
- 76 Naast de in de tekst genoemde wijs ik op C. 5,57,1 (Alexander, a.224) en C. 8,40(41),3,pr. (Severus en Antoninus, a.208). Zie ook C. 8,40(41),19, hierboven aangehaald, p.4 nt.9; en C. 8,40(41),28,1, hierboven aangehaald op p.14-15. Ep. Gai 2,9,2 (aangehaald op p.16 nt.68) bevestigt eveneens de keuzevrijheid van de schuldeiser.
- 77 C. 8,40(41),5 (Antoninus a.214): ‘Iure nostro est potestas creditoris relicto reo eligendi fideiussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.’

Wat opvalt aan dit rescript is niet zozeer de bevoegdheid om de borg onmiddellijk aan te spreken, welke bevoegdheid buiten iedere twijfel stond, maar dat de keizer de moeite nam om erop te wijzen dat partijen ook *iets anders* konden overeenkomen. In het licht van de procesconsumptie wekt dit enige bevreemding. Als partijen zonder meer waren overeengekomen dat de crediteur eerst de hoofdschuldenaar zou aanspreken, dan stond de crediteur vervolgens met lege handen als hij aan die afspraak gehoor gaf en geen volledige betaling verkreeg.⁷⁸ Men dient echter te beseffen dat de procesconsumptie (behalve in een 'iudicium legitimum')⁷⁹ niet van rechtswege plaatsvond, maar gestalte kreeg door de 'exceptio rei iudicatae',⁸⁰ die door de gedaagde in een tweede procedure op dezelfde grondslag kon worden opgeworpen. Uiteraard kon de borg afstand doen van een beroep op deze exceptie, die immers slechts te zijnen behoeve was verleend.⁸¹ Dan rijst echter de vraag waarom een borg geneigd zou zijn om afstand te doen; het antwoord is betrekkelijk eenvoudig. Door afstand te doen van een beroep op bevrijding door procesconsumptie, werd de mogelijkheid geopend dat de crediteur vervolgens afstand deed van zijn keuzevrijheid en zichzelf aan een verhaalsvolgorde bond.⁸² Beide partijen waren gebaat bij een dergelijk beding.⁸³ de crediteur, omdat hij twee kansen had voor verhaal; en de borg, omdat hij subsidiair aansprakelijk was, zodat zijn regresrisico werd verkleind. Justinianus gaf aan in C. 8,40(41),28,3 (hierboven aangehaald), dat dergelijke afspraken 'semper in usu quotidiano' waren geweest.⁸⁴ De afspraken hier-

78 Het lijkt mij dat Justinianus dit probleem op het oog had, toen hij in C. 8,40(41),28,3 verwees naar de 'simplicitas suscipientium contractus' die het recht van de *crediteur* 'possit mutilare'.

79 Een 'iudicium legitimum' is een vonnis, uitgesproken door een Romeinse rechter in een procedure tussen Romeinse burgers binnen de banmijl van de stad Rome. Door een dergelijk vonnis ging het vorderingsrecht van de eiser van rechtswege teniet. Zie verder Kaser/Hackl, *RZP*, § 23, p.162 en § 43, p.301.

80 Keller p.439-441; Lenel, *Das edictum perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3^e druk, Leipzig 1927, p.506-511; Levy, *Konkurrenz I*, p.54-71; Kaser/Hackl § 43, p.302 en § 94, p.615.

81 Girard/Senn p.804; Buckland p.451. Anders: Keller p.562-564; Schindler p.42. Vgl. C. 2,3,20,1 (Justinianus, a.531): 'Regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare.'

82 Zo reeds Girtanner *I,1*, p.111.

83 Girtanner *I,1*, p.130; Schindler p.40; Gonzalez Sanchez, 'Fideiussio indemnitis: ¿forma de fianza o promesa de garantía?', in: *Estudios jurídicos en homenaje al Alvarez Suárez*, Madrid 1978, p.199; Knütel, 'Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürger', in: *Festschrift für Werner Flume I*, Keulen 1978, p.568; Zimmermann p.137.

84 Volgens Frezza (*Garanzie I*, p.139-140) verwees Justinianus naar het beding dat is bedoeld in C. 8,40(41),5 en C. 8,40(41),19; volgens Voci ('La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini', *IURA* 21, 1970, p.149) verwees de keizer daarentegen naar de 'fideiussio indemnitis'. Ik zie geen wezenlijk verschil tussen beide opvattingen. Zo ook Girard/Senn p.803-804; Briguglio p.46-47. Zie verder: Girtanner *I,1*, p.110-111; Sacconi p.5 nt.12; Gonzalez Sanchez p.195; Zimmermann p.127 nt.89.

omtrent konden uiteraard alle mogelijke vormen aannemen,⁸⁵ maar in de bronnen worden twee bedingen uitdrukkelijk genoemd. Het betreft de constructies die worden aangeduid als ‘mandatum agendi’ en ‘fideiussio indemnitis’.

Ik wijs er terzijde op dat de *mogelijkheid* om een borg onmiddellijk aan te spreken tot betaling, nog niet betekende dat deze handelswijze voor de crediteur verkieslijk was.⁸⁶ Onder omstandigheden kon het aanspreken van de borg vóór de hoofdschuldenaar in strijd komen met de maatschappelijke betamelijkheid.⁸⁷ Het moderne Nederlandse recht heeft zich dienaangaande niet ver van het klassieke Romeinse recht verwijderd.⁸⁸ Naar het huidige Nederlandse recht is er bovendien een tweede reden om de borg niet als eerste aan te spreken. De betalende borg deelt door subrogatie met gelijke rang als de crediteur in diens overige zekerheidsrechten, wanneer de vordering niet volledig is voldaan.⁸⁹ Daarop behoeft de crediteur naar Romeins recht niet beducht te zijn. Als hij de borg aansprak, moest hij de goederenrechtelijke zekerheidsrechten aan de betalende borg overdragen; maar hij behoeft dit alleen te doen wanneer hij *volledige* betaling had verkregen.⁹⁰ Aldus werd hij door de subrogatie van de borg nooit in zijn eigen verhaalsmogelijkheden aangetaast. Eén en ander brengt mee dat de crediteur (in beginsel) geen positief belang had om eerst de debiteur in rechte aan te spreken. Het was hem, kort gezegd en afgezien van de procesconsumptie, om het even of hij zich verhaalde op borg of hoofdschuldenaar, zolang hij maar spoedige en volledige betaling verkreeg.

‘Mandatum agendi’ (D. 17,1,22,2)

Als er bij het aangaan van de stipulatieborgtocht niet anders was overeengekomen, dan was de borg hoofdelijk aansprakelijk en kon de crediteur, zoals gezegd, kiezen wie hij tot betaling wenste aan te spreken. Vaak zal de schuldeiser bereid zijn geweest, op verzoek van de borg, om de debiteur eerst in rechte aan te spreken tot betaling, zolang hij maar werd beveiligd tegen de consequenties van procesconsumptie. De constructie die bekend staat als het ‘mandatum agendi’⁹¹ kwam hieraan tegemoet.

D. 17,1,22,2: ‘Soms komt het voor dat ik mijn eigen zaken beheer en toch een aangepaste actie uit lastgeving heb, bijv. ... wanneer ik op verzoek van de borg tegen de hoofdschuldenaar de actie instel. Hoewel het namelijk een mij toekomende schuld is die ik in rechte

85 Anders: Schindler p.41. Zie, voor de constructie van ‘mutua fideiussio’ (D. 46,1,11,pr.) Voci p.144-149; Frezza, ‘La ἀλληλεγγύη nella legislazione di Giustiniano’, in: *Eranion in honorem Maridakis I*, Athene 1963, p.139.

86 Anders: Weiss, *Pfandrechtliche Untersuchungen I*, Weimar 1909, p.46. Hij geeft echter geen ander argument dan de Romeinse voorliefde voor borgtocht boven goederenrechtelijke zekerheid.

87 Zie hieronder, p.24-26.

88 Evenwel strekt de norm om niet eerst de borg aan te spreken naar Nederlands recht tot bescherming van de borg, en naar Romeins recht tot bescherming van de hoofdschuldenaar. Zie hieronder, p.24 en 272-277.

89 Zie p.361 e.v.

90 C. 8,40(41),2,1 (Severus en Antoninus, a.207). Dit probleem doet zich bijvoorbeeld voor als de borg zijn aansprakelijkheid heeft gelimiteerd: I. 3,20,5.

91 Sokolowski, *Die Mandatbirgenschaft nach römischem und gemeinem Recht*, Halle 1891, p.77; Girtanner *I,1*, p.110-111.

opeis, behartig ik niettemin ook zijn zaken; dus wat ik te weinig krijg, zal ik met de actie uit lastgeving moeten verkrijgen.⁹²

De borg gaf een opdracht aan de schuldeiser om de hoofdschuldenaar in rechte aan te spreken tot betaling.⁹³ Zulks geschiedde, maar na 'litis contestatio' met de hoofdschuldenaar kon de crediteur geen volledige betaling verkrijgen. Nu was de borg door procesconsumptie bevrijd uit zijn verbintenis als borg, maar als lastgever was hij uit een nieuwe verbintenis⁹⁴ gehouden tot vergoeding van alle kosten die zijn lasthebber, de crediteur, had gemaakt bij de uitvoering van de last. Deze 'kosten' bedroegen de schade die de crediteur had geleden doordat zijn vorderingsrecht was vervallen zonder dat hij volledige voldoening had verkregen, te weten het onbetaalde bedrag.

Met deze constructie kon een reeds bestaande⁹⁵ stipulatieborgtocht worden omgezet in een subsidiaire aansprakelijkheid. Na de afschaffing van de procesconsumptie, in 531, waren crediteuren niet langer gebaat bij een 'mandatum agendi'; en zeker niet als de borg zich toch al hoofdelijk aansprakelijk had gesteld.⁹⁶ De constructie komt daarom in het Corpus Iuris maar op drie plaatsen voor,⁹⁷ en in twee gevallen slechts als illustratie van de regel dat een lastgeving geldig tot stand komt zolang zij niet alleen in het belang is van de lasthebber. De borg had kennelijk, zo veronderstelde men, belang bij de uitvoering van de last; dat wil zeggen, bij het feit dat hij niet onmiddellijk werd aangesproken.

'Fideiussio indemnitis' (D. 45,1,116)

De werking van een 'mandatum agendi' hing af van de bereidheid van de schuldeiser om de last te aanvaarden. Het is daarom niet verwonderlijk dat er een tweede manier bestond om de gevolgen van procesconsumptie te ver-

92 D. 17,1,22,2 (Paulus, XXXII ad Ed.): 'Interdum evenit, ut meum negotium geram et tamen utilem habeam mandati actionem: veluti ... cum rogatu fideiussoris cum reo experior: nam quamvis debitum meum persequar, nihilo minus et illius negotium gero: igitur quod minus servavero, consequar mandati actione.'

93 Als de crediteur na aanvaarding van de opdracht alsnog de borg aansprak, dan zou hij worden afgeweerd met de 'exceptio doli'.

94 Girtanner I,1, p.111; Girard/Senn p.804; Knütel p.567 nt.48.

95 Een 'mandatum agendi' voorafgaand aan de borgstelling is een last die slechts in het belang is van de lasthebber, en daarom rechtens niet afdwingbaar. Vgl. D. 17,1,2,pr. en 6 (Gaius).

96 Theophilus vraagt zich in *Paraphrasis* 26,2 af waarom een crediteur het 'mandatum agendi' eigenlijk zou accepteren. Dat was, bezien vanuit de tijd waarin de *Paraphrasis* is ontstaan (a.533/534, zie daarover Scheltema, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden 1970, p.18; Van der Wal/Lokin p.41), een goede vraag: de procesconsumptie was afgeschaft maar de subsidiaire aansprakelijkheid van borgen was nog niet ingevoerd. Vgl. Arangio Ruiz p.408. Theophilus komt met de alleszins bevredigende verklaring dat de borg wellicht bereid was aanvullende zekerheid te stellen in de vorm van een pandrecht, voor de nakoming van zijn verplichtingen uit het mandaat. Anders dan Ferrini meende (*Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessoris*, Berlijn 1884, reprint: Aalen 1967, p.365 nt.a), is de opmerking niet geïnterpoleerd, maar juist zeer tijdspecifiek.

97 Dat zijn, naast de aangehaalde plaats, I. 3,26,2 en D. 27,7,7 (aldaar versterkt door een stipulatie). Vgl. Frezza, *Garanzie I*, p.139.

mijden.⁹⁸ Dit was de constructie die bekend staat als ‘fideiussio indemnitatis’, waardoor men reeds bij het aangaan van de stipulatie een subsidiaire aansprakelijkheid kon vestigen die niet werd geraakt door procesconsumptie met de debiteur, maar, integendeel, juist die procesconsumptie veronderstelde.

D. 45,1,116: ‘Als u van Titius 10.000 sestertiën stipuleert en daarna van Maevius het bedrag dat u van Titius niet zult kunnen innen, kan Maevius zonder twijfel het risico van de gehele som dragen. Maar ook als u de 10.000 sestertiën van Titius hebt opgeëist, zal Maevius nog niet vrij zijn, tenzij Titius aan het vonnis heeft voldaan. Paulus tekent hierbij aan: er zijn hier namelijk niet twee hoofdelijke schuldenaren in één en dezelfde verbintenis, maar Maevius is schuldenaar onder de voorwaarde dat de geldsom van Titius niet geïnd kan worden. Zodoende wordt Maevius – van wie nog onzeker is of hij schuldenaar zal worden – ook niet bevrijd zodra Titius is aangesproken, en als Titius betaalt, wordt Maevius – die immers geen schuldenaar was – niet bevrijd, aangezien de voorwaarde van de stipulatie onvervuld blijft en ook kan Maevius hangende de voorwaarde niet terecht worden aangesproken; want van Maevius kan niet geldig worden geëist voordat het vermogen van Titius volledig is uitgewonnen.’⁹⁹

De stipulatieborg ging hier een verbintenis aan onder opschortende voorwaarde.¹⁰⁰ Wanneer de crediteur na uitwinning¹⁰¹ van het vermogen van de debiteur (‘excussio’) nog geen volledige voldoening had verkregen, was de voorwaarde vervuld en kon de borg in rechte worden aangesproken. Men kon in dat verband niet spreken van ‘bevrijding’ van de borg door procesconsumptie, omdat diens verbintenis naar de voorstelling van Romeinse juristen¹⁰² nog niet bestond¹⁰³ zolang de voorwaarde niet was vervuld. Als

98 Levy, *BIDR* 14/15, 1951, p.216; Schindler p.40; Zimmermann p.127. De ‘fideiussio indemnitatis’ is problematisch voor Kühling in verband met diens stelling dat een ‘fideiussor’ naar het klassieke recht niet werd bevrijd door ‘litis contestatio’ met de schuldenaar. Hij betoogt daarom (p.56-60), geheel consequent, dat deze constructie is ontstaan uit de ‘sponsio’ ter verzekering van een ‘stipulatio rem pupilli salvam fore’ (zie daarover hieronder, p.31 e.v.); alle plaatsen die indemniteitsborgtocht in verband brengen met ‘fideiussio’ moeten dan geïnterpoleerd zijn. Zulks is de consequentie van het ver doorgevoerde theoretische construct van de ‘zelfstandigheid’ van ‘sponsio’ en de ‘accessoriëteit’ van ‘fideiussio’.

99 D. 45,1,116 (Papinianus, *IV quaest.*): ‘Decem stipulatus a Titio postea, quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire. Sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit. Paulus notat: non enim sunt duo rei Maevius et Titius eiusdem obligationis, sed Maevius sub condicione debet, si a Titio exigi non poterit: igitur nec Titio convento Maevius liberatur (qui an debiturus sit, incertum est) et solvete Titio non liberatur Maevius (qui nec tenebatur), cum condicio stipulationis deficit, nec Maevius pendente stipulationis condicione recte potest conveniri: a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur.’ Ik wijk licht af van de vertaling van Spruit e.a.

100 Rotondi p.276; Frezza, *Garanzie I*, p.137; Gonzalez Sanchez p.195; Knütel p.570-571. Vgl. D. 46,1,16,6 (Julianus), ‘verisimile est id actum’.

101 Sokolowski p.7; Rotondi p.276; Girard/Senn p.803-804; Frezza, *Garanzie I*, p.138; Gonzalez Sanchez p.199; Knütel p.568.

102 Zie ook D. 12,1,42,pr. (Celsus) en D. 46,3,21 (Paulus).

103 Out, ‘Bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen’, *Gr.O.M.* 19, 2002, p.67-71.

de voorwaarde definitief niet intrad, bijvoorbeeld in geval van volledige betaling door de debiteur, was daarom ook nooit een verbintenis ontstaan tussen borg en crediteur.¹⁰⁴ De vorderingen van de crediteur tegen debiteur en borg concurreerden hier dus in het geheel niet, noch tot het moment van 'litis contestatio', noch tot de betaling.

De aansprakelijkheid uit borgtocht ontstond hier pas nadat de hoofdschuld was tenietgegaan door procesconsumptie. Er is om deze reden wel betoogd dat 'die Indemnitätspromission wegen der Konsumptionswirkung der Litiskontestation keine Bürgschaft sein kann.'¹⁰⁵ Een borgtocht, zo is de onderliggende gedachte, veronderstelde een geldige hoofdschuld, terwijl in het onderhavige geval een zelfstandige verbintenis ontstond door de vervulling van de voorwaarde. Dat lijkt mij minder juist. Wederzijdse procesconsumptie was (evenals hoofdelijkheid) een *gevolg* van de gesloten stipulatie: de samenhang tussen de stipulatie van de borg en de verbintenis van de hoofdschuldenaar kon leiden tot de conclusie dat zij 'eadem res' waren,¹⁰⁶ zodat rechtsfeiten met betrekking tot de ene rechtsverhouding moesten doorwerken in de andere. Evenals bij een 'gewone' 'fideiussio' werd bij 'fideiussio indemnitis' wel degelijk verwezen naar de hoofdschuld,¹⁰⁷ uit de formulering van de indemniteitsborgtocht bleek echter dat de twee verbintenissen niet verplichtten tot een identieke prestatie.¹⁰⁸ Ik zie dus geen reden waarom men de 'fideiussio indemnitis' niet zou omschrijven als een vorm van borgtocht, dat wil zeggen: als een aansprakelijkstelling voor een vreemde schuld.

Een andere, maar verwante vraag is of 'fideiussio' wel het geëigende middel was om de 'fideiussio indemnitis' aan te gaan. Na 'litis contestatio' met de debiteur bestond een *zelfstandige* verbintenis van de borg uit stipulatie, terwijl de hoofdschuld, waarnaar deze stipulatie verwees, reeds was tenietgegaan. Als de 'fideiussio' inderdaad slechts een *accessoire* aansprakelijkheid kon vestigen, zoals algemeen wordt aangenomen,¹⁰⁹ dan ligt het veel meer in de rede dat daarvoor oorspronkelijk de 'sponsio' werd gebruikt, die immers een zelfstandige verbintenis kon vestigen.¹¹⁰ Inderdaad werd volgens D. 50,16,150 aan de

104 Zie ook D. 46,3,21 (Paulus). Gonzalez Sanchez p.196.

105 Flume, *Akzessorietät*, p.60. Zo ook: Sokolowski p.7; Gonzalez Sanchez p.194-195. Frezza (*Garanzie I*, p.138) spreekt van een 'analogia della funzione economica delle due fattispecie negoziali di struttura diversa'. Ik zie niet in waarom men daarvoor niet – gelet op de economische functie – de *moderne* term 'borgtocht' zou kunnen gebruiken. Vgl. Briguglio p.176 nt.181.

106 Levy, *Konkurrenz I*, p.180-182; Pastori p.85; Kaser/Hackl, *RZP*, § 43, p.304. Niet 'eadem causa', zoals Kühling (p.2-3) terecht opmerkt, als men tenminste daaronder 'dezelfde rechtshandeling' wil verstaan; maar beide aansprakelijkheden strekten tot dezelfde *prestatie*.

107 Vgl. D. 46,2,6,pr. (Ulpianus) met D. 45,1,75,6 (Ulpianus).

108 Ik merk op dat bij de (hierna te bespreken) mandaatborgtocht evenmin sprake was van een identieke prestatie van debiteur en borg, zodat de procesconsumptie – logischerwijze – evenmin wederzijdse bevrijding tot gevolg had.

109 Flume, *Akzessorietät*, p.56 en *ZSS* 113, 1996, p.110; Kaser, *RP I*, § 155 p.663.

110 Sokolowski p.6-7; Levy, *Sponsio*, p.7; Flume, *Akzessorietät*, p.57-60; Frezza, *Garanzie I*, p.137; Sacconi p.34-35.

voorwaardelijke borg gevraagd: 'belooft u ('spondes') zoveel te geven als ik niet van Titius zal hebben verkregen?'¹¹¹ Op enige andere plaatsen gebruikte men de neutrale term 'stipulatie' om te beschrijven hoe de voorwaardelijke aansprakelijkheid tot stand komt.¹¹² Maar in C. 5,57,2,2 is een 'fideiussor' aansprakelijk voor hetgeen van de hoofdschuldenaar niet kan worden verkregen.¹¹³ Er wordt wel betoogd dat deze plaats dienaangaande geïnterpoleerd is,¹¹⁴ maar het enige argument daarvoor is de veronderstelde volledige accessoriëteit van de 'fideiussio'. Het moderne begrip accessoriëteit was het Romeinse recht als zodanig echter onbekend.¹¹⁵ Het 'accessio'-beginsel gaf slechts aan dat de bijkomende aansprakelijkheid niet meer kon omvatten dan de hoofdschuld.¹¹⁶ De omvang van de hoofdschuld behoefde bij het aangaan van de 'fideiussio' bovendien niet vast te staan.¹¹⁷ Nu verbond een indemniteitsborg zich voor een bedrag dat ten hoogste gelijk was aan de hoofdschuld, en wellicht lager: het 'accessio'-beginsel werd aldus gerespecteerd. De 'fideiussio indemnitis' verschilde alleen in zoverre van een gewone 'fideiussio', dat doorwerking van procesconsumptie uitdrukkelijk was uitgesloten.¹¹⁸ De bepalingen omtrent indemniteitsborgtocht behoeven dus niet noodzakelijk geïnterpoleerd te zijn: deze vorm van borgtocht kon door een 'sponsio', maar ook door een 'fideiussio' worden gevestigd.¹¹⁹

Nadat Justinianus de procesconsumptie voor stipulatieborgtocht had afgeschaft, zal veel minder gebruik zijn gemaakt van de indemniteitsborgtocht.¹²⁰ De crediteur had daarna immers geen belang meer bij een dergelijk beding. Daaraan voorafgaand moet er in de praktijk veel gebruik zijn gemaakt van bedingen zoals de 'fideiussio indemnitis', teneinde de procesconsumptie te omzeilen. Met enige regelmaat wezen de keizers er tenminste in hun rescriptenpraktijk op dat de crediteur een vrije keuze toekwam – tenzij partijen anders waren overeengekomen.¹²¹

-
- 111 D. 50,16,150 (Gaius, *IX ad legem Iul. et Pap.*): 'Si ita a te stipulatus fuero: 'quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes?', non solet dubitari, quin, si nihil a Titio fuero consecutus, totum debeas quod Titius debuerit.'
- 112 D. 12,1,42,pr. (Celsus); D. 46,3,21 (Paulus); D. 45,1,116 (Papinianus).
- 113 C. 5,57,2,2 (Alexander, a.225): 'Plane si stipulatio rem salvam fore interposita est vel cautum est in id, quod a tutore seu curatore servari non potest, manet fideiussor obligatus ad supplendam tibi indemnitem.' Vgl. ook de contractuele subsidiariteit ('mandatum agendi') in D. 27,7,7 (Papinianus). In D. 46,2,6,pr. (Ulpianus) wordt vermeld dat er geen novatie plaatsvond als er als volgt werd gestipuleerd: 'quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum fideiubes?' De vraag of er novatie plaatsvond was echter slechts relevant bij de 'sponsio', die immers ook een zelfstandige verbintenis kon scheppen. Onjuist: Buckland p.451 nt.8.
- 114 Kühling p.32; Liebs p.61; Sacconi p.35. Anders, in zoverre: Rotondi p.286 nt.3.
- 115 Levy, *BIDR* 14/15, 1951, p.209; Pastori p.97; Feenstra, in: *Études Macqueron*, p.302-303.
- 116 G. 3,126 en I. 3,21,5: 'nec plus in accessione esse potest quam in principali re.' Feenstra, in: *Rec. Jean Bodin* 28, p.300; Flume, *ZSS* 113, 1996, p.110; Briguglio p.15-16.
- 117 D. 46,1,55 (Paulus); D. 46,1,63 (Scaevola).
- 118 Vgl. Rotondi p.277 nt.1.
- 119 Knütel p.569.
- 120 Girtanner *I,1*, p.113; Gonzalez Sanchez p.199. Justinianus wees er in C.8,40(41),28,3 (hierboven aangehaald, p.15) bovendien op dat hij een bestaande praktijk tot wet wenste te verheffen.
- 121 C. 8,40(41),5 (hierboven aangehaald, p.17) en C. 8,40(41),19 (aangehaald op p.4 nt.9).

I.2.2.3. Zedelijke plichten (D. 47,10,19)

De bijzondere bedingen die in het voorgaande zijn beschreven leidden, in afwijking van de hoofdregel, tot een subsidiaire aansprakelijkheid van de stipulatieborg. Het motief daarvoor was echter *niet* gelegen in bescherming van de borg, maar in de wens van *crediteuren* om te beschikken over een tweede verhaalsmogelijkheid als de eerste ontoereikend was. Als niets bijzonders was overeengekomen, had een crediteur (tot aan 'litis contestatio') rechtens de vrije keuze tussen het aanspreken van hoofdschuldenaar en borg. Deze keuzevrijheid werd enigszins ingeperkt door de zedelijke plicht om eerst de draagplichtige hoofdschuldenaar aan te spreken. Men dient echter te beseffen dat deze plicht niet bestond jegens de borg,¹²² maar jegens de hoofdschuldenaar zelf.

D. 47,10,19: 'Als mijn schuldeiser, aan wie ik bereid ben te betalen, mijn borgen heeft aangemaand om mij te krenken, is hij aansprakelijk met de krenkingsactie.'¹²³

Een crediteur diende zorgvuldig om te gaan met de reputatie van zijn debiteur. Binnen de patronaatsverhoudingen, die vaak aan borgtocht ten grondslag lagen, was het niet gepast een borg te laten betalen. De debiteur had er belang bij zelf zijn schuld te voldoen, om niet als risicovol bekend te staan.¹²⁴ Bovendien werkte een veroordelend vonnis uit de regresactie van de betalende borg infamerend jegens de debiteur.¹²⁵ Als de crediteur dus tegen een borg procedeerde en aldus – opzettelijk¹²⁶ – voorbij ging aan de betalingswillige debiteur, dan schond hij niet alleen diens eer en aanzien, maar verplichtte hij deze in feite ook tot onmiddellijke terugbetaling aan de borg.

122 De relatie tussen een crediteur en een stipulatieborg werd niet beheerst door de goede trouw, maar door de termen van de stipulatie: D. 46,1,62 (Scaevola). Vgl. Knütel p.566-567 en reeds Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten III*, 7^e druk, Marburg/Leipzig 1869, § 578, p.141. Anders, en onjuist: Levy, *Sponsio*, p.41.

123 D. 47,10,19 (Gaius, *XXII ad Ed. prov.*): 'Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriarum tenetur.'

124 De schuldenaar die aan zijn crediteur of aan de borg mededeelde dat hij niet in staat was om te betalen, werd onmiddellijk infaam: Kaser, 'Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregreß', *ZSS* 100, 1983, p.127. Zie ook: Raber, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wenen/Keulen/Graz 1969, p.68.

125 Voor zover het een 'actio depensii' of een 'actio mandati contraria' ('in factum': Lenel, *EP*, p.296) betrof: Kaser, *ZSS* 100, 1983, p.127-130.

126 Levy, *BIDR* 14/15, 1951, p.215; Raber p.7; Kaser, 'Cicero ad Atticum 16,15,2: Formularprozess ohne litis contestatio?', in: *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* 7, p.3159.

Een veroordeling uit de 'actio iniuriarum' leidde tot 'infamia'.¹²⁷ De gevolgen hiervan waren dermate pijnlijk dat een crediteur zich niet zonder meer tot borgen zal hebben gewend.¹²⁸ Hij moest in de praktijk derhalve eerst vaststellen dat de debiteur onwillig was tot betaling (buiten rechte, in verband met de procesconsumptie), om vervolgens veilig de borg in rechte te kunnen aanspreken. Cicero beschreef zijn worsteling met dit probleem in een brief aan zijn vriend Atticus.¹²⁹ Zijn voormalige schoonzoon Dolabella betaalde de bruidschat niet terug en Cicero zat zelf in geldnood. Nu wilde hij niet de 'ignominia'¹³⁰ van Dolabella, een notoire wanbetaler, bewerkstelligen door een veroordelend vonnis tegen hem te executeren, noch wilde hij onmiddellijk de borgen aanspreken tot betaling en daarmee het risico lopen van een krenkingsactie zijdens Dolabella.¹³¹ De oplossing bestond uit het aanspreken van de procuratoren van de debiteur:¹³² zij zouden niet tot 'litis contestatio' willen overgaan zonder een volmacht van Dolabella, die in Syrië verbleef,¹³³ en diens garantie dat hij hen schadeloos zou stellen als het vonnis tegen hen zou worden geëxecuteerd.¹³⁴ Dolabella zou uiteraard niet in staat zijn een dergelijke garantie af te geven. Bij die stand van zaken konden de borgen veilig tot betaling worden aangesproken.

Tussen de eerste eeuw vóór, en de tweede eeuw na Christus werd het nog als onbetamelijk gezien om een borg aan te spreken voorafgaand aan de debiteur. Deze maatschappelijke plicht moet later veel minder zijn gevoeld. Daarvan getuigt bijvoorbeeld de maatschappelijke realiteit die verscholen gaat achter de keizerlijke rescriptenpraktijk, welke eerder is aangehaald.¹³⁵ De vraag naar de keuzevrijheid van de schuldeiser kon immers slechts opkomen omdat borgen kennelijk onmiddellijk tot betaling werden aangesproken.¹³⁶ Het gegeven dat het geciteerde Gaiusfragment werd opgenomen in

127 D. 3,2,1 (Julianus). Kaser, 'Infamia und ingominia in den römischen Rechtsquellen', ZSS 73, 1956, p.276-278.

128 (Pseudo-) Quintilianus, *Declamationes minores* 273: 'Debitorem appellasti? Cum ipso, cui dederas egisti? Non enim aliter salvo pudore ad sponsorem venit creditor, quam si a debitore recipere non potest.' Winterbottom (ed.), *The minor declamations ascribed to Quintilian*, Berlijn/New York 1984.

129 Cicero, *Ad Atticum* 16,15,2: 'De summa autem agi prorsus vehementer et severe volo. Etsi sponsores appellare videtur habere quandam *δυσωπίαν* tamen hoc quale sit consideres velim. Possumus enim, ut sponsores appellentur, procuratores introducere; neque enim illi litem contestabuntur. Quo facto non sum nescius sponsores liberari. Sed et illi turpe arbitror eo nomine quod satis dato debeat procuratores eius non dissolvere, et nostrae gravitatis ius nostrum sine summa illis ignominia persequi.' In de tekst is niet geheel duidelijk *wiens* procurator in rechte wordt betrokken: die van Cicero, van Dolabella, of van beide. Er zijn daarom verschillende emendaties voorgesteld: zie Shackleton Bailey (ed.), *M. Tulli Ciceronis epistulae ad Atticum II, Libri 9-16*, Stuttgart 1987, p.679 nt.7 en Kupisch, 'Cicero ad Atticum 16,15,2', ZSS 96, 1979, p.52-56. Ik volg de lezing van Kaser (in: *Sodalitas* 7, p.3165-3171) in afwijking van Shackleton Bailey en Kupisch. Zo ook Kühling p.15-20; Sacconi p.20, en reeds Girtanner *I,1*, p.122-123.

130 Zie daarover Kaser, ZSS 73, 1956, p.227-230.

131 Die overigens betaling zou moeten aanbieden om daarop een beroep te doen. Sacconi p.21; Kaser, in: *Sodalitas* 7, p.3158-3160.

132 Sacconi p.21; Kaser, in: *Sodalitas* 7, p.3167-3169.

133 Cicero zou Dolabella zelf pas na diens terugkeer in rechte kunnen aanspreken, omdat deze tot die tijd was voorzien van (praetorisch) imperium als stadhouder van Syrië.

134 Kaser, in: *Sodalitas* 7, p.3168.

135 Zie p.4-5. Vgl. Feenstra, in: *Rec. Jean Bodin* 28, p.318.

136 Zo ook: Briguglio p.161.

de Digesten, toont echter dat de maatschappelijke plicht jegens de hoofdschuldenaar, om de borg te ontzien, niet geheel was verdwenen.¹³⁷

I.2.3. Mandaatborgtocht (C. 8,40(41),23)

Stipulatieborgtocht kende als ‘contractus verbis’ een groot nadeel door de verplichte aanwezigheid van partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst, hetgeen betekende dat de borgstelling bijvoorbeeld niet door middel van correspondentie tot stand kon worden gebracht.¹³⁸ Om dit probleem¹³⁹ te ondervangen, duidde de Romeinse rechtsgeleerdheid de door enkele wils-overeenstemming totstandgekomen opdracht tot kredietverstrekking als een vorm van borgtocht.¹⁴⁰ Wie opdracht gaf om geld uit te lenen aan een derde, was aansprakelijk jegens de lasthebber voor de kosten die deze had gemaakt bij de uitvoering van de last. Door het geld uit te lenen was de lasthebber crediteur geworden uit ‘mutuum’, en deze vordering was verzekerd door een ‘actio mandati contraria’ tegen de lastgever, die daarmee in feite een *borg* was geworden. De lasthebber beschikte over beide vorderingen totdat hij volledige betaling had verkregen: door ‘litis contestatio’ werd hier alleen de verbintenis geconsumeerd waaruit werd geprocedeerd.¹⁴¹ De twee vorderingen vloeiden immers uit verschillende verbintenissen voort (geldleen en lastgeving), en zagen op een verschillende prestatie (terugbetaling van het geleende geld en vergoeding van kosten, gemaakt bij uitvoering van de last). De crediteur die eerst tegen de debiteur procedeerde en geen volledige betaling verkreeg, had dus aansluitend de mogelijkheid om de mandaatborg aan te spreken voor het resterende bedrag.¹⁴² In dat verband rees opnieuw de

137 Het Grieks-Egyptische recht kende evenmin als het Romeinse recht een subsidiaire aansprakelijkheid van borgen vóór de uitvaardiging van Novelle 4,1, anders dan op grond van het contract; desondanks bestond lokaal soms de plicht om eerst de debiteur in gebreke te stellen alvorens de borg aan te spreken tot betaling. Taubenschlag, *The law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri*, 2^e druk, Warschau 1955, p.412-414; Van Soest, *De civielrechtelijke έγϋνη (garantieovereenkomst) in de Griekse papyri uit het Ptolemaeïsche tijdvak*, Leiden 1963, p.41-42; Briguglio, p.143-154.

138 Stipulaties werden vaak vastgelegd in een akte ten behoeve van de bewijsvoering, zonder dat deze akte de stipulatie daadwerkelijk verving. In een zeer late ontwikkeling verloor het bewijs tegen dergelijke aktes aan belang, zodat de akte zelf de verbintenis kon scheppen: C. 8,37(38),10 (Leo, a.472). Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht II: die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975, § 263, p.374-382; Guarino, DPR, p.839-841.

139 Zie bijvoorbeeld D. 14,5,7 (Scaevola).

140 Men kan zich afvragen waarom mandaatborgtocht de ‘fideiussio’ niet geheel overvleugelde. Het antwoord is eenvoudig: door middel van mandaatborgtocht kon men slechts een geldschuld verzekeren, door een ‘fideiussio’ iedere verbintenis, zelfs een natuurlijke verbintenis of een delictuele aansprakelijkheid. Vgl. D. 46,1,8,1-6 (Ulpianus).

141 PS. 2,17,16 (aangehaald op p.16). Zie ook: D. 46,1,13 (Julianus); D. 46,3,95,10 (Papinianus). Keller p.451-453; Arangio Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napels 1949, p.129; Levy, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar 1962, p.1-2.

142 D. 17,1,27,5 (Gaius); D. 46,1,13 (Julianus). Levy, *Nachträge*, p.1; Litewski, RH 54, 1976, p.149-152.

vraag of de crediteur wellicht *verplicht* was om eerst betaling van de debiteur te vorderen alvorens de mandaatborg aan te spreken, nu het instituut van procesconsumptie geen formele obstakels opwierp.

C. 8,40(41),23: 'Het is geoorloofd om uit de hoofdschuldenaren of uit de mandaatborgen die ongeclausuleerd zijn aanvaard, de keuze te maken om ieder aan te spreken voor zijn deel, of om terug te vallen op een andere, wanneer degene tegen wie u als eerste hebt geprocedeerd, geen genoegdoening heeft verschaft, omdat door die keus geen van hen wordt bevrijd.'¹⁴³

Opnieuw bevestigden de keizers¹⁴⁴ dat van de lasthebber-crediteur niet mocht worden verlangd dat hij zich eerst op de hoofdschuldenaar zou verhalen. In de ogen van de Romeinse juristen ontstonden de kosten die middels de 'actio mandati contraria' gevorderd konden worden bij *uitvoering* van de last, te weten op het moment dat het krediet werd verstrekt. De actie tegen de mandaatborg zag niet op schadevergoeding, maar op beëindiging van de mandaatverhouding door afgifte van hetgeen uit de opdracht was verkregen, dat wil zeggen cessie van de vordering op de hoofdschuldenaar,¹⁴⁵ tegen vergoeding van de daarvoor gemaakte kosten. Reeds door het uitleenen van geld ontstond de vordering tegen de mandaatborg.¹⁴⁶ Dat betekende dat de crediteur na uitvoering van zijn opdracht de keuze¹⁴⁷ had tussen het aanspreken van de debiteur of de lastgever, zijn mandaatborg. De bronnen laten daaromtrent geen twijfel bestaan.¹⁴⁸

Het mag enige verbazing wekken dat een mandaatborg *niet* subsidiair aansprakelijk was, hoewel daaraan geen formele bezwaren (zoals procesconsumptie) in de weg stonden. Hoewel lastgeving een contract was dat werd beheerst door de goede trouw, hebben de

-
- 143 C. 8,40(41),23 (Diocletianus en Maximianus, a.294): 'Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire vel, satis non faciente contra quem egeras primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur, licet.'
- 144 Zie verder C. 8,40(41),19 (aangehaald op p.4 nt.9) en C. 8,40(41),28,1 (aangehaald op p.14). Deze laatste plaats verwijst naar een eerdere constitutie ('statutum est'): dat is het hier in de tekst aangehaalde rescript. Litewski, *RH* 54, 1976, p.152, maar ook reeds de Gl. *Statutum est* op C. 8,40(41),28. Anders: Liebs (p.43), die er een contractueel beding in ziet – naar mijn gevoelen zonder grond.
- 145 D. 17,1,27,5 (Gaius). Uit de aard van de mandaatborgtocht vloeide derhalve voort dat de mandaatborg slechts tot betaling was gehouden als de lasthebber-crediteur bereid was om zijn vordering tegen de schuldenaar te cederen: Levy, *Nachträge*, p.2.
- 146 Sokolowski p.100-101; Girtanner *I,1*, p.69-71; Girard/Senn p.800; Kaser, *RP I*, § 155, p.666.
- 147 Anders: Arangio Ruiz (p.129), die meent dat de verbintenis van een mandaatborg in zoverre subsidiair was, dat de crediteur diende te bewijzen dat hij geen betaling van de hoofdschuldenaar kon verwachten, hoewel hij volgens deze auteur niet eerst tegen de hoofdschuldenaar in rechte behoefde op te treden. Dit vindt geen steun in de bronnen. Zoals in de tekst: Frezza, *Garanzie I*, p.220 nt.1. Vgl. ook Schindler p.38-39.
- 148 Zie, naast de eerder genoemde plaatsen, nog D. 17,1,56,pr. (Papinianus) en D. 17,1,60,pr. (Scaevola). Schindler p.39-40.

Romeinse juristen nooit gemeend dat die goede trouw¹⁴⁹ meebracht dat de crediteur zich eerst op de draagplichtige schuldenaar moest verhalen. Daar stond tegenover – juist omdat lastgeving door de goede trouw werd beheerst – dat het betrekkelijk eenvoudig was om, indien gewenst, een subsidiaire aansprakelijkheid overeen te komen. In het aangehaalde rescript wordt uitdrukkelijk naar die mogelijkheid verwezen: de crediteur had slechts de keuze bij ‘mandatores simpliciter acceptos’.¹⁵⁰

I.2.4. Constitutum debiti alieni

Door middel van mandaatborgtocht kon men aanvankelijk slechts een nog niet bestaande schuld verzekeren.¹⁵¹ Het uitlenen van geld, de uitvoering van de opdracht, schiep immers de aansprakelijkheid van de borg. Nu kon een reeds bestaande schuld door een stipulatie worden verzekerd, maar dan rees het probleem dat borg en crediteur elkaar in persoon moesten ontmoeten. Er bestond dus behoefte aan een zuiver consensuele vorm van borgstelling voor een bestaande schuld.¹⁵² Het ‘constitutum debiti alieni’ bood die mogelijkheid.

Dit ‘constitutum’ was van oorsprong een vormvrije overeenkomst tussen debiteur en crediteur waaruit de verplichting ontstond om op een vastgestelde dag te betalen.¹⁵³ Daardoor vond geen novatie plaats.¹⁵⁴ Omdat het ‘constitutum’ de hoofdschuld niet verving, rees de gedachte dat men zich op deze wijze ook voor ándermans schuld aansprakelijk kon stellen.¹⁵⁵ Dit ‘constitutum debiti alieni’ was dan een vorm van borgtocht,¹⁵⁶ die zelfs iedere mogelijke hoofdschuld kon verzekeren.¹⁵⁷

-
- 149 Ik breng in herinnering dat de zedelijke plicht die eerder is behandeld (p.24) strekte tot bescherming van de belangen van de *debiteur* en niet tot bescherming van de borg.
- 150 Schindler p.40; Frezza, *Garanzie I*, p.221. Anders: Liebs (p.64 nt.130), die meent dat ‘simpliciter’ het alternatief is voor een contractueel bedongen ‘beneficium divisionis’. De door hem aangehaalde plaatsen (D. 17,1,59,3 en D. 46,1,51,3) ondersteunen die stelling echter niet.
- 151 D. 17,1,12,14 (Ulpianus). Arangio Ruiz p.130; Feenstra, in: *Rec. Jean Bodin 28*, p.319.
- 152 D. 13,5,14,3 (Ulpianus). Girard/Senn p.800.
- 153 Bruns, ‘Das constitutum debiti’, in: *Kleinere Schriften I*, Weimar 1882, p.250-263; Frezza, *Garanzie I*, p.231; Kaser, *RP I*, § 136, p.583-584.
- 154 D. 13,5,18,3 (Ulpianus). Bruns p.259-267; Kaser, *RP I*, § 136, p.584.
- 155 PS. 2,2,1; D. 13,5,28 (Gaius). Bruns p.274.
- 156 D. 13,5,5,3 (Ulpianus).
- 157 D. 13,5,1,6 (Ulpianus). Opnieuw rijst de vraag waarom het ‘constitutum debiti’ niet de ‘fideiussio’ en de mandaatborgtocht heeft verdrongen. Het ‘constitutum’ veronderstelde echter een geldige hoofdschuld, die niet aan een voorwaarde gebonden mocht zijn, en bovendien slechts mocht strekken tot de betaling van soortzaken (zoals geld). De éénjarige verjaringstermijn gold waarschijnlijk slechts voor het ‘constitutum’ terzake van een eigen schuld: Bruns p.256. Justinianus nam deze barrières weg en gaf het ‘constitutum’ dezelfde rechtskracht als een stipulatie: C. 4,18,2,1 (a.531). Een verband met de afschaffing van de procesconsumptie bij stipulatieborgtocht, acht maanden nadien, laat zich vermoeden. Zie daarover: Archi, ‘Contributo alla critica del Corpus juris II: riforme giustinianee in tema di garanzia personali’, *BIDR* 65, 1962, p.134-137. Zie ook: Girtanner *I,1*, p.108-109; Bruns p.239-242; Kaser, *RP II*, § 263, p.383. Het (door Justinianus afgeschafte) ‘receptum argentarii’ wordt hier niet behandeld.

Door middel van het ‘constitutum debiti alieni’ verbond de borg zich om op een vastgestelde dag de schuld te voldoen. Uiteraard kon hij niet tot betaling worden gedwongen voordat de bewuste dag was verstreken,¹⁵⁸ maar na het verstrijken van de termijn was zijn schuld uit de aard der zaak onmiddellijk opeisbaar.¹⁵⁹ Omdat de verbintenis van de hoofdschuldenaar en de verbintenis van de borg na het verstrijken van de vervaldag onafhankelijk¹⁶⁰ waren, vond er geen wederzijdse procesconsumptie plaats,¹⁶¹ en bevrijdde slechts de betaling zowel de debiteur als de borg. Opnieuw had de crediteur na het verstrijken van de vervaldag de keuze tussen het aanspreken van de hoofdschuldenaar of de borg.¹⁶²

I.2.5. Op borgtocht gelijkende aansprakelijkheden

In het voorgaande is steeds benadrukt dat een crediteur naar Romeins recht – in beginsel – steeds de keuze had tussen het aanspreken van zijn borg en zijn debiteur. Zoals Dernburg stelde, was subsidiariteit ‘dem älteren römischen Rechte völlig unbekannt’.¹⁶³ De borg was slechts subsidiair aansprakelijk als dit uitdrukkelijk was overeengekomen, wat, gezien de verhouding tussen crediteuren en borgen in het algemeen, welhaast alleen zal zijn voorgekomen als de crediteur daar belang bij had. Het is in dit licht opvallend dat, hoewel de keizers *niet* geneigd waren om in te grijpen in de mogelijkheid om borgen onmiddellijk aan te spreken, zij wel een subsidiaire aansprakelijkheid schiepen voor enige andere aansprakelijkheden, die door de Romeinse juristen als ‘lijkend op borgtocht’¹⁶⁴ werden beschouwd. Het betrof de aansprakelijkheid van bepaalde magistraten, van voogden, en van de personen die hen voor benoeming hadden voorgedragen.

158 Bruns p.250. Zie, voor het geval geen vervaldag was overeengekomen, D. 13,5,21,1 (Paulus). Vgl. Bruns p.277; Frezza, *Garanzie I*, p.232-236.

159 D. 13,5,16,2 (Ulpianus). Frezza, *Garanzie I*, p.271.

160 Bruns p.259-262; Frezza, *Garanzie I*, p.250.

161 D. 13,5,18,3 (Ulpianus). Bruns p.260-266; Girtanner *I,1*, p.57; Girard/Senn p.803; Levy, *BIDR* 14/15, 1951, p.218; Frezza, *Garanzie I*, p.270-272; Litewski, *RH* 54, 1976, p.166-171. Eén en ander zal uiteraard afhangen van de inhoud van het ‘constitutum’: Windscheid/Kipp *II*, § 477, p.1085 nt.12.

162 Bruns p.267; Girard/Senn p.803.

163 Dernburg, *Pandekten II*, § 78, p.212; Dernburg/Sokolowski § 336, p.712.

164 D. 50,1,11,1 (Papinianus): C. 11,36(35),4 (Diocletianus en Maximianus).

I.2.5.1. Gemeentelijke magistraten (D. 50,1,13)

Gemeentelijke (municipale)¹⁶⁵ magistraten vervulden gezamenlijk één ongedeeld ambt, zoals een indirect overgeleverd rescript van Antoninus Pius bepaalde.¹⁶⁶ Als gevolg daarvan was ieder van hen volledig aansprakelijk voor de gemeentelijke schulden¹⁶⁷ die ontstonden in het kader van de uitoefening van het ambt, zelfs als de schuld buiten hen om door het handelen van een collega was ontstaan.¹⁶⁸ De crediteur had echter niet de vrije keuze, maar diende eerst de magistraat aan te spreken wiens handelen tot aansprakelijkheid had geleid, en diens borgen.¹⁶⁹ Slechts als deze insolvent¹⁷⁰ bleken te zijn, kon hij zich wenden tot de collega van de handelende magistraat.

Gemeentelijke magistraten waren verplicht om borgen te stellen voor eventuele aansprakelijkheden jegens de gemeente.¹⁷¹ Deze borgen konden zich niet door een 'fideiussio' verbinden omdat de hoofdschuld ten tijde van hun borgstelling nog niet bestond, en ook niet duidelijk was of deze ooit zou ontstaan. De gebruikelijke vorm waarin borgen zich voor dit soort eventuele schulden aansprakelijk stelden, was daarom die van een 'stipulatio rem publicam salvam fore'¹⁷²; een garantie dat het vermogen van de stad onaangetaast zou blijven. Deze stipulatie strekte (als een vorm van indemniteitsborgtocht) tot hetgeen niet van de hoofdschuldenaar, de magistraat verkregen kon worden.¹⁷³

De aansprakelijkheid van de magistraat 'non gerens' was dus subsidiair. Voordat een crediteur deze niet-handelende magistraat (of diens borgen)¹⁷⁴ aansprak, moest hij bovendien eerst degenen aanspreken, die de handelende magistraat voor benoeming hadden voorgedragen.¹⁷⁵ De aansprakelijkheid van deze 'nominatores' berustte op het feit dat zij een, naar was gebleken, insolvente magistraat hadden aanbevolen: te dien aanzien vervulden zij een-

165 D. 50,1,25 (Ulpianus). Zie voor gemeentelijke ambtenaren ('curatoren'): D. 50,8,4(3) (Papinianus) en C. 11,36(35),1,pr. (Antoninus). Daarover: Voci p.130-132; Briguglio p.117-121.

166 D. 50,1,11,pr. (Papinianus). Vgl. Mommsen, *Römisches Staatsrecht I*, 3^e druk, Basel 1952, p.30; zie aldaar p.672-682 voor de omstandigheden waaronder een magistraat kon worden aangesproken. Zie verder: Voci p.124.

167 D. 50,1,2,1 (Ulpianus).

168 D. 50,1,13 (Papinianus).

169 C. 11,36(35),1,1 (Antoninus). Voci p.125; Briguglio p.114.

170 D. 50,1,11,pr. (Papinianus); C. 11,36(35),2,pr. (Gordianus). Voci p.126 en 132.

171 D. 50,1,38,6 (Papirius Justus). Deze verplichting bestond niet voor magistraten van de stad Rome zelf: Mommsen *I*, p.674. Dernburg (*Pfandrecht II*, p.377) ziet – onkarakteristiek – over het hoofd dat de borg zich aansprakelijk stelt voor de schuld van de magistraat: 'Billigkeitsrücksichten hatten zu dem Satz geführt, daß der Bürge, der für den Stadtmagistrat eintrat, nur in Anspruch genommen werden konnte, wenn vom Hauptschuldner nichts zu erholen war.' Voor de borg is de magistraat echter de hoofdschuldenaar.

172 D. 27,8,1,pr. (Ulpianus); D. 50,1,17,15 (Papinianus).

173 D. 50,8,5(3),3(4) (Papinianus).

174 Ik merk op dat deze borg dus *niet* subsidiair aansprakelijk is ten opzichte van de verzerkte schuld.

175 D. 50,1,11,1 (Papinianus); C. 11,36(35),3 (Carus Carinus en Numerianus). Voci p.126-127; Bonfante p.163; Briguglio p.115.

zelfde functie als borgen ('quasi fideiussor'), zoals uitdrukkelijk werd opgemerkt,¹⁷⁶ hoewel zij zich niet als zodanig voor de schuld hadden verbonden. Zij waren slechts subsidiair aansprakelijk: kennelijk leefde de gedachte zeer sterk, dat een niet-handelende persoon niet in eerste instantie moest worden aangesproken. Papinianus behandelde de uiteindelijke rangorde:¹⁷⁷

D. 50,1,13: 'De aan te houden volgorde zal zijn dat in de eerste plaats degene die de zaken van de stad heeft behartigd en degenen die zich voor hem garant hebben gesteld voor het geheel aangesproken moeten worden; vervolgens, als tegen al deze personen is geprocedeerd, moet degene die een insolvente persoon voorgedragen heeft het risico dragen, en tenslotte de andere magistraat die zich niet met het bestuur van de stad heeft ingelaten.'¹⁷⁸

1.2.5.2. Gezamenlijke voogdij (C. 5,75,5)

Een situatie die vergelijkbaar¹⁷⁹ is met de onderlinge verhouding tussen magistraten en degenen die hun hebben benoemd deed zich voor, wanneer verschillende voogden over een pupil waren aangesteld. De voogden waren jégens de pupil voor het geheel¹⁸⁰ aansprakelijk uit hoofde van hun gezamenlijke beheer, maar de niet-handelende voogd kon pas worden aangesproken na de handelende voogd.¹⁸¹

Ter verzekering van de aansprakelijkheid uit beheer werd door de voogd een 'stipulatio rem pupilli salvam fore' afgelegd.¹⁸² Tot meerdere zekerheid van deze verbintenis placht men borgen aan te nemen. De acties van de pupil tegen de borg en tegen de voogd uit stipulatie stonden, zoals gewoonlijk, in een verhouding van wederzijdse procesconsump-

176 D. 50,1,11,1 (Papinianus): 'quasi fideiussor'; C. 11,36(35)4 (Diocletianus en Maximianus): 'veluti fideiussores'. Vgl. Briguglio p.115. Terzijde zij opgemerkt dat, wanneer een gezags-onderworpen zoon tot een gemeentelijk ambt werd benoemd, zijn vader aansprakelijk was voor alle verplichtingen die daaruit voortvloeiden. Deze aansprakelijkheid werd eveneens aangeduid als een quasi-borgtocht: de vader had immers ingestemd met de benoeming en aldus de schijn gewekt dat de zoon voldoende solvent was. Zie D. 50,1,2,pr. (Ulpianus): 'quasi fideiussor', 'ut fideiussor'.

177 Zie ook C. 11,36(35)4 (Diocletianus en Maximianus).

178 D. 50,1,13 (Papinianus, *II quaest.*): 'Talis ordo dabitur, ut in primis qui rei publicae negotia gessit et qui pro eo caverunt in solidum conveniantur, mox peractis omnibus periculum adgnoscat qui non idoneum nominavit, postremo alter ex magistratibus, qui rei publicae negotiis se non immiscuit.' Uit het (hier niet aangehaalde) vervolg blijkt dat de 'nomina-tores' van de niet-handelende magistraat als laatste aan bod komen. Vgl. Voci p.126.

179 En waarschijnlijk anterior tot ontwikkeling kwam: Voci p.125-128 en 140.

180 D. 26,7,55,pr. (Tryphoninus). Tenzij het beheer bij testament of op grond van een rechterlijke uitspraak was verdeeld: vgl. Voci p.73-83; Kaser, *RP I*, § 88, p.366.

181 C. 5,54,2,1 (Antoninus, a.213); D. 26,7,39,11 (Papinianus); D. 27,3,1,15 (Ulpianus). De acties tegen de beide voogden stonden in een verhouding van 'Solutionskonkurrenz': D. 26,7,18,1. Zie Levy, *Sponsio*, p.175; *Konkurrenz I*, p.220; Voci p.116-117; Kaser, *RP I*, § 88, p.366 nt.44.

182 In de vorm van een 'sponsio': Lenel, *EP*, p.541; Rotondi p.270; Kühling p.20-26; Sacconi p.22.

tie.¹⁸³ De *borg* voor een voogd was derhalve niet subsidiair aansprakelijk, tenzij zulks voortvloeide uit de formulering van de stipulatie.¹⁸⁴

Wanneer er geen voogd voor een pupil te vinden was, werd een geschikte voogd benoemd door de (gemeentelijke) magistraten.¹⁸⁵ De aldus benoemde voogd was echter *verplicht* om borgen te stellen teneinde het vermogen van de pupil te beschermen.¹⁸⁶ De borgtocht werd door stipulatie gevestigd ten overstaan van de gemeentelijke magistraten,¹⁸⁷ die hier een controlerende taak vervulden door de solventie te beoordelen. Op grond van die controlerende taak werd al vroeg aangenomen dat magistraten *instonden* voor de solventie van de door hen benoemde voogden en door hen aangenomen borgen, en wel omdat zij ‘*vicem fideiussorum sustinent*’¹⁸⁸, de rol van borgen vervullen. Dat werd bevestigd door een (niet zelfstandig overgeleverd) senaatsbesluit uit de tijd van Trajanus,¹⁸⁹ welk besluit bovendien aangaf dat de pupil zich aan een volgorde moest houden bij het verhaal van zijn vordering.

C. 5,75,5: ‘Het is vast komen te staan dat op grond van het senaatsbesluit dat op voorstel van Trajanus zaliger, Onze voorvader, is uitgevaardigd, tegen de gemeentelijke bestuurders in hun hoedanigheid van degenen die de voogden hebben voorgedragen, in het geval dat dezen na afloop van de tijd van het beheer niet solvent waren en ook op grond van de garantieverklaring in de vorm van borgtocht niet het gehele bedrag kan worden geïnd, aan de voormalige pupillen *als hulpmiddel* (‘in subsidium’) ter zake van hun schadeloosstelling een analoge actie toekomt.’¹⁹⁰

-
- 183 C. 5,57,1 (Alexander, a.224). Zie, ook over C. 5,57,2,2 (Alexander, a.225): Rotondi p.273-278; Levy, *BIDR* 14/15, 1951, p.218; Kühling p.26-34. Anders: Liebs p.61. Een geheel andere vraag is hoe de vordering tegen de borg en de vordering tegen de voogd uit de ‘*actio tutelae*’ zich tot elkaar verhielden. Zie daarover Rotondi p.278-287.
- 184 Zo, bijvoorbeeld, door middel van een ‘*mandatum agendi*’ in D. 27,7,7 (Papinianus). Het bestaan van een voorrecht van uitwinning alhier is volgens Rotondi (p.271): ‘*indubbiamente da escludere*.’ Zo ook: Briguglio p.166-167. Anders: Sacconi p.37 nt.105.
- 185 Het betreft de zogenoemde Atiliaanse voogdij: G. 1,185; I. 1,20,pr.-4.
- 186 G. 1,199; C. 5,42,3,pr. (Diocletianus en Maximianus); I. 1,20,5; I. 1,24,pr. Testamentaire voogden moesten zekerheid stellen als zij het exclusieve beheer opgedragen wensten te krijgen: D. 26,2,17,pr. (Ulpianus). Vgl. Lenel, *EP*, p.316-317.
- 187 D. 2,8,8,4 (Paulus). Voor zover het tot hun taak behoorde om zekerheidstelling te vorderen: I. 1,24,4.
- 188 D. 27,7,4,3 (Ulpianus).
- 189 Zie ook D. 27,8,2.
- 190 C. 5,75,5 (Diocletianus en Maximianus a.294?): ‘*In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitis nomine actionem utilem competere ex senatus consulto, quod auctore divo Traiano parente nostro factum est, constitit.*’ *Cursivering toegevoegd*.

De rechtsvordering tegen de benoemende magistraten werd uitdrukkelijk omschreven als een 'actio subsidiaria'¹⁹¹ en was als zodanig opgenomen in het Edict.¹⁹² Het betrof een poenale actie waarin de boete werd bepaald aan de hand van het belang dat een pupil had bij de benoeming van een voogd die insolvent bleek te zijn, 'quanti ea res erit'.¹⁹³ Deze actie veronderstelde daarmee een eerdere uitwinning van het vermogen van de voogd:¹⁹⁴ eerst moest diens insolventie zijn vastgesteld, voordat tegen een magistraat kon worden geprocedeerd.

I.2.5.3. Verschil met borgtocht

Hierboven werd vastgesteld dat de aansprakelijkheid van een 'nominator' en de aansprakelijkheid van een magistraat die voogden had benoemd, door Romeinse juristen werd omschreven als *vergelijkbaar* met de positie van een borg. Die vergelijking ligt voor de hand: zij waren, ter meerdere zekerheid, aansprakelijk voor een schuld die hun niet zelf aanging. De analogie was echter onvolkomen. Een magistraat die een voogd had benoemd was *subsidiair* aansprakelijk terwijl een borg – in beginsel – hoofdelijk aansprakelijk was.¹⁹⁵ Bovendien vloeide de verbintenis tot schadevergoeding van een dergelijke magistraat voort uit de wet, en niet uit enige rechtshandeling. Dit laatste is relevant. Juist omdat het hier een verbintenis uit de wet betrof, kon de gedachte postvatten dat de magistraat subsidiair aansprakelijk diende te zijn. Hij had de bewuste handelingen, die tot aansprakelijkheid van de voogd hadden geleid, immers niet zelf verricht. Voor een *contractuele* borg lag dit anders. Zijn aansprakelijkheid vloeide voort uit overeenkomst, en werd derhalve beheerst door de termen van het contract. Tot aan de invoering van Novelle 4,1 is nooit serieus¹⁹⁶ verdedigd dat een borg pas subsidiair aangesproken behoorde te worden *omdat* hij niet intern draagplichtig was. Integendeel: de *interne* verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar was

191 I. 1,24,2; D. 27,8,1,pr. en 4 (Ulpianus). Vgl. Voci p.137-139. De verhouding van de aansprakelijkheden van verschillende (benoemende en niet-benoemende) magistraten was geregeld naar de volgorde die eerder is beschreven, p.30.

192 Lenel, *EP*, p.321-322.

193 Kaser, *RP I*, § 146, p.629-630.

194 Rotondi p.272; Briguglio p.123-125.

195 Briguglio p.116 en 125-126. Het probleem van samenloop van acties tegen de borg en tegen de hoofdschuldenaar deed zich dus, ten aanzien van de aansprakelijkheid van een magistraat uit de 'actio subsidiaria' *niet* voor. Nauwkeuriger gezegd, was de magistraat aansprakelijk onder een opschortende voorwaarde, te weten dat geen rechtsmiddel meer openstond en de pupil geen volledige betaling had verkregen van zijn voogd of diens borgen. Vgl. Kaser/Hackl, *RZP*, § 43, p.305.

196 Zie echter (pseudo-) Quintilianus, *Declamationes minores* 273: 'Petitur a nobis pecunia quam non accepimus, non consumpsimus, non in ullum rerum nostrarum usum convertimus. Etiam, cum istud periculum est sponsoris, miserabile est: bonitate labitur, humanitate conturbat.' Het lot van een borg is echter ook (retorisch) 'miserabile' wanneer hij aangesproken zou worden nadat de crediteur geen volledige betaling van de hoofdschuldenaar heeft verkregen.

voor de crediteur niet relevant – de volgorde van diens verhaalsmogelijkheden werd slechts beheerst door zijn *eigen* verhouding tot beide. Aldus beschouwd was de *wil* van een ‘garant’ bepalend voor de vraag op welk moment hij kon worden aangesproken. Slechts als hij zijn wil niet tot uitdrukking had kunnen brengen, zoals het geval was bij een benoemde magistraat, een niet-handelende magistraat of voogd, en bij degenen die een magistraat hadden benoemd, lag een subsidiaire aansprakelijkheid in de rede. In alle andere gevallen was de borg tot betaling aan te spreken *naar zijn contract*: in het normale geval bracht dat, bij alle vormen van borgtocht, de keuzevrijheid van de schuldeiser mee.¹⁹⁷ De vergelijking die werd gemaakt tussen de aansprakelijkheid van magistraten en de aansprakelijkheid van borgen, werkte om die reden slechts éézijdig: anders gezegd, de aansprakelijkheid van een borg werd nooit vergeleken met de aansprakelijkheid uit de ‘*actio subsidiaria*’. Tot aan de invoering van Novelle 4,1 kende het Romeinse recht geen subsidiaire aansprakelijkheid van borgen op grond van een daartoe strekkende wettelijke bepaling.¹⁹⁸

I.3. GOEDERENRECHTELIJKE ZEKERHEIDSRECHTEN

I.3.1. Inleiding: systeem van goederenrechtelijke zekerheidsrechten

Er schuilt meer zekerheid in een zaak dan in een persoon.¹⁹⁹ De goederenrechtelijk gerechtigde crediteur kan zich buiten een eventueel faillissement om²⁰⁰ verhalen op de goederen die zijn debiteur²⁰¹ tot zekerheid van de vordering heeft laten strekken. In het faillissement van de hoofdschuldenaar is de schuldeiser daarentegen niet meer dan een concurrente crediteur. Zoals eerder opgemerkt, heeft het gebruik van goederenrechtelijke zekerheidsrechten voor kredietverschaffing in het Romeinse recht nooit het gebruik van

197 Windscheid/Kipp II, § 478, p.1093 nt.1; Girard/Senn p.803.

198 Zo reeds Girtanner I,1, p.120: Briguglio p.67.

199 D. 50,17,25 (Pomponius).

200 Kaser/Hackl, RZP, § 59, p.402.

201 In dit deel besteed ik geen aandacht aan de zekerheidstelling door derden, de zogenoemde ‘zakelijke borgtocht’. Naar Romeins recht heeft deze figuur nooit een belangrijke rol gespeeld. Een derde was uiteraard wel in staat om zekerheid te geven voor een vreemde schuld: D. 20,1,5,2 (Marcianus). De stelling van Pastori (‘Gaio e la responsabilità contrattuale’, *Labeo* 2, 1956, p.301-305), dat uit G. 3,104 zou blijken dat de vestiging van een recht van vuistpand voor een derde naar het klassieke recht niet zou zijn toegestaan, moet worden verworpen: Solazzi, ‘Sull’ obbligazione garantita dal pegno corporale’, *SDHI* 23, 1957, p.311-323 en ‘Una favola su Gai 3.204’, *Labeo* 3, 1957, p.90-91. Maar anders dan Solazzi zie ik geen reden waarom de bewuste Gaiusplaats geïnterpoleerd zou zijn. Gaius heeft het geval (diefstal van de bezwaarde zaak door de pandgever, ‘id est ipse debitor’) eenvoudiger willen voorstellen dan het (soms) *kan* zijn, wat, gezien de aard van de Instituten, niet verwonderlijk is. Ook moderne juristen (zelfs wetgevers) hebben de neiging om de termen ‘schuldenaar’, ‘zekerheidsgever’ en ‘eigenaar’ als equivalent te beschouwen: vgl. art. 3:249 lid 1 BW, waarover hieronder, p.326.

borgtocht overvleugeld.²⁰² Dit hangt in ieder geval ten dele samen met de wijze van vestiging van goederenrechtelijke zekerheidsrechten.²⁰³ Fiduciare eigendomsoverdracht²⁰⁴ geschiedde uitsluitend door ‘mancipatio’ of ‘in iure cessio’, dat wil zeggen door een wijze van eigendomsoverdracht die geen bezitsverschaffing vereiste.²⁰⁵ Het beperkte goederenrechtelijke zekerheidsrecht van pand (‘pignus’) kon naar het Romeinse recht van de keizertijd probleemloos gevestigd worden zonder dat de zaak uit de macht van de zekerheidsgever werd gebracht.²⁰⁶ En zelfs de enkele wilsovereenstemming was voldoende om een zekerheidsrecht in het leven te roepen.²⁰⁷

‘Pignus’ was weliswaar een reëel contract,²⁰⁸ zodat bezitsverschaffing een noodzakelijk onderdeel van de vestiging van het zekerheidsrecht was, maar die bezitsverschaffing kon ook door een constitutum possessorium plaatsvinden.²⁰⁹ Het zekerheidsrecht kwam zelfs tot stand wanneer een vuistpand was beoogd maar afgifte van de te verpanden zaak achterwege was gebleven.²¹⁰ ‘Pignori dare’, ‘accipere’ of ‘obligare’ werden wisselend gebruikt om de vestiging van een pandrecht door bezitsverschaffing of door enkele overeenkomst aan te duiden.²¹¹ De term ‘hypotheca’²¹² werd gebruikt voor het bezitloze zekerheidsrecht in het algemeen: het was niet zozeer een aparte rechtsfiguur als wel een vorm van ‘pignus’ zonder feitelijke heerschappij, die met de consensuele contracten²¹³ werd vergeleken. Marcianus merkte in D. 20,1,5,1 dan ook op dat ‘tussen ‘pignus’ en ‘hypotheca’ slechts de klank van de naam verschilt.’²¹⁴ Uiteindelijk bepaalde de inhoud van de zekerheidsovereenkomst of het bezit aan de zekerheidsnemer was verschaft.

-
- 202 Girard/Senn p.820-821; Kaser, *RP I*, § 108, p.457; *Studien (III)*, p.217. Zoals Kaser aldaar terecht opmerkt, was de belangrijkste oorzaak hiervoor gelegen in het Romeinse executierecht, dat ten aanzien van persoonlijke rechten lange tijd slechts verhaal toeliet door middel van beslag op het *gehele* vermogen, de zogenoemde ‘missio in bona’ (daarover Kaser/Hackl, *RZP*, § 57, p.388).
- 203 Een tweede oorzaak is de maatschappelijke functie die borgtocht vervulde. Een schuldenaar die geen borg kon vinden en zich dáárom van goederenrechtelijke zekerheidsrechten moest bedienen, genoot weinig vertrouwen. Dit wordt geïllustreerd door de brief die Scaevola aanhaalt in D. 20,1,34,1. Een debiteur vroeg zijn crediteur om een zaak in pand aan te nemen in plaats van een borg te verlangen, omdat de crediteur in de eerste plaats wist dat de zaak niet eerder was verpand (zodat het pandrecht afdoende zekerheid bood), maar vervolgens ook omdat de crediteur hem kende als een man van eer.
- 204 De fiduciaire eigendomsoverdracht bestond gedurende de gehele klassieke tijd naast de beperkte zekerheidsrechten en werd pas door Justinianus afgeschaft: Girard/Senn p.819; Buckland p.474; Guarino, *DPR*, p.751. Zie, over de hier verder niet behandelde ‘fiducia cum creditore’: Noordraven, *De fiducia in het Romeinse recht*, Deventer 1988.
- 205 Kaser, *RP I*, § 109, p.460; *Studien (III)*, p.217.
- 206 D. 13,7,1,pr. (Ulpianus).
- 207 D. 20,1,4 (Gaius). Kaser, *RP I*, § 110, p.463-464; Guarino, *DPR*, p.753 nt.62.4.2.
- 208 D. 44,7,1,6 (Gaius); I. 3,14,4. Kaser, *RP I*, § 127, p.536.
- 209 D. 13,7,37 (Paulus).
- 210 Dernburg, *Pfandrecht I*, p.181-184, onder aanhaling van D. 13,7,1,1 (Ulpianus).
- 211 Fehr, *Beitrage zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala 1910, p.109-125; Kaser, *Studien (III)*, p.131-133.
- 212 Kaser, *Studien (III)*, p.129-131.
- 213 D. 20,1,4 (Gaius). Kaser, *Studien (III)*, p.155-161.
- 214 D. 20,1,5,1 (Marcianus, *ad form. hyp.*): ‘Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.’ Bedoeld wordt dat tussen ‘pignus’ en ‘hypotheca’ geen verschil bestond in de bescherming die de ‘actio hypothecaria’ (‘quasi Serviana’) bood. Vgl. I. 4,6,7.

Het bestaan van bezitloze zekerheidsrechten schiep het risico dat crediteuren vertrouwden op een kredietwaardigheid van de debiteur die slechts in schijn bestond. Dat probleem klemde te meer daar het Romeinse recht de verpanding van een geheel vermogen kende, zowel van alle bestaande als ook van alle toekomstige goederen.²¹⁵ Dergelijke generale hypotheeken hadden niet alleen werking ten opzichte van verkrijgers van goederen uit het vermogen van de debiteur, ongeacht hun goede trouw, maar ook tegen de overige crediteuren. Zij konden voortvloeien uit contract, maar ook, als legale hypotheek, uit de wet.²¹⁶ De verhouding tussen de zekerheidsgerechtigden werd, tot slot, onderling slechts bepaald door de stelregel 'prior tempore, potior iure':²¹⁷ eerder in tijd, sterker in recht. Eén en ander bracht mee dat een crediteur die een pandrecht had verkregen, altijd het risico liep te worden geconfronteerd met een ouder (en derhalve sterker) pandrecht van een andere crediteur – bijvoorbeeld wanneer ten behoeve van deze andere crediteur eerder een generale hypotheek was gevestigd, maar bijvoorbeeld ook wanneer de zekerheidsgever zélf de zaak in bezwaarde staat had verkregen. Schuldeisers konden zich niet indekken tegen dergelijke risico's aangezien geen van de genoemde zekerheidsrechten werd geregistreerd in een openbaar register.²¹⁸ In dit licht valt de Romeinse voorkeur voor borgtocht boven goederenrechtelijke zekerheidsrechten heel wel te verklaren.

Het systeem van goederenrechtelijke zekerheidsrechten is zonder twijfel één van de minst geslaagde onderdelen van het Romeinse recht.²¹⁹ De receptie van dat recht in West-Europa, uitmondend in de nationale codificaties van de negentiende eeuw, kenmerkte zich dienangaande vooral door aanhoudende pogingen om de invloed van legale, generale en

-
- 215 D. 20,1,34,2 (Scaevola). Zie ook: Kaser, *RP I*, § 110, p.465-466 en § 108, p.458 ('Einen ernstigen Nachteil, der die Tauglichkeit der Pfänder als Kreditsicherheit stark beeinträchtigt'). Vorderingen leenden zich eveneens voor verpanding. De Pandektistische theorie dat de verpanding van een vordering naar Romeins recht een (gedeeltelijke) cessie zou zijn (bijv. Dernburg, *Pfandrecht I*, p.462; zie nog Arangio Ruiz p.267), is inmiddels wel weerlegd: Kaser, 'Zum pignus nominis', *IURA* 20, 1969, p.172-190; Sotty, *Recherche sur les utiles actiones: la notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble 1977, p.241-245; Von der Fecht, *Die Forderungspfändung im römischen Recht*, Keulen/Weimar/Wenen 1999, p.22-25. Zo ook reeds Vangerow I, § 368, p.813.
- 216 Kaser, *RP I*, § 110, p.466; *RP II*, § 251, p.316-317; Guarino, *DPR*, p.754 nt.62.4.4.
- 217 C. 8,17(18),3(4) (Antoninus, 213); D. 20,4,2 (Papinianus). In D. 20,4,7,1 (Ulpianus) staan de zekerheidscrediteuren op gelijke hoogte omdat hun zekerheidsrecht tezelfdertijd is gevestigd. Bij een conflict tussen twee gelijktijdige zekerheidsnemers heeft de bezitter het sterkste recht: D. 20,1,10 (Ulpianus). Keizer Leo versterkte, in een zeer late ontwikkeling, de positie van hypotheekhouders wier recht was gevestigd bij authentieke akte, of bij onderhandse akte met drie getuigen: C. 8,17(18),11,1 (a.472). Aan sommige hypotheeken werd bovendien een hogere rang toegekend dan men zou verwachten op basis van hun ontstaansmoment. Kaser, *RP I*, § 110, p.468; *RP II*, § 251, p.318.
- 218 Kaser, *RP I*, § 108, p.457-458. Alleen in Egypte, voor zover bekend, bestond sedert de eerste eeuw na Christus een openbaar register van grond, waarin ook rechten van hypotheek werden geregistreerd: Taubenschlag p.222-225.
- 219 Kaser, *RP II*, § 250, p.313: 'Wie eine so kreditfeindliche Pfandrechtsordnung überhaupt bestehen konnte, bleibt rätselhaft.'

bezitloze hypotheeken terug te dringen,²²⁰ respectievelijk door de introductie van het publiciteitsbeginsel, het specialiteitsbeginsel en het (inmiddels welhaast verlaten) idee dat zekerheidsrechten op roerende goederen slechts gevestigd kunnen worden door die goederen uit de macht van de debiteur te brengen.

I.3.2. Keuzevrijheid van de crediteur

Het doel van ieder goederenrechtelijk zekerheidsrecht is uiteindelijk om de zekerheidsgerechtigde verhaal te bieden voor zijn vordering, hetzij door de debiteur tot betaling te dwingen door retentie van de verpande zaak, hetzij door verhaal op de waarde van die zaak. Het verhaal geschiedde naar het klassieke Romeinse recht gewoonlijk door executoriale verkoop door de zekerheidsnemer²²¹ gevolgd door aflossing van de vordering uit de opbrengst van de verkochte zaak.²²² Wanneer het zekerheidsrecht echter bezitloos was gevestigd, dat wil zeggen zonder dat de zaak in de feitelijke macht van de crediteur was gebracht, dan diende deze zich eerst in het bezit van de zaak te stellen voordat hij kon overgaan tot executie.²²³ De praetor bood voor de oudste vorm van bezitloze zekerheid, het zekerheidsrecht van een verpachter op de inboedel van zijn pachter, een interdict waarmee de verpachter zich in het bezit van die inboedel kon stellen.²²⁴ Naar het voorbeeld van dit edict werd, in de eerste eeuw vóór Christus,²²⁵ de 'formula Serviana'²²⁶ geproponeerd, waarmee *iedere* zekerheidsgerechtigde van *iedere*

220 Zie vooral: Zwolve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht I: Inleiding en zakenrecht*, 3^e druk, Den Haag 2006, p.488-545.

221 In beginsel was slechts de oudste zekerheidsnemer bevoegd tot executie. Kaser, *RP I*, § 110, p.467; Guarino, *DPR*, p.756.

222 Kaser, *RP I*, § 111, p.470-471.

223 Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht: Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Keulen/Weimar/Wenen 2007, p.38.

224 Het 'interdictum Salvianum'. Lenel, *EP*, p.490; Kaser, § 111, *RP I*, p.472; Kaser, *Studien (III)*, p.140-144; Krämer p.52-61. Het interdict had naar alle waarschijnlijkheid aanvankelijk geen werking tegen derden.

225 Vermoedelijk door Servius Sulpicius Rufus (106-54 v.Chr.). Girard/Senn p.818-819; Kaser, *RP I*, § 111, p.472 nt.22 en 30; Krämer p.50. De reikwijdte van de 'formula', die aanvankelijk alleen van toepassing was op verpachters, werd in de tweede eeuw na Christus verruimd tot alle zekerheidsgerechtigden: Kaser, *Studien (III)*, p.144-147.

226 De 'actio Serviana (ex bonorum emptio)' had betrekking op de verkoop van failliete boedels (Lenel, *EP*, p.432-433); de oorspronkelijke 'actio Serviana (pigneratitia)' op pandrechten voor pacht schulden (Lenel, *EP*, p.495). De 'formula Serviana', de actie van de pandcrediteur tegen de bezitter van de verpande zaak, is nooit als afzonderlijk edict uitgevaardigd maar volgde eenvoudigweg als een uitbreiding op het 'interdictum Salvianum'. Lenel, *EP*, p.493; Kaser, *RP I*, p.472; Guarino, *DPR*, p.760-761. De actie wordt ook wel aangeduid als de 'actio (formula) quasi Serviana', of de 'actio hypothecaria', zonder dat hier overigens een verschil aan ten grondslag ligt. Lenel, *EP*, p.493 nt.1. Zie, met literatuur, Krämer p.39-41.

bezitter van de in zekerheid gegeven zaak afgifte kon vorderen.²²⁷ Naar de reconstructie van Lenel luidde de formula van deze actie sinds de vaststelling van het Eeuwig edict als volgt:

‘Als blijkt dat tussen Aulus Agerius en Lucius Titius is overeengekomen dat die zaak waarover wordt geprocedeerd aan Aulus Agerius verpand zou zijn vanwege een verschuldigde som gelds, en dat diezelfde zaak op dat moment, toen hij het [pandrecht] overeenkwam, zich in het vermogen van Lucius Titius bevond en dat datzelfde geld noch is betaald, noch dat te dier zake voldoening is gegeven, noch door [toedoen van] Aulus Agerius een onbetaald deel resteert, tenzij de zaak naar het oordeel van de rechter zal worden teruggegeven, dan moet hij [de rechter] Numerius Negidius jegens Aulus Agerius veroordelen tot zoveel geld als de zaak waard zal zijn, en als het niet blijkt moet hij vrijspreken.’²²⁸

Lenels reconstructie van de ‘formula’ is opmerkelijk, omdat de situatie tot uitgangspunt wordt genomen waarin de ‘intentio’ tot een andere partij is gericht dan de ‘condemnatio’.²²⁹ De crediteur was gelegitimeerd tot de actie wanneer hij aantoonde dat hij een geldig zekerheidsrecht had verkregen, gevestigd door een (praetorisch) eigenaar²³⁰ voor een geldschuld²³¹ die niet was voldaan, terwijl hij niet in crediteursverzuim verkeerde. De actie was gemodelleerd naar de revindicatie en kon dus, als zakelijke actie,²³² tegen iedere bezitter worden ingesteld.²³³ De meest voor de hand liggende situatie was echter die, waarin een crediteur van zijn debiteur afgifte eiste van een

227 De actio Serviana diende niet alleen om afgifte te vorderen ter executie, maar ook om het bezit van een vuistpandcrediteur te beschermen. De ‘formula’ bevatte daarom geen bepaling dat de schuld opeisbaar moest zijn; voor de executie van het pandrecht was opeisbaarheid uiteraard wel vereist: Dernburg, *Pfandrecht II*, p.119; Kaser, *Studien (III)*, p.163-168.

228 Lenel, *EP*, p.394: ‘Si paret inter Am Am et L. Titium convenisse, ut ea res qua de agitur Ao Ao pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis L. Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Am Am stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret absolvo.’

229 Zie hieronder, p.42. Zoals Out (p.46-47) terecht opmerkt, moet de *vuistpandhouder* in ieder geval beschikken over een zakelijke actie tegen derden, zelfs al voordat zijn vordering opeisbaar is, omdat hij jegens de pandgever aansprakelijk is tot afgifte van de verpande zaak (uit de ‘actio pigneratitia directa’).

230 Wubbe (*Res aliena pignori data: de verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht*, Leiden 1960, p.89-102) neemt aan dat de pandgever slechts bezitter diende te zijn. Zie daartegen: Kaser, ‘In bonis esse’, *ZSS 78*, 1961, p.198-203; reeds Dernburg, *Pfandrecht II*, p.303-305; en recent: Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, Leiden 1998, p.46-58; Krämer p.131 nt.32.

231 Zie voor het vereiste van ‘pecuniam debitam’: Out p.45-52.

232 D. 20,1,17 (Ulpianus); D. 20,6,12,1 (Paulus); C. 8,13(14),18 (Diocletianus en Maximianus, a.293). Dernburg, *Pfandrecht II*, p.289-290; Kaser, *Studien (III)*, p.145-146; Krämer p.39.

233 Kaser, *RP I*, § 111, p.473. De ‘formula’ eiste niet dat het bezit van de gedaagde werd aangetoond: dat zou tijdens de procesfase ‘in iure’ al gebleken zijn, bijvoorbeeld door middel van de ‘actio ad exhibendum’, als de gedaagde ontkende dat hij bezitter was van de verpande zaak: Lenel, *EP*, p.495. Zie, voor de verhouding tussen opeenvolgende zekerheidsnemers met betrekking tot de actio Serviana: Wacke, ‘Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit’, *TvR 37*, 1969, p.369-414.

zaak die hem bezitloos was verpand. In dat verband kon de vraag rijzen hoe de actio Serviana en de vordering uit de geldschuld zich tot elkaar verhielden.

I.3.2.1. Het ontbreken van procesconsumptie (C. 4,10,10 en D. 20,1,13,4)

Eerder is vastgesteld²³⁴ dat de vordering tegen een stipulatieborg en de vordering tegen de hoofdschuldenaar in een verhouding van ‘Konsumptions-konkurrenz’ tot elkaar stonden. Het is, op het eerste gezicht, wat wonderlijk om de vraag te stellen of een dergelijke concurrentie zich eveneens voerde bij goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Door middel van een zakelijke actie werd immers het onderliggende zakelijke recht tot onderwerp gemaakt van het geding tussen partijen,²³⁵ maar werd geen nakoming gevorderd van de verzekerde schuld. De actio Serviana strekte, anders gezegd, tot afgifte van de bezwaarde zaak, terwijl de actie uit de hoofdschuld strekte tot nakoming, zodat er geen sprake was van ‘eadem causa’. De executie van het zekerheidsrecht *nadat* afgifte van de bezwaarde zaak was verkregen, was uiteraard van invloed op de omvang van de verzekerde schuld. De keizers bevestigden dat (voor alle zekerheid)²³⁶ uitdrukkelijk.

C. 4,10,10: ‘Wanneer verpande zaken worden uitgewonnen, vervalt daardoor de persoonlijke actie tegen de debiteur zelf niet; deze blijft behouden voor het restant van de schuld, nadat wat uit de opbrengst kon worden verkregen, daarop in verrekening is gebracht.’²³⁷

Het omgekeerde geval is interessanter, te weten dat eerst de hoofdschuld wordt opgeëist. De verzekerde schuld ging door procesconsumptie teniet wanneer de crediteur in rechte nakoming vorderde,²³⁸ om te worden vervangen door een verbintenis onder de opschortende voorwaarde van veroordeling. Ging het zekerheidsrecht daardoor teniet? De vraag kon rijzen omdat de procesconsumptie door Romeinse juristen wel werd beschouwd als een vorm van novatie; en dáárvoor stond vast dat de aan de genoveerde schuld verbonden zekerheidsrechten tenietgingen.²³⁹ Zoals verschillende auteurs hebben betoogd,²⁴⁰ zou het echter ‘onzinnig’ zijn om het zekerheidsrecht te

234 Zie hierboven, p.14.

235 Kaser, *RZP*, § 42, p.299 en § 43, p.304. Er trad (uiteraard) geen procesconsumptie van rechtswege op van het zakelijke recht: Keller p.217-218; Levy, *Konkurrenz I*, p.51-52. Een tweede procedure op dezelfde grondslag werd door een exceptie voorkomen.

236 Vgl. C. 8,27(28),3 (Alexander, a.223). D. 20,5,9,1 (Pomponius) toont dat in de praktijk hieromtrent enige twijfel bestond.

237 C. 4,10,10 (Diocletianus en Maximians, a.294): ‘Adversus debitorem electis pignoris personalis actio non tollitur, sed eo, quod de pretio servari potuit, in debitum computato de residuo manet integra.’

238 G. 3,180. Voor zover het materiële recht niet teniet ging, stond tegen een volgende rechtsvordering een verweermiddel open. Zie boven, p.18.

239 In ieder geval vanaf de tweede eeuw: Ankum, ‘Pignus und novatio im klassischen römischen Recht’, in: *Festschrift für Erwin Seidl*, Keulen 1975, p.3-13. Zie ook: Guarino, *DPR*, p.759; Out p.101-102.

240 Ankum, in: *Festschrift Seidl*, p.6-7; Out p.174.

laten tenietgaan voordat de crediteur volledige betaling had verkregen, enkel en alleen omdat hij een vordering tot nakoming tegen zijn debiteur had ingesteld. De crediteur wilde immers zijn zekerheidsrecht behouden voor het geval de debiteur (bijvoorbeeld) niet aan een veroordelend vonnis voldeed, of na het instellen van de vordering failliet werd verklaard. Dat is allemaal waar, maar het is geen afdoende verklaring: de stipulatieborgtocht ging teniet door een procedure tegen de hoofdschuldenaar, hoe ‘onzinnig’ dat ook moge zijn. De achtergrond van het voortbestaan van het zekerheidsrecht ligt eerder in de restrictieve uitleg²⁴¹ die werd gegeven aan de ‘pandbevrijdingsclausules’ uit de ‘formula’ van de Serviana: het verschuldigde bedrag was nog niet betaald, noch was terzake een andere voldoening gegeven,²⁴² zodat de bezitter van de verpande zaak nog niet was bevrijd. Dit is ook de visie van de Romeinse juristen geweest.

D. 20,1,13,4: ‘Ook als een schuldeiser een vonnis tegen zijn schuldenaar heeft verkregen, blijft de verhypotheceerde zaak verbonden, aangezien de hypotheekactie haar eigen criteria heeft, dat wil zeggen betaling van het geld of genoegdoening; wordt hieraan niet voldaan, dan blijft de zaak verbonden.’²⁴³

De actie uit hypotheek en de actie uit geldlening stonden dus in een verhouding van ‘Solutionskonkurrenz’ tot elkaar: totdat de crediteur volledige betaling had verkregen, kon hij beide acties instellen in de volgorde die hij verkoos. Er bestond, anders gezegd, geen formele noodzaak om eerst de persoonlijke actie in stellen alvorens met de zakelijke actie te procederen, of omgekeerd. De genoemde plaatsen tonen bovendien aan, in samenhang met de ‘formula’ van de Serviana, dat er geen *materiële* noodzaak bestond om de ene actie vóór de andere in te stellen. De crediteur kon derhalve – althans jegens zijn schuldenaar – zodra zijn vordering opeisbaar was, kiezen tussen de uitwinning van de verbonden panden en de actie uit geldleen.²⁴⁴

I.3.2.2. Keuzevrijheid onder de schuldenaar (D. 20,5,8)

Ter verzekering van één schuld kunnen verschillende goederen verbonden zijn. Dit deed zich, uit de aard der zaak, steeds voor bij de verpanding van een geheel vermogen, maar het was ook mogelijk dat een zekerheidsgever verschillende goederen speciaal verpandde. Ieder afzonderlijk goed was verbonden voor de gehele schuld: dat leidde enerzijds ertoe dat op ieder

²⁴¹ Ibid.

²⁴² D. 13,7,11,pr.-1 (Ulpianus). Zie ook C. 8,13(14),8. Vgl. Levy, *Konkurrenz I*, p.361 nt.5 en *BIDR 14/15*, 1951, p.217.

²⁴³ D. 20,1,13,4 (Marcianus, *ad form. hyp.*): ‘Etiamsi creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet. [...]’

²⁴⁴ Ik merk terzijde op dat crediteur en zekerheidsgever uiteraard een verhaalsvolgorde konden overeenkomen.

goed de gehele schuld kon worden verhaald,²⁴⁵ anderzijds dat alle goederen verbonden bleven zolang de crediteur geen volledige betaling had verkregen.²⁴⁶ Dit Romeinsrechtelijke beginsel²⁴⁷ staat tegenwoordig bekend als het beginsel van de 'ondeelbaarheid' van het recht van pand en hypotheek. Het bracht mee, uit de aard der zaak, dat de crediteur mocht kiezen²⁴⁸ op welk zekerheidsobject hij zich wenste te verhalen. Deze keuzevrijheid tussen verschillende pandobjecten werd door Modestinus uitdrukkelijk bevestigd.

D. 20,5,8: 'Het wordt aan het vrije oordeel van de schuldeiser overgelaten om voldoening van het hem toekomende te bewerkstelligen door van de jegens hem verbonden pandobjecten die te verkopen waaraan hij de voorkeur geeft.'²⁴⁹

De schuldeiser had niet alleen de keuze uit verschillende verbonden pandobjecten, maar ook kon hij kiezen om een borg aan te spreken alvorens verpande goederen uit te winnen,²⁵⁰ of omgekeerd, om zich eerst te verhalen op verpande goederen en vervolgens op een borg.²⁵¹ Dezelfde vrijheid kwam hem immers toe jegens de hoofdschuldenaar; en eerder is vastgesteld dat de crediteur tussen borg en hoofdschuldenaar ook weer de vrije keuze had.²⁵² Behoudens andersluidend beding²⁵³ bestond derhalve geen plicht om borgen te ontzien door eerst verpande goederen (onder de schuldenaar of onder derden) uit te winnen,²⁵⁴ zoals wel wordt aangenomen voor het hellenistische recht.²⁵⁵

-
- 245 C. 8,27(28),6 (Gordianus, a.238). Buckland p.478; Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', *Index* 3, 1972, p.455.
- 246 D. 13,7,8,2 (Pomponius); D. 20,1,19 (Ulpianus). Wacke, *Index* 3, 1972, p.455-456.
- 247 Girard/Senn p.832; Wacke, *Index* 3, 1972, p.478-479.
- 248 Wacke, *Index* 3, 1972, p.457-458. Uiteraard, opnieuw, behoudens andersluidend beding tussen partijen.
- 249 D. 20,5,8 (Modestinus, *IV reg.*): 'Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire.'
- 250 D. 46,1,51,3 (Papinianus); C. 8,40(41),11,1 (Alexander, a.229); C. 8,40(41),14,1-2 (Alexander, a.239); C. 8,40(41),17 (Alexander, a.242).
- 251 C. 8,40(41),9 (Alexander, a.223); C. 8,40(41),25 (Diocletianus en Maximianus, a.294). In C. 8,40(41),18 (Alexander, a.242) kan de schuldeiser zich na executie van het pandrecht niet verhalen op de borg. Dat vindt zijn verklaring echter in het feit dat hij het bezwaarde goed niet voor de juiste prijs heeft verkocht.
- 252 Vgl. bijvoorbeeld nog de gelijkstelling van schuldenaar en borgen in C. 8,13(14),8 (Gordianus, a.239); het maakt aldaar geen verschil uit of de crediteur eerst tegen de schuldenaar of eerst tegen de borgen heeft geprocedeerd. Zolang hij nog iets te vorderen heeft is de crediteur gerechtigd om het pand op te eisen.
- 253 Zie bijvoorbeeld D. 46,1,63 (Scaevola).
- 254 Girtanner *I,1*, p.206; Dernburg, *Pfandrecht II*, p.367. Daar was ook geen reden toe. De borg kon de crediteur immers als voorwaarde voor betaling dwingen tot cessie van diens zekerheidsrechten, zodat hij zichzelf even gemakkelijk als de schuldeiser kon verhalen op het verbonden goed. Vgl. C. 8,40(41),2,pr. (Severus en Antoninus, a.207); C. 8,40(41),21 (Diocletianus en Maximianus, a.293).
- 255 Weiss p.19-21. De voorbeelden die hij geeft zijn echter niet sterk. Zijn poging (p.45-49) om het voortduren van deze veronderstelde hellenistische traditie te gronden op de contraire Romeinse rescriptenpraktijk, is evenmin geslaagd.

I.3.2.3. Zaaksgevolg (C. 8,27(28),12)

De debiteur en zekerheidsgever bleef na de vestiging van het pandrecht beschikkingsbevoegd. Hij was dus in staat om de bezwaarde zaak over te dragen aan een derde. De rechten van de crediteur konden daardoor echter niet worden aangetast.

C. 8,27(28),12: 'Als de schuldenaar de zaak die jegens u pandrechtelijk was verbonden zonder uw toestemming heeft verkocht, heeft hij de eigendom met zijn daarop drukkende last op de koper overgedragen.'²⁵⁶

Door de zaak in de macht te laten van een beschikkingsbevoegde²⁵⁷ zekerheidsgever, nam de crediteur het risico dat deze zekerheidsgever zou overgaan tot vervreemding. De crediteur beschikte echter over een ouder *goederenrechtelijk* recht dan de verkrijger, die de zaak slechts verkreeg onder de bestaande last.²⁵⁸ Als de verpande zaak werd vervreemd zonder dat de crediteur zijn zekerheidsrecht had vrijgegeven, dan bleef het pandrecht daarom intact en kon het tegen de derde-verkrijger worden uitgeoefend: het had, kort gezegd, zaaksgevolg.²⁵⁹ De 'formula' van de actio Serviana hield uitdrukkelijk rekening met deze mogelijkheid, door de 'intentio' te betrekken op de overeenkomst van pandgeving tussen zekerheidsgever en crediteur, maar de 'condemnatio' op naam te stellen van een derde die werd aangesproken in zijn kwaliteit van bezitter van de verpande zaak.

256 C. 8,27(28),12 (Diocletianus en Maximianus, a.293): 'Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam te non consentiente distraxit, dominium cum sua causa transtulit ad emptorem.'

257 Er is één (beruchte) plaats in de Digesten, te weten D. 20,5,7,2 (zie p.101 nt.139), waarin *goederenrechtelijke* werking wordt toegekend aan een vervreemdingsverbod dat is opgenomen in de pandovereenkomst. De juiste lezing van het fragment is echter omstreden; zij hangt goeddeels af van de vraag of 'ut' in de laatste zin aldaar consecutief of concessief is gebruikt. Ik ga op dit beding verder niet in, omdat het (voor zover het goederenrechtelijke werking heeft) de situatie waarin de vraag naar een verhaalsvolgorde relevant is, juist verhindert. En voor zover het geen goederenrechtelijke werking heeft, is het beding voor de vraag naar een verhaalsvolgorde in het geheel niet van belang. Zie: Schindler p.120-121, die zich er met een interpolatievermoeden vanaf maakt; Schlichting, *Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht*, Karlsruhe 1973, p.1-12; Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Leiden 2003, p.18-20.

258 Zie bijv. C. 8,27(28),17 (Diocletianus en Maximianus, a.294) – vervreemding door een executerende concurrente schuldeiser regardeert de pandhouder niet.

259 Het is juist om deze reden dat de *beperkte* goederenrechtelijke zekerheidsrechten tot ontwikkeling gebracht konden worden. Als een vervreemding door de beschikkingsbevoegde zekerheidsgever afbreuk zou doen aan de rechten van de crediteur, dan zou deze zich immers veel liever willen bedienen van de 'fiducia', om aldus het gehele probleem te verhinderen. Mogelijk had een crediteur desondanks baat bij een goederenrechtelijk werkend vervreemdingsverbod, omdat aanvankelijk het zelfstandige executierecht ('ius vendendi') niet werd erkend, maar werd afgeleid uit een mandaat van de eigenaar: Schlichting p.2-3.

I.3.2.4. Keuzevrijheid onder derden (C. 8,13(14),14 en 15)

In de meeste gevallen leidt de verkoop van een bezwaarde zaak niet tot problemen, omdat de koopprijs wordt aangewend tot aflossing van de verzekerde schuld, zodat het pandrecht teniet gaat. Maar in een systeem zoals het Romeinse, dat *generale* hypothecken kende, die bovendien *uit de wet* konden ontstaan, en geen van alle waren geregistreerd, deed de situatie zich met regelmaat voor dat de debiteur met zekerheid bezwaarde goederen aan derden vervreemde, zonder dat het zekerheidsrecht door de vervreemding teniet ging of de geldschuld uit de opbrengst werd voldaan. De verkrijgers waren lang niet altijd op de hoogte van het bestaan van het zekerheidsrecht, te meer daar de vervreemder het zekerheidsrecht ook niet noodzakelijk behoefde te kennen.²⁶⁰ Zojuist is echter vastgesteld dat aan het pandrecht zaaksgevolg toekwam, zodat de crediteur althans de *mogelijkheid* had om zich op de bezwaarde zaak te verhalen. De nieuwe eigenaar van de verpande zaak werd in dat geval in zijn vermogen getroffen voor een schuld waarvoor hij niet persoonlijk aansprakelijk was, noch draagplichtig in zijn verhouding tot de debiteur van de verzekerde schuld.

Een analogie met borgtocht lag hier in de rede.²⁶¹ De borg kon immers ook worden aangesproken voor een schuld waarvoor hij niet draagplichtig was in zijn verhouding tot de hoofdschuldenaar. Die analogie is echter onvolkomen. De borg was juist wel persoonlijk aansprakelijk, uit hoofde van zijn overeenkomst met de crediteur, terwijl een dergelijke rechtsband ontbrak²⁶² tussen de crediteur en een derde-verkrijger van een met pand bezwaarde zaak. Het verband tussen borgtocht en 'derdenpand' wordt dan ook nergens in het Corpus Iuris gelegd: naar ik meen is Novelle 4 de eerste gelegenheid waarbij deze twee rechtsfiguren op deze wijze met elkaar in verband worden gebracht.

Zoals vastgesteld,²⁶³ stonden de Serviana en de actie uit de verzekerde schuld niet in een verhouding van wederzijdse procesconsumptie tot elkaar. Anders dan bij stipulatieborgtocht, was er dus geen formele reden waarom de crediteur niet eerst de persoonlijke actie tegen zijn schuldenaar zou kunnen instellen. Zolang de bezwaarde goederen zich nog onder de schuldenaar

260 Ik wijs er in dit verband op dat de vervreemder, die op de hoogte was van het bestaan van zekerheidsrechten, weinig belang had bij het verzwijgen daarvan. Hij was immers niet alleen jegens de verkrijger aansprakelijk voor de uitwinning ('*evictio*') van diens goederen, maar ook beging hij het misdrijf van '*stellionatus*' door het zekerheidsrecht te verzwijgen: D. 47,20,3,1 (Ulpianus). Girard/Senn p.820 nt.6; Buckland p.479.

261 Deze analogie zou de derde-bezitter overigens niet hebben gebaat: naar enige malen eerder is vastgesteld (p.17, 27 en 49), had de crediteur naar het Romeinse recht vóór Novelle 4 steeds de keuze tussen het aanspreken van borg of hoofdschuldenaar, behoudens andersluidend beding.

262 Behoudens het geval waarin een derde goederenrechtelijke zekerheid verleende voor een vreemde schuld: in dat geval waren de termen van het contract tussen crediteur en derde bepalend voor hun verhouding.

263 Zie p.40.

bevonden, had de crediteur de keuze tussen beide vorderingen.²⁶⁴ Was dit nu ook het geval als de bezwaarde zaak zich onder een derde bevond? Anders gezegd, moest de crediteur eerst middels zijn persoonlijke actie betaling trachten te verkrijgen van zijn debiteur, alvorens tegen de derde-verkrijger te procederen op grond van zijn pandrecht; of kon hij het zekerheidsobject opeisen ter executie zonder de persoonlijke actie eerst in te stellen, zoals hij dat ook onder de schuldenaar en zekerheidsgever zelf kon doen?

C. 8,13(14),14: 'Wanneer panden door de schuldenaar zijn vervreemd, is het een vaststaande rechtsregel dat de schuldeisers de keus hebben of zij de jegens hen gebonden personen met een persoonlijke actie dan wel de bezitters van de panden met de zakelijke actie zullen aanspreken.'²⁶⁵

De keizerlijke kanselarij bevestigde hier, en op enige andere plaatsen,²⁶⁶ dat aan de crediteur de vrije keuze toekwam tussen de uitwinning van de verbonden goederen onder derden en de uitwinning van het vermogen van de schuldenaar krachtens een persoonlijke actie. Zulks kwam ook tot uitdrukking in de zogenoemde 'pandbevrijdingsclausules' uit de 'formula' van de Serviana: de veroordeling van de derde-bezitter tot afgifte van de bezwaarde zaak was *niet* afhankelijk van een eerdere, onsuccesvolle, uitwinning van het vermogen van de schuldenaar.

De achtergrond hiervoor moet worden gezocht in het beginsel dat een debiteur zijn crediteur niet in een slechtere positie kan brengen door de bezwaarde zaak te vervreemden.

C. 8,13(14),15: 'Het is volstrekt zeker dat een schuldenaar noch door te verkopen, noch door te schenken, noch door te legateren of door een fideicommiss te stellen, de positie van de schuldeiser kan verslechteren. Indien u er daarom op vertrouwt te kunnen bewijzen dat de zaak jegens u als pand is verbonden, moet u de panden opeisen.'²⁶⁷

Men kan, uiteraard, de strekking van de hier aangehaalde plaats beperken tot het zaaksgevolg, dat wil zeggen tot de vaststelling dat de *omvang* van het zekerheidsrecht van de crediteur door de vervreemding niet werd aangetast. De crediteur werd echter eveneens in een slechtere positie gebracht door

264 Zie p.41.

265 C. 8,13(14),14 (Diocletianus en Maximianus, a.293): 'Distractis a debitore pignoribus creditores in potestate habere, utrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint, non est incerti iuris.'

266 Vgl. C. 4,10,7,pr. (a.293); C. 4,10,14 (a.294); C. 8,13(14),24 (a.294); C. 8,27(28),16 (a.294); C. 8,31(32),2 (a.294), allen afkomstig van de keizers Diocletianus en Maximianus. Zie, over de casus die aan veel van deze uitspraken ten grondslag ligt (opvolging in een van rechtswege verdeelde schuld door verschillende erfgenamen, met toedeling van de verpande zaak aan één hunner): Wacke, *Index* 3, 1972, p.463-473.

267 C. 8,13(14),15 (Diocletianus en Maximianus, a.293): 'Debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem vel per fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris condicionem certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes.'

vervreemding, als hij bij de *uitoefening* van het zekerheidsrecht rekening zou moeten houden met een verhaalsvolgorde die vóór de vervreemding niet bestond en waarmee hij niet had ingestemd. De indruk dat het opdringen van een verhaalsvolgorde werd beschouwd als een verslechtering van de positie van de crediteur, wordt nog bevestigd door C. 8,13(14),24: 'creditor urgueri non potest',²⁶⁸ de crediteur kon niet worden *gedwongen* om eerst de persoonlijke actie tegen zijn schuldenaren in te stellen alvorens de panden uit te winnen. Kennelijk werd het *niet* als een regel van billijkheid beschouwd dat de crediteur zich eerst diende te verhalen op zijn schuldenaar.²⁶⁹ Integendeel, uit het beginsel van ondeelbaarheid vloeide voort dat iedere bezwaarde zaak voor het gehele bedrag was verbonden,²⁷⁰ en uit het zaaksgevolg vloeide voort dat deze regel van toepassing was, ongeacht in wiens handen de bezwaarde zaak zich bevond. Dat is des te treffender, daar de keizerlijke kanselarij onder omstandigheden²⁷¹ wel geneigd was om uit overwegingen van billijkheid in te grijpen in het keuzerecht van de crediteur.

1.3.3. Ontwikkelingen in de keizertijd

Het systeem van goederenrechtelijke zekerheidsrechten werd gedurende de keizertijd niet ingrijpend gewijzigd. Sterker nog, de hierboven beschreven vragen omtrent executie en de eventuele verhaalsvolgorde deden zich vanaf het begin van de derde eeuw sterker gevoelen, zoals blijkt uit de eerder beschreven²⁷² rescriptenpraktijk van de keizerlijke kanselarij. Dit hing zonder twijfel samen met de uitbreiding die door de keizers werd gegeven aan de legale hypotheek, bijvoorbeeld door de introductie van het wettelijke zekerheidsrecht van de fiscus.²⁷³ Dergelijke legale hypotheek waren bovendien in toenemende mate *generale* hypotheek, dat wil zeggen hypotheek

268 Het gebruik van 'urgueri' voor 'gedwongen worden', in het bijzonder in de constructie 'urgueri non potest' of 'oportet', is typisch voor de rescriptenpraktijk van Diocletianus en Maximianus en komt daarbuiten nauwelijks voor. De 'dwang' kan betrekking hebben op een regel van positief recht, een contract, rechterlijk ingrijpen, maar ook op een grondbeginsel van het recht (C. 4,32,26; C. 4,35,10). Zie, voor een overeenkomstig gebruik van de term ten aanzien van het keuzerecht bij borgtocht ('non posse urgueri creditorem ... scire debueras'): C. 8,40(41),19, hierboven aangehaald, p.4 nt.9.

269 Kaser (*Studien III*), p.215 noemt 'Gläubigervorzug' terecht een 'Wesenmerkmal der römischen Pfandordnung'.

270 Buckland p.478.

271 Kaser, *RP I*, § 111, p.473: 'Doch kann vereinzelt schon im klassischen Recht der Pfandbesitzer, der nicht der Schuldner ist, dem Gläubiger die Einrede entgegensetzen, dieser möge sich zunächst an den Schuldner halten.' Van de plaatsen die hij aldaar onder nt.48 noemt, is in D. 20,4,19 in het geheel geen sprake van een verhaalsvolgorde maar wordt de derde-bezitter integendeel als eerste aangesproken. Zie over de andere door hem aangehaalde plaatsen (C. 8,13(14),10 en D. 49,14,47,pr.), hieronder, p.46 en 52.

272 Zie p.44.

273 Kaser, *RP II*, § 251, p.316. Zie verder hieronder, p.57 e.v.

op het gehele vermogen van de schuldenaar. Onder die omstandigheden deed derden-bezit van bezwaarde zaken zich navenant meer voor.

De veelvuldigheid van het probleem heeft de keizers er nooit toe gebracht om een subsidiaire aansprakelijkheid te scheppen ten behoeve van derden-bezitters. De enige uitzondering daarop vormde, tot aan de invoering van Novelle 4,2 het zekerheidsrecht van de fiscus, dat 'uit billijkheid' eerst tegen de fiscale schuldenaar uitgeoefend diende te worden. Zelfs bij de andere legale generale hypotheke, zoals het zekerheidsrecht van een pupil op het gehele vermogen van zijn voogd,²⁷⁴ is geen spoor van een subsidiaire aansprakelijkheid van verkrijgers van bezwaarde zaken uit dat vermogen te vinden. Daarentegen hebben de keizers enige veranderingen aangebracht in de wijze waarop een goederenrechtelijk zekerheidsrecht werd uitgeoefend. Omdat deze veranderingen in het beslag- en executierecht tot de (valse) indruk kunnen leiden dat daardoor voor derden – incidenteel – een subsidiaire aansprakelijkheid werd geschapen, zal hieraan zeer kort enige aandacht worden besteed, alvorens het zekerheidsrecht van de fiscus te behandelen.

I.3.3.1. Mededeling aan de schuldenaar (C. 8,13(14),10)

Een crediteur had het recht om zich op de verpande zaak te verhalen indien zijn vordering opeisbaar was.²⁷⁵ Als de verkoop in het openbaar zou geschieden, was hij slechts gehouden om de debiteur op de hoogte te stellen van de voorgenomen verkoop,²⁷⁶ maar in geval van onderhandse verkoop zonder voorafgaande machtiging daartoe diende hij zijn debiteur naar het postklassieke recht driemaal tot betaling te sommeren ('denuntiari')²⁷⁷ alvorens de verpande zaak te verkopen,²⁷⁸ ook als de verpande zaak reeds in zijn feitelijke macht was. Het lag in de rede om dezelfde eis van sommatie,²⁷⁹ voorafgaand aan de verkoop, eveneens toe te passen als de crediteur het pandobject ter executie wilde vorderen van een *derde*.

274 Kaser, *RP II*, § 251, p.317.

275 Dernburg, *Pfandrecht II*, p.119-125; Vangerow *I*, § 379, p.857-859; Windscheid/Kipp *I*, § 237, p.1199-1201.

276 C. 8,27(28),4 (Alexander, a.225): 'Creditor hypothecas sive pignus cum proscribit, notum debitori facere'.

277 D. 13,7,4 (Ulpianus). Zie over de 'denuntiatio': Levy, *Weströmisches Vulgarrecht: das Obligationenrecht*, Weimar 1956, p.187-188; Kaser/Hackl, *RZP*, § 71, p.472-473. Een executoriale verkoop zonder voorafgaande 'denuntiatio' leidde tot een *geldige* eigendomsverwerving van de koper te goeder trouw, zolang de verzekerde vordering opeisbaar was: C. 8,27(28),7 (Gordianus, a.238) en C. 8,29(30),4 (Gordianus, a.240). Vgl. Dernburg, *Pfandrecht I*, p.88-90; *Pfandrecht II*, p.125-126; Windscheid/Kipp *I*, § 237, p.1200 nt.5.

278 PS. 2,5,1 (*FIRA II*, p.337): 'Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.' Vgl. ook D. 13,7,4 (Ulpianus). Vangerow *I*, § 379, p.859; Buckland p.477; Levy, *Vulgarrecht*, p.187-188; Kaser, *RP II*, § 252, p.319.

279 Dernburg (*Pfandrecht II*, p.377-378) gaat ervan uit dat in het hier besproken rescript sprake is van 'denuntiatio' in de zin van een dagvaarding, kennelijk op grond van 'conveniendi sunt'. Het meervoud 'denuntiationibus' doet mij echter vermoeden dat hier de sommatie buiten rechte is bedoeld: het rescript gaat uit van verschillende debiteuren (meervoud) voor één schuld (enkelvoud), en bij een dergelijke hoofdelijkheid is het voldoende om één van de debiteuren in rechte aan te spreken.

C. 8,13(14),10: 'Schuldenaren moeten indien aanwezig eerst door sommaties tot betaling worden aangesproken. Indien zij dan na te zijn aangesproken hun schuld niet hebben voldaan, zal de bestuurder van de provincie niet aarzelen u, wanneer u panden of hypotheken wilt opeisen, die – naar u zegt – specifiek in de akte zijn vermeld, met de u toekomende acties de ondersteuning van zijn gezag te verlenen.'²⁸⁰

Het wordt uit het rescript (terecht) niet duidelijk of de panden in dit geval met de hypothecaire actie werden opgeëist bij de schuldenaar zelf of onder derden. Dat maakte ook hoegenaamd geen verschil uit. Weliswaar moest de schuldenaar, als hij aanwezig was, eerst driemaal tot betaling worden gesommeerd, maar dit leidde niet tot een *subsidiare* verhaalsaansprakelijkheid van de derde. Het zekerheidsrecht kon immers onder de schuldenaar zelf ook niet worden geëxecuteerd voordat driemaal betaling was gevraagd. Een zekerheidsrecht onder de schuldenaar en een zekerheidsrecht onder een derde stonden derhalve op één lijn. Als men uit dit rescript al enige conclusie wil trekken omtrent de verhouding tussen de verhaalsaansprakelijkheden van debiteur en derde, dan is het dat de crediteur de vrije keuze had nadat hij zijn aanmaningen had uitgebracht:²⁸¹ er was in ieder geval geen sprake van uitwinningssubsidiariteit.

Justinianus heeft het recht met betrekking tot de executie van zekerheidsrechten ingrijpend herzien. In een lange constitutie van 18 maart 530,²⁸² dat wil zeggen nadat de eerste Codex was uitgevaardigd, maar voordat bevel was gegeven tot vervaardiging van de Digesten, gaf hij een uitvoerige regeling²⁸³ voor de wijze waarop zekerheidsrechten geëxecuteerd moesten worden, als tussen partijen niet iets anders was overeengekomen. In verband met C. 8,13(14),10 merk ik slechts op dat de crediteur op grond van de Justiniaanse constitutie slechts kon overgaan tot openbare verkoop nadat twee *jaren* waren verstreken, gemeten vanaf het moment van schriftelijke sommatie tot betaling of een veroordelend vonnis.²⁸⁴ In de praktijk zal daarvan wel steeds krachtens partijbeding zijn afgeweken, maar het is zeer de vraag of een dergelijk beding ook de *derde-verkrijger* kon binden. Als de crediteur twee jaar moest wachten alvorens het zekerheidsrecht onder een derde te executeren, zelfs als hij al in het bezit was van een veroordelend vonnis tegen de schuldenaar, dan was deze derde formeel niet subsidiair aansprakelijk (vanwege de eerder aangegeven reden) – maar praktisch gezien wel.

280 C. 8,13(14),10 (Diocletianus en Maximianus, a.290): 'Debitores praesentes prius denuntiationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus rector provinciae auctoritatis suae auxilium impertire non dubitabit.' Ik wijk hier af van de vertaling van Spruit e.a.

281 Anders: Kaser, *RPI*, § 111, p.473 nt.48.

282 C. 8,33(34),3.

283 Zie ook de verwijzing in I. 2,8,1: 'satis abundeque provisum est'.

284 C. 8,33(34),3,1: 'Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur feneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post *biennium*, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, numerandum eas vendere.' Cursivering toegevoegd.

I.3.3.2. 'Beneficium excussionis realis' (C. 8,13(14),2)

In het voorgaande is vastgesteld²⁸⁵ dat een crediteur die zich door middel van executie wenste te verhalen, de vrije keuze had tussen de aan hem verbonden pandobjecten. Dat gold evenzeer als een deel van de bezwaarde goederen was vervreemd aan derden.²⁸⁶ De crediteur behoefde daarbij de belangen van derden-bezitters niet bijzonderlijk in oenschouw te nemen. De vraag rees echter, of hij de belangen van andere, *latere* crediteuren met een goederenrechtelijk zekerheidsrecht diende te betrekken in de keuze voor een bepaalde verhaalsvolgorde. In beginsel,²⁸⁷ zo werd vastgesteld,²⁸⁸ behoefde hij dat niet te doen. Als zekerheidsnemer met prioriteit mocht hij zich verhalen op ieder verbonden goed, ook als die goederen later jegens anderen waren bezwaard, en zelfs als hij zich krachtens zijn (generale) zekerheidsrecht kon verhalen op andere, niet bezwaarde goederen.²⁸⁹ In één geval greep de keizer echter in, geleid door overwegingen van billijkheid.²⁹⁰

C. 8,13(14),2: '[pr.] Ook al komt vast te staan dat uw tegenpartij op bepaalde zaken een speciaal pandrecht en op het gehele vermogen een generale hypotheek heeft verkregen en dat hij ten aanzien van alle goederen hetzelfde recht heeft, moet toch met oog voor de omstandigheden recht worden gedaan. [1] Indien het derhalve zeker is dat hij op de goederen die hem afzonderlijk als pand zijn verbonden, zijn gehele schuld kan verhalen, zal de gouverneur bevelen dat de goederen van hetzelfde vermogen, die u later in pand hebt gekregen, in de tussentijd niet worden weggehaald.'²⁹¹

285 Zie boven, p.41.

286 Windscheid/Kipp I, § 235, p.1191.

287 Behoudens andersluidend beding, zoals in D. 20,4,2 (Papinianus). Zie daarover: Vangerow I, § 389, p.887-888; Dernburg, *Pfandrecht II*, p.370-371; Windscheid/Kipp I, § 235, p.1191 nt.24; Zwolve, *Gr.O.M.* 26, 2009 [in druk].

288 D. 20,4,2 (Papinianus); C. 8,17(18),6 (Valerianus en Gallienus, a.260).

289 Er bestond derhalve geen regel naar Romeins recht, dat de crediteur zich eerst diende te verhalen krachtens zijn speciale zekerheidsrechten alvorens de generale zekerheid te executeren. C. 8,27(28),9 (Diocletianus en Maximianus, a.287) heeft, zoals Zwolve betoogt, geen algemene strekking, maar ziet op een bijzonder beding ('iure conventionis'), zoals dat wordt besproken aan het einde van D. 20,4,2. Anders: Buckland p.480; Kaser, *RP I*, § 111, p.471; Wagner, *Die Entwicklung der Legalhypotheke am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Keulen/Wenen 1974, p.138. Volgens Dernburg (*Pfandrecht II*, p.374-375) ligt C. 8,27(28),9 in het verlengde van het 'beneficium excussionis realis': het argument dat hij geeft, te weten dat 'non prohibemini' aldaar aangeeft dat het gaat om 'eine richterlichte Einwirkung auf das Pfandverhältniss, nicht um die Auslegung einer Parteiconvention', is echter niet overtuigend. Het betreft hier immers een rescript: de keizer geeft een beslissing tussen partijen en betreft daarbij (uiteraard) hetgeen tussen partijen is overeengekomen.

290 Dernburg, *Pfandrecht II*, p.372-373. Zie, voor het moderne recht dienaangaande, p.297 e.v.

291 C. 8,13(14),2 (Severus en Antoninus, a.204): '[pr.] Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdicatio tamen temperanda est. [1] Ideoque si certum est posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex isdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit.'

Het hier behandelde geval betrof de vestiging van een generale hypotheek ten behoeve van een crediteur, aan wie bovendien een speciale hypotheek werd verstrekt op enige afzonderlijke goederen.²⁹² Vervolgens had de zekerheidsgever nog een speciale hypotheek gevestigd ten behoeve van een andere crediteur, op afzonderlijke goederen die niet onder de eerdere speciale hypotheek waren begrepen, maar uiteraard wel onder de eerdere generale hypotheek. Als de eerste zekerheidsnemer zich nu krachtens zijn generale hypotheek zou verhalen op de goederen die jegens de tweede zekerheidsnemer waren verbonden, dan zouden diens verhaalsmogelijkheden daardoor worden aangetast. De keizer bevestigde dat de schuldeiser in beginsel verhaal kon nemen op ieder verbonden goed ('*aequale ius in omnibus habere*'), maar gezien de omstandigheden meende hij dat het opportuun was om de eerste zekerheidsnemer te dwingen om zich eerst te verhalen op de speciaal jegens hem verbonden goederen, die niet met het tweede zekerheidsrecht waren bezwaard. Aldus bleven de verhaalsmogelijkheden van de tweede zekerheidsnemer intact.

Deze verhaalsvolgorde staat sinds de Middeleeuwen bekend als het '*beneficium excussionis realis*'.²⁹³ Dit voorrecht moet scherp worden onderscheiden van het '*beneficium excussionis personalis*' zoals dat later werd ontnomen aan Novelle 4. Het betrof hier een regel ter bescherming van latere schuldeisers met een beperkt zekerheidsrecht, ten behoeve van hun verhaal, en niet een regel die bescherming bood aan derden-verkrijgers van verpande

292 De vraag rijst waarom een crediteur een speciale hypotheek zou willen hebben naast de generale hypotheek, die immers ook de goederen omvatte die onder de speciale hypotheek waren begrepen. Zwolve (*Gr.O.M.* 26, 2009) wijst erop, onder aanhaling van D. 20,1,6-8, dat sommige goederen (zoals huisraad) niet onder een generale hypotheek vielen en derhalve afzonderlijk verpand moesten worden; bovendien kwam de generale hypotheek op vermogenscomplexen (zoals de inventaris van een winkel) soms geen zaaksgevolg toe. De omgekeerde vraag rijst eveneens: waarom zou een crediteur, die voldoende goederen afzonderlijk in pand heeft gekregen, nog een generale hypotheek verlangen? Het antwoord daarop is gelegen in een eigenaardigheid van het Romeinse beslagrecht, dat gedurende lange tijd slechts beslag kende op een geheel vermogen ('*missio in bona*'), waarover hieronder nader. Zie ook: Thibaut, 'Ueber die unbestimmte Verbindung eines Generalpfandes mit einem Specialpfande, und umgekehrt', *Arch. Civ. Prax.* 17, 1834, p.1-30; Dernburg, *Pfandrecht II*, p.373.

293 Het meest recente proefschrift over het onderwerp is: Wolff, *Das beneficium excussionis realis*, Berlijn 1894. Nader onderzoek is gewenst.

goederen.²⁹⁴ Voor zover het rescript leidde tot een subsidiair verhaal op de goederen die generaal aan de eerste, en speciaal aan de tweede crediteur waren verpand, was de vraag wie *eigenaar* van deze goederen was niet relevant. Anders gezegd, de tweede crediteur kon zich op het ‘beneficium excussionis realis’ beroepen ongeacht waar de verbonden goederen zich bevonden. Die mogelijkheid was hem bovendien slechts toegekend jegens een crediteur die was voorzien van een generale hypotheek en daarnaast van speciale pandrechten. De derde-eigenaar van bezwaarde goederen kon zich echter *niet* op het ‘beneficium excussionis realis’ beroepen. Hoewel het ‘beneficium excussionis realis’ dus een inbreuk betekende op het keuzerecht van de crediteur, kan het niet worden beschouwd als een voorloper van het ‘beneficium excussionis personalis’ van Novelle 4.

I.3.3.3. Pandrecht ten titel van vonnis

Gedurende lange tijd was het naar Romeins recht niet mogelijk om tot verhaal van een schuld beslag te leggen op afzonderlijke vermogensbestanddelen van de schuldenaar. De executie van een veroordelend vonnis vond, tot in de keizertijd, gewoonlijk plaats door ‘venditio bonorum’, dat wil zeggen door openbare verkoop van het *gehele* vermogen van de schuldenaar – ook als deze solvent was – ter bevrediging van al diens crediteuren.²⁹⁵ Zelfs in de cognitieprocedure was deze inbeslagname van het vermogen (‘missio in bona’) na een verzoek tot executie van een veroordelend vonnis (de postklassieke vorm van de ‘actio iudicati’), gevolgd door openbare verkoop, de gewone vorm van executie.²⁹⁶ In de loop van de tweede eeuw werd binnen

294 Het rescript is geadresseerd aan een zekere Lucius, de tweede zekerheidsnemer, die in een procedure was verwickeld met de eerste zekerheidsnemer (‘adversarium tuum’). Kennelijk had de eerste zekerheidsnemer *afgifte* gevorderd ter executie (‘interim non auferri praeses iubebit’). Het betrof dus een recht van *vuistpand* dat aan de tweede crediteur was verleend. De reikwijdte van het rescript werd onder het gemene recht sterk uitgebreid, door ook aan *andere* derden-bezitters een beroep op dit ‘beneficium excussionis realis’ toe te staan: Gl. *Iubebit* op C. 8,13(14),2. Zie verder hieronder, p.106. Vgl. Thibaut p.23-25; Windscheid/Kipp I, § 235, p.1192 nt.25. De Middeleeuwse rechtsgeleerdheid kon voor die uitbreiding putten uit de strekking van Novelle 4; het is echter zeer de vraag of zulks de bedoeling van Septimius Severus was geweest, ruim driehonderd jaar vóór de uitvaardiging van die Novelle. In ieder geval geeft het rescript geen aanleiding tot de veronderstelling dat het ‘beneficium excussionis realis’ ook werd toegekend aan derden-bezitters die zelf geen crediteur waren.

295 Kaser/Hackl, *RZP*, § 57, p.388: ‘Diese Härte der römischen Vollstreckungsordnung, die den Schuldner mit Ehr- und Vermögensverlust bedroht, erklärt sich geschichtlich aus ihrer Herkunft von der Personalexekution.’ Vgl. Ankum, *De geschiedenis der ‘Actio Pauliana’*, Zwolle 1962, p.27-34.

296 Ankum, *Actio Pauliana*, p.34-35; Kaser/Hackl, *RZP*, § 76, p.511; Von der Fecht p.39-43.

die cognitieprocedure²⁹⁷ echter een regeling omtrent het beslag en verhaal op afzonderlijke vermogensbestanddelen tot ontwikkeling gebracht. Dit zogenoemde 'pignus in causa iudicati captum' had, zoals de naam al zegt, de vorm van een *pandrecht* ten titel van vonnis, dat zich in de verhouding tot andere zekerheidsrechten geheel conformeerde aan het beginsel van prioriteit.²⁹⁸ Het pandbeslag rustte naar alle waarschijnlijkheid niet op het gehele vermogen, maar slechts op zoveel goederen als nodig was om de schuld te verhalen.²⁹⁹

De *uitoefening* van het aldus verkregen zekerheidsrecht stond niet ter vrije dispositie van de crediteur. De beslagen goederen werden in bezit genomen door gerechtelijke ambtenaren³⁰⁰ en, na een laatste termijn voor lossing, in het openbaar verkocht.³⁰¹ Bij het verhaal werd een volgorde gehanteerd, waarbij de beslagen goederen in categorieën werden ingedeeld. Eerst diende de crediteur zich te verhalen op geld, vervolgens op roerende goederen, daarna op onroerende goederen, dan op aan de schuldenaar toebehorende beperkte rechten en tot slot op diens vorderingen.³⁰² Een volgende categorie kwam pas aan bod nadat alle middelen in een eerdere categorie waren uitgeput. De bedoeling hiervan was in de eerste plaats om de debiteur te beschermen tegen overmatige executie;³⁰³ en in de tweede plaats om hem te beschermen tegen verhaal op vermogensbestanddelen die zich slechter voor executie leenden³⁰⁴ en waarvan de volle waarde bij executie wellicht niet viel te realiseren. Omgekeerd kon niet worden verwacht dat een crediteur zich zou trachten te verhalen op goederen waarvan de eigendom werd betwist, of op vorderingen waarvan de debiteur niet bereid was tot betaling;³⁰⁵ en uiteraard kwamen slechts goederen die toebehoorden aan de schuldenaar voor verhaal in aanmerking.³⁰⁶

Een crediteur die was voorzien van een pandrecht ten titel van vonnis, kon zich pas verhalen op vorderingen van zijn debiteur tegen derden nadat het beslag op de roerende en onroerende goederen van zijn debiteur was geëxe-

297 Litewski, 'Pignus in causa iudicati captum', *SDHI* 40, 1974, p.212-214; Frezza, *Garanzie II*, p.119; Von der Fecht p.47-51. Het oudste, niet zelfstandig overgeleverde rescript over de materie is van Antoninus Pius: D. 42,1,31. (Callistratus). Caracalla opende de mogelijkheid van pandbeslag op vorderingen: D. 42,1,15,8 (Ulpianus). In de derde eeuw werd executoriaal beslag op afzonderlijke vermogensbestanddelen de regel: Ankum, *Actio Pauliana*, p.36; Kaser/Hackl, *RZP*, § 76, p.512.

298 Het pandrecht ten titel van vonnis was executabel, ook als het jonger was, maar de oudere crediteur had voorrang bij het verhaal op de opbrengst: D. 42,1,15,5 (Ulpianus). Vgl. Von der Fecht p.64 en p.98-102.

299 Ankum, *Actio Pauliana*, p.36; Litewski, *SDHI* 40, 1974, p.247.

300 En niet door de beslagcrediteur zelf: Von der Fecht p.56-57. Zie, voor het hier verder niet behandelde 'pignus praetorium': Frezza, *Garanzie II*, p.115-118.

301 Ankum, *Actio Pauliana*, p.36; Kaser, *RP II*, § 251, p.318; Litewski, *SDHI* 40, 1974, p.217-242 en 275; Kaser/Hackl, *RZP*, § 76, p.513.

302 D. 42,1,15,2 (Ulpianus). Zie verder: Litewski, *SDHI* 40, 1974, p.246-248; Kaser/Hackl, *RZP*, § 76, p.513; Von der Fecht p.58-61.

303 Litewski, *SDHI* 40, 1974, p.207-208.

304 Litewski, *SDHI* 40, 1974, p.249-250.

305 D. 42,1,15,9 (Ulpianus). Litewski, *SDHI* 40, 1974, p.255-264; Von der Fecht p.90-96.

306 D. 42,1,15,4 (Ulpianus). Litewski, *SDHI* 40, 1974, p.255; Kaser/Hackl, *RZP*, § 76, p.513; Von der Fecht p.72-75. Het is al even vanzelfsprekend dat de crediteur zich middels pandbeslag kon verhalen onder houders voor de debiteur: D. 42,1,15,11-12 (Ulpianus).

cuteerd. Dit zou aanleiding kunnen geven tot de gedachte dat de derde wiens schuld met het pandrecht was bezwaard, subsidiair aansprakelijk was. Dat was nochtans niet het geval. De crediteur verhaalde zich op een vermogensbestanddeel van zijn eigen schuldenaar, te weten de vordering op een derde: deze *derde* was niet subsidiair aansprakelijk, maar betaalde bij executie zijn eigen schuld op het daartoe geëigende moment. De verhaalsvolgorde die door het pandrecht ten titel van vonnis in het leven werd geroepen, was een verhaalsvolgorde onder de schuldenaar. Zij had derhalve niets van doen met de verhaalsaansprakelijkheid van niet-draagplichtige derden en kan om die reden ook niet worden beschouwd als een voorloper van Novelle 4.

I.3.3.4. Fiscale schulden (D. 49,14,47,pr.)

Er bestond één belangrijke uitzondering op het beginsel dat een pandcrediteur de vrije keuze had tussen het instellen van een persoonlijke actie tegen de debiteur en een zakelijke actie tegen de derde-bezitter van een met zekerheid bezwaarde zaak. Zoals Septimius Severus in een rescript bepaalde, diende de fiscus 'uit billijkheidsoverwegingen' niet op te treden tegen derden voordat de fiscale debiteur in rechte was aangesproken en insolvent was bevonden. Paulus, die als lid van de keizerlijke adviesraad wellicht nauw betrokken was bij de totstandkoming van deze beslissing,³⁰⁷ beschreef het geval in een bekende passage uit zijn 'Decreten'.

D. 49,14,47,pr.: 'Een zekere Moschis, een schuldenares van de keizerlijke schatkist op grond van pacht van een cijnsplichtig stuk overheidsgrond, had erfgenamen; na de aanvaarding van de nalatenschap hadden Faria Senilla en anderen van dezen percelen grond gekocht. Toen de kopers aangesproken werden vanwege de achterstallige pacht schulden van Moschis en zij beweerden dat de erfgenamen van Moschis solvent waren en dat vele andere personen uit dezelfde boedel gekocht hadden, heeft de keizer het billijk geacht dat eerst de erfgenamen in rechte moesten worden aangesproken, en voor het restant elke bezitter; en in deze zin heeft hij uitspraak gedaan.'³⁰⁸

Het hier besproken geval lijkt, op het eerste gezicht, tamelijk eenvoudig. Mevrouw Moschis had stukken grond in erfpacht gekregen van de fiscus tegen de verplichting tot betaling van een canon ('vectigal'). Zij was vervolgens overleden onder achterlating van een schuld aan de fiscus. Deze schuld werd van rechtswege verdeeld over de erfgenamen, die bovendien stukken

307 Schulz, *Römischen Rechtswissenschaft*, p.126, 138-139 en 181; Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz 1967, p.244. Zie over de Decreten: Lenel, *Palingenesia iuris civilis I*, Graz 1960, kol.959 nt.1.

308 D. 49,14,47,pr. (Paulus, *I decr.*): 'Moschis quaedam, fisci debitor ex conductione vectigalis, heredes habuerat, a quibus post aditam hereditatem Faria Senilla et alii praedia emerant. Cum convenirentur propter Moschidis reliqua et dicebant heredes Moschidis idoneos esse et multos alios ex isdem bonis emisse, aequum putavit imperator prius heredes conveniri debere, in reliquum possessorem omnem: et ita pronuntiavit.'

grond uit het vermogen van Moschis vervreemdden aan enige derden, waaronder Faria Senilla. De fiscus sprak deze derden vervolgens aan voor de (onbetaalde) rest van de schuld van Moschis ('propter reliqua Moschidis'). De verkrijgers van de stukken grond betoogden daarop dat de fiscale debiteuren, Moschis' erfgenamen, in staat waren de schuld te voldoen. Bovendien stelden zij dat de fiscus zich eveneens moest verhalen op andere kopers van stukken grond uit dezelfde boedel. De keizer bepaalde dat de fiscus zich eerst tot zijn debiteuren moest wenden en vervolgens tot elke bezitter ('possessore omnem'). Het is duidelijk dat deze regel, ingegeven door billijkheidsoverwegingen ('imperator aequum putavit'), een aanzienlijke afwijking betekende van het hierboven beschreven stelsel, waarin de pandcrediteur steeds de keuze had tussen een vordering tegen zijn schuldenaar en de uitoefening van zijn pandrecht onder een derde.

Aansprakelijkheid voor achterstallige belastingschulden

De hierboven beschreven traditionele lezing³⁰⁹ van het rescript lijkt mij de juiste. Zij veronderstelt echter iets wat in het fragment niet met zoveel woorden tot uitdrukking komt,³¹⁰ te weten dat de fiscus jegens Faria Senilla c.s. optrad met een actie uit *hypotheek*. Paulus vermeldt in D. 49,14,47,pr. uit welken hoofde Moschis geld schuldig was aan de fiscus: zij wordt uitdrukkelijk aangeduid als een 'debitrix ex conductione vectigalis'. Uit het fragment wordt echter niet duidelijk *welke* grondstukken aan derden waren verkocht: 'Moschis ... heredes habuerat, a quibus ... Faria Senilla et alii praedia emerant.' Het is dus mogelijk dat de verkochte grond toebehoorde aan de fiscus en aan Moschis in erfpacht was gegeven. In dat geval waren Faria Senilla c.s. in hun kwaliteit van bezitters (verhaals)aansprakelijk voor betaling van de canon.³¹¹

De Romeinse staat placht onvervreemdbare rijksground in erfpacht uit te geven tegen betaling van een canon ('vectigal'). De uitgifte geschiedde van oudsher door openbare veiling aan de meestbiedende ('manceps', vaak een consortium van investeerders),³¹² die de grond vervolgens opsplijste en in ondererfpacht gaf.³¹³ De jaarlijkse afdrachten vormden een belangrijke inkomstenbron voor de schatkist. Op den duur verkreeg de contractuele band met de erfpachter daarom publiekrechtelijke trekken, zodat de verplichting tot betaling van de canon als een belastingschuld werd gezien.³¹⁴ Naarmate de erfpacht minder als een gebruiksvergoeding en meer als een belasting werd beschouwd, kwam de verplichting tot

309 Zie reeds de Gl. *Conveniri* op D. 49,14,47,pr.

310 Wagner p.136.

311 Anders: Wagner p.140 nt.180.

312 Mommsen *II.1*, p.430; Weber, *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*, Stuttgart 1891, reprint: Amsterdam 1962, p.140-142; Mitteis, *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum*, Leipzig 1901, p.12-16; Kaser, *RP I*, § 107, p.455 en nt.5; Von der Fecht p.117-119. Vgl. voor Egypte: Taubenschlag p.58.

313 Op basis van het aansluitende fr.1, dat een geval van herverpachting betreft, ligt het in de rede om aan te nemen dat Moschis eveneens een belastingpachter was.

314 Weber p.166-167; Wagner p.39-40.

betaling van de canon daarom te rusten op de bezitter van de grond.³¹⁵ Maar degene die de grond in (belasting)erfpacht had ontvangen bleef uiteraard de belastingschuldenaar. Daarom rees de vraag of de fiscus zich ook op derden-bezitters van de belastingplichtige grond kon verhalen voor de termijnen die niet *gedurende* hun bezit waren verschenen, maar *daarvóór*. De 'divi fratres' Marcus Aurelius en Lucius Verus bepaalden in een (niet zelfstandig overgeleverd) rescript dat zulks inderdaad het geval was: de grond *zelf* was als belastingschuldenaar 'aansprakelijk'.³¹⁶

Er zijn derhalve in beginsel *twee* lezingen mogelijk van de 'lex Moschis'. Tegenover de traditionele lezing, waarover aanstonds meer, staat het geval waarin Faria Senilla c.s. belastingplichtige grond hadden gekocht, zodat zij 'propter reliqua Moschidis' werden aangesproken, voor de achterstallige belastingschuld van Moschis. De keizer zou dan hebben besloten dat deze publiekrechtelijke bevoegdheid³¹⁷ van de fiscus pas mocht worden uitgeoefend nadat de erfgenamen van de belastingschuldenaar waren uitgewonnen, en dan nog jegens elke bezitter slechts voor het deel van de achterstallige schuld dat aan diens bezit kon worden toegerekend. Het voordeel van deze lezing is dat zij een verklaring geeft voor de zinsnede 'in reliquum possessorem omnem'. Zij is bovendien in overeenstemming met een ander fragment dat ongeveer uit dezelfde tijd stamt, ditmaal van Papinianus.

D. 50,15,5,pr.: 'Als ter bespoediging van het proces één grondbezitter uit hoofde van de grondbelasting wordt aangesproken, moet de keizerlijke schatkist aan degene die aangesproken is zijn acties tegen de overige bezitters, van wie de gronden op gelijke wijze aansprakelijk zijn, overdragen; en wel zo dat allen overeenkomstig de omvang van hun land het geld van de grondbelasting afdragen. ...'³¹⁸

-
- 315 Blijkens D. 33,2,28 was ten tijde van Paulus al bepaald dat de verplichting tot betaling van de 'vectigal' aan de *vruchtgebruiker* van het belastingplichtige stuk grond kon worden opgelegd. Uit D. 2,14,42 (Papinianus) wordt duidelijk dat de *pandcrediteur* eveneens aansprakelijk was, en dat een tegengesteld beding tussen de belastingplichtige zekerheidsgever en de crediteur geen afbreuk kon doen aan de rechten van de fiscus.
- 316 D. 39,4,7,pr. (Papirius Justus, *II de const.*): 'Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere eoque exemplo [ex empto] actionem, si ignoraverint, habituros.' Dernburg (*Pfandrecht II*, p.377) haalt dit rescript aan voor de stelling dat de hier aan de orde zijne 'lex Moschis' (D. 49,14,47,pr.) niet van toepassing was op achterstallige belastingschulden: dat is onjuist, alleen al omdat het rescript van Marcus Aurelius en Lucius Verus ongeveer dertig jaar ouder is dan de 'lex Moschis'.
- 317 Von der Fecht (p.120 en 129) gaat er van uit, mijns inziens ten onrechte, dat de fiscus (behoudens zakelijke rechten) derden alleen zou kunnen aanspreken op grond van *contracten* die deze derden met de belastingpachter hebben gesloten, zodat hij zich steeds verhaalt op schuldenaren van zijn schuldenaar, dat wil zeggen op bestanddelen van het vermogen van de belastingplichtige. Hij behandelt D. 39,4,7,pr. en D. 50,15,5 dan ook niet.
- 318 D. 50,15,5,pr. (Papinianus, *XIX resp.*): 'Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum iure conveniretur, adversus ceteros, quorum aequae praedia tenentur, ei qui conventus est actiones a fisco praestantur, scilicet ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant. ...'

Weliswaar behandelt deze bepaling een andere grondbelasting, het 'tributum',³¹⁹ maar aangezien deze belasting eveneens door de fiscus werd geïnd, kan daaraan geen bijzondere betekenis worden toegekend.³²⁰ In het door Papinianus behandelde geval wordt één grondbezitter aangesproken, terwijl verschillende bezitters kennelijk aansprakelijk zijn voor één belasting. Uit het feit dat de vordering door de fiscus moest worden overgedragen aan de betalende bezitter blijkt dat deze niet als *draagplichtig* werd beschouwd voor het deel dat de toerekening aan zijn eigen bezit te boven ging. Hij diende echter zelf het risico van het regres te dragen: de fiscus werd niet gedwongen om iedere bezitter naar diens draagplicht aan te spreken, wat, gezien het belang van de fiscale inningen, niet verwonderlijk is. De gedachte ligt nu voor de hand, dat in de 'lex Moschis' uit billijkheid een nadere nuance van deze regels wordt gegeven. Papinianus vervolgt echter:

D. 50,15,5,2: '... Evenmin zal een legataris worden gehoord als hij inzake belastingen van een verlopen periode bezwaar maakt op grond van het feit dat de erfgenaam en degene die was aangesteld om de belastingen te innen solvent is.'³²¹

In het geval dat Papinianus voor ogen stond, had een legataris stukken grond uit een erfenis verkregen die, zogezegd, nog belastingplichtig waren. Deze legataris was niet draagplichtig maar wel verhaalsaansprakelijk; en hoewel hij kon verlangen dat de fiscus diens vorderingen cedeerde ten behoeve van zijn regres, kon hij niet eisen dat de daadwerkelijke belastingsschuldenaar eerst werd aangesproken tot verhaal. In de 'lex Moschis' eisten Faria Senilla c.s. echter met succes dat de fiscus zich eerst op zijn schuldenaren zou verhalen. Dit lijkt in tegenspraak te zijn (want waarom zou een derde-bezitter uit legaat anders worden behandeld dan een derde-bezitter uit koop?), maar zoals de Glosse al vaststelde,³²² is er een oplossing mogelijk die de aangehaalde plaatsen verzoent: Faria Senilla c.s. hadden *geen belastingplichtige* grond gekocht uit de erfenis, dat wil zeggen: grond die aan Moschis in belastingpacht was gegeven, maar *andere* grond; zij werden niet aangesproken uit hoofde van achterstallige belastingen, maar omdat de door hen gekochte grond verbonden was tot zekerheid van de door Moschis verschuldigde belastinggelden. Dit impliceert dat de fiscus kon beschikken over een verhaalsrecht met goederenrechtelijke werking.

319 Zie over het 'tributum': Mommsen *III.1*, p.730-736; Goffart, *Caput and colonate: towards a history of late Roman taxation*, Toronto 1974, p.1-21.

320 Vgl. ook D. 49,14,45,9 (Paulus). Anders: Von der Fecht p.123.

321 D. 50,15,5,2 (Papinianus, *XIX resp.*): '... nec audietur legatarius contradicens ob tributa praeteriti temporis, quod heres solvendo sit et is, qui tributis recipiendis praepositus fuerat.'

322 Gl. *Conveniri* op D. 49,14,47,pr.: 'Immo videtur quod hoc emptor allegare non possit, ut infra D. de cens. l. cum possessor § pro pecunia [D. 50,15,5,2] contra. Solutio: hic in praedia conductricis non vectigali: ibi in vectigali. Et cum eo concordat D. de public. l. imp. in pr. [D. 39,4,7,pr.] et D. de iur. fisc. l. praediis [D. 49,14,36].'

Uiteraard waren Faria Senilla c.s. in geen geval debiteuren van Moschis, op welke de fiscus zich wenste te verhalen.³²³ Weliswaar verhaalde de Romeinse fiscus zich slechts subsidiair op de schuldenaren van zijn schuldenaren,³²⁴ maar aangezien de erfgenamen uitdrukkelijk 'idoneos' worden genoemd, zou de fiscus in dat geval niet bij derden zijn beland. Voorts had de erfverpachter, bij het uitblijven van betaling van de canon, het recht om de pacht op te zeggen en zich in het bezit van de grond te stellen.³²⁵ Deze mogelijkheid moet ook worden uitgesloten: als de fiscus *afgifte* had gevorderd van Faria Senilla c.s., dan had de keizer niet besloten dat 'possessore *omnem*' aangesproken dienden te worden na verhaal op de erfgenamen.

Aansprakelijkheid krachtens hypotheek

Nu eenmaal is vastgesteld dat de fiscus zich *niet* krachtens een publiekrechtelijke bevoegdheid op stukken grond onder derden wenste te verhalen, rijst de vraag over welk recht de fiscus dienaangaande kon beschikken. Over de aard van dit goederenrechtelijke fiscale verhaalsrecht is in de Romanistische literatuur één en ander te doen geweest.³²⁶ Wieacker zag er een toepassing in van een beslagrecht³²⁷ dat, zo betoogde hij mede op grond van de 'lex Moschis', ook tegen derden-verkrijgers werkte. Het zou geen zakelijk recht betreffen, maar een bevoorrecht verhaalsrecht met derdenwerking, beïn-

323 Wagner p.136-137.

324 C. 4,15,4 (Diocletianus en Maximianus, a.293). Wieacker ('Protopraxie und *ius pignoris* im klassischen Fiskalrecht', in: *Festschrift Paul Koschaker I*, Weimar 1939, p.244) leidt uit deze constitutie af dat de fiscus zich *altijd* subsidiair onder derden moest verhalen, mijns inziens ten onrechte; zo ook Wagner p.141; Von der Fecht p.128-129. Vgl. ook D. 49,14,3,8 (Callistratus). In C. 10,2,2 (Valerianus en Gallienus) lijkt het dat de schuldenaar van de fiscale debiteur zich op subsidiaire aansprakelijkheid mag beroepen: maar zoals Von der Fecht (p.129-130) betoogt, is er in dat geval door de aangesproken schuldenaar *reeds betaald* aan de belastinginnehmer, evenwel zonder dat de verplichting jegens de fiscus is tenietgegaan. De fiscus kon zekerheidstelling verlangen: C. 10,2,1 (Gordianus), waarover Wagner p.143-145; Von der Fecht p.131-132. Een verband met de verhaalsvolgorde bij het 'pignus in causa iudicatum captum' ligt voor de hand, gezien de samenhang tussen fiscale procedures en de ontwikkeling van de cognitieprocedure: Weber p.167-170; Wagner p.106-109 en 141-143; Kaser/Hackl, *RZP*, § 68, p.453-455. Von der Fecht (p.113-134) heeft recent verdedigd dat het subsidiaire verhaal op schuldenaren van de debiteur eerst tot ontwikkeling kwam in het fiscale recht; dat lijkt mij juist.

325 D. 6,3,1,pr. (Paulus). Kaser, *RP II*, § 249, p.310 nt.11.

326 Een onderdeel van het probleem is dat het fiscale verhaalsrecht in de bronnen regelmatig wordt aangeduid als 'vice pignorum' (C. 8,14(15),1, Antoninus a.213) of als een 'ius veluti pignoris': C. 8,14(15),2, Antoninus a.214; Fr. 5 de iure fisci (= *FIRA II*, p.628), onzekere datering. Zie Kaser (*RP II*, § 251, p.316 nt.12), die om deze reden consequent de term 'pfändähnliches Zugriffsrecht' gebruikt. Het is mij niet geheel duidelijk waarom men een verhaalsrecht met werking jegens andere (pand)crediteuren en jegens verkrijgers uit het verbonden vermogen (zoals Kaser, *RP I*, § 110, p.466 nt.36 en *RP II*, § 251, p.316 nt.13 op basis van D. 49,14,47,pr. en C. 7,73,6 aanneemt, zie ook Von der Fecht p.136) *niet* als een hypotheek zou mogen beschouwen. In de laatstgenoemde bepaling wordt het fiscale recht bovendien uitgeoefend 'iure pignoris'. Hoe dat zich verhoudt tot Kasers stelling, 'die klassischen Quellen sprechen ... nur bei vertraglicher Verpfändung von pignus slechthin' (*RP I*, § 110, p.466 nt.36), is niet duidelijk.

327 Wieacker p.220 en 254.

vloed door de Hellenistische ‘protopraxie’.³²⁸ Wagner heeft zich daartegen met kracht van argumenten verzet: naar zijn inzicht is de generale legale hypotheek van de fiscus tussen Scaevola³²⁹ en Papinianus,³³⁰ dat wil zeggen tussen de tweede helft van de tweede eeuw en 211 na Christus,³³¹ tot ontwikkeling gebracht. Er is daarbij geen sprake geweest van Hellenistische invloed.³³² Wagner aarzelt niet om in het onderhavige geval het bestaan van een generale hypotheek te veronderstellen,³³³ maar vervolgens stelt hij wat verrassend dat Moschis een *conventionele* hypotheek zou hebben verleend,³³⁴ zonder die stelling nader te motiveren. Het lijkt mij, om redenen die hij zelf aangeeft, dat het niet nodig was om een conventionele hypotheek te vestigen als de fiscus in deze tijd reeds beschikte over een legale hypotheek.

-
- 328 Wieacker p.248-249. De *πρωτοπραξία* was, kort gezegd, een privilege in faillissement ten gunste van de fiscus: Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I: Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig 1908, p.371-372. Naar het schijnt kon de fiscus dit privilege ook uitoefenen tegen derden-verkrijgers, zo bijvoorbeeld in een edict van de praetor in Egypte (*FIRA I*, p.320 sub 5) uit 68 na Christus. Von der Fecht (p.135) definieert het privilege als een ‘Rückrufsrecht’. De strekking daarvan is echter onduidelijk: Dernburg, *Pfandrecht I*, p.338; maar zie ook Wieacker p.222-229. Eén en ander heeft Wieacker (p.231-236, in het voetspoor van Mitteis, *Röm Priv. I*, p.373 nt.68) verleid tot de gedachte dat de fiscus krachtens het Egyptische edict een beslagrecht was toegerekend met goederenrechtelijke terugwerkende kracht tot het ontstaansmoment van de schuld. Zo ook Weiss p.87-89; Taubenschlag p.60-61; Kaser, *RP II*, § 251, p.317 nt.14. Het bewijs hiervoor berust echter (uitgezonderd het Egyptisch edict) op bronnenmateriaal uit het einde van de tweede eeuw, zodat de stelling dat protopraxie een beslagrecht was, afhankelijk is van de *aanname* dat de fiscus aan het einde van de tweede eeuw *nog niet* beschikte over een legale hypotheek: Mitteis, *Röm. Priv. I*, p.374. Een beslagrecht onder derden kan in geen geval worden afgeleid uit D. 49,14,21 (Paulus): daar is sprake van een betaling die door de fiscus wordt vernietigd; vgl. D. 49,14,45.pr. (Paulus).
- 329 Wagner p.182-192, op basis van D. 20,4,21,1 (Scaevola, *XXVII dig.*). Scaevola kende, zo blijkt uit het pr., slechts de *conventionele* hypotheek van de fiscus. Frezza, *Garanzie II*, p.123.
- 330 Wagner p.181, op basis van D. 49,14,28 (Ulpianus, *III disp.*, met verwijzing naar Papinianus). Vgl. ook C. 8,14(15),1 (belastingenschuld, a.213) en C. 8,14(15),2 (contract, a.214). Zie echter ook: Frezza, *Garanzie II*, p.121-124. Het bekende fragment van Hermogenianus (D. 49,14,46,3: ‘Fiscus semper habet ius pignoris’) is ten minste 120 jaar jonger: Lenel, *Palingenesia I*, kol.265 nt.1; Kunkel p.263. Zie daarover ook Dernburg, *Pfandrecht I*, p.340. In Fr.5 de iure fisci wordt gewoonlijk gelezen (*FIRA II*, p.628): ‘bona eorum qui cum fisco contrahunt ... e vacuaria [lege vicesimaria] velut pignoris iure fisco obligantur, non solum ea quae habent, sed et ea quae postea habituri sunt.’ De datering is echter omstreden, zoals de uitgever van het fragment opmerkt. Wagner (p.37-41) plaatst het na 225. Anders: Wieacker p.239-240.
- 331 Wagner p.181 en 192; Kaser, *RP II*, § 251, p.316. Zo ook reeds Dernburg, *Pfandrecht I*, p.339. De poging van Von der Fecht (p.135-144) om het optreden van de fiscus tegen derden, die goederen uit het vermogen van de belastingschuldenaar hebben verkregen, slechts te verklaren uit de ‘protopraxie’, doet in dit licht gekunsteld aan.
- 332 Wagner p.41-61. Anders: Kaser, *RP I*, § 72, p.306 en § 110, p.466 (‘umstritten’ in *RP II*, § 251, p.316 nt.14).
- 333 De gedachte dat het hier geen goederenrechtelijke zekerheid zou kunnen betreffen omdat de subsidiaire aansprakelijkheid van derden-bezitters pas werd ingevoerd door Novelle 4, wordt door Wagner (p.137) terecht als een *petitio principii* verworpen.
- 334 Wagner p.138.

De inning van grondbelasting (als 'vectigal' of als tribuut) was onder het vroege principaat reeds uit handen genomen van de consortia van investeerders ('mancipes') die voordien de belasting hadden gepacht, en neergelegd bij keizerlijke beambten of gemeentelijke bestuurders.³³⁵ De 'kroondomeinen' van de fiscus werden echter veel later nog in (belasting)erfpacht uitgegeven.³³⁶ Nu waren de deelnemers in een 'manceps' van origine verplicht om zekerheid te stellen voor hun verplichtingen jegens de staat, middels borgen ('praes') of stukken grond ('praedia').³³⁷ Omtrent deze wijzen van zekerheidstelling jegens de staat is weinig bekend.³³⁸ Gegeven echter, dat er een traditie bestond om zekerheid te stellen bij belastingpacht van het 'aerarium', is het althans mogelijk dat de fiscus ook zekerheidstelling verlangde van zijn (belasting)pachters³³⁹ hoewel tezelfdertijd de legale hypotheek tot ontwikkeling werd gebracht. Wellicht had de fiscus zelfs twee hypotheeken op het vermogen van Moschis.

Wat de aard van de generale hypotheek van de fiscus ook geweest moge zijn, de beslissing van de keizer was tamelijk verrassend. In het voorgaande is immers gebleken dat de crediteur steeds de keuze had uit een persoonlijke actie en de Serviana.³⁴⁰ Bovendien mocht de crediteur in beginsel kiezen tussen de verbonden pandobjecten.³⁴¹ In één geval werd daarop een inbreuk gemaakt, te weten door het hierboven behandelde 'beneficium excussionis realis'.³⁴² Het motief daartoe was gelegen in een overweging van billijkheid, zoals hier, maar aldaar strekte de inbreuk op de keuzevrijheid van de executerende schuldeiser tot bescherming van andere crediteuren. In het onderhavige geval was daarvan geen sprake.³⁴³ De keizer besliste slechts dat de erfgenamen eerst aangesproken dienden te worden, ten voordele van de derden-bezitters. Het motief daartoe is gegeven met de stelling dat de erfgenamen 'idoneos' waren. Zoals Wagner terecht opmerkte, impliceert de tekst dat de erfgenamen aangesproken moesten worden met een *persoonlijke*

335 Dernburg, *Pfandrecht I*, p.349-350; Mommsen *II.2*, p.1017-1018; Mitteis, *Erbpacht*, p.19-22; Goffart, p.14-28; Von der Fecht p.119.

336 Mommsen *II.2*, p.1019; Mitteis, *Röm. Priv. I*, p.354-362 en p.366; Kaser, *RP II*, § 249, p.308.

337 Mommsen *II.1*, p.430; Mitteis, *Röm. Priv. I*, p.363-364.

338 Kaser, *RP I*, § 108, p.457 nt.2 en p.459; Kaser/Hackl, *RZP*, § 57, p.389-390. De 'praes' en 'praedia' verdwenen nadat de functie van het 'aerarium' door de meer privaatrechtelijk vormgegeven fiscus werd overgenomen: Dernburg, *Pfandrecht I*, p.335; Mitteis, *Röm. Priv. I*, p.364.

339 Dernburg, *Pfandrecht I*, p.335-338; Wieacker p.218. Een *plicht* tot zekerheidstelling (middels een generale hypotheek) werd veel later pas ingevoerd voor erfpachters: C. 11,62(61),7 (Arcadius, a.386).

340 Zie p.40.

341 Zie p.41.

342 Zie p.48. Vgl. Wagner p.138.

343 Wagner (p.139) suggereert dat derden-verkrijgers *ook* als crediteuren beschouwd moeten worden omdat zij een vordering wegens uitwinning kunnen verkrijgen. Zij zouden daarom een belang hebben bij de 'vrije ruimte'. Dat is op zichzelf waar, maar vanuit dat oogpunt hebben derden-verkrijgers, als potentiële crediteuren, juist geen belang bij verhaal krachtens een speciale hypotheek onder de schuldenaar boven een generale hypotheek, zoals in C. 8,13(14),2. Hun verhaal uit een persoonlijk recht strekt zich immers uit tot *alle* goederen van de schuldenaar. Het motief voor de twee beslissingen is dus volstrekt verschillend, en die motieven staan in beginsel niet met elkaar in verband. Zie voor het gemene recht dienaangaande p.106, en voor het moderne Nederlandse recht p.297 e.v.

actie.³⁴⁴ Daarna volgde ‘in reliquum possessorem omnem’, ‘elke bezitter voor de rest’. Een dergelijke ‘restbepaling’ ligt in de rede omdat nog moest blijken of de erfgenamen inderdaad in staat waren om te betalen: zulks was naar voren gebracht door de derden-verkrijgers (‘dicebant’), maar niet dwingend vastgesteld. Op één punt werd Faria Senilla c.s. echter in het ongelijk gesteld: zij had gewezen op het feit dat anderen ook stukken grond hadden gekocht, kennelijk in het verlangen dat dezen eveneens (subsidiar) werden aangesproken. De keizer was niet bereid zo ver te gaan: eenmaal aangekomen bij derden-bezitters,³⁴⁵ had de fiscus de vrije keuze op wie hij zich wenste te verhalen. Het pandrecht was ondeelbaar, zoals eerder is besproken,³⁴⁶ en derhalve behoefde de fiscus niet iedere bezitter voor diens aandeel, noch alle bezitters gezamenlijk aan te spreken.³⁴⁷ Ook in dit opzicht is de ‘lex Moschis’ een voorloper van het ‘beneficium excussionis personalis’ zoals dat door Novelle 4 werd ingevoerd. In de driehonderd jaar die tussen beide bepalingen liggen, is de ‘lex Moschis’ echter een uitzondering gebleven.³⁴⁸

Wagner ziet een verband tussen de ‘lex Moschis’ en een fragment uit een ander boek van de Decreten van Paulus, te weten D. 46,1,68,1: ‘Petronius Thallus en anderen hadden zich voor Aurelius Romulus, belastingpachter, borg³⁴⁹ gesteld voor 100.000 sestertiën per jaar. De keizerlijke schatkist had het vermogen van Romulus als jegens haar verhypothekerde in beslag genomen en sprak nu de borgen aan voor zowel de hoofdsom als de rente; dezen zonden een smeekschrift aan de keizer. Nadat de keizer de ondertekende akte van borgtocht had gelezen, besliste hij, omdat zij zich uitsluitend voor 100.000 sestertiën per jaar en niet voor de gehele pacht hadden verbonden, dat de borgen voor de rente niet aansprakelijk waren, maar dat uit hetgeen er aan opbrengst uit het vermogen zou worden opgebracht wel eerst de rente en pas dan de hoofdsom moest worden voldaan, en dat voor hetgeen dan nog zou

344 Wagner p.139.

345 Het kan zijn dat zich nog verbonden goederen onder de erfgenamen bevonden; deze goederen zijn echter al uitgewonnen krachtens de persoonlijke actie als er tegen de derden-bezitters wordt geprocedeerd. Wagner (p.139-140) ziet dit laatste over het hoofd.

346 Zie p.41.

347 Zo reeds de Gl. *Possessorem omnem* op D. 49,14,47,pr.: ‘nam etiam pro parvo debito tota res quamvis magna tenetur’.

348 Volgens Dernburg (*Pfandrecht II*, p.377) is C. 10,2,1 ingevoerd zodat de fiscus zekerheidsstelling kon verlangen van degene die zich op subsidiaire aansprakelijkheid beriep. Dit is vanuit Pandektistisch oogpunt begrijpelijk, maar onjuist: de bewuste constitutie is opgenomen in de titel ‘de conveniendis fisci debitoribus’ en heeft alleen betrekking op het verhaal op debiteuren van de fiscale debiteur. Zie verder hierboven, nt.324.

349 De ‘fideiussores’ zijn hier zeer waarschijnlijk geïnterpoleerd voor ‘praedes’, zoals Lenel (*Palingenesia I*, kol.964 nt.1) aangeeft. Zie voor ‘praedes’ ten behoeve van een belastingpachter hierboven, p.58. Deze staatsborgen werden gesteld door een verzegelde verklaring, ‘subsignatio’ (Kaser, *RP I*, § 108, p.459), hetgeen verklaart waarom hier aan de akte van borgtocht betekenis wordt toegekend, en niet aan de ten grondslag liggende stipulatie. Het pr. heeft betrekking op borgen voor magistraten, die regelmatig (maar niet noodzakelijk altijd) ‘praedes’ waren: Dernburg, *Pfandrecht I*, p.355. En tot slot kan zonder deze interpolatie niet worden verklaard waarom de inbeslagname van het vermogen van de schuldenaar, uiteraard na een veroordelend vonnis, niet tot bevrijding van de ‘fideiussores’ had geleid door procesconsumptie. Vgl. Wagner (p.146-149), die echter tot andere conclusies komt door een geheel andere lezing van de tekst.

ontbreken de borgen moesten worden aangesproken, naar analogie van pandzaken die door een schuldeiser verkocht worden.³⁵⁰ Wagners lezing van het fragment is echter onjuist.³⁵¹ Deze beslissing houdt geen verband met de 'lex Moschis', maar behandelt de vraag in hoeverre een betaling moet worden toegerekend aan een borg die zich slechts voor een deel van de schuld aansprakelijk heeft gesteld.³⁵² Het antwoord van de keizer is dat het verhaalde bedrag (krachtens het beslag)³⁵³ eerst wordt toegerekend aan het *onverzekerde* deel van de schuld, te weten de rente, zodat de gedeeltelijke betaling niet leidt tot een navent lagere aansprakelijkheid van de borg. Voor de restschuld moeten de borgen worden aangesproken 'exemplo pignorum a creditore distractorum': bij het pandrecht is immers ook, uit de aard der zaak, de verhaalsaansprakelijkheid gelimiteerd tot de waarde van de verbonden zaak, zodat een gedeeltelijke betaling (mede in verband met de regel van ondeelbaarheid) *eveneens* niet leidt tot een gedeeltelijke bevrijding van de verpande zaak.

I.4. DE INVOERING VAN NOVELLE 4

I.4.1. De inhoud van Novelle 4

Zoals aan het begin van dit deel is aangegeven, vaardigde Justinianus op 16 maart 535 een wet uit die bekend staat als Novelle 4. Deze wet gaf een nieuwe regeling van de verhaalsaansprakelijkheid van borgen en derden-bezitters van bezwaarde goederen, in die voege dat zij voortaan slechts subsidiair door de crediteur aangesproken konden worden. Eerder werd ook vermeld dat Justinianus (of eigenlijk, Tribonianus)³⁵⁴ deze vernieuwing deed steunen op een 'palaios nomos' die opnieuw werd ingevoerd. In het voorgaande is echter gebleken dat zowel borgen als ook derden-bezitters van verbonden goederen naar keuze van de crediteur aangesproken konden worden tot verhaal voordat de crediteur zich had trachten te verhalen op het vermogen van zijn schuldenaar. Deze regel gold ongeacht de wijze van borg-

350 D. 46,1,68,1 (Paulus, III *decr.*): 'Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant: bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat et conveniebat fideiussores tam in sortem quam in usuras: qui deprecabantur. Lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit fideiussores in usuras non teneri. Sed quidquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem, et ita in id quod defuisset fideiussores conveniendos exemplo pignorum a creditore distractorum.'

351 Wagner p.146: 'Der Kaiser hat dekretiert, daß primär ein Erlös aus den obliierten *bona des conductor Romulus* zur Befriedigung dienen sollte, die Bürgen lediglich subsidiär, *in id quod defuisset*, zu belangen seien.'

352 In samenhang met het voorrecht van uitwinning is deze vraag ook gerezen onder het moderne Franse recht: zie p.197.

353 Zie het plusquamperfectum 'occupaverat'. Wagner p.149-150: 'Mit dem Zugriff auf die *bona conductoris* ist dagegen nicht nur das *occupare* selbst beendet, sondern das gesamte bisherige Vorgehen gegen den Pächter abgeschlossen.'

354 Volgens Honoré (p.57) was Tribonianus al in januari 535 opnieuw als quaestor benoemd; het vroegste bewijs van zijn tweede quaestuur dateert echter van 16 april 535 (Nov. 17), zoals Honoré ook aangeeft. Verwijzingen naar oude wetten en klassieke juristen zoals in Novelle 4 zijn, volgens Honoré (p.77-80), typerend voor de stijl van Tribonianus. Zo ook: Lanata p.45.

stelling, en ongeacht de vraag of een legale of conventionele, speciale of generale hypotheek op het bezwaarde goed rustte. Er was slechts ruimte voor een uitzondering wanneer een andere volgorde van uitwinning uitdrukkelijk was bedongen. Daarnaast greep de keizer in één geval in uit bilijkheidsoverwegingen, te weten bij het (legale of conventionele, dat is niet duidelijk) zekerheidsrecht van de fiscus, dat jegens derden-verkrijgers slechts subsidiair uitgeoefend mocht worden.

Het is bij deze stand van zaken niet verwonderlijk dat, voor zover het Justiniaanse recht uit de Novellen al wordt behandeld, door Romanisten zeer veel energie is besteed aan het 'oplossen' van de verwijzing naar een antieke wet.³⁵⁵ Daarbij zijn inmiddels dermate veel mogelijkheden gesuggereerd, sommige evident onjuist, dat een bespreking het kader van dit boek te buiten gaat.³⁵⁶ Tot dusver is niemand er in geslaagd om een fragment uit het Corpus Iuris (of daarbuiten) aan te wijzen dat een subsidiaire verhaalsaansprakelijkheid van borgen en/of derden-bezitters bevat en bovendien consistent is met de tamelijk uitvoerige uitlatingen van de keizer over de 'palaios nomos'.³⁵⁷ Alleen al dit gegeven, in samenhang met de eerder geschetste *keuzevrijheid* zoals die uit het Corpus Iuris blijkt, geeft aanleiding tot het vermoeden dat het probleem met de huidige stand van het bronnenmateriaal niet bevredigend kan worden opgelost.³⁵⁸ Ik beperk mij in het navolgende daarom tot de materieelrechtelijke inhoud van de Novelle en haar samenhang met andere Justiniaanse wetgeving.

I.4.1.1. Subsidiaire aansprakelijkheid van borgen (Nov. 4,1)

In caput 1 van de Novelle bepaalde de keizer dat een crediteur niet onmiddellijk een borg tot betaling moest aanspreken, maar eerst degene die het geld had ontvangen en de schuld was aangegaan,³⁵⁹ dat wil zeggen de hoofdschul-

355 Zie voor het gemene recht: Girtanner *I,1*, p.119-120. Voor moderne literatuur: Briguglio, *'Fideiussoribus succurri solet'*, Milaan 1999, p.127-195.

356 Briguglio is haast encyclopedisch uitvoerig over borgtocht, maar besteedt eigenlijk alleen op p.130 nt.78 aandacht aan de relatie tot derden-bezit, onder aanhaling van Dernburg (*Pfandrecht II*, p.376-380). De bepaling in C. 8,33(34),3 (Justinianus, a.530) bespreekt hij in het geheel niet, mijns inziens ten onrechte. Ik hoop hier bij een andere gelegenheid op terug te komen.

357 Briguglio (p.193) ziet zich genooddaakt om naar een lapmiddel te grijpen: de antieke 'norm' is de 'fideiussio indemnitas', maar omdat ook die (vaker voorgestelde) oplossing tot problemen leidt, stelt hij 'che l'antica norma non aveva recepto ... la fideiussio indemnitas, ma soltanto il principio del beneficium excussionis, che era insito in essa.' Dit lijkt mij een ongeoorloofde uitleg van de term 'palaios nomos': vgl. Lanata p.30-31 en 24 nt.73. Briguglio heeft daar zelf ook enige moeite mee, dus veronderstelt hij (p.194) het bestaan van een (niet overgeleverd) keizerlijk 'epistula' uit de tweede of derde eeuw na Christus. Hoe deze veronderstelde brief wel bij Justinianus bekend was en niet in het Corpus Iuris is opgenomen, blijft onverklaard: zo ook Knütel in zijn recensie, *ZSS* 119, 2002, p.606.

358 Zo ook: Schulz, 'Nachklassische Quaestionen in den justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus', *ZSS* 50, 1930, p.213 nt.1; Liebs p.44 nt.35; Lanata p.31. De gedachte van Pringsheim ('Die archaistische Tendenz Justinians', in: *Studi in onore di Pietro Bonfanti I*, Milaan 1930, p.576-577, bijgevallen door Schindler p.46-47) dat de gehele 'palaios nomos' een Justiniaanse uitvinding zou zijn, aanknopend bij Griekse voorstellingen, wordt op goede gronden inmiddels algemeen verworpen: zie bijv. Briguglio p.133-136.

359 Nov. 4,1: 'ἀλλὰ χρωρεῖτω πρῶτον ἐπὶ τὸν τὸ χρυσίον εἰληφότα καὶ τὸ δάνεισμα πράξαντα.'

denaar. Het motief voor de wet is daarmee uitdrukkelijk gegeven: de keizer wenste dat aan een niet-draagplichtige, verhaalsaansprakelijke persoon geen overlast³⁶⁰ werd bezorgd door de nalatigheid van de schuldenaar.³⁶¹ De crediteur mocht zich slechts verhalen onder de borg wanneer hij geen volledige betaling had verkregen van de hoofdschuldenaar.³⁶² De wet gold voor alle op dat moment in gebruik zijnde wijzen van borgstelling³⁶³ ongeacht de aard van de verzekerde verbintenis.³⁶⁴

De vraag rijst welke stappen een crediteur tegen de hoofdschuldenaar dient te ondernemen voordat hij de borg kan aanspreken tot betaling. Vreemd genoeg geeft de Novelle hierop geen antwoord. In het Epitome van Julianus, het verslag van een collegecyclus die de hoogleraar te Constantinopel gaf rond 556,³⁶⁵ wordt duidelijk wat in de ogen van Justinianus' tijdgenoten van de crediteur werd verwacht: 'Hij stelt niet eerder zijn acties in tegen dusdanige personen [borgen], dan nadat hij tegen de hoofdschuldenaar zelf heeft geprocedeerd en hem *niet in staat tot betaling* vond, ofwel voor het geheel, ofwel ten dele.'³⁶⁶ Deze lezing wordt een generatie later bevestigd door Athanasius van Emesa en door Theodorus Hermopolites in hun respectieve samenvattingen van de Novelle.³⁶⁷ De crediteur

-
- 360 Aan het einde van c.1 werd aan alle borgen, ongeacht hun wijze van borgstelling, het 'beneficium cedendarum actionum' toegekend, het voorrecht van cessie van acties. Ik laat dit voorrecht verder terzijde: zie daarvoor Briguglio p.209-395. Het verdient echter vermelding dat een betalende borg vanwege de cessie streng rechtens geen *schade* lijdt; er wordt hem uiteraard wel *last* berokkend, omdat hij het door hem betaalde bedrag zal moeten verhalen op de hoofdschuldenaar. Die moeite kan worden vermeden als de hoofdschuldenaar eerst wordt aangesproken *en deze betaalt*. Meer in het algemeen veronderstelt de Novelle (en het voorrecht van uitwinning) dat de draagplichtige debiteur *solvent* is. Zie voor een verdere uitwerking van deze gedachte hieronder, p.220 en 288-290.
- 361 Nov. 4,1: 'μηδὲ ἀμελήσας τοῦ δανεισαμένου τὰς παρενθήκας διανοχλείτω'.
- 362 Nov. 4,1: 'εἰ δὲ οὐκ ἰσχύσετε παρὰ τοῦ δανεισαμένου λαβεῖν ἢ εἰς μέρος ἢ εἰς ὀλόκληρον, καθ' ὅσον ἂν παρ' αὐτοῦ μὴ δυνηθείη λαβεῖν, κατὰ τοσοῦτον ἐπὶ τὸν ἐγγυητὴν ἢ τὸν ἀντιφωνητὴν ἢ μανδάτωρα χωρεῖτω καὶ παρ' ἐκείνου τὸ λειπόμενον κομιζέσθω.'
- 363 De wet gold voor 'ὁ ἐγγυητὴς ἢ ὁ μανδάτωρ ἢ ὁ ἀντιφωνητὴς', dat wil zeggen 'fideiussor', mandaatborg en constituent voor vreemde schuld. In c.2 wordt de borg die tot zekerheid van betaling van een koopprijs werd aangenomen ('βεβαιωτής', 'confirmator') nog aan deze rij toegevoegd. Met de letterlijke vertaling 'sponsor' ('belover') voor 'ἀντιφωνητὴς' is in het Authenticum niet iets anders bedoeld dan de constituent voor vreemde schuld: vgl. Ep. Juliani (ed. Hänel, reprint: Florence 1996), const. 3,1; nr. 10. De Novelle was uiteraard niet van toepassing op het 'constitutum' voor een *eigen* schuld. Windscheid/Kipp II, § 478, p.1093 nt.1; zie ook Briguglio p.99-101 nt.6. De reikwijdte van het 'constitutum debiti' was door Justinianus bewust uitgebreid: C. 4,18,2,1 (a.531). Zie voor de wijze waarop de genoemde vormen van borgtocht door Justinianus in één wettelijk stelsel werden geplaatst: Kaser, *RP II*, § 278, p.457-461.
- 364 Nov. 4,2: 'ὁμοίως τούτου κρατοῦντος καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων'.
- 365 Scheltema p.48-52; Van der Wal/Lokin p.44.
- 366 Ep. Juliani, const. 3,1; nr. 10: 'Non prius contra tales personas actiones moveat suas, quam adversus ipsum reum principale egerit eumque *inopem* invenerit, vel in solidum, vel pro parte.' Cursivering toegevoegd. Vgl. ook Nov. 136,pr. (a.535).
- 367 Athanasius, Syntagma 15,1,1 (Simon/Troianos ed., *Das Novellensyntagma des Athanasios von Emesa*, Frankfurt 1989); Theodorus, Breviarium 4,1 en 136,1 (Zachariae ed., *Anekdotota III*, Leipzig 1843). De tweede (en enige overgeleverde) editie van het Syntagma kwam tot stand tussen 572 en 577: Van der Wal/Lokin p.56-57; Simon/Troianos p.VIII. Het Breviarium van Theodorus dateert van na 575: Van der Wal/Lokin p.58.

was dus verplicht tot een eerdere uitwinning van het vermogen van de hoofdschuldenaar.³⁶⁸

Het verband tussen deze subsidiaire aansprakelijkheid en de contractuele subsidiariteit die voortvloeide uit een 'fideiussio indemnitas'³⁶⁹ ligt voor de hand. Het vervolg van Novelle 4,1 maakt echter duidelijk dat dit verband toch niet bestaat.³⁷⁰ Door middel van 'fideiussio indemnitas' werd een *voorwaardelijke* aansprakelijkheid gecreëerd: de borg was in het geheel niet aansprakelijk totdat het vermogen van de hoofdschuldenaar was uitgewonnen. Het zou echter hard zijn om de crediteur ieder verhaal te ontzeggen, wanneer hij niet bij machte was om zijn vordering binnen gereede tijd te verhalen onder de hoofdschuldenaar. De crediteur heeft immers niet alleen belang bij volledige, maar ook bij spoedige voldoening van hetgeen hem toekomt. Dit probleem deed zich vooral voor bij afwezigheid van de hoofdschuldenaar.

Onder het Justiniaanse recht kon een gedaagde, anders dan onder het klassieke Romeinse recht, bij verstek worden veroordeeld³⁷¹ na een summier onderzoek ter terechtzitting. De executie van het vonnis geschiedde door middel van het 'pignus in causa iudicati captum',³⁷² op verzoek van de schuldeiser. Als andere crediteuren zich eveneens wensten te verhalen, wat bij een voortvluchtige hoofdschuldenaar heel wel mogelijk was, dan moest gebruik worden gemaakt van de faillissementsprocedure. Na bekendmaking van het faillissement liep een termijn van twee tot vier *jaar*³⁷³ alvorens de gezamenlijke crediteuren mochten overgaan tot verkoop van de vermogensbestanddelen. Gedurende die termijn zou – bij een voorwaardelijke aansprakelijkheid van de borgen – de crediteur geen aanspraak tegen hen hebben omdat nog niet duidelijk was in hoeverre hij zou worden voldaan uit het vermogen van de hoofdschuldenaar.

In Novelle 4,1 wordt gebruik gemaakt van een andere techniek dan die van voorwaardelijke aansprakelijkheid. De regel dat een schuldeiser eerst het vermogen van de hoofdschuldenaar moest uitwinnen, gold alleen als de borg en de hoofdschuldenaar beide *aanwezig* waren.³⁷⁴ Was de hoofdschul-

368 Vangerow III, § 578, p.141-142. Anders, te weten dat slechts dagvaarding van de hoofdschuldenaar en het uitblijven van betaling nodig zou zijn: Guarino, *DPR*, p.848. Dernburg (*Pfandrecht II*, p.383) merkt terecht op dat het 'vernünftig' zou zijn geweest als de keizer had besloten dat de inroeper van het voorrecht goederen moest aanwijzen voor verhaal; maar dat zulks zeker niet uit de Novelle blijkt.

369 Zie hierboven, p.20-23.

370 Althans niet in leerstellige zin: Novelle 4 geeft een verweermiddel en schept niet een voorwaardelijke aansprakelijkheid. Het onderscheid was een geliefkoosd voorwerp van debat onder Pandektisten. Zo: Dernburg, *Pfandrecht II*, p.217; Windscheid/Kipp II, § 478, p.1094 nt.1. Anders: Vangerow III, § 578, p.141. Genuanceerd: Girtanner, *I,1*, p.118-119.

371 Kaser/Hackl, *RZP*, § 87, p.576.

372 Kaser/Hackl, *RZP*, § 96, p.626.

373 Kaser/Hackl, *RZP*, § 96, p.628.

374 Briguglio p.104. Het vermoeden dat de aanwezigheidsregel samenhangt met het Justiniaanse procesrecht wordt bevestigd door Ep. Juliani, const. 3,1; nr. 10: 'Haec si debitor praesens sit, et *apparet*.' Cursivering toegevoegd.

denaar daarentegen 'afwezig',³⁷⁵ dan was de crediteur gerechtigd om de borg onmiddellijk aan te spreken tot betaling. In die procedure werd dan een termijn gesteld gedurende welke de borg gelegenheid had om de hoofdschuldenaar alsnog voor de rechter te laten verschijnen.³⁷⁶ Na overschrijding van de termijn was de borg gehouden om het geding op te nemen en, bij veroordeling, de schuld te betalen tegen cessie door de crediteur van diens vordering.

De Byzantijnse rechtsgeleerden stelden de situaties van afwezigheid en insolventie van de hoofdschuldenaar in rechtsgevolg aan elkaar gelijk.³⁷⁷ In beide gevallen was de crediteur gerechtigd om onmiddellijk een persoonlijke actie in te stellen tegen de borg.³⁷⁸ Deze lezing van Novelle 4 houdt reeds rekening met de gedachte dat het voorrecht van uitwinning weliswaar uit billijkheid aan verhaalsaansprakelijke derden wordt verleend, maar dat de vereiste eerdere uitwinning niet zeer bezwaarlijk moet zijn voor de crediteur. Zo kon veel later de gedachte opgeld doen dat er nog *andere* gevallen³⁷⁹ waren dan afwezigheid, waarin een eerdere rang als uitgewonnen had te gelden, zodat een beroep op het voorrecht van uitwinning niet vrijstond. In het vervolg zal dit nog enige malen blijken.

Naar het systeem van de Novelle was de borg subsidiair aansprakelijk tenzij de debiteur onvindbaar *of* insolvent was. De insolventie kon blijken uit een eerdere procedure, gevolgd door executie, die niet tot volledige betaling had geleid.³⁸⁰ De bewijslast hiervoor lag in beginsel bij de crediteur. De afwezigheid van de schuldenaar zou daarentegen door de rechter, in de zogenoemde 'libellenprocedure', ambtshalve vastgesteld kunnen worden. Bij deze wijze van procederen, die een aanvang nam met de indiening van een verzoek-

375 De Novelle geeft geen antwoord op de vraag wat 'afwezigheid' is: Dernburg/Sokolowski § 336, p.715 nt.11. Briguglio (p.182-185) wijst terecht af dat de 'Papiniaanse regel' die in Novelle 4 wordt genoemd, zou zien op D. 46,1,49,2. Zie voor het gemene recht hieronder, p.91.

376 Ep. Juliani, const. 3,1; nr. 10; Athanasius, Syntagma 15,1,1; Theodorus, Breviarium 4,1. Mogelijk is er een verband met D. 2,4,17 (Paulus); zie Briguglio p.144 nt.108.

377 Ep. Juliani, const. 3,1; nr. 10; Athanasius, Syntagma 15,1,1; Theodorus, Breviarium 4,1.

378 De regeling omtrent afwezigheid werd in Novelle 4,2 niet met zoveel woorden van toepassing verklaard op derden-bezitters, maar wel op de verhouding tussen de 'confirmator' bij een koopovereenkomst en de koper, zijn crediteur. Daaruit is veel later geconcludeerd dat de afwezigheidsregel *algemeen* van toepassing was: Girtanner *I,1*, p.116; Vangerow *I*, § 389, p.890; Windscheid/Kipp *I*, § 235, p.1191 nt.19.

379 Vgl. Windscheid/Kipp *II*, § 478, p.1094-1096 en nt.4.

380 Volgens Julianus kan de insolventie notoir zijn, in welk geval een voorafgaande procedure tegen de hoofdschuldenaar overbodig is. Ep. Juliani, const. 3,1; nr. 10: 'non prius emptori licentia sit adversus confirmatorem consistere, nisi prius venditorem convenerit vel indubitata solvendo non sit.' Dit kan uit de tekst van Novelle 4,2 niet worden afgeleid, maar het is een alleszins redelijke oplossing die ook later is verdedigd. Zo ook: Windscheid/Kipp *II*, § 478, p.1095 nt.5; Frezza, *Garanzie I*, p.142; zie ook Briguglio p.104 nt.10. In Edict 7,4 (waarover hieronder, p.71) stelde Justinianus met zoveel woorden dat de insolventie vaststond als de debiteur overging tot 'cessio bonorum': 'ὁ νεαρός ἡμῶν νόμος ... ὁ παρακελευόμενος τοὺς ἐδεργέτας μὴ χωρεῖν κατὰ τῶν πριαμένων τινὰ παρὰ τῶν χρεωστούτων, πρὶν ἂν οἱ πρωτότυποι χρεῶσται ἄποροι διὰ τῆς ἐκστάσεως ἀποδιχθῶσιν.' Zie over de 'cessio bonorum': Kaser/Hackl, *RZP*, § 96, p.629.

schrift ('libellus conventionis'), werd de gedaagde immers *door de rechter* opgeroepen voor het geding.³⁸¹ De oproeping geschiedde door rechterlijke beampten ('exsecutores') die, als zij de gedaagde niet konden vinden om hem het verzoekschrift te overhandigen, ongetwijfeld de rechter van dit feit op de hoogte stelden. Het was dus in theorie mogelijk dat een rechter de volgorde van uitwinning ambtshalve toepaste door een termijn te stellen als de borg in rechte werd aangesproken.³⁸² Als de crediteur zich op afwezigheid van de hoofdschuldenaar beriep terwijl dit feit niet aan de rechter bekend was, dan moest de crediteur zijn stellingen uiteraard bewijzen.³⁸³

Deze constatering laten de mogelijkheid open dat de Novelle een voorwaardelijke aansprakelijkheid schiep voor het geval de debiteur aanwezig was (uitwinning van diens vermogen), en een andere voorwaardelijke aansprakelijkheid voor het geval de debiteur afwezig was en niet tijds kon worden gevonden om de procedure over te nemen (het verstrijken van de door de rechter vastgestelde termijn). In Novelle 4 wordt het voorrecht van uitwinning nergens met zoveel woorden als *verweermiddel* genoemd: maar die aanvulling werd door de keizer zelf gegeven in een andere Novelle,³⁸⁴ die slechts twee weken na Novelle 4 werd uitgevaardigd. Dit was van groot belang. Als eenmaal is vastgesteld dat de borg (of derde-bezitter) het *verweer* van eerdere uitwinning toekomt, dan staat daarmee vast dat een rechter de volgorde niet ambtshalve mag toepassen. De aangesproken borg of derde kan er immers voor kiezen om zich niet op het verweermiddel te beroepen.

I.4.1.2. Subsidiaire aansprakelijkheid van derden-bezitters (Nov. 4,2)

Het tweede³⁸⁵ caput van Novelle 4 opent met enige raadselachtige passages. De keizer herhaalt dat de crediteur eerst tegen de hoofdschuldenaar en diens borgen moet procederen, 'middels persoonlijke acties', om zich daarna pas te verhalen op 'goederen van de schuldenaar die door derden worden gehouden' en tot slot, als hij nog geen betaling heeft verkregen, op de 'goe-

381 Kaser/Hackl, *RZP*, § 87, p.571-572.

382 Het lijkt mij, omgekeerd, sterk dat een rechter *niet* krachtens zijn ambtelijke competentie zou mogen vaststellen dat de afwezigheid van de hoofdschuldenaar nog niet ten gerechte was vastgesteld. Hij kon immers ieder 'libellus' weigeren om moverende redenen: Kaser/Hackl, *RZP*, § 87, p.571. Vgl. ook Girtanner, *I,1*, p.118.

383 Zoals Van der Wal (*Manuale Novellarum Justiniani: aperçu systématique du contenu des Nouvelles de Justinien*, 2^e druk, Groningen 1998, nr. 737 nt.52) opmerkt, staat dit niet met zoveel woorden in Novelle 4. Het later uitgevaardigde Edict 7,4 (waarover hieronder, p.71) veronderstelt echter dat zulks uit Novelle 4 te lezen viel.

384 Novelle 136,1. Zie hieronder, p.70.

385 Het derde caput bevat een bepaling dat schuldeisers gedwongen kunnen worden om van een insolvente schuldenaar een stuk grond in bevrijdende betaling te ontvangen. Vgl. Kaser/Hackl, *RZP*, § 96, p.86; Van der Wal nr. 869; Von der Fecht p.30. Ik besteed hier verder geen aandacht aan.

deren van de borgen'.³⁸⁶ De crediteur wordt derhalve in eerste instantie verwezen naar het verhaal onder de schuldenaar krachtens zijn persoonlijke recht. Het voorrecht is daarom later het 'beneficium excussionis *personalis*' genoemd. Zoveel is duidelijk, maar vervolgens rijst de vraag wat is bedoeld met 'goederen van de schuldenaar' en 'goederen van de borgen'. Gegeven dat het gehele vermogen van de schuldenaar strekt tot verhaal van de *persoonlijke* vordering, kunnen met de 'goederen die door derden worden gehouden' en die pas later aan bod komen niet de goederen zijn bedoeld, die zich bevinden onder juridische *houders* voor de debiteur.³⁸⁷ Deze goederen maken immers onderdeel uit van het vermogen van de schuldenaar. Hetzelfde argument geldt voor de 'goederen van de borgen', die deel uitmaken van *hun* vermogen en daarom bij executie van een veroordelend vonnis uit de persoonlijke actie worden uitgewonnen.

Novelle 4,2 vermeldt nog dat hetzelfde geldt als derden zich voor één van deze partijen hebben verbonden en bovendien aansprakelijk zijn met een hypothecaire actie.³⁸⁸ Ook in dit geval moet eerst de persoonlijke actie worden ingesteld en vervolgens de hypothecaire actie. Maar ook hier geldt dat het onderscheid niet zinvol is zolang de bezwaarde goederen toebehoren aan de aangesprokene.

Deze interpretatie wordt ondersteund door hetgeen de keizer vervolgens opmerkt. Een crediteur komt nog steeds de vrije keuze toe, zo wordt gesteld, om zich *onder zijn schuldenaar* te verhalen krachtens een pandrecht of krachtens zijn persoonlijke recht.³⁸⁹ Hetzelfde geldt bovendien voor andere personen en andere gevallen,³⁹⁰ dat wil zeggen voor het bovenbeschreven verhaal onder borgen.³⁹¹ Deze regel is slechts zinvol, in verband met het voorgaande, als met 'goederen van de schuldenaar die door derden worden gehouden' iets anders is bedoeld dan goederen die toebehoren aan de schuldenaar maar zich onder derden bevinden. Wat is dan wel bedoeld? De enige redelijke oplossing is dat 'goederen van de schuldenaar' en 'goederen van de borgen', die pas in derde of vierde instantie middels een hypothecaire actie worden uitgewonnen, *niet* aan de schuldenaar of diens borgen toebehoren. Het gaat

386 Nov. 4,2: 'ἐπι ταῖς περσοναλίαις ὀδόν'; 'τὰ πραγματὰ τῶν δανεισαμένων, εἰ παρ' ἐτέρων κατέχοιτο'; 'τῶν πραγμάτων τῶν ἐγγυητῶν'.

387 Vgl. Dernburg, *Pfandrecht II*, p.381-382; Dernburg is, in het licht van de verdere traditie, geneigd om het voorrecht toe te kennen aan alle bona fide bezitters, ongeacht hun verkrijgingstitel.

388 Nov. 4,2: 'Ταὐτὸν δέ ἐστιν εἰπεῖν κἄν εἴ τινὰς ἔχοιεν ἅπαντες οὗτοι σφίσιν αὐτοῖς ὑπευθύνους καὶ ταῖς ὑποθηκαίαις ἀγωγαῖς ἐνέχεσθαι δυναμένους'.

389 Nov. 4,2: 'Κατὰ μέντοι τοῦ πρωτοτύπου καὶ τῶν ὄντων παρ' αὐτῷ πραγμάτων, εἴτε ταῖς περσοναλίαις εἴτε ταῖς ὑποθηκαίαις εὐθὺς εἴτε ἀμφοτέραις χρήσασθαι βουληθείη, πᾶσαν αὐτῷ δίδομεν ἄδειαν'.

390 Nov. 4,2: 'ὀδόν τε καὶ τάξιν ἐπὶ τῶν ἄλλων προσώπων τε καὶ θεμάτων νομοθετήσαντες.'

391 Theodorus, *Breviarium* 4,3: 'De crediteur kan zowel gebruik maken van de persoonlijke als van de hypothecaire actie, en zelfs tegen zijn mandaatborg procedeert hij met recht op dezelfde wijze.' ('ὁ δανειστής κινήσει καὶ περσοναλίως καὶ ὑποθηκαίως, οὐ μὴν ἀλλὰ κατὰ τοῦ μανδάτορος αὐτοῦ καλῶς κινεῖ τὸν ὅμοιον τρόπον.')

derhalve om bezwaarde goederen die door derden zijn verkregen. Wat de wetgever hier enigszins ongelukkig tot uitdrukking bedoelde te brengen was een volgorde³⁹² van uitwinning: eerst moest de crediteur zich verhalen onder zijn schuldenaar, vervolgens onder diens borgen, dan onder derden-verkrijgers van door de schuldenaar verbonden goederen, en tot slot onder derden-verkrijgers van door de borgen verbonden goederen.³⁹³ Hij mocht pas in rechte optreden tegen iedere volgende rang wanneer hij de rechtsmiddelen had uitgeput in een eerdere rang, zij het dat de crediteur binnen iedere rang de vrije keuze had tussen het instellen van persoonlijke en zakelijke acties.

Julianus en Athanasius blijven dicht bij de tekst van Novelle 4,2 en geven de crediteur alleen een keuze tussen verschillende acties *tegen zijn debiteur*.³⁹⁴ Dat is echter in volstreekte tegenspraak met hetgeen beiden als volgorde van uitwinning geven. Volgens Julianus en Athanasius³⁹⁵ moet de *persoonlijke* actie vruchteloos worden ingesteld alvorens met een *hypothecaire* actie procederen tegen de debiteur; en tot slot pas met een hypothecaire actie tegen een borg en diens eventuele achterborgen.³⁹⁶ Theodorus geeft aanvankelijk dezelfde opsomming.³⁹⁷ Hij lijkt zich echter meer dan de anderen bewust geweest van de spanning die in de – tegenstrijdige – tekst van Novelle 4,2 zit, want hij vervolgt met de mededeling dat de crediteur wel degelijk bij het aanspreken van de borg mag kiezen uit een persoonlijke en een hypothecaire actie.³⁹⁸ Het probleem is, bij mijn weten, door de Byzantijnse juristen niet bevredigend opgelost.

I.4.2. De samenhang met andere Novellen

In het voorgaande is gebruik gemaakt van de geschriften van een drietal Byzantijnse juristen teneinde een beeld te geven van de interpretatie van Novelle 4 tijdens het leven van Justinianus en kort nadien. Maar in zekere zin vertekent zulks juist het beeld, omdat deze geschriften twintig tot veertig jaar later tot stand kwamen, en daarom niet goed weergeven hoe de Novelle direct na uitvaardiging werd ontvangen. Zo is bijvoorbeeld de gedachte, inhoudende dat klaarblijkelijke insolventie van de eerder aan te spreken per-

392 Windscheid/Kipp I, § 235, p.1191; Kaser, *RP II*, § 252, p.321 en § 278, p.459 nt.18; Briguglio p.103 nt.9.

393 Dernburg (*Pfandrecht II*, p.379) merkt terecht op dat derden-bezitters van door de borgen bezwaarde goederen dus niet alleen beschikken over een ‘beneficium excussionis personalis’, maar ook over een ‘beneficium excussionis realis’: zij kunnen de crediteur immers verwijzen naar diens zekerheidsrechten op goederen die derden van de schuldenaar hebben verkregen.

394 Ep. Juliani, const. 3,1; nr. 10; Athanasius, Syntagma 15,1,2.

395 Ibid. In het paratitlon op de Novelle (Syntagma 5,P,16) stelt Athanasius eenvoudigweg dat eerst alle persoonlijke acties worden ingesteld en vervolgens de hypothecaire acties.

396 Deze volgorde van acties (in tegenstelling tot een volgorde van personen) is ook nog door enige Middeleeuwse juristen in Novelle 4,2 gelezen: zie hieronder, p.87 e.v.

397 Theodorus, Breviarium 4,2.

398 Theodorus, Breviarium 4,3. Zijn opmerking heeft betrekking op mandaatborgen, maar daaraan kan, in het licht van Novelle 4,1, geen bijzonder gewicht worden toegekend.

soon een beroep op het voorrecht verhindert, duidelijk de vrucht van praktijkgerichte interpretatie. Er is echter alle reden om aan te nemen dat de volgorde van uitwinning insloeg als een bom. Professionele crediteuren in het bijzonder zullen niet gecharmeerd zijn geweest van de nieuwe regeling: de tweede Codex gaf hun nog alle bevoegdheid om zich naar keuze onder borgen of derden-bezitters te verhalen, maar naar het recht van Novelle 4, die slechts vier maanden later werd uitgevaardigd, dienden zij zich opeens aan een volgorde te houden. Als de schuldenaar niet bereid was te betalen, dan betekende zulks dat zij na het verkrijgen van een veroordelend vonnis diens *gehele* vermogen³⁹⁹ moesten uitwinnen alvorens hun zekerheidsrechten tegen derden te mogen uitoefenen. Dit betekende, mede gezien het Justiniaanse procesrecht, een aanzienlijke vertraging in de inning van vorderingen, daardoor oplopende kosten en een navenant lagere waarde van de zekerheid, vooral in reeds bestaande contracten. Het waren in het bijzonder de colleges van bankiers in Constantinopel⁴⁰⁰ die in het geweer kwamen tegen de nieuwe regeling; hun protesten leidden ertoe dat al binnen twee weken⁴⁰¹ een reparatiewet werd uitgevaardigd, die bekend staat als Novelle 136.

I.4.2.1. Uitzondering ten behoeve van bankiers (Nov. 136)

Nu was bij de vervaardiging van Novelle 4 al een poging gedaan om rekening te houden met de eisen van het commerciële kredietverkeer. Aan het einde van die Novelle was (in c. 4,3,1) de bepaling opgenomen dat bankiers naar de bestaande⁴⁰² volgorde, dat wil zeggen naar keuze van de schuldeiser, aangesproken konden worden tot betaling van de schulden waarvoor zij zich middels een ‘constitutum debiti’⁴⁰³ hadden verbonden. Deze uitzondering kan worden verklaard door de vaststelling dat zekerheidstelling *door* bankiers *aan* bankiers, dat wil zeggen zekerheidstelling tussen professionele partijen onderling, (ook nu nog) van groot belang is voor een vlotlopend kredietverkeer. Het was derhalve in het belang van de bankiers dat zij onder-

399 Nov. 136, pr.: ‘Θείας γὰρ ἡμῶν οὐσης διατάξεως τῆς βουλομένης κατὰ τάξιν γίνεσθαι τὰς ἀπαιτήσεις, καὶ πρῶτον μὲν τοὺς ὑπευθύνους εὐθύνεσθαι καὶ τὰ αὐτῶν πράγματα.’

400 Briguglio p.1-3 nt.1. Deze colleges bezaten veel invloed. Zie, voor een overzicht van de Justiniaanse Novellen die bijzonderlijk betrekking hebben op bankiers: Van der Wal nr. 729-734.

401 Zie over de datering van Novelle 136: Briguglio p.109 nt.20.

402 Ep. Juliani, const. 3,1; nr. 10 heeft: ‘Sin autem argenti distractores pecuniam constituerint, secundum *veteres* leges convenientur.’ Daar kan echter geen betekenis aan worden toegekend, want na de uitvaardiging van Novelle 4 zijn de bepalingen uit de Codex uiteraard ‘oude wetten’ geworden.

403 Nov. 4,3,1: ‘δηλαδὴ τῶν ἀργυροπρατικῶν ἀντιφωνήσεων διὰ τὸ χρησίμων τῶν συναλλαγμάτων ἐπὶ τῆς νῦν μενουσῶν τάξεως.’ Het ‘constitutum debiti’ diende onder meer als vervanging voor het door Justinianus afgeschafte ‘receptum argentarii’: vanuit dit oogpunt valt aan te nemen dat bankiers zich (nagenoeg) steeds door een ‘constitutum debiti’ verbonden. Vgl. Ep. Juliani, const. 3,1; nr. 10. Het ‘constitutum debiti’ laat zich, geheel terzijde, heel wel vergelijken met de moderne bankgarantie, die immers ook slechts in zeer beperkte mate accessoir is aan de hoofdschuld.

ling niet subsidiair aansprakelijk waren: de bankier die vandaag crediteur was en zijn vordering liet waarborgen door de bankier van zijn schuldenaar, kon morgen een 'constitutum debiti' afgeven aan een andere bankier. Door Novelle 4,1 werden zij echter gedwongen tot een subsidiair verhaal voor contracten waarin *niet*-professionele partijen als borg werden aangenomen. De bankiers aarzelden niet om zich hierover bij de keizer te beklagen, die onder hun druk zwichtte en een nieuwe wet uitvaardigde, welke voor bankiers vrijwel alle kracht ontnam aan de twee weken eerder uitgevaardigde Novelle 4.

Het mag alleszins opmerkelijk heten dat binnen zo'n korte tijd zoveel tegenstrijdige wetgeving omtrent het probleem van verhaalsaansprakelijkheid het licht zag. Dienaangaande zal het verwijt van corruptie Tribonianus altijd wel blijven aankleven.⁴⁰⁴ Het is zeker niet onmogelijk dat Justinianus' eerste minister zich voor zijn wetgevende diensten liet betalen. Maar zoals Honoré al heeft opgemerkt,⁴⁰⁵ zou de 'zigzagkoers' ook zijn gevaren als Tribonianus de onkreukbaarheid zelve was geweest. Er stond hem niet een beeld voor ogen van een leerstellige juridische perfectie die steeds dichter benaderd moest worden, maar hij liet zich integendeel eerder leiden door praktische overwegingen bij de vervaardiging van wetgeving. De taak van de wetgever was om een 'geneesmiddel'⁴⁰⁶ te geven voor problemen die in de praktijk waren gerezen; en zoals voor iedere kwaal, was er voor ieder probleem een apart geneesmiddel nodig – als het ene middel niet werkte, werd een ander middel beproefd.

De niet in het Authenticum opgenomen⁴⁰⁷ Novelle 136 is geadresseerd aan de 'comes largitionum', de minister van financiën. In de preambule wordt vermeld dat de bankiers van Constantinopel zich tot de keizer hebben gewend met het verzoek om hen vrij te stellen van de gevolgen van Novelle 4,3,1.⁴⁰⁸ ofwel door hen te behandelen als alle andere borgen, ofwel door hen ook vrij te stellen van een verhaalsvolgorde wanneer zij als *crediteur* optraden. Zij onderbouwden hun verzoek door erop te wijzen dat hun activiteiten buitengewoon nuttig waren voor het kredietverkeer, maar dat het verhaalsrisico was toegenomen door de volgorde van uitwinning. De keizer was niet genegen om hun een gehele vrijstelling te verlenen. In de plaats daarvan liet hij de volgorde van uitwinning intact, *tenzij uitdrukkelijk iets anders was overeengekomen*.⁴⁰⁹ Een dergelijk beding was niet in strijd met het recht, want het

404 Vgl. Briguglio p.1-3 nt.1.

405 Honoré p.53.

406 De term komt ook voor in Novelle 4. Zie verder: Honoré p.27-28; Lanata p.177-178; Briguglio p.3-4 nt.2.

407 Deze Novelle heeft om die reden geen verdere invloed gehad op de rechtsontwikkeling in West-Europa na de receptie van het Romeinse recht. De belangrijkste rechtsregel in deze Novelle, te weten de geldigheid van afstand bij voorbaat van een beroep op het voorrecht van uitwinning, werd door de Middeleeuwse rechtsgeleerdheid echter afgeleid uit de strekking van Novelle 4. Zie p.96.

408 Girtanner *I,1*, p.118; Lanata p.154; Van der Wal nr. 865 nt.63.

409 Nov. 136,1: 'τότε κρατεῖν καὶ ἐπ' αὐτῶν τὴν διάταξιν, εἰ μὴ σύμφωνον ἰδικὸν ποιήσαιντο'. Van der Wal nr. 865; Briguglio p.109 nt.22. Uiteraard konden partijen ook een *andere* volgorde van uitwinning overeenkomen dan de wettelijke: 'εἶναι τὸ κανονίζον τὸ συνάλλαγμα κἀκείθεν τὰς εἰς πράξεις ἐπάγεσθαι'.

voorrecht was slechts verleend ten gunste van borgen, die van de aldus verleende gunst afstand konden doen.⁴¹⁰ Op deze wijze werd de mogelijkheid geopend om bij voorbaat, zij het schriftelijk,⁴¹¹ afstand van het voorrecht van uitwinning te bedingen;⁴¹² een mogelijkheid die in Novelle 4 nog niet met zoveel woorden was gegeven.⁴¹³ Maar als er bij voorbaat afstand kon worden gedaan van een beroep op het voorrecht, dan impliceerde zulks dat de volgorde van uitwinning niet van rechtswege werd toegepast, en ook dat het geen voorwaardelijke aansprakelijkheid betrof. Het voorrecht was, kortom, een *verweermiddel*:⁴¹⁴ de borg kon verlangen dat de crediteur zich eerst op de hoofdschuldenaar zou trachten te verhalen.

Er is tot diep in de negentiende eeuw gestreden over de vraag of de ‘exceptio ordinis’ een dilatoire of een peremptoire exceptie was.⁴¹⁵ Voor het Justiniaanse recht valt daaromtrent geen oordeel te vellen.

Nu eenmaal was vastgesteld dat de volgorde van uitwinning tussen bankier en borg berustte op een exceptie, rees uiteraard de vraag of hetzelfde gold voor borgtochten waarin de crediteur *niet* een bankier was. Het antwoord moet bevestigend hebben geluid,⁴¹⁶ hetgeen betekende dat een crediteur ook rechtsgeldige afstand van het voorrecht kon bedingen wanneer hij geen bankier was. De gevolgen daarvan laten zich denken. Het is een historische constante⁴¹⁷ dat borgen massaal afstand doen van de hun toekomende voorrech-

410 Nov. 136,1: ‘οὐ δοκοῦντα παρὰ τὸν νόμον εἶναι, διότι ἔξεστιν ἐκάστῳ τῶν δεδομένων αὐτῷ παρὰ τοῦ νόμου καταφρονεῖν’. Vgl. het scholion van Theodorus in BS p.1709; r.27-28 (Bas. 23,4,1 (Heimbach II, p.735)). Zie ook Taubenschlag p.415; Briguglio p.153 nt.139.

411 Nov. 136,1: ‘γέγραπται’.

412 Ep. Juliani, const. 118 (119),1; nr. 500: ‘Liceat argyropratis, si habeant principalem debitorem et fideiussorem eius, pactum conventum componere, ut potestatem habeant prius fideiussorem pulsare, quamvis principalis reus locupletissimus fuerit.’ Zie ook BS p.1709, r.20-26 (Bas. 23,4,1 (Heimbach II, p.735)).

413 Men kan betogen dat met Novelle 4 *dus* een voorwaardelijke aansprakelijkheid was geschapen, omdat het anders (dat wil zeggen, als het voorrecht als verweermiddel was verleend) niet nodig was geweest om Novelle 136 uit te vaardigen. Vgl. Girtanner I,1, p.116-117. Voor zover dit argument opgaat, is die voorwaardelijke aansprakelijkheid slechts twee weken rechtens geweest. Het ligt meer voor de hand dat Novelle 4 zweeg over de aard van de subsidiaire aansprakelijkheid omdat er op dat moment – bij uitvaardiging – eenvoudigweg niet over was nagedacht. Zulks gebeurde pas toen het eerste protest rees.

414 Dernburg, *Pfandrecht II*, p.383; Dernburg/Sokolowski § 336, p.714; Guarino, *DPR*, p.848.

415 Zie hieronder, p.97, 179 en 270.

416 Girtanner I,1, p.117-118; Taubenschlag p.414; Briguglio p.153 nt.139. Athanasius (Syntagma 15,3,1) stelt expliciet dat ieder afstand mag doen van een hem toekomend voorrecht, maar leidt vervolgens daaruit af dat alleen bankiers een rechtsgeldige afstand van het voorrecht van uitwinning mogen bedingen. Anders zou Novelle 136,1, zo is de gedachte, niet zinvol zijn geweest. Over de mogelijkheid om afstand te bedingen bestond tot in de 11^e eeuw nog debat: vgl. BS p.1709 r.29 - p.1710 r.10 (Bas. 23,4,1 (Heimbach II, p.735-736)). Zie, over de auteur van het daar aangehaalde scholion (Nomophylax): Van der Wal/Lokin p.98-100.

417 Zie hieronder, p.185, 202 en 265.

ten zodra die mogelijkheid wordt geopend, hetgeen in het licht van de gebruikelijke economische verhoudingen geen verbazing mag wekken. Korte tijd na Novelle 4 moet derhalve al een praktijk zijn gegroeid,⁴¹⁸ waarin de crediteur zich onmiddellijk op de borg kon verhalen, zo hij dat wenste, omdat deze borg nagenoeg steeds afstand had gedaan van een beroep op het hem toekomende voorrecht. Novelle 4 moet daarom, voor zover het de uitwinningssubsidiariteit van borgtocht betreft, als een historische mislukking worden beschouwd.

Dat oordeel wordt, voor de uitwinningssubsidiariteit van *derden-bezitters*, bevestigd door een andere wet, die Justinianus in 542 uitvaardigde en die evenmin in het Authenticum is opgenomen. In dit 'Edict 7'⁴¹⁹ werd, als tegemoetkoming aan de constante druk die de bankiers daartoe hadden uitgeoefend, een legale hypotheek aan hen verleend op het gehele vermogen van hun cliënten.⁴²⁰ Als zij deze hypotheek (maar ook een conventionele hypotheek) wensten uit te oefenen tegen derden-verkrijgers van goederen uit het bezwaarde vermogen, dan waren zij vrijgesteld van het bewijs dat de debiteur niet in staat was tot betaling.⁴²¹ Of de aangesproken derde werd toegelaten tot het tegenbewijs van de solventie van de hoofdschuldenaar is niet duidelijk. Het bewijsvermoeden werd uitdrukkelijk alleen toegekend aan de leden van het college van bankiers. In samenstel met Novelle 136,1 betekende dit echter, praktisch gezien, dat het voorrecht van uitwinning zeven jaar na de invoering geheel was afgeschafte voor wat betreft de belangrijkste groep creditteurs.⁴²²

I.4.2.2. Analogie met hoofdelijkheid (Nov. 99)

Novelle 4 wordt door Justinianus uitdrukkelijk genoemd aan het begin van Novelle 99, een wet die in 539 is uitgevaardigd. De regeling die hij in de eerstgenoemde Novelle had getroffen, had hem geïnspireerd, zo stelt hij,⁴²³ om een dergelijke regeling ook te treffen voor een ander geval waarin de aanwezigheid van partijen en hun solventie een rol kon spelen bij het ver-

418 Taubenschlag (p.414) haalt een papyrusfragment aan uit 583 na Christus, waarin afstand wordt gedaan van het voorrecht van uitwinning. Vgl. Schindler p.42.

419 De 'Edicten' zijn Justiniaanse Novellen die niet bekend waren aan de samenstellers van de Novellenverzamelingen, maar door een bezitter van een dergelijke verzameling als extravaganten uit zijn privé-collectie werden toegevoegd. Zij komen in de Basilica niet voor, zodat zij niet alleen geen invloed hebben gehad op de Westerse rechtsontwikkeling, maar ook niet op de Griekse traditie. Het Edict 7 is slechts in één handschrift overgeleverd, Venetië, Marc. gr. 179, dat in de loop van de zestiende eeuw pas bekend raakte. Zie: Biener p.114-116 en p.551-557; Kroll, 'Praefatio', in: *Corpus iuris civilis, editio stereotypica quarta, vol. tertium: Novellae*, Berlijn 1912, p.IX-XI.

420 Edict 7,3. Het motief daartoe werd gegeven door de Ontvanger/Hamm-achtige redenering dat vermogenbestanddelen van de debiteur met het geld van de bankier waren gekocht, wat niet ten goede moest komen aan het verhaal door de overige creditteurs; vgl. ook Nov. 136,5,pr. Zie verder: Van der Wal nr. 731-733. Diens verwijzing naar Edict 7,2,1 in nr. 732 lijkt mij echter een vergissing.

421 Edict 7,4: 'ὥστε αὐτοὺς μὴ βαρουμένους τῇ ἀποδείξει τῆς τῶν χρεωστούντων ἐκστάσεως'. Van der Wal nr. 737.

422 Ik vermoed dat de onderhavige studie nooit was geschreven als Nov. 136,1 en Edict 7,4 in het Latijnstalige Authenticum waren opgenomen.

423 Nov. 99,pr.: 'ἐπὶ δὲ τοῦ παρόντος καὶ ἑτέρας ἡμῖν ἔδοξε δεῖσθαι τινος ἐπεξεργασίας'.

haal door de crediteur. De Novelle vervolgt met een behandeling van de positie van hoofdelijke schuldenaren.⁴²⁴ Als er niets bijzonders is overeengekomen, dan kunnen zij ieder slechts voor hun aandeel worden aangesproken. Als daarentegen is bedongen dat ieder voor het geheel aansprakelijk is, dan wast het aandeel van de afwezige of insolvente schuldenaren aan bij de overigen.⁴²⁵ Het betreft hier de aansprakelijkheid van *draagplichtige* debiteuren.⁴²⁶ Er is hooguit sprake van een samenhang met Novelle 4 in de techniek die wordt gebruikt voor de verdeling van het verhaalsrisico. Ik laat deze Novelle daarom verder rusten.

I.4.2.3. Uitzondering: vervreemding tijdens procedure (Nov. 112,1)

Op 10 september 541, ruim zes jaar na de uitvaardiging van Novelle 4, verscheen een wet die de latere gemeenrechtelijke geleerden tot aan de vooravond van de nationale codificaties zou bezighouden.⁴²⁷ In deze wet, bekend staande als Novelle 112, gaf Justinianus een regeling omtrent de vervreemdbaarheid van goederen die het onderwerp vormen van een geding.

Op deze ‘res litigiosae’ rustte in het Romeinse recht een verbod tot vervreemding ten titel van koop.⁴²⁸ Een vervreemding die tot doel had een procedure over de zaak te bemoeilijken, was krachtens praetorisch recht zelfs nietig.⁴²⁹ De vraag die de keizer in Novelle 112 probeerde op te lossen, was wat nu precies moest worden verstaan onder ‘zaken die het onderwerp zijn van een geding’. Een litigieuze zaak, zo stelt Novelle 112,1, is een ‘roerende of onroerende zaak of levende have ten aanzien waarvan wordt geprocedureerd tussen een eiser en een bezitter over de eigendomsvraag.’⁴³⁰

Het vervreemdingsverbod op litigieuze zaken werd ingegeven door de wens om de positie van de eiser te beschermen. De gedaagde bezitter moest hem niet in een moeilijker positie kunnen brengen door de zaak aan een derde te vervreemden, bij wie de eiser wellicht niet met hetzelfde gemak de litigieuze zaak kon opeisen.⁴³¹ De zekerheidsgerechtigde crediteur had als eiser echter

424 Van der Wal nr. 857 nt.59. De ‘ἀλληλεγγύη’ van het Justiniaanse recht is niet hetzelfde als de ‘mutua fideiussio’ van het klassieke recht, maar een vorm van hoofdelijkheid: Frezza, in: *Hon. Maridakis*, p.133-134; Briguglio p.196-203. Vgl. ook het opschrift van de constitutie in het Epitome van Julianus (const. 92(93), nr. 348): ‘de reis promittendis’. De Basilica (Bas. 26,2,2; BT p.1258-1259) plaatsen Novelle 99 achter Novelle 4. Hetzelfde komt voor bij Athanasius (Syntagma 15,2), die Novelle 99 behandelt tussen Novelle 4 en Novelle 136; Theodorus (Breviarium 99,1) wijst daarentegen in het geheel niet op een connectie tussen beide Novellen.

425 Vgl. Ep. Juliani, const. 92(93),1; nr. 348; Theodorus, Breviarium 99,1. Zie ook: Van der Wal nr. 857.

426 Girtanner *I,1*, p.128; Briguglio p.203-205.

427 Zie bijvoorbeeld: Vangerow *I*, § 389, p.890; Windscheid/Kipp *I*, § 235, p.1190 nt.19.

428 Kaser, *RP I*, § 98, p.406; Kaser/Hackl, *RZP*, § 42, p.298-299.

429 ‘Actio in factum’: D. 4,7,1,pr. (Gaius). ‘Restitutio in integrum’: D. 4,7,1,4 (Gaius).

430 Nov. 112,1: ‘πράγμα κινήτων ἢ ἀκίνητων ἢ αὐτοκίνητων, οὐτινος περὶ τῆς δεσποτείας ζήτησις μεταξὺ τοῦ ἐνάγοντος καὶ νεμομένου κινεῖται’.

431 D. 4,7,1,pr. (Gaius)

een ander belang dan het verkrijgen van het bezit van de zaak zelf: de ‘actio hypothecaria’ was bedoeld om het bezit van de zaak te verkrijgen *ter executie*, zodat het de crediteur veeleer te doen was om de waarde van de zaak, waaruit zijn vordering moest worden afgelost.⁴³² Het was een crediteur dus om het even of zijn debiteur een verhypothekerde zaak hangende een procedure verkocht en in eigendom overdroeg, zolang zijn vordering maar uit de opbrengst werd voldaan. Justinianus bepaalde daarom dat met zekerheidsrechten bezwaarde zaken die tijdens een procedure door de debiteur waren vervreemd, *niet* onder het begrip ‘res litigiosa’ vielen.⁴³³

Nov. 112,1: ‘Wij besluiten echter dat van dit begrip ‘litigieuze zaken’ de hypotheeken worden gescheiden en dat te dien aanzien dit onderscheid⁴³⁴ geldt, dat als afzonderlijke roerende of onroerende zaken of levende have voor een schuld met een speciale hypotheek zijn bezwaard, het aan de debiteur vrijstaat om die aan wie en wanneer hij wil te verkopen, dusdanig echter dat hij uit de koopprijs ervan de crediteur voldoet tot aan het bedrag van de schuld.’⁴³⁵

Nu rees een bijzonder probleem wanneer de debiteur een verhypothekerde zaak verkocht gedurende de hypothecaire procedure en uit de koopprijs *niet* zijn crediteur voldeed; hij was daar immers niet toe verplicht. De crediteur zou dan zijn aangewezen op de uitoefening van zijn zekerheidsrecht tegen de derde-verkrijger. Sinds de uitvaardiging van Novelle 4,2 was hij echter verplicht om zich eerst te verhalen onder zijn schuldenaar, voordat hij zich wendde tot de derde-bezitter van een met zekerheidsrechten bezwaarde zaak. Dit betekende dat de gedaagde debiteur zijn crediteur in een moeilijker positie had gebracht door de zaak te verkopen, hetgeen nu juist moest worden voorkomen door de regeling omtrent ‘res litigiosae’. Vóór de vervreemding kon de crediteur kiezen tussen een zakelijke actie en een persoonlijke actie,⁴³⁶ en had zelfs in dit geval zijn keuze al bepaald en de zakelijke actie ingesteld; maar na de vervreemding zou hij moeten terugvallen op

432 Het gaat hier niet om de vaststelling dat de crediteur zich kon beroepen op een zakelijk recht van hypotheek dat hij vervolgens wilde uitoefenen tegen de verkrijger. De eiser in een revindicatie beriep zich immers ook op een zakelijk recht.

433 Van der Wal nr. 735.

434 Krachtens de Novelle is het een debiteur toegestaan tijdens het geding verhypothekerde zaken te vervreemden. Aan een *crediteur* kwam dezelfde vrijheid altijd al toe. Ook al stelde D. 4,7,8,2 (Paulus) in de Digestentitel over de vervreemding van litigieuze zaken dat ‘ook wie andermans zaak verkocht heeft, wordt geacht te vervreemden’ (‘alienare intellegitur etiam qui alienam rem vendidit’), een rescript van Severus en Antoninus (C. 8,36(37),1 – a.207) bepaalde dat de uitoefening van een zekerheidsrecht daaraan niet kon worden gelijkgesteld.

435 Nov. 112,1: ‘Ἐκ ταύτης δὲ τῆς τοῦ litigiosou προσηγορίας τὰς ὑποθήκας κεχωρίσθαι θεσπιζομεν, καὶ ἐν ταύταις ταύτην κρατεῖν τὴν διάστιξιν, ὥστε εἰ μὲν ἰδικὰ πράγματα κινητὰ ἢ ἀκίνητα ἢ αὐτοκίνητα ὀνομαστικαῖς ὑποθήκαις ἐμφέροιο, ἐξεῖναι μὲν τῷ χρεώσῃ ταῦτα ᾧ τ’ ἂν καὶ ὅτε ἄρα βουλευθῆι πιπράσκειν, οὕτω μέντοι ὥστε ἐκ τοῦ τιμήματος τούτων μέχρι τῆς τοῦ χρέους ποσότητος τὸ ἴκανόν αὐτόν ποιῆσαι τῷ δανειστῇ’.

436 C. 8,13(14),24; Nov. 4,1.

de persoonlijke actie, voordat de zakelijke actie tegen de verkrijger in aanmerking kwam. De keizer had hier twee mogelijkheden: ofwel verhypotheceerde zaken toch onder 'res litigiosae' te scharen, omdat vervreemding de eiser in een moeilijker positie zou brengen, ofwel te erkennen dat het belang van de zekerheidscrediteur meer school in betaling dan in de zaak zelf. De consequentie van het laatste was dat verhypotheceerde zaken uitgesloten dienden te worden van de 'res litigiosae', maar dat ter aanvulling een regel moest worden opgesteld om de gevolgen van Novelle 4,2 af te zwakken. Zulks geschiedde. Helaas werd de verhouding tot de eerder uitgevaardigde Novelle 4,2 niet nauwkeurig uiteengezet door de keizer, zodat de bepaling inderdaad 'niet bepaaldelijk getuigt van zijn grote wetgevende reputatie.'⁴³⁷

Nov. 112,1: 'Maar als de debiteur dit [het aflossen van de crediteur uit de koopprijs van de verkochte zaak] niet doet, geven wij aan de crediteur die een hypotheek op de verkochte zaak heeft, de vrijheid om die op te vorderen, totdat aan hem voldoening is gegeven voor de schuld.'⁴³⁸

De keizer geeft in het vervolg van deze Novelle aan, dat de bevoegdheid om de zaak op te eisen slechts bestaat wanneer er geen oudere zekerheidsrechten op de vervreemde zaak rusten.⁴³⁹ Dat is op zichzelf niet verwonderlijk, gegeven dat naar Romeins recht in beginsel slechts de hoogst gerangschikte crediteur bevoegd was om tot executie over te gaan.⁴⁴⁰ De tweede beperking die de keizer aanbracht, is interessanter. Uit het voorgaande vloeit reeds voort, zo stelt hij, dat goederen die onder een generale hypotheek vallen *evenmin* tot de 'res litigiosae' behoren: zij kunnen dus staande een procedure worden vervreemd. Maar voor dergelijke goederen geldt 'dat daarentegen de acties die daarop betrekking hebben worden beoordeeld naar de bepalingen van de oude regels.'⁴⁴¹ De vraag welke oude regels Justinianus hier op het oog had,⁴⁴² heeft de geleerde wereld enige eeuwen bezig gehouden: was door Novelle 112,1 nu de eerdere Novelle 4,2 afgeschafte voor speciale hypotheek, en niet voor generale hypotheek?⁴⁴³ Of had de latere Novelle slechts

437 Zwolve, 'Over het voorrecht van uitwinning bij stille verpanding van vorderingen', *RM Themis* 7, 1996, p.249.

438 Nov. 112,1: 'εἰ δὲ τοῦτο μὴ πράξειεν ὁ χρεώστης, δίδομεν ἄδειαν τῷ δανειστῇ τῷ ἔχοντι τὴν ὑποθήκην τοῦ διαπεπραμμένου πράγματος τοῦτο διεκδικεῖν, μέχρις ὅτου τὸ ἴκανόν αὐτῷ ὑπὲρ τοῦ χρέους γένηται.'

439 Nov. 112,1. Vgl. Ep. Juliani, const. 105(106),1; nr. 367. Geheel anders: Theodorus, *Breviarium* 112,5.

440 Kaser, *RP I*, § 110, p.467.

441 Nov. 112,1: 'ἀλλὰ τὰς τούτων ἐναγωγὰς κατὰ τοὺς τῶν παλαιῶν νόμων ὅρους ἐπετάξασθαι'.

442 Opvallend genoeg geeft het Epitome (const. 105(106),1; nr. 367) het slot van Novelle 112,1 weer zonder een verwijzing naar oude regels: 'Ex his apparet, multo minus litigiosam rem vocari eam, quae generaliter hypothecarum titulo obligata est.' De Basilica (Bas. 27,1,5; BT p.1313-1314) blijven dicht bij de tekst uit de Novelle, maar geven geen verdere verklaring.

443 Dernburg, *Pfandrecht II*, p.379: 'Ob nun Justinian aus solchen Gründen seine Neuerung wieder beschränkt hat, dies hängt von der Auslegung der Novelle 112 cap. 1 ab.'

betrekking op een bijzonder geval, te weten vervreemding van een speciaal verbonden zaak tijdens een hypothecaire procedure over die zaak? En in hoeverre was van belang dat de zaak was verkocht, terwijl de crediteur niet uit de koopprijs was afgelost?⁴⁴⁴ De Byzantijnse bronnen geven nauwelijks uitsluitsel omtrent deze vragen; hun inzichten zijn bovendien voor de verdere rechtsontwikkeling in West-Europa veel minder relevant geweest dan de interpretaties van de gemeenrechtelijke juristen. Deze komen in het volgende deel aan bod.

444 Theodorus (Breviarium 112,4) beperkt de strekking van deze Novelle tot vervreemdingen ten titel van koop terwijl de crediteur niet uit de koopprijs is afgelost.

DEEL II

HET GEMENE RECHT

TUSSEN 1150 EN 1550

II.1.	Inleiding: de receptie van Novelle 4,2	79
II.2.	De volgorde van uitwinning uit Collatio 1,4	81
II.3.	Het 'exceptionele' karakter van het voorrecht van uitwinning	90
II.4.	'Derdenbezit': toepassingsgebied van het voorrecht	101
II.5.	De verhouding tussen Novelle 4,2 en Novelle 112,1	117
II.6.	Besluit	125

II.1. INLEIDING: DE RECEPTIE VAN NOVELLE 4,2

De receptie van het Romeinse recht in West-Europa gedurende de Middeleeuwen geschiedde niet in een juridisch vacuüm.¹ Elke stad en iedere regio kende zijn eigen gewoonterecht, dat van streek tot streek zeer kon verschillen. Aan deze rechtsverscheidenheid kwam niet een einde door de receptie van het Romeinse recht; integendeel, de verscheidenheid was onlosmakelijk verbonden met de gemeenschappelijke, Europese juridische cultuur van het 'ius commune'.² Het Romeinse recht nam in dit gemene recht immers altijd de positie in van een hulprecht dat uitkomst moest bieden wanneer het lokale gewoonterecht geen oplossing bood. Tezelfdertijd bracht de universitaire cultuur waarin het Romeinse recht werd bestudeerd een zekere unificatie, zodat West-Europa wel werd geregeerd door verschillende rechten, maar door één rechtscultuur. Voor de hier te behandelen periode, van de twaalfde tot en met de zestiende eeuw, is het echter weinig zinvol de blik te richten op de verschillende gewoonterechten ten aanzien van de volgorde van uitwinning. De commentaren van de rechtsgeleerden beperkten zich goeddeels tot het gedeelte van het recht, dat aan de universiteiten werd onderwezen: dat wil zeggen, het Romeinse recht zoals neergelegd in het Corpus Iuris. Ten aanzien van de volgorde van uitwinning is daarbij de Codex van belang, maar in het bijzonder de Novellen, zodat het dienstig is daarover een korte inleidende opmerking te maken.

In tegenstelling tot het keizersrecht dat in de Codex werd opgenomen, is de wetgeving van na 534 nooit gecodificeerd. Deze wetgeving werd rond 575 bijeengebracht in een private verzameling van 168 wetten die bekend staat als 'de' Novellen.³ De in de Novellen opgenomen wetten kenmerken zich niet alleen door een bloemrijk, 'Byzantijns', taalgebruik, maar dikwijls ook door opvallende vaagheid. Bovendien waren de Novellen (merendeels) in het Grieks gesteld, de taal van het Oost-Romeinse rijk.⁴ In die vorm kon de nieuwere wetgeving niet bijdragen aan de receptie van het in de Novellen opgenomen Romeinse recht in West-Europa, dat immers tot aan de Renaissance vrijwel geheel was verstoken van kennis van de Griekse taal. De recep-

1 Zie voor het navolgende: Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München/Berlijn 1966, p.55-105; Lokin/Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Groningen 2001, p.95-121; Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht I: Inleiding en zakenrecht*, Den Haag 2006, p.3-16 en p.54-60.

2 Biografische en bibliografische gegevens voor dit deel zijn ontleend aan Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter I-VI*, 2^e druk, Heidelberg 1834-1851, reprint: Bad Homburg 1961; Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte II,1: neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter des gemeinen Rechts*, München 1977; Coing, *Europäisches Privatrecht I: älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985; Lange, *Römisches Recht im Mittelalter I: Die Glossatoren - II: Die Kommentatoren*, München 1997-2007.

3 Biener, *Geschichte der Novellen Justinian's*, Berlijn 1824, p.8 en 85; Zwalve, *Beknopte geschiedenis van het Romeinse recht*, Den Haag 2004, p.120-122.

4 Biener p.13-21.

tie van de Novellen geschiedde daarom niet op basis van de Griekse tekst, maar op basis van een vertaling in het Latijn die bekend staat als het Authenticum,⁵ en daarnaast naar een uittreksel in het Latijn van de hand van de Byzantijnse hoogleraar Julianus.⁶

De volgorde van de Griekse Novellenverzamelingen wijkt echter aanzienlijk af van de volgorde van het Authenticum, dat, naar het voorbeeld van de toenmalig bekende negen boeken van de Codex, door de Middeleeuwse juristen werd onderverdeeld in negen 'Collationes'.⁷ Aan het begin van de dertiende eeuw werden de 'libri feudorum' daaraan toegevoegd als een tiende Collatio.⁸ Zo is Novelle 4 bijvoorbeeld opgenomen in Collatio 1,4; Novelle 112,1 is opgenomen in Collatio 8,8.

Het Authenticum is een 'katapodische' vertaling, wat wil zeggen dat de Griekse delen van de Novellen woord voor woord zijn vertaald.⁹ Dat maakte de in het Authenticum opgenomen wetgeving, die toch al onduidelijk was gesteld, in de praktijk lastig te hanteren: de bepalingen waren haast onbegrijpelijk zonder een soms rigoureuze interpretatie aan de tekst te geven. Krachtens de regel dat een latere wet derogeert aan een eerdere wet moesten zij echter in acht worden genomen bij de toepassing van regels uit de Codex. De glossatoren, grotendeels zelfs de eerste Bolognese hoogleraar Irnerius († na 1125),¹⁰ vervaardigden daartoe samenvattingen van de verschillende bepalingen in het Authenticum, die als 'authenticae' werden geplaatst bij de relevante bepalingen in de Codex.¹¹ Op deze samenvattende authenticae concentreerde zich de Middeleeuwse uitleg, die in het hiernavolgende zoveel mogelijk in chronologische volgorde zal worden behandeld. De onderliggende bepalingen uit het Authenticum werden veel minder becommentarieerd en verdwenen naar de achtergrond; de gemeenrechtelijke traditie was dus, in de hier beschreven periode, veel minder gericht op de vraag wat Justinianus en zijn opvolgers met deze of gene Novelle voor ogen had

-
- 5 Zie over het Authenticum: Scheltema, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden 1970, p.52-57; Van der Wal/Lokin, *Historiae iuris graeco-romani delineatio: les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, p.38.
- 6 Biener p.70-76; Scheltema, *L'enseignement*, p.47-52; Lange I, p.80; II, p.186-187; Zwolve, *BG*, p.122-123. Het Epitome Juliani werd aan het begin van het rechtsgeleerde onderwijs in Bologna al verdrongen door het Authenticum, zodat het voor de latere West-Europese rechtsgeschiedenis niet van groot belang is geweest. Scheltema, *L'enseignement*, p.63; Schrage, *Utrumque ius*, Amsterdam 1987, p.23
- 7 Biener p.271-275.
- 8 Lange I, p.54-55; Schrage p.24.
- 9 Scheltema, 'Subseciva XI: das Authenticum', *TvR* 31, 1963, p.275-284 en *L'enseignement*, p.54-57; Van der Wal/Lokin p.38. Vgl. ook Biener p.249 en 262.
- 10 Biener p.268-269; Lange I, p.75-76 en 161. Maar zie ook: Wallinga, 'Authenticum and autenticae – What's in a name? References to Justinian's Novels in Medieval manuscripts', *TvR* 77, 2009, p.49-51.
- 11 Lange t.a.p.; Zwolve, *BG*, p.135. In de oudste manuscripten werden authenticae veelal niet achter de Codex-bepaling geplaatst, maar in de kantlijn: Wallinga, *TvR* 77, 2009, p.56-57.

gestaan, en veel meer op de inpassing van de samenvattende authenticae die door de glossatoren waren vervaardigd.¹²

II.2. DE VOLGORDE VAN UITWINNING UIT COLLATIO 1,4

II.2.1. Plaatsing van het voorrecht van uitwinning

De Novelle 4,2 die in dit deel bijzondere aandacht krijgt,¹³ is uit het Authenticum omgewerkt tot Collatio 1,4 (de fideiussoribus) onder de paragraaf 'sed neque'. De op basis daarvan vervaardigde 'authenticae' werden op twee plaatsen in de Codex ingevoegd. In C. 4,10,14 wordt bepaald dat de crediteur mag kiezen tussen het aanspreken van de erfgenamen van zijn debiteur met de persoonlijke actie en het instellen van een zakelijke actie tegen de bezitters van door hen vervreemde panden. De hierbij geplaatste authentica 'sed hodie' vervolgt:

'Maar heden ten dage dienen naar nieuw recht eerst alle borgen, mandaatborgen en degenen die [op andere wijze] beloofd hebben [de schuld van de debiteur te voldoen] aangesproken te worden, alvorens men zich mag wenden tot de bezitters van de verpande zaken.'¹⁴

Volgens C. 8,13(14),24 kan de crediteur niet worden gedwongen om eerst zijn debiteuren aan te spreken alvorens over te gaan tot uitwinning van de panden. De authentica 'hoc si debitor' kwalificeert dat aldus:

'Dit geldt [tegenwoordig alleen] als de schuldenaar [de verhypothekerde zaak] onder zich heeft. Als een ander [haar] bezit wordt de hypothecaire actie verhinderd totdat met een persoonlijke actie geprocedeerd is tegen de schuldenaar en de borg. En eerst als geen genoegdoening uit de verhypothekerde zaken van de schuldenaar kan worden verkre-

12 Het enkele gegeven dat Middeleeuwse juristen regelmatig verwezen naar de verschillende Collationes, bewijst nog niet dat zij daarvan een intensief gebruik maakten: Wallinga, *TvR* 77, 2009, p.48.

13 Zie, over Novelle 4,1 en de behandeling daarvan in het gemene recht: Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, historisch-dogmatisch dargestellt, I,2: Dogmengeschichte des Mittelalters und der neuern Zeit*, Jena 1850, p.199-211 en p.221-246.

14 Auth. 'sed hodie' bij C. 4,10,14: 'Sed hodie novo iure prius conveniendi sunt omnes fideiussores et mandatores et sponsores, quam perveniatur ad pignorum possessores.'

gen, kunnen de door de borg verhypothekerde zaken, als die er zijn, worden opgeëist. En deze rechtsregel geldt ook ten aanzien van de erfgenamen [van de schuldenaar].¹⁵

Hieraan werd door de glossatoren¹⁶ de regel ontleend dat de crediteur zich eerst moest verhalen op zijn debiteur, waarbij hij de vrije keuze had tussen een persoonlijke actie en een zakelijke actie ten aanzien van de in zekerheid gegeven goederen die zich nog onder de debiteur bevonden. Wanneer hij geen betaling kon verkrijgen, kon hij zich verhalen op de borg en vervolgens onder derden-bezitters van de bezwaarde goederen: daar eenmaal aangekomen moest hij eerst de goederen uitwinnen die door de debiteur in zekerheid waren gegeven, en ten slotte de goederen onder derden-bezitters die door de borg in zekerheid waren gegeven. Deze regeling van de volgorde bij uitwinning stond bekend als het 'beneficium ordinis'¹⁷, het voorrecht van volgorde, of als het 'beneficium discussionis'¹⁸, het voorrecht van uitwinning. Aan het voorrecht ontleende de borg of derde-bezitter die voor zijn beurt werd aangesproken een exceptie waarmee hij de (hypothecaire of persoonlijke) actie van een crediteur kon verlammen. Deze volgorde werd door alle Middeleeuwse rechtsgeleerden overgenomen.

II.2.2. Reikwijdte van de uitwinning: executie onder de schuldenaar

Eén belangrijke vraag was daarmee echter niet beantwoord: wanneer kon

-
- 15 Auth. 'hoc si debitor' bij C. 8,13(14),24: 'Hoc si debitor possideat. Alio vero possidente, inhibetur hypothecaria donec personaliter actum sit cum reo et intercessore: si nec ex hypothecis debitoris satisfiat, tunc demum intercessoris hypothece, si que sunt, petantur: quod ius in heredibus habet locum.' Deze authentica werd ook wel geplaatst bij C. 8,13(14),8. Vgl. Odofredus, *Lectura super codice II*, Lyon 1552, reprint: *Opera iuridica rariora* 5-2, Bologna 1968, ad C.8,13(14),8, (f.150 V^o b). Met 'hypothecis debitoris' en 'intercessoris hypothece' worden hier niet bezwaarde goederen van de debiteur of borg bedoeld, maar daarentegen door de debiteur of borg bezwaarde goederen die zich onder derden bevinden. Zulks blijkt uit het feit dat de goederen van debiteur of borg reeds zijn uitgewonnen middels een persoonlijke actie ('donec personaliter actum sit cum reo et intercessore').
- 16 Placentinus, *Summa codicis*, Mainz 1586, reprint: *Placentini summa codicis*, Turijn 1962, ad C. 8,13(14) (p.386); Azo, *Summa super codicem*, Pavia 1506, reprint: *Corpus glossatorum iuris civilis* 2, Turijn 1966, ad C. 4,10 § est et aliud (p.117b); Gl. *Hypothecariis* (Azo) op coll. 1,4; Odofredus ad C. 8,13(14),8 (f.150 V^o b).
- 17 Voor het eerst aangetroffen bij Butrigarius (*Lectura super codice II*, Parijs 1516, reprint: *Opera iuridica rariora* 13, Bologna 1973, ad C. 8,40(41),3 en auth. 'praesente' (f.89 V^o b)). Briguglio ('*Fideiussores succurri solet*', Milaan 1999, p.73 nt.172) reserveert de term 'beneficium ordinis' voor een zwakkere vorm van subsidiariteit dan uitwinningssubsidiariteit, te weten dat de crediteur eerst betaling moet trachten te verkrijgen van de hoofdschuldenaar, zonder te zijn gehouden tot uitwinning van diens vermogen, alvorens een borg aan te spreken. Deze interpretatie is inventief en conceptueel nuttig, maar zij wordt op geen enkele manier gesteund door de bronnen.
- 18 Voor het eerst aangetroffen bij Baldus (*In quartum & quintum codicis libros commentaria*, Venetië 1599, reprint: *Commentaria omnia* 6, Goldbach 2004, ad C. 4,10,14 (f.21 V^o b)). De benaming 'beneficium discussionis' werd voornamelijk in Frankrijk gebruikt, terwijl de aanduiding als 'beneficium excussionis (personalis)' in Duitse literatuur overwegend is.

een crediteur zijn vordering richten tegen een volgende groep van personen binnen de vastgestelde volgorde? Anders gezegd, welke eisen werden gesteld aan de voorafgaande actie tegen de schuldenaar of tegen de borg?

Hierbij wordt uitgegaan van de meest eenvoudige casus.¹⁹ De crediteur Titius heeft 100 uitgeleend aan Maevius en daarvoor Seius als borg aangenomen. Maevius heeft ter meerdere zekerheid van de vordering een zaak in hypotheek gegeven aan Titius. Vervolgens is die zaak verkocht en in eigendom overgedragen aan Sempronius zonder dat de vordering van Titius op Maevius is afgelost.

De Collatio 1,4 (dat is: Novelle 4) gaf geen duidelijk antwoord op de vraag wanneer de crediteur Titius kon optreden tegen Seius of Sempronius. In de eerste paragraaf 'wendt hij zich' (accedat) niet onmiddellijk tot de borg Seius, maar 'komt' (veniat) eerst bij de debiteur, en als hij 'niet bij machte is' (value-rit) gedeeltelijke of volledige betaling te ontvangen, dan 'neemt' (sumat) hij hetgeen is overgebleven van de borg.²⁰ In de tweede paragraaf 'komt' (veniat) de crediteur pas bij de derde-bezitter Sempronius als hij 'de weg van de persoonlijke acties heeft afgelegd' (transeat viam super personalibus) tegen debiteur en borg.²¹ De authenticae op de tweede paragraaf van Collatio 1,4 schiepen iets meer duidelijkheid, maar niet veel: eerst moesten de borgen 'worden aangesproken' (conveniendi sunt).²² De hypothecaire actie tegen de derde-bezitter was geblokkeerd totdat 'is geprocedeerd' (actum sit) tegen debiteur en borg.²³ De authentica op de eerste paragraaf voegt daar nog aan toe dat de debiteur 'minder solvent' moest zijn 'bevonden' (minus idoneus invenitur).²⁴ Het is wel duidelijk dat ingebrekestelling van de debiteur Maevius, of diens verzuim, niet voldoende was om op te treden tegen de borg Seius of de derde-bezitter Sempronius. De crediteur moest in ieder geval een proces hebben aangespannen. De vraag rees echter of een veroordelend vonnis genoeg was om over te gaan tot het aanspreken van de volgende persoon, of dat het vermogen van de veroordeelde eerst in zijn geheel moest worden uitgewonnen, zo nodig zelfs door een faillietverklaring.

De vroege hoogleraar Wilhelmus de Cabriano, die zijn *Casus Codicis* in 1156 of 1157 verzamelde, stelde dat de crediteur slechts geprocedeerd moest hebben tegen zijn debiteur.²⁵ Zijn tijdgenoot Placentinus (†1192) ging verder en meende dat een uitwinning (excussio) van het vermogen van debiteuren en borgen noodzakelijk was voordat de crediteur kon optreden tegen der-

19 In deze casus speelt de aan- of afwezigheid van partijen geen rol en is afgezien van pluraliteit van personen.

20 Coll. 1,4 § si quis (Nov. 4,1).

21 Coll. 1,4 § sed neque (Nov. 4,2).

22 Auth. 'sed hodie' bij C. 4,10,14.

23 Auth. 'hoc si debitor' bij C. 8,13(14),24.

24 Auth. 'praesente' bij C. 8,40(41),3,pr.

25 Wallinga, *The casus codicis of Wilhelmus de Cabriano*, Frankfurt 2005, Casus C. 8,13(14),24 (p.573): 'Si debitor possideat in electione sit eius qua via velit uti, si alius possidet non possit pignus vendicare, nisi prius egerit contra debitorem et fideiussorem.'

den-bezitters.²⁶ Een generatie later was Azo (c.1150-vóór 1235), de leermeester van Accursius, ambivalent: enerzijds leek een procedure tegen de debiteur en een daaruit voortvloeiend veroordelend vonnis voldoende,²⁷ anderzijds moest het vermogen zijn uitgewonnen.²⁸ Ook Accursius (1185-1263) gebruikte in de Glosse de termen ‘agere’, ‘convenire’ en ‘excudere’ nog als inwisselbaar.²⁹ Zijn rivaal Odofredus (†1265) was op dit punt doortastender: pas wanneer de debiteur *insolvent* (non est solvendo) was, kon tegen de borg worden geprocedeerd.³⁰ De school van Orléans, bij monde van Jacques de Révigny (†1296), leerde daarentegen dat het voldoende was wanneer de debiteur was aangesproken (accusato), al vooronderstelde Révigny daarbij wel diens solventie³¹: in dat geval maakt het antwoord op de hier opgeworpen vraag weinig uit, omdat de crediteur die is voorzien van een veroordelend vonnis tegen zijn *solvente* schuldenaar, welhaast nooit een nieuwe procedure zal beginnen tegen borg of derde. Tegen het einde van de dertiende eeuw gaven de juristen nog steeds uiteenlopende adviezen over de vraag of ‘procederen tegen de debiteur’, als voorwaarde voor het aanspreken van borg of derde, alleen een *veroordeling* impliceerde, of ook *uitwinning* van het vermogen van die debiteur. In zijn commentaar op de Codex behandelde Jacobus de Arena († na 1296) een aantal opinies.³²

-
- 26 Placentinus ad C. 8,13(14) (p.386): ‘Primum debitores principales et intercessores et aliae hypothecae apud eos constitutae excutiantur, et excussi, excussaque non sufficere inveniuntur’.
- 27 Azo, *Summa*, ad C. 4,10 § est et aliud (p.117b): ‘nisi egerit primo personaliter’; en ad C. 8,13(14) § item ut creditor (p.307b): ‘quamvis debitor vel fideiussor creditori sit condemnatus’.
- 28 Azo, *Summa*, ad C. 8,13(14) § datur (p.307a): ‘primo quidem excutere debitorem’.
- 29 Gl. *In rem* op C. 8,13(14),14; Gl. *Certissimum est* op C. 8,13(14),15; Gl. *Praesente* op auth. ‘praesente’ bij C. 8,40(41),3. Deze dubbelzinnigheid viel latere commentatoren ook op: zie bijvoorbeeld Bartolus, *In secunda parte codicis*, Venetië 1528, reprint: *Commentaria* 8, Rome 1996, ad C. 8,13(14),24 (f.104 R^o a-b); Bartolus, *Super autentis*, Venetië 1506, reprint: *Commentaria* 9, Rome 1996, ad coll. 1,4 § sed neque (f.9 V^o a).
- 30 Odofredus ad C. 8,40(41),3 (f.166 R^o a).
- 31 Révigny, *Super IX libros codicis*, Parijs 1569, reprint: *Petrus de Bella Pertica super IX Libros codicis*, Frankfurt 1968, ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc ita si debitor’ (f.373 V^o b) en ad C. 8,13(14),24 (f.374 R^o b). Dit commentaar is ten onrechte toegeschreven aan zijn leerling Pierre de Belleperche: Meijers, ‘L’université d’Orléans au XIIIe siècle’, in: Meijers (Feenstra ed.), *Études d’histoire du droit III*, Leiden 1959, p.72-75.
- 32 De Arena, *Commentarii in universum ius civile: super codice*, [z.pl.] 1541, reprint: *Opera iuridica rariora* 16, Bologna 1971, ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc ita si debitor’ (f.53 R^o b-V^o a). Deze paragraaf kan in ieder geval niet in zijn geheel van de hand van Jacobus de Arena zijn: ‘in haec quaestione supra transmissa per me domino Raynerio de Forlivo legenti extraordinarie in civitate Bononiense. [...] Notatur Martinus Sillimanus et Jacobus de Belviso. [...] Hoc sentio ego Raynerius de Arsendis de Forlivo doctor legum.’ De paragraaf kan echter ook niet in zijn geheel van Raynerius de Forlé (†1358) zijn, zoals men wellicht zou vermoeden, gelet op het vervolg: ‘audivi a domino Thoma doctore meo’. Dat laatste heeft waarschijnlijk betrekking op Thomas de Piperata († vóór 1282) die gezien zijn leeftijd geen leraar van Raynerius kan zijn geweest, maar wel van Jacobus de Arena. Zie ook: *Lange II*, p.435-436.

Hij vermeldt dat doctor Martaga de Azoguidiis³³ in Bologna het advies had gegeven dat uitwinning van het vermogen van de debiteur niet noodzakelijk was, omdat Collatio 1,4 (Novelle 4) alleen betrekking had op het *instellen* van persoonlijke acties. Kennelijk was men daarmee tevreden, zo schreef De Arena, want er werd vermeld dat er goed advies was gegeven.³⁴ Hij tekent daarbij echter aan dat de doctoren, en het in de praktijk zeer invloedrijke *Speculum* van Durant (1237-1296),³⁵ het op het tegendeel hielden, en dat diezelfde mening door Raynerius de Forlivio werd verkondigd.³⁶

Dezelfde auteur wijdde, wellicht ingegeven door de wens om deze meningsverschillen tot een einde te brengen, een *Tractatus de excussionibus*³⁷ aan het onderwerp. 'Uitwinning', zo stelde hij aan het begin van het traktaat, 'geschiedt ten aanzien van de goederen en zaken van de principale debiteur 'tot de nagel', dat wil zeggen 'tot buidel en maaltijd', nadat door een rechter onderzoek, recherche en opsporing is gedaan.'³⁸ Het traktaat had grote invloed: latere juristen namen deze definities steeds over.³⁹ Vanaf het einde van de dertiende eeuw was het probleem derhalve vrijwel opgelost. Cynus (1270-1336) verstond onder het begrip 'actum' in de authentica 'hoc si debitor': 'met dusdanig gevolg [geprocedeerd] dat hij is veroordeeld en uitgewonnen'.⁴⁰ Hij zocht daarmee aansluiting bij andere gevallen waarin uitwin-

-
- 33 Waarschijnlijk Maccagnano de Azzoguidi; verschillende juristen met die naam zijn bekend uit de eerste helft van de veertiende eeuw. Zie: Bellomo, *Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle università medievali I: le 'quaestiones disputatae'*, Reggio Calabria 1974, p.119-127.
- 34 De Arena ad C. 8,13(14) auth. 'hoc ita si debitor' (f.53 R^o b): 'Et reputatum fuit bene fuisse consultum prout audivi a domino Thoma doctore meo.'
- 35 Vgl. Durant, *Speculum iudiciale*, Venetië 1499, tit. IV,3 (de obl. et sol.), vers. 'sed quando dicitur' (f.471 R^o a): 'Sed quando dicitur debitor conventus: et videtur quod lite iam contestate ... sed videtur quod tunc demum cum bona eius excussa sunt ... et hoc verius est secundum Alber. Gal.'
- 36 De Arena ad C. 8,13(14) auth. 'hoc ita si debitor' (f.53 R^o b-V^o a).
- 37 Lange II, p.444.
- 38 De Arena, *Tractatus de excussionibus*, Keulen 1594, nr. 1: 'Excussio est bonorum atque rerum principalis debitoris ad unquam, usque ad saccum et peram, per iudicem facta discussio, inquisitio, atque detectio.' De gebruikte terminologie is niet erg helder, maar De Arena bedoelt overduidelijk dat het vermogen van de debiteur *geheel* moet worden uitgewonnen; iets verderop (nr. 2) stelt hij dat de onderzoeksrechter 'alles moet doorsnuffelen' ('iudex debet cuncta rimari'). Zie voor 'sacculum et peram' ook Lukas 10:4 en 22:35-36 in de Vulgaat-editie.
- 39 Zie bijvoorbeeld Bartolus, *Tractatus de excussionibus pignorum*, in: *Consilia, quaestiones et tractatus*, Basel 1588, p.494a: 'Excussio est bonorum et rerum principalis debitoris ad unquam usque ad sacculum et peram facta per iudicem exquisita discussio atque detectio.' Het traktaat van Bartolus is grotendeels een kopie van het traktaat van De Arena: zie ook Lange II, p.728 nt.383. In de door mij gebruikte editie van het laatste traktaat (Keulen 1594) bevindt zich echter een verwijzing naar Bartolus in nr. 16; dat wordt waarschijnlijk verklaard door het feit dat een latere toevoeging – uitdrukkelijk zo – begint in nr. 17.
- 40 Cynus, *Super codice*, Frankfurt 1578, ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.490 V^o b): 'Cum effectu ita quod condemnentur et excutiatur'.

ning van het vermogen van de debiteur uitdrukkelijk was vereist, voordat kon worden geprocedeerd tegen een derde.⁴¹

Cynus' verwijzing naar C. 7,75,5 lijkt wat wonderlijk. Die bepaling behandelt immers de actio Pauliana tegen bezitters te kwader trouw of om niet, van zaken die uit het vermogen van de debiteur zijn vervoemd na diens veroordeling. Maar zoals Ankum heeft laten zien,⁴² was de mogelijkheid om een 'actio ad revocandum' (kortweg, de actio Pauliana) in te stellen afhankelijk van een voorafgaande uitwinning van het vermogen van de debiteur.⁴³ Het ging Cynus echter niet om de vraag of de Pauliana zelf aan een volgorde was gebonden, maar slechts om de vaststelling dat in het aldaar besproken geval de veroordeelde debiteur geen verhaal had geboden, waarna derden werden aangesproken.

Butrigarius (c.1274-1348) deelde de opvatting van Cynus en stelde bovendien de vraag hoe de uitwinning diende te geschieden.⁴⁴ Hun beider tijdgenoot Belviso (c.1270-1335) was van mening dat een veroordelend vonnis voldoende was om borg of derde aan te spreken, maar stelde daarnaast de eis dat alle acties, zakelijke en persoonlijke, binnen één rang waren ingesteld voordat tegen de volgende groep personen werd geprocedeerd.⁴⁵ In die opvatting diende de crediteur dus niet alleen een persoonlijke actie, maar ook een eventuele hypothecaire actie tegen de debiteur uit te oefenen, alvorens hij een hypothecaire actie instelde tegen derden-bezitters. Dat veronderstelde, in zekere zin, opnieuw de mogelijkheid dat de crediteur zich onder de schuldenaar kon verhalen, zoals Révigny eerder had betoogd. De crediteur die is voorzien van een veroordelend vonnis uit een hypothecaire actie tegen de debiteur, zal immers niet snel nog een procedure beginnen tegen een derde-bezitter, voordat hij het eerste vonnis ten uitvoer heeft gelegd. Bartolus (1314-1357) hakte de knoop door: de actie uit hypotheek kon niet tegen derden-bezitters worden ingesteld voordat debiteur en borg waren aangesproken én hun vermogen was uitgewonnen.⁴⁶ In zijn eigen *Tractatus de excussionibus* herhaalde hij de bewoordingen van het eerdere traktaat van De Arena, waardoor het gezag van deze theorie werd bevestigd. Zijn leerling Baldus (c.1320-1400) nam dat over⁴⁷ en op gezag van beide stelden latere juristen dezelfde eis.⁴⁸

41 Cynus vermeldt C. 10,32(31),1 (een vader is 'op de wijze van een borg' (vice fideiussoris) aansprakelijk voor de taakvervulling van zijn zoon in de curia) en C. 7,75,5 (bedrieglijk vervoemde zaken).

42 Ankum, *De geschiedenis der 'Actio Pauliana'*, Zwolle 1962, p.116-117.

43 Vgl. C. 7,75,1.

44 Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.71 R^o a-R^o b). Zie hieronder, p.92-94.

45 Belviso, *Commentarii in authenticum et consuetudines feudorum*, Lyon 1511, reprint: *Opera iuridica rariora* 12, Bologna 1971, ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 R^o b).

46 Bartolus, *In secunda parte codicis*, Venetië 1528, ad C. 8,13(14),24 (f.104 R^o a): 'Nota quod hypothecaria non potest intentari contra extraneum possessorem nisi primo agat contra reum et fideiussores et fiat excussio bonorum.'

47 Baldus ad C. 8,13(14),24 en auth. 'hoc si debitor' (f.143 R^o b).

48 De 'excussio ad sacculum et peram' keert bij alle latere schrijvers terug.

Het gemene recht had daarmee, in zijn interpretatie van het voorrecht van uitwinning, een ernstig probleem geschapen voor crediteuren. Een crediteur neemt niet alleen zekerheidsrechten voor zijn vorderingen omdat hij op termijn *volledige* betaling wil van het hem toekomende, maar ook omdat hij *spoedige* betaling verlangt. Als hij lange en kostbare processen moet voeren met zijn debiteur (en wellicht ook met diens overige crediteuren), zelfs tot aan faillissement toe, voordat hij zich krachtens zijn zekerheidsrechten onder derden kan verhalen, dan betekent dit een feitelijke uitholling van zijn zekerheid. Het gemene recht onderling dit probleem in sommige gebieden, zoals in Frankrijk,⁴⁹ door te verlangen dat degene die zich op het voorrecht beriep, goederen aanwees die zich leenden voor gemakkelijk verhaal door de crediteur. Maar in gebieden waar die eis niet werd gesteld, zoals bijvoorbeeld in het Rooms-Friese recht, was er de crediteur veel aan gelegen om een beroep op het voorrecht bij voorbaat uit te sluiten.⁵⁰ Al onder het vroege gemene recht leidde het vereiste van uitwinning tot aan faillissement ertoe, dat op de meeste andere terreinen een *beperkende* uitleg van het voorrecht van uitwinning werd gegeven, zoals in het vervolg zal blijken.

II.2.3. Collatio 1,4: volgorde van verhaalsaansprakelijke personen

Het is verrassend dat deze tamelijk voor de hand liggende conclusie pas zo laat is getrokken. Collatio 1,4 § si quis stelde immers dat de crediteur alleen tegen borgen (en derden-bezitters) kon procederen voor het bedrag dat hij niet van de debiteur had weten te verkrijgen.⁵¹ Dit bedrag is nog niet bepaald door een veroordelend vonnis tegen de debiteur, zodat de Collatio toch enige vorm van uitwinning van het vermogen van die debiteur vooronderstelt. De verwarring moet worden verklaard uit de weinig gelukkige poging, waarschijnlijk afkomstig van Johannes Bassianus († vóór 1200)⁵² en overgenomen door zijn leerling Azo⁵³, om aan Collatio 1,4 § sed neque niet alleen een volgorde van *personen* (debiteur – borg – derde) te ontlenen, maar ook een volgorde van *acties* (persoonlijke – zakelijke).⁵⁴ In die opvatting was het noodzakelijk om alle acties tegen een eerdere rang in te stellen, zakelijke *en* persoonlijke, alvorens over te gaan tot een volgende rang.⁵⁵

49 Zie hieronder, p.81-82.

50 Zie hieronder, p.155-156.

51 Coll. 1,4 § si quis: 'non valuerit a debitore recipere'; § sed neque: 'si neque inde habuerit satisfactionem'.

52 Bassianus, *Summa super libro novellarum seu autenticorum*, in: Azo, *Summa super codicem*, Pavia 1506, ad coll. 1,4 § sumitur (p.458b). De toeschrijving van deze Summa aan Bassianus is betwist; zij schijnt in ieder geval te zijn bewerkt door Bartolus. Vgl. Lange p.220-221 en 264-265.

53 Gl. *Hypothecariis* (Azo) op coll. 1,4 § sed neque.

54 Vgl. Révigny ad C. 8,13(14) auth. 'hoc ita si debitor' (f.373 V^o b); Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 R^o b-V^o b).

55 De Glosse verdedigt, met een beroep op D. 46,1,51,3, een derde opvatting, te weten dat een veroordelend vonnis uit een persoonlijke actie tegen de debiteur, zelfs zonder uitoefening van zekerheidsrechten tegen de debiteur, voldoende is om te procederen tegen een borg: Gl. *Sumat* op coll. 1,4 § si quis. Dynus (c.1250-1298) betoogde echter dat dit alleen zag op het geval waarin de verpande zaken onverkoopbaar waren gebleken, waardoor de reikwijdte van deze glosse sterk werd beperkt: Cynus ad C. 8,40(41) auth. 'praesente' (f.511 R^o b). Vgl. ook Belviso ad coll. 1,4 § legem antiquam (f.10 R^o a-R^o b).

Het draait hier *niet* om de vraag of aan Collatio 1,4 (dat wil zeggen, Novelle 4) slechts een *persoonlijk*, of ook een *zakelijk* voorrecht van uitwinning wordt ontleend. Een persoonlijk voorrecht van uitwinning veronderstelt dat de crediteur zich eerst moet verhalen op één rang, al dan niet met alle middelen die hem ten dienste staan, voordat hij iemand in de volgende rang met een (persoonlijke of zakelijke) actie aanspreekt. Een zakelijk voorrecht van uitwinning, zoals dat bijvoorbeeld wordt verleend in C. 8,13(14),2, is de mogelijkheid om te verlangen dat de crediteur eerst bepaalde zakelijke zekerheidsrechten uitoefent alvorens verhaal te zoeken onder een derde. Het onderscheid gaf (en geeft) aanleiding tot de nodige misverstanden.

In de praktijk verschilden de twee zojuist beschreven opvattingen weinig. In de eerste opvatting, waarin executie van het vermogen van de debiteur centraal staat, is het niet erg zinvol om te benadrukken dat de actie uit hypotheek nog niet is ingesteld voor de door de debiteur in zekerheid gegeven en zich nog onder hem bevindende goederen. Iedere debiteur staat immers met zijn gehele vermogen in voor de nakoming van iedere verbintenis. Na de volledige executie van een veroordelend vonnis uit een persoonlijke actie zijn de verhypothekerde goederen dus, uit de aard der zaak, al uitgewonnen. Naar de tweede opvatting, waarin de zakelijke en persoonlijke acties tegen de debiteur ingesteld moeten zijn, zal de crediteur toch op moeten geven welk bedrag hij nog niet van zijn debiteur heeft verkregen, wil hij met succes tegen borg of derde-bezitter procederen, hetgeen toch enige vorm van executie van het eerder gewezen vonnis impliceert.⁵⁶ Er is echter één geval waarin de twee opvattingen tot een verschil leiden. Kan de crediteur, na een onsuccesvolle executie van het vermogen van zijn debiteur, zich onmiddellijk verhalen middels een zakelijke actie met betrekking tot door een *borg* in zekerheid gegeven goederen die zich nog onder deze borg bevinden, of moet daarvoor eerst een persoonlijke actie tegen alle borgen zijn ingesteld?

Men denke hierbij aan de volgende casus. De crediteur Aulus heeft geld uitgeleend aan de debiteur Blasius en daarvoor Claudius en Drusus als borgen aangenomen. Ter meerdere zekerheid van de vordering van Aulus op Blasius heeft Claudius bovendien een hypotheek gevestigd. Het vermogen van Blasius is na een veroordelend vonnis uitgewonnen door Aulus, zonder dat deze volledige voldoening heeft verkregen.⁵⁷

De crediteur Aulus had tegen zijn debiteur Blasius de keuze tussen het instellen van een persoonlijke actie en een eventuele zakelijke actie uit hypotheek: in zoverre waren de bepalingen uit de Codex niet gewijzigd door Col-

56 Belviso t.a.p.

57 Deze casus verschilt wezenlijk van het geval waarin Claudius hypotheek geeft tot zekerheid van zijn verbintenis als borg. In dat laatste geval wordt de schuld na uitwinning van het vermogen van Blasius gesplitst tussen Claudius en Drusus en strekt de hypotheek slechts tot zekerheid van de verbintenis van Claudius. Deze bevindt zich dan, wat het zekerheidsrecht betreft, in de positie van een gewone debiteur, zodat de crediteur de keuze heeft tussen zakelijke en persoonlijke rechtsmiddelen.

latio 1,4 § sed neque.⁵⁸ De vraag was nu of na de onsuccesvolle uitwinning van het vermogen van de debiteur dezelfde keuzevrijheid bestond ten aanzien van borgen. Die vraag was niet zonder belang, omdat van oudsher aan borgen de bevoegdheid toekwam om te verlangen dat de crediteur zijn persoonlijke actie tussen hen splitste.⁵⁹ De crediteur Aulus zou dus liever zijn zekerheidsrecht voor het gehele resterende bedrag uitoefenen tegen Claudius, dan zijn vordering te moeten splitsen en tegen beide borgen met persoonlijke acties te moeten procederen voor de helft van het resterende bedrag. Er waren twee oplossingen mogelijk. Claudius was een derde-zekerheidsgever voor zover het de verhypothekerde zaak betrof, zodat eerst alle persoonlijke acties tegen alle borgen ingesteld moesten worden;⁶⁰ of de mogelijkheid om Claudius aan te spreken werd bepaald door het feit dat hij een *borg* was, zodat de crediteur tegen hem kon kiezen tussen de zakelijke en de persoonlijke actie.

Révigny behandelt een verwante casus⁶¹ waarin hij vrij praktisch concludeert dat het voorrecht van splitsing niet alleen kan worden ingeroepen tegen een persoonlijke actie tegen de borgen, maar ook tegen een actie uit hypotheek die was gericht tegen één van hen.⁶² Dit vooronderstelde echter, contrair aan de opvatting van Azo, dat een crediteur zijn zakelijke actie kon uitoefenen tegen één borg, voordat alle persoonlijke acties waren ingesteld tegen de gezamenlijke borgen. Révigny breidde deze mogelijkheid zelfs uit tot derden-bezitters van door een borg verhypothekerde en vervreemde zaken. Ook Butrigarius was geneigd om de borg, na schuldsplitsing, op gelijke wijze te behandelen als een debiteur: de crediteur had derhalve de vrijheid om zelf te kiezen welke actie hij als eerste instelde, zoals hij tegen zijn schuldenaar ook die vrijheid had.⁶³ Belviso wees er daarentegen in navolging van de Glosse op, dat in Collatio 1,4 § sed neque alleen de vrije keuze van acties tegen de *debiteur* was vermeld. Hij leidde daaruit a contrario af dat de crediteur niet kon kiezen tussen de zakelijke en persoonlijke acties tegen borgen, maar eerst alle persoonlijke acties tegen hen moet instellen.⁶⁴ Daarnaast, zo merkte hij op, kan de bezittende borg na splitsing van de

58 Coll. 1,4 § sed neque: 'Contra principales tamen et existentes apud eos res sive personali-bus sive hypothecariis mox sive ambabus uti voluerit onnem ei damus licentiam.'

59 Het zogenoemde 'beneficium divisionis'.

60 De voor de hand liggende tegenwerping, dat Claudius met zijn gehele vermogen (waar- onder de verhypothekerde zaak) aansprakelijk is uit de persoonlijke actie, stuit af op het gegeven dat Claudius na splitsing van de actie slechts *voor de helft* van het resterende bedrag aansprakelijk is uit de persoonlijke actie, terwijl de verhypothekerde zaak voor het *gehele* resterende bedrag is verbonden.

61 Bij Révigny gaat het om een geval van wederzijdse borgtocht, een vorm van hoofdelijk- heid waarbij de debiteuren krachtens Coll. 7,9 (Nov. 99, Justinianus a.539), ook het 'bene- ficium divisionis' was toegekend.

62 Révigny ad C. 8,13(14) auth. 'hoc ita si debitor' (f.373 V^o b).

63 Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.71 R^o a).

64 Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 V^o a). Zie ook: Gl. *Si que sunt* op auth. 'hoc si debitor' bij C. 8,13(14),24.

persoonlijke actie alleen tot de omvang van zijn aandeel *als borg* aangesproken worden met de hypothecaire actie. Voor het overige deel is hij een *derde-bezitter* geworden en dus een rang opgeschoven in de volgorde, zodat hij kan verlangen dat eerst verhaal wordt gezocht op alle borggen.⁶⁵

Deze opvatting van Belviso, gebaseerd op een glosse van Azo, moest echter worden verworpen. De borg die werd aangesproken vanwege door hem in zekerheid gegeven goederen die zich nog onder hem bevonden, diende niet als een derde-bezitter te worden beschouwd. Niet eens zozeer omdat hij zelf zakelijke zekerheidsrechten had verleend aan de crediteur, terwijl een dergelijke contractuele relatie bij andere derden-bezitters ontbrak (hoewel dat op zichzelf genoeg reden is om hem niet ten achter te stellen bij andere borggen); maar omdat een andere opvatting tot de logische conclusie moest leiden, dat de crediteur eerst tegen de borg met de gesplitste persoonlijke actie moest procederen, in de capaciteit van de gedaagde als borg, om daarna voor het onbetaalde bedrag uit de overige gesplitste, persoonlijke acties tegen hem te procederen, in diens capaciteit van derde-bezitter. Belviso moet dit laatste hebben voorzien, want hij merkt op dat de zakelijke en persoonlijke actie tegen de borg in één dagvaarding ingesteld konden worden⁶⁶ – maar als dat waar was, dan was het reden te meer om in navolging van Révigny en Butrigarius aan te nemen dat de crediteur kon kiezen uit de persoonlijke en zakelijke actie tegen de borg. Bartolus wees de opvatting van Azo en Belviso daarom af en koos voor de oplossing van zijn leermeester Butrigarius.⁶⁷ Naar zijn inzicht bestond de volgorde van uitwinning uit vier rangen, te weten debiteuren, borggen, derden-bezitters van door debiteuren verpande goederen en derden-bezitters van door borggen verpande goederen. Voordat een volgende rang werd aangesproken, moest het vermogen van alle personen binnen één rang zijn uitgewonnen, waarbij de crediteur de vrijheid had om zelf binnen elke rang te kiezen tussen het instellen van zakelijke of persoonlijke acties. Baldus volgde die opvatting.⁶⁸

II.3. HET 'EXCEPTIONELE' KARAKTER VAN HET VOORRECHT VAN UITWINNING

II.3.1. Afwezigheid van de hoofdschuldenaar

In de hierboven beschreven volgorde van uitwinning moest telkens iedere rang in zijn geheel worden uitgewonnen, voordat de crediteur zich op een volgende groep personen mocht verhalen. Die volgorde van uitwinning

65 Belviso t.a.p. (f.10 V^o b).

66 Belviso t.a.p. (f.10 V^o a). Terzijde zij opgemerkt dat het niet mogelijk was om in één dagvaarding de persoonlijke actie tegen de debiteur en de zakelijke actie tegen de derde-bezitter op te nemen: Negusantius, *Tractatus de pignoribus*, Keulen 1589, nr. 8,1,9.

67 Bartolus ad C. 8,13(14),24 (f.104 R^o a).

68 Baldus ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.143 R^o b).

kende echter zijn grenzen. Collatio 1,4 § si quis gaf crediteuren de mogelijkheid om bij afwezigheid van hun debiteur over te gaan tot het aanspreken van de borggen, zonder voorafgaande uitwinning van het vermogen van de debiteur. Aan de borggen werd vervolgens door de rechter een termijn gegeven⁶⁹ om de afwezige debiteur voor het gerecht te voeren; wanneer de termijn was overschreden, kon de procedure tegen de borggen worden vervolgd.

Er bestond enig debat over de vraag wanneer een debiteur 'aanwezig' was. De eenvoudigste gedachte, te weten dat een debiteur slechts aanwezig was wanneer hij voor de rechter was verschenen, werd door Bassianus verworpen ten faveure van de gedachte dat wie in dezelfde stad verblijft, aanwezig is.⁷⁰ Dit werd door Azo aangevuld met de opmerking dat diegene aanwezig is, die in staat is een dagvaarding te ontvangen.⁷¹ De Glosse geeft verschillende definities van 'aanwezigheid'.⁷² De daar geopperde gedachte dat aanwezigheid een verblijf in hetzelfde rechtsgebied zou omvatten, ging Révigny echter een stap te ver: het gebied van een rechter kon immers buitengewoon groot zijn. De communis opinio was uiteindelijk dat een debiteur aanwezig was, wanneer hij zich bij of in dezelfde stad bevond als de crediteur.⁷³

Hoewel Collatio 1,4 niet met zoveel woorden bepaalde dat dezelfde regeling van toepassing was op derden-bezitters van met hypotheek bezwaarde zaken, waren alle rechtsgeleerden ervan overtuigd dat zij analoog kon worden toegepast.⁷⁴ Er bestond echter een verschil tussen de positie van een derde-bezitter en de positie van een borg: terwijl de borg zichzelf door een contract jegens de crediteur had verbonden, stond de derde-bezitter niet noodzakelijkerwijze in een contractuele rechtsbetrekking tot de crediteur.⁷⁵ Bij afwezigheid van de debiteur had de Glosse aan de crediteur dezelfde rechten toegekend tegen derden-bezitters als tegen borggen, dat wil zeggen, het recht om zich onmiddellijk op hen te verhalen.⁷⁶ Onder latere juristen bestond echter de behoefte om de positie van derden-bezitters in dit opzicht te versterken.

69 De termijn was naar eigen inzicht door de rechter vast te stellen, gelet op de tekst van de Collatio. De Glosse suggereerde zes maanden of, in het voetspoor van Johannes Bassianus, een termijn van één dag voor elke 20 mijlen afstand: Gl. *Det tempus* op coll. 1,4; Bassianus coll. 1,4 § sumitur (p.458b).

70 Bassianus t.a.p.

71 Azo, *Lectura super codicem*, Parijs 1577, reprint: *Corpus glossatorum iuris civilis* 3, Turijn 1966, ad C. 8,13(14),10 (p.627).

72 Gl. *Praesentes* op coll. 1,4.

73 Cynus ad C. 8,40(41) auth. 'praesente' (f.511 R^o b); Bartolus ad coll. 1,4 § iste titulus (f.9 R^o a). Battista Caccialupi (†1496) wijdde zelfs een geheel traktaat aan de vraag wanneer een debiteur 'afwezig' is: *Tractatus de debitore suspecto et fugitivo*, in: *Selecti tractatus iuris varii*, Keulen 1594.

74 Durant tit. IV,3 (de obl. et sol.), vers. 'hoc est nota' (f.471 R^o a); De Arena, *Tractatus de excussionibus*, in: *Selecti tractatus iuris varii*, Keulen 1594, nr. 23; Bartolus t.a.p. (f.9 V^o a).

75 Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 V^o a).

76 Gl. *Donec personaliter* op auth. 'hoc si debitor' bij C. 8,13(14),24.

II.3.1.1. Toepassing van de afwezigheidsregel op derden-bezitters

Een eerste methode daartoe, voorgesteld door Belviso, bestond uit het aanstellen van een curator die ten behoeve van de afwezige debiteur de procedure overnam.⁷⁷ Collatio 1,4 § sed neque stelde immers dat de weg van de persoonlijke acties moest zijn bewandeld voordat werd geprocedeerd tegen derden-bezitters.⁷⁸ Naar de mening van Belviso diende een crediteur dus alle paden van persoonlijke acties te bewandelen, 'te voet en te paard en hoe anders dan ook',⁷⁹ teneinde het bedrag waarvoor een derde-bezitter werd aangesproken zo klein mogelijk te houden. De debiteur mocht wellicht afwezig zijn, maar zolang er bestanddelen van zijn vermogen aanwezig waren, moest de crediteur zich eerst daarop verhalen. Met dezelfde motieven stelde Butrigarius een tweede methode voor. Wanneer de debiteur afwezig was en dus niet voor de rechter verscheen, moest de procedure tegen hem niet worden opgeschort, maar diende er een interlocutoir vonnis te worden gewezen waarin de aansprakelijkheid van de debiteur werd vastgesteld.⁸⁰ Krachtens dit vonnis kon de crediteur dan overgaan tot uitwinning van het vermogen van zijn debiteur, voor zover aanwezig. Bartolus kon met beide opvattingen instemmen:⁸¹ in beide gevallen was het niet voldoende om de afwezigheid van de debiteur vast te stellen teneinde tegen derden-bezitters te procederen. In tegenstelling tot wat voor borgen gold, moest het vermogen van de afwezige debiteur zoveel mogelijk worden uitgewonnen, krachtens vonnis, voordat de bezwaarde goederen onder derden-bezitters werden uitgewonnen.

Door deze benadering was de aan- of afwezigheid van een debiteur betrekkelijk onbelangrijk geworden voor de vraag of een crediteur zich mocht verhalen op bezwaarde zaken onder een derde-bezitter. Het vermogen van een *aanwezige* debiteur diende eerst te worden uitgewonnen, maar hetzelfde gold voor het vermogen van een *afwezige* debiteur. Daardoor kon de gedachte rijzen dat niet de aan- of afwezigheid, maar de *insolventie* van de debiteur bepalend was voor de mogelijkheid om het goed van een derde-bezitter uit te winnen.⁸² Moest die insolventie nu in rechte worden vastgesteld, of was het voldoende dat zij op een andere wijze bekend was geworden?

77 Belviso t.a.p.

78 Coll. 1,4 § sed neque: 'Sed neque ad res debitorum quae ab aliis detinentur veniat prius, antequam transeat viam super personalibus'.

79 Belviso t.a.p.: 'Nam aliud iuris debet esse in fideiussore quam in debitore ... Ergo oportet quod creditor omnem viam pertranseat equestrem et pedestrem et quamlibet aliam.'

80 Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.71 R^o a).

81 Bartolus ad coll. 1,4 § sed neque (f.9 V^o a): 'Ista opinio videtur satis bona' (Belviso); 'Ista limitatio videtur satis iuri consona' (Butrigarius). Zie ook: Bartolus ad C. 8,13(14),24 (f.104 R^o a); *Tractatus de excussionibus pignorum*, p.494.

82 Girtanner I,2, p.207. Ik acht het niet onmogelijk dat deze gedachte eerst tot ontwikkeling is gebracht bij de actio Pauliana, die naar de Middeleeuwse interpretatie ook een volgorde van uitwinning kende, en pas later is toegepast op het voorrecht uit Coll. 1,4. Ansum (p.142) schrijft deze rechtsontwikkeling toe aan de school van Orléans.

II.3.1.2. Notoire insolventie van de schuldenaar

Een groot aantal juristen stelde vast dat het niet was vereist om verhaal te zoeken op de debiteur wanneer diens insolventie notoir was.⁸³ Dat beantwoordde de vraag echter niet, maar verplaatste haar slechts naar de interpretatie van het begrip 'notoir'. Het lag voor de hand om de insolventie van de debiteur pas notoir te achten, wanneer zij door de uitwinning van het vermogen krachtens een veroordelend vonnis was vastgesteld. Zoals Butrigarius opmerkte, is iets pas notoir als het ten gerechte bekend is.⁸⁴ Hij leidde daaruit af dat, wanneer er verschillende crediteuren waren met dezelfde debiteur, en één van hen had zich onder de debiteur verhaald zonder volledige betaling te verkrijgen, nog steeds een procedure van de tweede crediteur was vereist voordat deze zich kon verhalen onder derden-bezitters van bezwaarde zaken.⁸⁵ Baldus bestreed deze conclusie echter met de vaststelling dat een procedure toch niet erg zinvol was, wanneer de insolventie van de debiteur was gebleken na het verhaal door een andere crediteur.⁸⁶ Hetzelfde argument gold voor gevallen waarin de insolventie van de debiteur al op een andere wijze in rechte was vastgesteld.⁸⁷

Zonder het op een veroordelend vonnis aan te laten komen, kon de crediteur de insolventie van zijn debiteur vaststellen door aan een rechter te vragen om twee gerechtsdeurwaarders te sturen.⁸⁸ Zij onderzochten of er goederen van de debiteur beschikbaar waren die zich voor uitwinning leenden; als het antwoord ontkennend luidde, dan stond de insolventie daarmee vast.⁸⁹ Hun onderzoek behoefde zich niet uit te strekken tot eventuele goederen van de debiteur, die zich buiten het rechtsgebied van de zittende rechter bevonden.⁹⁰ Het vermogen van de debiteur behoefde dus niet tot aan diens faillissement te worden uitgewonnen: zodra krachtens een vonnis vaststond, dat de crediteur niet anders dan met grote moeite betaling van de debiteur kon verkrijgen, was hij gerechtigd tegen derden-bezitters op te treden.⁹¹

83 De Arena ad C. 8,40(41) auth. 'praesente' (f.58 V^o a) en *Tractatus de excussionibus*, nr. 5; Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 V^o a); Cynus ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.490 V^o b) en ad C. 8,40(41) auth. 'praesente' (f.511 R^o a). Zie ook: Negusantius (nr. 8,1,15), die het aardige voorbeeld geeft dat een debiteur 'vadit ostiatim mendicando', havenwaarts trekt om te gaan zwerven.

84 Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.71 R^o b): 'Non sufficit quod aliquid sciatur nisi iudicialiter sciatur.'

85 Butrigarius t.a.p. (f.71 R^o b).

86 Baldus ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.143 V^o a). Vgl. Socinus, *Regulae et fallentiae iuris*, Keulen 1626, lit. E reg. 177 11^o; Negusantius nr. 8,1,38.

87 Baldus t.a.p. (f.143 R^o b).

88 De Arena, *Tractatus de excussionibus*, nr. 15; Butrigarius t.a.p. (f.71 R^o b); Faber, *De erroribus pragmaticorum*, Lyon 1658, dec. 5 err. 8,4-5.

89 Bartolus, *Tractatus de excussionibus pignorum*, p.494b; Baldus t.a.p. (f.143 R^o b-V^o a).

90 Socinus lit. E reg. 177 8^o; Negusantius nr. 8,1,42-44.

91 Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 8,1-5.

De procedure tegen een debiteur behoefde dus niet uit te lopen op de executie van een veroordelend vonnis, om tegen derden-bezitters te kunnen procederen.⁹² Hoewel de insolventie van de debiteur op verschillende manieren kon blijken,⁹³ was het in ieder geval voldoende om de afwezigheid van verhaalsobjecten vast te laten stellen door gerechtsdeurwaarders, 'zoals het door goede advocaten wordt gedaan'.⁹⁴ Het voordeel van deze handelswijze was dat de insolventie ook kon worden vastgesteld in afwezigheid van de debiteur.⁹⁵ De crediteur vermeed daardoor dat aan derden-bezitters een (wellicht lange) termijn werd gegeven om de afwezige debiteur voor de rechter te voeren.⁹⁶ Bovendien kon een derde-bezitter niet opwerpen dat de uitwinning niet legitiem, of niet volledig was geschied, wanneer de insolventie door gerechtsdeurwaarders was vastgesteld.⁹⁷ De bevindingen van de deurwaarders werden immers bij gerechtelijke uitspraak vastgesteld, in een procedure waarvoor ook de borgen en derden-bezitters werden opgeroepen.⁹⁸ Dezelfde oproeping was noodzakelijk in een procedure tegen een al dan niet afwezige debiteur.⁹⁹ Collatio 1,4 § si quis had immers de mogelijkheid geopend om onmiddellijk tegen borgen (en derden-bezitters) te procederen bij afwezigheid van de debiteur. Nu het accent was verschoven van de vaststelling van aanwezigheid van de debiteur naar de vaststelling van diens *insolventie*, lag het in de rede om het tijdstip van oproeping te verschuiven naar het begin van de procedure.¹⁰⁰ Wanneer de eiser zich op het standpunt stelde dat de gedaagde debiteur insolvent was, zodat hij zich mocht verhalen op borgen en derden-bezitters,¹⁰¹ dan konden zij onmiddellijk

92 Jason de Mayno (1435-1519), *Commentaria omnia in Corpus Iuris Civilis*, Venetië 1598, reprint: Stockstadt am Main 2008, ad D. 45,1,116, nr. 27.

93 Bartolus (*Tractatus de excussionibus pignorum*, p.494b) noemt nog een oproeping van de schuldenaar om goederen aan te wijzen voor verhaal; als deze geen gehoor gaf werden diens burens opgeroepen, evenals derden-bezitters van bezwaarde zaken. Als dezen evenmin goederen wisten aan te wijzen voor verhaal, kon de rechter de insolventie vaststellen op grond van feitelijke omstandigheden.

94 Baldus ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.143 V^o a): 'Ita per bonos advocatos practica-tur'.

95 Bartolus ad C. 8,13(14),24 (f.104 R^o b).

96 Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.71 R^o b).

97 Baldus ad C. 4,10 auth. 'sed hodie' (f.22 R^o a); De Mayno ad D. 24,3,24, nr. 224.

98 Negusantius nr. 8,1,13.

99 Negusantius t.a.p. Het aantal (deels onbekende) derden-bezitters kan zeer groot zijn: men denke slechts aan de consequenties van een generale hypotheek op de inventaris van een winkel. In dat geval volstond openbare aankondiging zonder specifieke oproeping.

100 In deze procedure is alleen de debiteur gedaagde: de procedures tegen de debiteur en tegen borgen of derden-bezitters kunnen niet in één dagvaarding cumuleren. De oproeping is voornamelijk uit een oogpunt van proceseconomie ingegeven. Als de debiteur afwezig of insolvent blijkt te zijn, dan kunnen de borgen of derden-bezitters onmiddellijk het geding overnemen.

101 Als de crediteur onmiddellijk procedeerde tegen borg of derde-bezitter en de exceptie van uitwinning werd opgeworpen, dan was dit daartegen afdoende replek. Vgl. Negusantius nr. 8,1,37.

intervenieren en goederen van de debiteur *aanwijzen* die zich nog voor uitwinning leenden.¹⁰²

Deze *procesrechtelijke* regel vormt de achtergrond van de regel die was neergelegd in art. 1244 en 1871 OBW, en die nog steeds is neergelegd in art. 2300 en 2465 Cc (nieuw).¹⁰³ Zij is ingegeven door de gedachte dat het op de weg van de borg of derde ligt die het voorrecht inroept, om goederen aan te wijzen die geschikt zijn voor verhaal. Als dat niet gebeurde, dan werd verondersteld dat zich onder de debiteur geen goederen bevonden waarop de crediteur zich kon verhalen. Naar ik meen is onder het nieuwe BW eveneens behoefte aan een dergelijke regel.¹⁰⁴

II.3.2. Geen verplichting tot onmogelijke uitwinning

Hierboven is vastgesteld dat het onredelijk bezwarend is om te verlangen, wanneer de insolventie van de debiteur reeds is gebleken, dat een crediteur zich eerst verhaalt op zijn schuldenaar alvorens zich te verhalen op bezwaarde goederen onder derden-bezitters. Nadat deze regel was opgesteld, lag het echter voor de hand om hem ook toe te passen op andere gevallen waarin de verplichting om zich eerst op de schuldenaar te verhalen onredelijk bezwarend was voor de crediteur. Zo was een crediteur vrijgesteld van een eerdere procedure tegen zijn debiteur, wanneer die debiteur slechts uit een natuurlijke verbintenis was verbonden.¹⁰⁵ De reikwijdte van Collatio 1,4 werd daarvoor beperkt tot slechts die gevallen, waarin de crediteur daadwerkelijk een rechtsvordering had tegen zijn debiteur en het daarnaast zinvol was om die rechtsvordering in te stellen.¹⁰⁶

Een borg had daartegen nog kunnen aanvoeren dat hij dezelfde excepties kon opwerpen als de debiteur. Zoals Bartolus echter opmerkte, kwam die bevoegdheid hem alleen toe wanneer hij regres had op de principale debiteur.¹⁰⁷ Daarvan was nu juist geen sprake wanneer de principale debiteur slechts was verbonden krachtens een natuurlijke verbintenis.

102 Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 8,4. Zie voor het Rooms-Hollandse recht: Rooseboom, *Recueil van verscheyde keuren en costumen midtsgaders maniere van procederen binnen de stadt Amsterdam*, Amsterdam 1656, nr. 49,3-4; Boel/Loenius, *Decisien en observatien, beschreven en bijeen versameld* (1712), Rotterdam 1735, c.17 aant.1; Van der Keessel, *Praelectiones juris hodierni ad H. Grotii introductionem ad iurisprudentiam hollandicam* (1800), Amsterdam/Kaapstad 1966, Th. 507 ad 3,3,32.

103 Zie hieronder, p.210 (Cc) en p.256 (OBW). Beide beperken de aanwijzingsbevoegdheid van derden-bezitters echter tot *medeverbonden* goederen onder de schuldenaar. Die beperking vindt niet zijn oorsprong in het gemene recht, noch in het 'droit commun Français', maar is een product van de wetgever van de Code civil.

104 Vgl. art. 3:234 lid 1 BW. Zie verder p.308-312.

105 Zoals een slaaf of pupil. Vgl. Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 V^o b). In de dagvaarding tegen de borg of derde-bezitter moest de reden worden aangegeven waarom de principale debiteur niet was aangesproken: Cynus ad C. 8,40(41) auth. 'praesente' (f.511 R^o b).

106 Bartolus ad coll. 1,4 § iste titulus (f.8 V^o a): 'Hic textus [Coll. 1,4] habet locum quando principalis potest conveniri de iure et de facto.'

107 Bartolus t.a.p. (f:9 R^o a).

Er was geen reden om de natuurlijke verbintenis die door verjaring was ontstaan anders te behandelen dan een natuurlijke verbintenis die samenhang met de status van de debiteur. Een onmogelijke uitwinning werd nooit geëist,¹⁰⁸ zodat een crediteur wiens persoonlijke actie tegen een debiteur was verjaard, onmiddellijk kon overgaan tot het aanspreken van de borg(en), of eventueel de derden-bezitters.¹⁰⁹

II.3.3. Afstand van het voorrecht

De volgorde van uitwinning werd, zo is in het bovenstaande al impliciet gebleken, niet van rechtswege toegepast. De borg of derde-bezitter moest zich op de volgorde van uitwinning beroepen door middel van een exceptie.¹¹⁰ Als een vonnis tegen de borg of derde-bezitter werd gewezen omdat deze had nagelaten zich op de exceptie te beroepen, dan deed het gegeven dat de volgorde van uitwinning niet was gevolgd, geen afbreuk aan de rechtskracht van het vonnis.¹¹¹ Als de volgorde echter niet van rechtswege werd toegepast, maar slechts wanneer de aangesprokene koos om de exceptie op te werpen, dan lag het tevens in de rede dat deze bij voorbaat van die keuzemogelijkheid afstand kon doen. Een dusdanige afstand van de exceptie van uitwinning kwam bij derden-bezitters natuurlijk niet of nauwelijks voor: als regel staat de derde-bezitter immers niet in een contractuele band met de crediteur. Als de schuldenaar bij de zekerheidsverlening afstand doet van het voorrecht en de zaak in bezwaarde staat overdraagt aan een derde, dan bindt die afstand de derde uiteraard niet.¹¹² Een op de wet gebaseerd voorrecht kan immers niet aan een derde worden ontnomen door een beding waarbij hij geen partij is. Dat lag anders, zo valt aan te nemen, als een derde-zekerheidsgever zelf afstand deed van het voorrecht. Deze is immers heel wel in staat om zichzelf te binden. Hoewel de derde-zekerheidsgever (meer in het algemeen) in de vroege gemeenrechtelijke literatuur lijkt te ontbreken, moet de geldigheid van een dergelijk beding worden aangenomen. Ten aan-

108 Baldus ad C. 4,10 auth. 'sed hodie' (f.22 R^o a): 'Non requiritur discussio impossibilis fieri, alias permissio et hypothecaria esset frustra.'

109 Men zou kunnen denken dat de rechtsvordering tegen een borg ook is verjaard wanneer de verjaringstermijn tegen de debiteur is verstreken. Zoals Bartolus opmerkte, kan de verjaring tegen de borg echter zijn gestuit zonder dat dit is gebeurd met de verjaring van de vordering tegen de debiteur. Vgl. Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 V^o a); Bartolus ad coll. 1,4 § sed neque (f.9 R^o b).

110 Girtanner I,2, p.201-203.

111 Bartolus ad C. 8,13(14),24 (f.104 R^o b) en ad coll. 1,4 § sed neque (f.9 V^o a); *Tractatus de excussionibus pignorum*, p.495a. Jason de Mayno (ad D. 42,1,15,2, nr. 19) wijst er terecht op dat: 'iste ordo non est necessitatis'. Ankum (p.166) signaleert dat hetzelfde, wellicht naar analogie, werd toegepast op de actio Pauliana. Onderzoek naar de samenhang tussen de Middeleeuwse opvattingen omtrent de actio Pauliana en het voorrecht van uitwinning is zeer gewenst; daartoe ontbreekt mij hier de ruimte. Evenals Ankum signaleer ik slechts het verband dat tussen de twee leerstukken werd gelegd.

112 Vgl. Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 6,1-5.

zien van borgen bevestigde de rechtsgeleerde traditie in ieder geval al vroeg de geldigheid van afstand bij voorbaat.¹¹³

Er was aanvankelijk enig debat over de vraag wat voor soort exceptie een beroep op de volgorde van uitwinning was. Zij kon op elk moment in de procedure worden ingesteld wanneer zij een peremptoire exceptie was, maar dat zou daarnaast betekenen dat een succesvol beroep op de exceptie de eis van de crediteur in zijn geheel deed mislukken.¹¹⁴ Als het daarentegen een dilatoire exceptie was, dan diende zij te worden opgeworpen vóór alle andere weren, aan het begin van de procedure, en kon zij bovendien niet worden opgeworpen in hoger beroep.¹¹⁵ Dit zou echter meebrengen dat een beroep op de exceptie niet was toegestaan wanneer een debiteur, die aanvankelijk afwezig was, tijdens de procedure terugkeerde.¹¹⁶ Uiteindelijk werd heersende leer dat het hier een bijzondere dilatoire exceptie betrof, die ook tijdens de procedure nog kon worden ingeroepen wanneer zij dan pas beschikbaar kwam.¹¹⁷ De exceptie werd bovendien beschouwd als een verweermiddel dat slechts de procesrechtelijke orde betrof, hetgeen meebracht dat zij niet kon worden opgeworpen in procedures waarin krachtens statuut slechts acht moest worden geslagen op de feiten, of waarin de rechter naar redelijkheid en billijkheid een oordeel moest geven.¹¹⁸ Een beroep op de exceptie kon gedurende de procedure worden afgeweerd door te bewijzen dat de debiteur insolvent was.¹¹⁹

II.3.4. De ‘possessoire condictie’ (C. 7,32,12,pr.)

Mede dankzij het voorrecht van uitwinning liep een crediteur enig risico als hij bezwaarde goederen in handen liet van zijn schuldenaar. Deze beschikte immers over de mogelijkheid om de goederen in eigendom over te dragen zonder de schuld af te lossen. De consequentie van een dergelijke vervreemding was echter dat de verhaalsmogelijkheden van de crediteur werden ingeperkt. Vóór de vervreemding kon deze zich naar keuze verhalen middels een persoonlijke actie of een actie uit hypotheek; na de vervreemding moest hij eerst – en zelfs tot aan het faillissement – zich verhalen onder zijn schuldenaar alvorens de derde-verkrijger met de hypothecaire actie aan te spreken. Het was dus alleszins voordelig voor de crediteur om een beroep op het voorrecht bij voorbaat uit te sluiten: een overeenkomst met de debiteur was, zo werd zojuist vastgesteld, daartoe niet voldoende omdat deze de derde-verkrijger niet bond. De Middeleeuwse rechtsgeleerdheid schoot de

113 Bassianus ad coll. 1,4 § sumitur (p.458b); Gl. *Accedat* op coll. 1,4; Belviso ad coll. 1,4 § legem antiquam (f.10 Ra).

114 Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc si debitor’ (f.71 R^o b), onder aanhaling van D. 44,1,3; Belviso ad coll. 1,4 § sed neque, (f.10 V^o b).

115 Cynus ad C. 8,40(41) auth. ‘praesente’ (f.511 R^o b), onder aanhaling van C. 4,19,19. Vgl. Negusantius nr. 8,1,34-36.

116 Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 V^o b).

117 Bartolus ad coll. 1,4 § iste titulus (f.9 R^o a-R^o b). Dit weerhield Franse en Nederlandse rechtsgeleerden er niet van om het gehele debat nog eens te herhalen. Zie p.179 en 270.

118 Dit was bijvoorbeeld het geval in speciale koopmansrechtbanken. Vgl. De Mayno ad D. 24,3,24, nr. 201 en 204-207; Socinus lit. E reg. 177 12^o; Negusantius nr. 8,1,28-30.

119 Negusantius nr. 8,1,37.

crediteur in dit opzicht te hulp; *niet* door de werking van de hypothecaire actie te wijzigen, maar door hem een *ander* zakenrechtelijk rechtsmiddel in handen te geven. Daar was enige juridische acrobatiek voor nodig.

In Collatio 1,4 § sed neque wordt aanvankelijk niet duidelijk met welke actie de crediteur zich tegen een derde-bezitter richt: er wordt slechts gesteld dat de crediteur niet eerder bij zaken van derden 'komt' ('veniat') dan nadat de volgorde van uitwinning is toegepast.¹²⁰ Iets verder in de tekst wordt echter melding gemaakt van hypothecaire acties, zij het ten aanzien van door borgens in zekerheid gegeven goederen.¹²¹ Daar had de Glosse, terecht, uit opgemaakt dat het voorrecht alleen van toepassing was wanneer de crediteur een derde-bezitter wilde aanspreken door middel van de actie uit *hypothek*.¹²² Nadat het voorrecht echter was beperkt tot een exceptie tegen de hypothecaire actie, kon de gedachte ontstaan dat het *niet* kon worden ingeroepen tegen andere acties. Op die grond meende Butrigarius (c.1274-1348) dat een 'possessoire condictie', zoals die door Middeleeuwse juristen werd afgeleid uit C. 7,32,12,pr., niet onder de termen van het voorrecht van uitwinning viel.¹²³ Deze, tot dusver niet besproken bepaling, luidt als volgt:

C. 7,32,12,pr.: '[Wij bepalen] dat als een slaaf, een vermogensbeheerder, een pachter, een huurder of wie anders ook door tussenkomst van wie wij de bevoegdheid hebben het bezit uit te oefenen, het feitelijk verkregen bezit van enigerlei zaak heeft prijsgegeven of aan een ander heeft uitgeleverd¹²⁴ – wellicht door onachtzaamheid of opzettelijk, zodat voor een ander de mogelijkheid geopend wordt om dat bezit onder zich te houden – voor de eigenaar volstrekt geen enkel nadeel ontstaat, dit om te voorkomen dat er door de boosaardigheid van de één schade voor de ander opkomt, maar dat ook de betrokkene zelf, als hij in de positie van vrij persoon verkeert, aan de daartoe geëigende acties onderworpen wordt, waarbij door hem aan de eigenaar van de zaak dan wel aan hem ten aanzien van wie hij onachtzaam of met boos opzet heeft gehandeld, elk verlies vergoed moet worden.'¹²⁵

De condictie was gericht tegen de bezitter van door een houder vervreemde zaken, maar maakte in zijn actieve legitimatie geen onderscheid tussen een eigenaar en degene die door het doleuze of nalatige handelen van de houder

120 Coll. 1,4 § sed neque: 'Sed neque ad res debitorem quae ab aliis detinentur veniat prius, antequam transeat viam super personalibus'.

121 Coll. 1,4 § sed neque: 'Idem est dicere vel si quos habuerint omnes ipsi sibimet obligatos et qui hypothecariis actionibus teneri possint.'

122 Gl. *Veniat prius* op coll. 1,4 § sed neque.

123 Butrigarius ad C. 4,10,14 (f.120 V^o b).

124 'Prodiderit' heeft in C. 7,32,12,pr. een negatieve connotatie, die door 'heeft overgedragen' niet tot uitdrukking wordt gebracht in de vertaling van Spruit. Er wordt immers 'uitgeleverd', 'ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere'.

125 C. 7,32,12,pr. (Justinianus, a.531-532): 'Definimus ut, sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscumque rei eam dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberae condicionis est, competentibus actionibus subiugetur, omni iactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem neglegenter vel dolose versatus est.'

was benadeeld, dat wil zeggen, de voormalige bezitter. Butrigarius stelde daarom de vraag wat het gevolg was, wanneer debiteur en crediteur van te voren overeenkwamen dat de debiteur alle door hem verpande goederen zou houden voor zijn crediteur.¹²⁶ Dit kon betrekkelijk eenvoudig geschieden door een *constitutum possessorium* of, zoals de constructie onder het gemene recht bekend stond, door een 'clausula constituti'. In dit geval kon de *dolus* van de debiteur onmiddellijk worden vastgesteld bij vervreemding aan een derde. Zo zou de crediteur voor de waarde van de zaak onmiddellijk kunnen procederen tegen de verkrijger, dat wil zeggen de derde-bezitter van de verhypotheceerde zaak, zonder zich aan de bepalingen van het voorrecht van uitwinning te moeten houden. De 'clausula constituti' bood de crediteur derhalve groot voordeel.

De praktijk heeft zich lange tijd, in navolging van Butrigarius, bediend van de 'clausula constituti'.¹²⁷ Zij werd gezien als een manier om bij het sluiten van de hypotheekovereenkomst al aan het voorrecht van uitwinning te ontsnappen. Wanneer de 'clausula' bovendien werd vastgelegd in een gerechtelijke schuldbekentenis ('*instrumenta guarentigionata*'), dan vloeide daaruit een recht van parate executie voort, hetgeen deze vorm van de vestiging van een zekerheidsrecht buitengewoon aantrekkelijk maakte.¹²⁸

Kort na het hier beschreven tijdperk wijdde Antonius Faber (1557-1624) in zijn geschrift *De erroribus pragmaticorum* een aantal lange en venijnige passages aan de 'condictio Iustiniana'. Hij wees er op dat de condictie een geheel ander doel diende dan de hypothecaire actie. De condictie was gericht op restitutie van het bezit, terwijl de hypothecaire actie was gericht op verkrijging van het bezit *ter executie*.¹²⁹ Bovendien was de condictie slechts bedoeld om een heerschappij te herkrijgen die door de houder uit kwade wil ('*malignitate*') was verloren, door de zaak prijs te geven ('*dereliquerit*') of aan een ander uit te leveren ('*prodiderit*'): de constitutie vermeldt, naar letter en geest genomen, niet het geval waarin de houder-pandgever het bezit verschaft als onderdeel van een eigendomsoverdracht.¹³⁰ En ten slotte zal de eiser in een 'possessoire condictie' de titel van zijn bezit moeten stellen, dat wil zeggen de pandovereenkomst waarvan het *constitutum possessorium* onderdeel uitmaakt.¹³¹ Wanneer de condictie voor een oneigenlijk doel wordt ingezet tegen een derde-verkrijger, te weten verkrijging van het bezit *ter executie*, dan zou aan de derde-bezitter daarom evenzeer een beroep op het

126 Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.71 R^o b).

127 Negusantius nr. 8,1,17; Hippolytus de Marsilia, *Tractatus de fideiussoribus*, Keulen 1594, nr. 21; Benedictus de Plumbino, *Perutilis tractatus de discussionibus*, Keulen 1594, nr. 16 en 23-24. Zie echter ook: Faber, *Erroribus*, dec. 4 err. 3-7. Zie voor het Rooms-Friese recht hieronder, p.155 en voor het Franse recht p.171.

128 Negusantius nr. 8,1,32.

129 Faber, *Erroribus*, dec. 4 err. 3,6 en err. 6,1-7. Zie ook De Plumbino nr. 23-24.

130 Faber, *Erroribus*, dec. 4 err. 3,8 en err. 5,2.

131 A.w. dec. 4 err. 6,5.

voorrecht van uitwinning moeten worden gegeven.¹³² Ondanks het gelijk van de hoogleraar blijkt uit diens klagende toon¹³³ al dat de praktijk weerbarstig was.

Zelfs als men, met Faber, de werkzaamheid van een 'clausula constituti' zou willen ontkennen als middel om aan het voorrecht van uitwinning te ontkomen, dan is een dergelijk beding nog steeds nuttig. Wanneer de pandcrediteur het bezit van de verpande zaak heeft verkregen en vervolgens dat bezit verliest, hetzij door zijn eigen nalatigheid, hetzij door toeval, dan behoeft hij niet eerst de debiteur aan te spreken voordat hij zich tegen de derde richt.¹³⁴ De reden daarvoor is eenvoudig: een eerdere procedure tegen de debiteur zou worden geblokkeerd door de 'exceptio pigneratitia', waarmee de debiteur teruggave van de verpande zaak kan verlangen voordat hij tot betaling overgaat.¹³⁵ De derde-bezitter kan in dit geval dus onmiddellijk worden aangesproken tot verhaal, omdat voor de vuistpandcrediteur anders geen rechtsmiddelen openstaan.

De methode, om door gebruikmaking van de 'possessoire condictie' aan de bepalingen van het voorrecht van uitwinning te ontsnappen, werd lang vóór Faber door sommige schrijvers, zoals Belviso, al ingeperkt.¹³⁶ De volgorde van uitwinning was, zo meende hij in afwijking van de Glosse, *niet* alleen van toepassing op de 'actio hypothecaria', maar ook op andere acties waarmee de crediteur de waarde van aan hem verpande zaken van derden kon vorderen, zoals de 'possessoire condictie'. Hij wilde slechts een uitzondering maken als de verkrijger bekend was met het bestaan van het zekerheidsrecht: in dat geval stond geen beroep open op het voorrecht van uitwinning. Aldus zou het voorrecht van uitwinning gereduceerd worden tot een bijzondere toepassing van de actio Pauliana. De Middeleeuwse rechtsgeleerden verlangden immers bij die actie ook dat de crediteur zich aan een volgorde van uitwinning hield.¹³⁷ Baldus tekende echter aan dat deze opvatting niet werd gesteund door de tekst van Collatio 1,4:¹³⁸ anders dan bij de actio Pauliana was voor een beroep op het voorrecht van uitwinning niet relevant of een verkrijger weet had van het bestaan van het zekerheidsrecht.

132 A.w. dec. 4 err. 3,15. De hoogleraar merkt bovendien op dat het voorrecht van uitwinning niet alleen is ingevoerd om te zorgen dat derden-bezitters niet te snel worden lastig gevallen, maar ook uit een oogpunt van proceseconomie. De aangesproken derde zal immers regres nemen op de debiteur, zodat twee procedures worden gevoerd waar één had volstaan. Op de 'possessoire condictie' is dezelfde gedachte toepasbaar. Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 7,2-3.

133 Bijvoorbeeld (dec. 4 err. 5,1): 'Intolerabilior hic error est & ineptior, quia magis abhorret non tantum a ratione iuris, quam pragmatici parum curare solent, sed etiam a verbis Iustinianee constitutionis, quae pragmaticos fefellit.'

134 Negusantius nr. 1,1,7. Zie voor het Rooms-Hollandse recht p.136 en voor het Franse recht p.171.

135 Negusantius nr. 8,1,18.

136 Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 V^o a).

137 Vgl. Bartolus ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 R^o a) en ad C. 8,16(17),4 (f.106 R^o a). Ankum (p.116-117 en 166) beperkt zich ertoe het verband te signaleren; ik volg die keuze hier.

138 Baldus ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.143 R^o b).

Er dient, ter afsluiting, nog te worden gewezen op een andere methode om bij voorbaat aan het voorrecht van uitwinning te ontkomen. De zekerheidscrediteur kon met zijn zekerheidsgever overeenkomen dat deze niet bevoegd was om de bezwaarde zaak te vervreemden. Een dergelijk beding had, zo zou men denken, slechts verbintenisrechtelijke werking, maar er is één plaats in de Digesten waar aan een dergelijk beding ten behoeve van de crediteur goederenrechtelijke werking wordt toegekend.¹³⁹ De geleerde literatuur zat daarmee nogal in zijn maag, want welk belang zou een crediteur bij een dergelijk beding kunnen hebben, gezien de goederenrechtelijke werking van zijn zekerheidsrecht?¹⁴⁰ De oplossing, die bij mijn weten niet in de gemeenrechtelijke literatuur is gesignaleerd maar aan het einde van de achttiende eeuw opgeld deed, is dat een beroep op het voorrecht van uitwinning aldus kon worden voorkomen.¹⁴¹ Deze gedachte lijkt vooral academische waarde te hebben: vaak had (en heeft) de crediteur geen bezwaar tegen vervreemding, zolang zijn verhaal maar niet in gevaar kwam; een vervreemdingsverbod was in dat licht een nogal sterk middel. Omdat hetzelfde doel kon worden bereikt met het veel lichtere middel van een 'clausula constituti', lag het voor de hand daarvan eerder gebruik te maken. Ik heb het vervreemdingsverbod dan ook niet aangetroffen als een in de praktijk gehanteerde methode om het voorrecht van uitwinning te omzeilen.

II.4. 'DERDENBEZIT': TOEPASSINGSGEBIED VAN HET VOORRECHT

II.4.1. Derden-verkrijgers

In het voorgaande is gebleken dat een 'derde-bezitter' een beroep kon doen op de exceptie van uitwinning, tenzij was vastgesteld dat de schuldenaar en eventuele borgen geen verhaal boden. Daarbij is steeds verondersteld dat een derde-bezitter goederen had *verkregen* die waren bezwaard voor de schuld van een ander. De term 'derde-verkrijger' was dus evenzeer van toepassing geweest. Het motief voor de toekenning van het voorrecht is gemakkelijk te geven. Zoals Justinianus zelf had vastgesteld, zijn borgen wel verhaalsaansprakelijk, maar niet draagplichtig: hetzelfde geldt voor derden-verkrijgers van bezwaarde zaken.

Collatio 1,4 § si quis: 'Hij zal niet eerst meteen de 'fideiussor', of mandaatborg, of 'sponsor' aanspreken, zodat er niet aan de borgen last wordt berokkend door de debiteur te negeren,

139 D. 20,5,7,2 (Marcianus): 'Het is de vraag hoe het rechtens is, als door de schuldeiser bedongen is dat de schuldenaar de verhypothekerde of in pand gegeven zaak niet mag verkopen. Is een dergelijk beding nietig, als zijnde gemaakt in strijd met het recht, en kan er daarom wel verkocht worden? Welnu, het is zeker dat de verkoop nietig is zodat men zich aan het beding moet houden.' ('Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.') Zie ook hierboven, p.42 nt.257.

140 Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld XVI-1*, Erlangen 1814, p.56-61. Vgl. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Leiden 2003, p.18-20.

141 Glück *XVI-1*, p.59-60. Hij tekent overigens aan dat dit geen motief kan zijn geweest in de tijd dat Marcianus schreef, omdat het voorrecht van uitwinning toen nog niet was uitgevaardigd.

maar hij komt eerst bij diegene, die het geld heeft ontvangen en de schuld is aangegaan.¹⁴²

De uitbreiding die Collatio 1,4 in de tweede paragraaf ('sed neque') gaf, is nooit anders gelezen, dan als een uitbreiding van het voorrecht tot derdenverkrijgers. Deze lezing was onproblematisch, zij het dat de (nogal warrige) tekst van Collatio 1,4 § sed neque aanleiding kon geven tot andere opvattingen. In de tweede paragraaf werd het voorrecht immers uitgebreid tot 'de zaken van de debiteur die door anderen worden gehouden ('detinentur')'.¹⁴³ Dat wordt iets verder bevestigd: nadat de crediteur is opgetreden tegen de schuldenaar en diens borgen, komt hij bij 'de zaken van de hoofdschuldenaar, hoewel (of: 'ook als', 'sive') die door een ander worden gehouden ('teneantur'), en spreekt hij de houders ('detinentes') daarvan aan'.¹⁴⁴ De tekst van Collatio 1,4 § sed neque leek daarmee niet veel meer op het oog te hebben dan feitelijke heerschappij, van welke hoedanigheid ook.¹⁴⁵ De *authenticae* wisten één en ander echter te verhelderen. Zo interpreteert de *authentica* 'sed hodie' de 'houders' die zich op het voorrecht kunnen beroepen eenvoudigweg als *bezitters* van met zekerheidsrechten bezwaarde goederen.¹⁴⁶ De *authentica* 'hoc si debitor' is nog stilliger, door zaken die in het bezit zijn van de schuldenaar te plaatsen tegenover zaken die in het bezit zijn van derden.¹⁴⁷ De Middeleeuwse uitleg van het *Authenticum* concentreerde zich op de samenvattende *authenticae*,¹⁴⁸ zodat de vraag of derdenverkrijgers een beroep op het voorrecht konden doen, nooit is gerezen. Eén blik op Collatio 1,4 § sed neque volstaat echter om te zien dat de vraag wie passief gelegitimeerd is tot een beroep op het voorrecht, met moeilijkheden is omgeven. Uit de *authenticae* bleek dat *bezitters* (verkrijgers) van met zekerheidsrechten bezwaarde zaken in ieder geval in aanmerking kwamen; gold dat nu ook voor andere personen met macht over een bezwaarde zaak?

142 Coll. 1,4 § si quis: 'is non primum mox adversus mandatorem aut fideiussorem aut sponsorem accedat, neque neglegens debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit.'

143 Coll. 1,4 § sed neque: 'ad res debitorum quae ab aliis detinentur'.

144 Coll. 1,4 § sed neque: 'ad res veniens principalis, sive ab alio teneantur, et detinentes eas conveniens'.

145 De Griekse tekst van Novelle 4,2 kent hetzelfde probleem. Er is geen wezenlijk verschil tussen 'κατέχοιτο' ('detinentur, teneantur') en 'ἐπιλημμένοις' ('detinentes'). Zie verder hierboven, p.65-67.

146 Auth. 'sed hodie' bij C. 4,10,14: 'perveniatur ad pignorum possessores'.

147 Auth. 'hoc si debitor' bij C. 8,13(14),24: 'Hoc si debitor possideat. Alio vero possidente'.

148 Vgl. Wallinga, *TvR* 77, 2009, p.59.

II.4.2. Houders gelden niet als derden-bezitters

Een oppervlakkige lezing van Collatio 1,4 § sed neque wekt de indruk dat 'houders' voor een debiteur onder de termen van die bepaling vielen, zodat zij niet eerder met de actie uit hypotheek aangesproken konden worden dan nadat het vermogen van de debiteur was uitgewonnen.¹⁴⁹ De Glosse verstond echter al onder goederen van de debiteur de goederen, die zich in het bezit bevonden van de debiteur, zelfs al bevonden zij zich onder houders.¹⁵⁰ Omdat de tenuitvoerlegging van een vonnis tegen de houders gericht is op het vermogen van de debiteur, had het oude recht op dit punt zijn gelding niet verloren. De crediteur kon naar zijn keuze tegen de debiteur of tegen diens houders procederen met een actie uit hypotheek.¹⁵¹ De achtergrond hiervan wordt gegeven door het feit dat de houder geen *belang* had bij een beroep op de exceptie. Het was immers niet *zijn* vermogen dat door de uitwinning werd aangetast, terwijl hij om die reden na de uitwinning ook geen regres had op de debiteur.¹⁵² De formulering van Collatio 1,4 § sed neque was echter, zoals Belviso opmerkte, weinig gelukkig.¹⁵³

II.4.3. Debiteuren blijven hun rang behouden

Eerder is gebleken dat niet alle bezitters van bezwaarde zaken als derden-bezitters golden. Een borg die (aanvullende) zakelijke zekerheidsrechten had gegeven, werd niet beschouwd als een derde-bezitter voor het deel dat zijn persoonlijke aansprakelijkheid te boven ging: in de volgorde van uitwinning behield hij zijn rang als borg.¹⁵⁴ De actie uit hypotheek moest tegen hem worden ingesteld voordat werd geprocedeerd tegen een derde-bezitter van door de debiteur verpande en vervreemde zaken. Iets dergelijks deed zich ook voor ten aanzien van hoofdelijke debiteuren. Wanneer de debiteuren Blasius en Cassius hoofdelijk waren verbonden en Cassius daarnaast zakelijke zekerheidsrechten had gegeven, kon de crediteur voor het gehele bedrag procederen: met een persoonlijke actie tegen Blasius, en met een persoonlijke en/of een zakelijke actie tegen Cassius, naar zijn keuze.¹⁵⁵ Hij kon, zo hij dat wilde, de persoonlijke actie ook tussen zijn debiteuren splitsen.¹⁵⁶

149 Coll. 1,4 § sed neque: 'zaken van de debiteuren die door anderen worden *gehouden*' (res debitorum quae ab aliis *detinentur*).

150 Gl. *Sed neque* op coll. 1,4. Maar zie ook de Gl. *Res* aldaar. Vgl. Socinus lit. E reg. 177 7°.

151 Baldus ad C. 4,10 auth. 'sed hodie', (f.21 V° b).

152 Faber, *Coniecturarum iuris civilis*, Geneve 1630, conj. 8,17,2.

153 Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 R° b): 'male videtur littera dicere in principio § sed neque [Nov. 4,2] quae dicit quae aliis *detinentur*'.

154 Zie p.90.

155 Baldus t.a.p. (f.21 V° b).

156 D. 30,8,1 (Pomponius); D. 45,2,3,1 (Ulpianus). Wanneer de hoofdelijkheid voortvloeide uit wederzijdse borgtocht ('mutua fideiussio') was hij daar zelfs toe verplicht: Coll. 7,9.

De splitsing deed echter niets af aan het gegeven dat Blasius en Cassius een gelijke rang toekwam in de volgorde van uitwinning. De debiteur Cassius was niet een derde-bezitter geworden voor het deel in de waarde van de door hem verpande zaak, dat zijn aandeel in de gesplitste vordering te boven ging. Ook na de splitsing moest de crediteur het vermogen van beide debiteuren uitwinnen voordat hij kon procederen tegen de bezitters van, bijvoorbeeld, door Cassius in zekerheid gegeven en nadien vervreemde zaken.¹⁵⁷ Jacobus de Belviso verdedigde deze conclusie door erop te wijzen dat hoofdelijke debiteuren zich als borggen tot elkaar schenen te verhouden.¹⁵⁸

Dezelfde regel gold voor de erfgenamen van de debiteur. De schuld werd weliswaar van rechtswege verdeeld tussen de erfgenamen, maar de verhypotheceerde zaak bleef voor de gehele schuld verbonden.¹⁵⁹ Zelfs wanneer de zaak werd toegewezen aan één van de erfgenamen, was het niet noodzakelijk om de overige erfgenamen aan te spreken alvorens met de hypothecaire actie te procederen tegen de erfgenaam aan wie de zaak was toegewezen.¹⁶⁰ Net zoals de crediteur tegen zijn debiteur kon kiezen of hij de persoonlijke of zakelijke actie wilde instellen, of beide, zo kon hij dat ook tegen diens erfgenamen. *Collatio* 1,4 had op dit punt geen verandering gebracht in het klassieke recht,¹⁶¹ hoewel een oppervlakkige lezing van de *authentica* 'hoc si debitor' het tegendeel deed vermoeden.¹⁶² Ik wijs er hier terzijde op dat deze gemeenrechtelijke traditie later, bijvoorbeeld in Frankrijk,¹⁶³ niet is nagevolgd. Daar hanteert men de regel dat wie op enigerlei wijze persoonlijk aansprakelijk is niet een derde is, en dus geen beroep op het voorrecht kan doen. Daarentegen mag degene die zijn aandeel in de verzekerde schuld geheel heeft betaald en niet langer persoonlijk aansprakelijk is, ten aanzien van een bezwaarde zaak die zich onder hem bevindt wel een beroep op het voorrecht doen. Dit lijkt mij alleszins redelijk.

II.4.4. Lager gerangschikte zekerheidsnemers (C. 8,13(14),2)

Na de uitwinning van de vermogens van debiteuren en borggen kon een crediteur overgaan tot het instellen van hypothecaire acties tegen derden-bezitters. Naar aanleiding van de 'lex Moschis'¹⁶⁴ zou de gedachte kunnen rijzen dat alle derden-bezitters voor gelijke delen aangesproken moeten worden, maar die gedachte werd al door de Glosse verworpen, 'want zelfs voor een

157 De Arena ad C. 8,13(14) auth. 'hoc ita si debitor' (f.53 V^o a); Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 V^o a).

158 Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 V^o a): 'Sed prius agendum sit personalibus actionibus contra omnes cum invicem fideiubere videantur, ut aut. de duobus reis § 1 [Nov. 99,1].'

159 Dat was niet het geval bij de legale hypotheek van een legataris op het vermogen van de erflater: deze strekte slechts tot het aandeel van elke afzonderlijke erfgenaam in de nalatenschap: *Negusantius* nr. 8,1,20.

160 *Negusantius* nr. 8,1,16.

161 Zie hierboven, p.39-40.

162 Auth. 'hoc si debitor' bij C. 8,13(14),24. De laatste zin van die *authentica*, 'quod ius in hereditibus habet locum', heeft betrekking op de eerste zin, 'hoc si debitor possideat', wat weer betrekking heeft op de keuzevrijheid die de crediteur wordt toegekend in C. 8,13(14),24.

163 Zie hieronder, p.209.

164 D. 49,14,47,pr. (Paulus). Zie hierboven, p.52.

zeer kleine schuld is de gehele zaak, hoe groot ook, verbonden'.¹⁶⁵ Toch had de crediteur niet geheel de vrije keuze wanneer hij tot de rang van derden-bezitters was doorgedrongen. Op grond van het zogenoemde 'beneficium excussionis realis'¹⁶⁶ kon hij worden verplicht om eerst de afzonderlijk aan hem verpande zaken uit te winnen, voordat hij zich richtte op zaken die hem krachtens een generale hypotheek waren verpand. Nu had deze bepaling een geheel ander geval voor ogen dan Collatio 1,4 § sed neque. Als een eerste zekerheidscrediteur de beschikking had over een speciaal zekerheidsrecht naast een generaal zekerheidsrecht, bijvoorbeeld omdat na de vestiging van het speciale zekerheidsrecht aanvullende zekerheid was gegeven door een generale hypotheek,¹⁶⁷ dan kon de tweede en jongere zekerheidscrediteur verlangen dat eerst de speciale zekerheidsrechten werden uitgeoefend, die niet drukten op goederen die aan de tweede crediteur in zekerheid waren gegeven.¹⁶⁸ Deze beperking van de keuzevrijheid was door geen ander motief ingegeven dan billijkheid.¹⁶⁹ Op zichzelf genomen had de crediteur immers vrije keuze tussen de uitoefening van zekerheidsrechten, speciaal of generaal, onder de debiteur.¹⁷⁰ Het 'beneficium excussionis realis' kon daarom alleen worden ingeroepen tegen de crediteur die zowel een generale als ook een speciale hypotheek had.¹⁷¹

Het 'beneficium excussionis realis' kwam het sterkste tot uitdrukking (zoals in C. 8,13(14),2) wanneer de tweede crediteur een recht van vuistpand had verkregen.¹⁷² Dan moest de eerste crediteur immers afgifte vorderen voordat hij kon overgaan tot executie, en vervolgens zou die afgifte worden geweigerd totdat de generale hypotheek was uitgeoefend. Er was naar het inzicht van de Middeleeuwse juristen echter geen reden om dit niet uit te breiden tot goederen die zich nog onder de debiteur bevonden en jegens de jongere crediteur waren bezwaard. Sterker nog, de Glosse was zelfs geneigd om een beroep op het 'beneficium excussionis realis' ook toe te kennen aan

165 Gl. *Possessorem omnem* op D. 49,14,47,pr.: 'Nam etiam pro parvo debito tota res quamvis magna tenetur.' Het tijdstip van verkrijging maakte evenmin verschil uit voor de volgorde tussen derden-bezitters: de crediteur mocht zich naar keuze eerst verhalen op degene die als eerste de bezwaarde zaak had verkregen, of eerst op degene die als laatste had verkregen. Vgl. Durant tit. IV,3 (de obl. et sol.), vers. 'item debitor' (f.471 R^o b); De Arena, *Tractatus de excussionibus*, nr. 19; Bartolus, *Tractatus de excussionibus pignorum*, p.495a-b; Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 9,pr.-9.

166 C. 8,13(14),2 (Severus en Antoninus, a.204). Zie hierboven, p.48.

167 Vgl. D. 20,1,15,1 (Gaius).

168 Odofredus ad C. 8,13(14),2 (f.149 V^o b); Placentinus ad C. 8,13(14) (p.386); Butrigarius ad C. 8,13(14),2 (f.69 V^o a); Bartolus ad C. 8,13(14),2 (f.99 V^o b).

169 Gl. *Interim* op C. 8,13(14),2; Odofredus t.a.p.; Placentinus t.a.p.; Butrigarius t.a.p. Vgl. Zwolve, *Gr.O.M.* 26, 2009 [in druk].

170 D. 20,5,8 (Modestinus). De crediteur was echter verplicht om eerst zekerheidsrechten uit te oefenen alvorens zich krachtens zijn persoonlijk recht te verhalen op het gehele vermogen: C. 8,27(28),9 (Diocletianus en Maximianus, 287).

171 D. 20,4,2 (Papinianus). Vgl. Odofredus ad C. 8,13(14),2 (f.149 V^o b); Cynus ad C. 8,13(14),2 (f.489 V^o b); Butrigarius ad C. 8,13(14),2 (f.69 V^o a).

172 Butrigarius t.a.p.

derden-bezitters van het tweemaal bezwaarde goed.¹⁷³ Deze opvatting uit de Glosse werd vrijwel unaniem gevolgd.¹⁷⁴ Zij leidt echter tot de nodige problemen.

Een eerste vraag, die de Middeleeuwse juristen bij mijn weten niet hebben gesteld, opmerkelijk genoeg, is hoe het 'beneficium excussionis realis' en het 'beneficium excussionis personalis' zich tot elkaar verhielden.¹⁷⁵ Als de strekking van het 'beneficium excussionis realis' inderdaad werd uitgebreid tot *derden-bezitters*, dan lijkt de conclusie gewettigd dat zij zich op twee voorrechten mochten beroepen: *derden-bezitters* konden verlangen dat de crediteur zich eerst op de debiteur en diens borgen verhaalde, en zij konden verlangen dat hij zich eerst verhaalde krachtens zijn speciale hypotheek. Nu maakte dat niet veel uit voor de *derde-verkrijger*:¹⁷⁶ het 'beneficium excussionis realis' loste, zagezegd, op¹⁷⁷ in het 'beneficium excussionis personalis', omdat de *derde-verkrijger* kon verlangen dat het *gehele* vermogen van de schuldenaar werd uitgewonnen. In dat vermogen konden zich echter ook goederen bevinden die aan een jongere crediteur in zekerheid waren gegeven: kon deze zich nu bedienen van het 'beneficium excussionis realis'?¹⁷⁸ Bovendien was de jongere *vuistpandcrediteur*, zoals bedoeld in C. 8,13(14),2, eveneens een *derde-bezitter*,¹⁷⁹ zodat hij ook onder de termen van Collatio 1,4 § sed neque viel. Te dien aanzien bestond er een relevant verschil tussen de beide voorrechten. Krachtens het 'beneficium excussionis realis' kon een jongere *vuistpandcrediteur* verlangen dat de oudere crediteur eerst zijn *speciale* zekerheidsrechten uitoefende op goederen die niet jegens de jongere crediteur waren bezwaard. Krachtens het 'beneficium excussionis personalis' kon hij, als *derde-bezitter*, verlangen dat de crediteur eerst verhaal zocht onder zijn schuldenaar en diens borgen. Het 'beneficium excussionis personalis' omvatte daarmee, uit de aard der zaak, ook de generale hypotheek van de oudere crediteur op goederen die zich nog onder de schuldenaar bevonden. Door de invoering van Novelle 4,2 was de eerdere bepaling van C. 8,13(14),2 dus in zoverre gewijzigd, dat de jongere crediteur met een *speciaal* zekerheidsrecht (want dat was het recht van *vuistpand* steeds), kon verlangen dat de oudere crediteur niet alleen zijn speciale hypotheek, maar ook eerst zijn *generale* hypotheek onder de debiteur zou uitoefenen op goederen die jegens de jongere debiteur niet waren bezwaard. Als deze lezing juist is, dan is zij niet ver verwijderd van de (gewoonterechtelijke) gedachte dat de jongere speciale hypotheek preferentie heeft op de oudere generale hypotheek. Het bewijs ontbreekt echter om dit verband overtuigend te kunnen leggen.

173 Gl. *Iubebit* op C. 8,13(14),2.

174 Placentinus ad C. 8,13(14) (p.386); Cynus t.a.p.; Butrigarius t.a.p.; Bartolus ad C. 8,13(14),2 (f.99 V^o b); Baldus ad C. 8,13(14),2 (f.141 R^o a). Anders: Odofredus ad C. 8,13(14),2 (f.149 V^o b).

175 Zie over dit probleem: Thibaut, 'Ueber die unbestimmte Verbindung eines Generalpfandes mit einem Specialpfande, und umgekehrt', *Arch. Civ. Prax.* 17, 1834, p.16-19; Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts II*, Leipzig 1864, p.375.

176 Negusantius nr. 8,1,20. Zoals hij aantekent, doet de samenloop zich bovendien slechts voor als de crediteur is voorzien van een generale en van een speciale hypotheek.

177 Men bedenke dat de jongere wet vóórgaat op de oudere.

178 Zie, voor het moderne Nederlandse recht hieromtrent, p.333-334.

179 Bij de vestiging van het recht van *vuistpand* was het bezit immers aan de crediteur verschafte: D. 13,7,9,2 (Ulpianus). Hetzelfde verband kan worden gelegd voor andere bezitters krachtens een beperkt zakelijk recht, zoals de erfpachter. De Middeleeuwse juristen hebben zich – bij mijn weten – over dit probleem niet uitgelaten.

Er doen zich nog andere problemen voor, en niet eens zozeer ten aanzien van derden-bezitters. Krachtens het 'beneficium excussionis realis' kon een latere zekerheidsnemer verlangen dat de crediteur zich eerst middels zijn speciale zekerheidsrecht zou verhalen onder de schuldenaar. Het is niet uitgesloten dat die goederen eveneens verbonden waren jegens een derde crediteur, die zich op zijn beurt wilde bedienen van het voorrecht. Kon hij nu terugverwijzen, of doorverwijzen naar generaal verbonden goederen onder de schuldenaar?¹⁸⁰ Meer in het algemeen is het beeld omtrent de verhouding tussen generale en speciale zekerheidsrechten nog duister. Op dit gebied in het bijzonder is aanvullend onderzoek gewenst, te meer daar de wetgever van het nieuwe BW het voorrecht van derden-bezitters en het voorrecht van latere zekerheidsnemers uitdrukkelijk heeft verknoopt in art. 3:234 BW.

II.4.5. Zekerheidsrechten op vorderingen

In het voorgaande is telkens aangenomen dat zekerheidsrechten waren gevestigd op *lichamelijke* zaken, zodat met de 'actio hypothecaria' het bezit van die zaken werd opgeëist teneinde over te gaan tot executie. Daarnaast kenden de gemeenrechtelijke juristen, in navolging van het Romeinse recht, de hypotheek op *onlichamelijke* zaken, dat wil zeggen, de hypotheek op vorderingen.¹⁸¹ De executie van een dergelijke hypotheek geschiedde in de regel door de in zekerheid gegeven vordering te innen bij de debiteur ervan, en niet door verkoop van de vordering zelf.¹⁸² Als het object van de bezwaarde vordering een zaak was, dan werd het zekerheidsrecht op de vordering door uitoefening omgezet in een recht van vuistpand. Dat recht kon de pandcrediteur vervolgens op elk gewenst moment executeren. Was het object van de

180 Het zakelijke voorrecht was, evenals het persoonlijk voorrecht van uitwinning, slechts uit billijkheid verleend. Het laat zich dus raden dat er slechts één verwijzing door een latere crediteur mogelijk was. Zie voor het moderne Nederlandse recht hieronder, p.333-334.

181 Het pandrecht op een vordering kon voortvloeien uit de verpanding van een specifieke vordering, maar ook uit de verpanding van een geheel vermogen. Het pandrecht dat op een pandrecht werd gevestigd ('subpignus') stond, volgens de heersende leer, gelijk aan een pandrecht op de onderliggende vordering met de bevoegdheid om het 'verpande' pandrecht uit te oefenen. Zie voor het Romeinse recht dienaangaande: Dernburg, *Pfandrecht I*, p.475-484; Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten I*, 7^e druk, Marburg/Leipzig 1863, § 368, p.814-816; Kaser, 'Zum pignus nominis', *IURA* 20, 1969, p.189-190 en *Das römische Privatrecht I: das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, § 110, p.465; Zwalm, 'Enige opmerkingen over 3:242 BW' in: Hartlief (red.), *CJHB Brunner-bundel*, Deventer 1994, p.441-450; Out, *Vormen van accessoriëteit. Een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht*, Leiden 2005, p.124-130. Wubbe ('Eine 'Lehre vom Subpignus' im Corpus Iuris Civilis?', *TvR* 26, 1958, p.133-194) behandelt naast het Romeinse recht ook het gemene recht en de Pandektistische opvattingen. Ik laat dit onderwerp verder rusten: zie voor het moderne Nederlandse recht echter p.344.

182 D. 13,7,18,pr. (Paulus); D. 20,1,13,2 (Marcianus); C. 4,39,7 (Diocletianus en Maximianus); C. 8,16(17),4 (Alexander, 225).

verhypothekeerde vordering echter een geldsom, dan nam de pandcrediteur daaruit hetgeen hem toekwam en gaf een eventueel overschot af aan de crediteur van de uitgewonnen vordering.

Het is de moeite waard enige aandacht aan de verpanding van vorderingen te schenken, omdat de gedachte zou kunnen postvatten dat de debiteur van de verpande vordering ten opzichte van de pandcrediteur een derde is.¹⁸³ Hij wordt weliswaar aangesproken voor een schuld die hij zelf is aangegaan (de schuld aan zijn crediteur), maar dat verhaal dient een schuld die hij *niet* zelf is aangegaan, (de schuld van zijn crediteur aan de pandcrediteur). Dat doet denken aan de positie van een borg, die immers ook uit contract aansprakelijk is voor een schuld waarvan hij de voordelen niet heeft genoten.¹⁸⁴ Als de borg zich kon beroepen op het voorrecht van uitwinning, kwam die mogelijkheid dan ook toe aan de debiteur van een verpande vordering, die anders dan de borg niet eens in een directe rechtsbetrekking stond tot de crediteur van zijn crediteur?

II.4.5.1. Aard van de actie tegen de debiteur van een verpande vordering

Teneinde deze vraag te beantwoorden, richtten de Middeleeuwse juristen hun aandacht allereerst op de vraag met welke rechtsvordering de pandcrediteur de debiteur van de verpande vordering kon aanspreken. Het stond in ieder geval vast dat deze vordering een 'actio utilis' moest zijn.¹⁸⁵ Daarmee kon een persoonlijke 'actio utilis' zijn bedoeld, omdat de pandcrediteur door de uitoefening van het zekerheidsrecht in de rechten trad van zijn debiteur en dus diens acties instelde.¹⁸⁶ Zoals Azo opmerkte, kon in dat geval geen sprake zijn van een 'actio directa', 'omdat iemand niet uit het contract van een ander een directe actie kan instellen'.¹⁸⁷ Odofredus vergeleek in dat verband het vorderingsrecht van een pandcrediteur met de 'actio utilis' van de koper van een vordering, die deze laatste eveneens ontleende aan de actie van zijn cedent tegen diens debiteur.¹⁸⁸

Deze vergelijking beruiste op de gelijkstelling, in het gemene recht, van de positie van een zekerheidsgerechtigde tot een vordering aan die van een cessionaris.¹⁸⁹ Zo kon de debiteur bevrijdend betalen aan de cedent van een vordering tot aan het moment dat zich één van

183 Zie voor de merites van één en ander: Zwolve, 'Over het voorrecht van uitwinning bij stille verpanding van vorderingen (art. 3:234, lid 1 BW)', *RM Themis* 7, 1996, p.247.

184 Ibid.

185 D. 20,1,13,2 (Marcianus); C. 8,16(17),4 (Alexander, 225).

186 Azo, *Summa*, ad C. 8,13(14) § obligari possit (p.306b): 'Habet creditor utilem personalem actionem quae competit creditori directo.' Vgl. Azo, *Lectura*, ad C. 8,16(17),4 (p.631). Kaser heeft overtuigend betoogd dat zulks het geval was naar Romeins recht (*IURA* 20, 1969, p.179-184).

187 Azo, *Lectura*, ad C. 8,16(17),4 (p.631): 'Quia ex alterius contractu alter directa intendere non potest.'

188 Odofredus ad C. 4,39,7 (f.244 V^o b).

189 Gl. *Certior* op C. 8,16(17),4. Zie ook: Zwolve, *GEPR*, p.383-385 en 476-477.

de incidenten uit C. 8,41(42),3,pr. voordeed, terwijl na een dergelijk incident slechts bevrijdend kon worden betaald aan de cessionaris; dezelfde regeling werd toegepast op crediteuren aan wie een vordering was verpand.¹⁹⁰

Ook Révigny zocht aansluiting bij de regeling omtrent cessie, maar anders dan de meeste van zijn voorgangers wilde hij, in het voetspoor van de Glosse,¹⁹¹ naast de persoonlijke actie van de pandcrediteur als alternatief een *zakelijke* 'actio utilis' aannemen.¹⁹² 'Wat wonderlijk is', zo merkte hij zelf al op, 'want de hypothecaire actie behoort te worden ingesteld voor *lichamelijke* zaken.'¹⁹³ Zijn aarzeling is verklaarbaar: met de reguliere 'hypothecaria' werd het *bezit* van een verpande zaak gevorderd, hetgeen ten aanzien van een verpande vordering natuurlijk niet mogelijk is.¹⁹⁴ De toekenning van een zakelijke 'actio utilis' leverde bovendien nog een andere complicatie op, die door Révigny echter niet werd behandeld. Als de 'actio utilis' van de pandcrediteur was afgeleid van diens hypothecaire actie, dan kon dat aanleiding geven tot de gedachte dat de debiteur van een verpande vordering een beroep op het voorrecht van uitwinning toekwam.¹⁹⁵ De *hypothecaire* actie werd immers tegen een derde-bezitter opgeschort, naar de letter van de authentica 'hoc si debitor', totdat was geprocedeerd tegen de debiteur.¹⁹⁶ Kon de debiteur van een verpande vordering zich nu verweren tegen een 'actio utilis' van de pandhouder met een beroep op het voorrecht van uitwinning?

II.4.5.2. De 'actio utilis' als persoonlijke actie

Die vraag werd uitputtend besproken door een tijdgenoot van Révigny, de Bolognese hoogleraar Jacobus de Arena († na 1296).¹⁹⁷ Allereerst stelde hij op basis van D. 20,1,13,2 vast dat de 'hypothecaria' kennelijk de vorm van een 'actio utilis' aannam wanneer zij door een pandhouder werd ingesteld tegen de debiteur van een verpande vordering.¹⁹⁸

190 Azo, *Lectura*, t.a.p.

191 Gl. *Utilibus* op C. 8,16(17),4. Zie ook: Gl. *Actio utilis* op D. 20,1,13,2.

192 Révigny ad C. 8,16(17),4 (f.375 V^o b): 'Dico duabus actionibus, dico hypothecaria actione potes eum exigere.' Vgl. Butrigarius ad C. 8,16(17),4 (f.72 R^o b).

193 Révigny t.a.p.: 'Quod est mirabile nam hypothecaria consuevit intentari pro rebus *corporalibus*.' *Cursivering* toegevoegd.

194 Cynus ad C. 8,16(17),4 (f.492 V^o a); Bartolus ad C. 8,16(17),4 (f.105 V^o b).

195 Gl. *Veniat prius* op coll. 1,4 § sed neque.

196 Auth. 'hoc si debitor' ad C. 8,13(14),24: 'alio vero possidente inhibetur hypothecaria donec personaliter actum sit cum reo'.

197 Het merendeel der latere geleerden volgt zijn commentaar, soms bijna letterlijk. Zie: Butrigarius ad C. 8,16(17),4 (f.72 R^o b); Cynus ad C. 8,16(17),4 (f.492 V^o a-V^o b); Bartolus ad C. 8,16(17),4 (f.105 V^o b-f.106 R^o a); Baldus ad C. 8,16(17),4 (f.145 R^o a).

198 De Arena ad C. 8,16(17),4 (f.54 R^o b): 'Vel dic quod habeam etiam utilem hypothecariam per id quod notatur in D. de pig. l. grege § cum pignori [D. 20,1,13,2] quae hypothecaria est utilis contra nomen.'

Er waren twee redenen denkbaar voor het gebruik van een 'actio utilis'.¹⁹⁹ Enerzijds vorderde de zekerheidsnemer niet het bezit van de verpande zaak ter executie, zoals hij dat met een directe actie zou doen. Anderzijds oefende hij niet een eigen recht uit tegen de debiteur van de verpande vordering, wiens schuldeiser hij immers niet was, maar het recht van zijn debiteur. In de eerste benadering zou sprake zijn van een *zakelijke* actio utilis, afgeleid van de 'hypothecaria'. In de tweede benadering beschikte de pandcrediteur slechts over een *persoonlijke* 'actio utilis', afgeleid van het vorderingsrecht van zijn eigen debiteur.

Jacobus de Arena behandelde eerst de gedachte dat de 'hypothecaria' (en daarmee ook de 'hypothecaria utilis') alleen bedoeld was om het bezit van een zaak ter executie te vorderen, zodat de actie van de pandcrediteur tegen de debiteur van de verpande vordering geen 'hypothecaria utilis' zou kunnen zijn. Daartegen werd aangevoerd dat weliswaar slechts het bezit kon worden gevorderd, maar dat de 'hypothecaria utilis' desondanks van toepassing was omdat niet de schuld was verpand, maar hetgeen uit de schuld was verschuldigd.²⁰⁰ Die stelling was echter, zoals De Arena aangaf, niet verdedigbaar: de debiteur had niet andermans zaak verpand ('hetgeen uit de schuld was verschuldigd' bevond zich immers nog in het vermogen van de debiteur van de debiteur), maar een goed dat in zijn eigen vermogen viel, te weten zijn *vordering* op zijn eigen debiteur.²⁰¹ Als de schuld zelf echter was verpand – en als men aannam dat met de 'hypothecaria (utilis)' alleen het bezit kon worden opgeëist – dan kon de actie tegen de debiteur van de verpande vordering niet de 'hypothecaria' zijn. Als er al een 'bezitter' van de verpande vordering was, dan toch de crediteur van die vordering. Naar deze opvatting moest de actie tegen de debiteur van een verpande vordering wel een *persoonlijke* 'actio utilis' zijn.

Er waren meer redenen om tot die conclusie te komen. De debiteur van een verpande vordering was jegens zijn crediteur slechts aansprakelijk krachtens een persoonlijk recht. Als de actie van de pandcrediteur tegen de debiteur van de verpande vordering zakelijk van aard zou zijn, dan zou de eerste meer rechten hebben verkregen dan de crediteur van de verpande vordering zelf kon uitoefenen: hij zou zelfs separatist zijn in het faillissement van de debiteur van de verpande vordering, terwijl de pandgever dat niet was.

Daarmee leek de vraag beantwoord, of de debiteur van een verpande vordering slechts subsidiair aansprakelijk was jegens de pandcrediteur. Wanneer de pandcrediteur immers niet de 'hypothecaria' instelde maar een persoonlijke actie, kon geen beroep worden gedaan op het voorrecht van uitwinning.

199 Het enkele feit dat de actie werd ingesteld tegen een ander dan de zekerheidsgever kan geen verklaring zijn voor het gebruik van een 'actio utilis'. De 'condemnatio' in een 'formula Serviana' was gewoonlijk gericht tegen een derde. Zie hierboven, p.38.

200 De Arena ad C. 8,16(17),4 (f.54 V^o a): 'Nam aliud est obligatio et aliud res quae debetur ex obligatione'.

201 Cynus ad C. 8,16(17),4 (f.492 V^o a). Zo ook, voor het Romeinse recht: Kaser, *IURA* 20, 1969, p.188.

II.4.5.3. Samenhang met het pandrecht ten titel van vonnis

Hier rees echter een bijzondere complicatie. De executie van een veroordelend vonnis uit een persoonlijke actie vertoonde een grote gelijkenis met de volgorde van uitwinning bij de 'hypothecaria'.

De executie van een veroordelend vonnis geschiedde naar het latere Romeinse procesrecht door executie van het 'pignus in causa iudicati captum'.²⁰² De uitoefening van het pandrecht 'ten titel van vonnis' was aan een volgorde gebonden: eerst moesten de roerende zaken van de debiteur worden verkocht, vervolgens de onroerende zaken, en pas in laatste instantie werd het pandrecht op zijn overige rechten uitgeoefend.²⁰³ Krachtens een rescript van Caracalla werden onder dat laatste ook de vorderingen verstaan: zij werden geïnd of verkocht, naar het de rechters het meest gereede voorkwam.²⁰⁴ Als de status van het beslagen goed onduidelijk was, bijvoorbeeld omdat een procedure aanhangig was gemaakt over de eigendom ervan, of omdat de debiteur van een beslagen vordering het bestaan van de schuld ontkende, dan moest naar de regels van de rangorde worden uitgeweken naar andere, onbetwiste goederen van de debiteur.²⁰⁵ De debiteur van een beslagen vordering had hierdoor de mogelijkheid om de pandcrediteur enige tijd van zich af te houden.²⁰⁶

Aangenomen dat de pandcrediteur slechts door middel van een *persoonlijke* actie tegen de debiteur van een verpande vordering kon procederen, rees de vraag waaraan hij deze actie ontleende. Hij stond niet in enige obligatoire rechtsbetrekking tot de debiteur van de verpande vordering. Wanneer de pandcrediteur een *zelfstandige* persoonlijke 'actio utilis' zou hebben verkregen uit de pandovereenkomst, waarmee hij onmiddellijk betaling kon verkrijgen van de debiteur van zijn debiteur, dan zou hij daarmee diens schuldeiser zijn geworden.²⁰⁷ Het verschil tussen verpanding en cessie van een vordering zou daarmee zijn verdwenen. Het antwoord kon dus slechts luiden dat de crediteur door middel van de persoonlijke 'actio utilis' de rechten van de pandgever tegen diens debiteur uitoefende. Maar als de persoonlijke 'actio utilis' was afgeleid van de persoonlijke actie van de zekerheidsgever tegen diens debiteur, dan lag het voor de hand dat het recht op de verpande vordering eerst van de zekerheidsgever moest worden opgeëist, in wiens vermogen zich immers de rechtsvordering tegen de debiteur van de verpande vordering bevond.²⁰⁸ Het was van hier slechts een kleine stap, van uitwinning van de persoonlijke actie onder de zekerheidsgever krachtens het

202 Zie hierboven, p.50-52.

203 D. 42,1,15,2 (Ulpianus). Vgl. Gl. *Decursum* op C. 4,39,7.

204 D. 42,1,15,8 en 10 (Ulpianus).

205 Vgl. D. 42,1,15,4 en 9 (Ulpianus).

206 Faber, *Coniecturarum*, conj. 8,17,2.

207 Voor de zeventiende-eeuwse raadsheer en hoogleraar Van den Sande was dat aanleiding genoeg om aan te nemen dat de pandcrediteur met een *zakelijke* actie procedeerde tegen de debiteur van de verpande vordering. Zie: *Decisiones curiae Frisicae* (1615), in: *Opera omnia juridica I*, Groningen 1683, nr. 3,12,24.

208 De Arena ad C. 8,16(17),4 (f.54 V^o a): 'Nam actio est obligata et illud ius non est penes eum sed penes debitorem meum qui ipsius est creditor.'

pandrecht, naar analoge toepassing van de volgorde van uitwinning die was vereist krachtens het pandrecht ‘ten titel van vonnis’.²⁰⁹ Ook in deze opvatting moest de crediteur zich eerst verhalen op andere goederen van de zekerheidsgever alvorens een actie in te stellen tegen diens debiteur. De enige concessie die Jacobus de Arena bereid was aan de pandcrediteur te doen, was dat deze zich niet volledig aan de volgorde van het pandrecht ‘ten titel van vonnis’ behoefde te houden. Krachtens het vonnis had de crediteur een pandrecht verkregen op de roerende en onroerende zaken van de debiteur; maar hij had al een eerder pandrecht op de vordering, en tussen de beide pandrechten kwam hem de vrije keuze toe.²¹⁰ Dat liet de noodzaak van een eerdere procedure tegen de debiteur echter onverlet.

Deze suggestie van De Arena werd door latere juristen terecht niet overgenomen.²¹¹ Een analoge uitbreiding van de volgorde naar regulier gevestigde pandrechten was overbodig. Wat voor belang had de debiteur van een verpande vordering immers bij een volgorde?²¹² Hij was jegens de pandcrediteur onder dezelfde voorwaarden aansprakelijk als jegens zijn eigen crediteur en wanneer hij overging tot betaling aan de pandcrediteur, na daartoe te zijn aangesproken, dan betaalde hij bevrijdend. Bovendien zou hij uit de betaling geen regresrecht verkrijgen tegen de pandgever: hij betaalde immers niet de schuld van een ander, maar zijn eigen schuld. De debiteur van de verpande vordering, de ‘derde’, had dus hoegenaamd geen belang bij een volgorde van uitwinning, terwijl een dergelijke volgorde het verhaal door de pandcrediteur nodeloos zou bemoeilijken.

II.4.5.4. De ‘actio utilis’ als zakelijke actie

Op basis van het voorgaande is men geneigd om te zeggen dat de debiteur van een verpande vordering *niet* subsidiair aansprakelijk was, omdat tegen een persoonlijke actie geen beroep op het voorrecht van uitwinning openstond. De meest voorkomende gedachte, door Révigny reeds geopperd, was echter dat een pandcrediteur tegen de debiteur van de verpande vordering *zowel* kon beschikken over een persoonlijke actie, *als ook* over een zakelijke actie.²¹³ Wanneer hij een persoonlijke ‘actio utilis’ instelde kon de debiteur van de verpande vordering geen beroep doen op een volgorde van uitwinning, maar voor de *zakelijke* ‘actio utilis’ viel dat nog te bezien. Nadat hij met

209 De Arena t.a.p.: ‘Et videtur quod demum in subsidium nam hic est ordo in obtinendo satisfactionem ex actione iudicati, quia primo ad corporalia antequam perveniatur ad nomina, D. de re iudicata l. a divo pio § sic quoque [D. 42,1,15,8] et sic a nomine non debeo incipere agere, sed a corporalibus.’

210 De Arena t.a.p.: ‘Sed hoc non est verum nam creditoris arbitrio relinquitur, etc. D. distr. pign. l. creditoris [D. 20,5,8] et D. de pign. l. qui pignori [D. 20,1,19]. Unde credo quod possum hunc convenire aliis pignoribus debitoris omissis.’

211 Salicetus (†1412) is hier de uitzondering, aangehaald door Negusantius (nr. 8,1,20).

212 Faber, *Coniecturarum*, conj. 8,17,2.

213 De Arena ad C. 8,16(17),4 (f.54 R^o b): ‘Item duae seu plures per duas actiones seu plures, scilicet propter personalem actionem et hypothecariam quibus debitor debitoris obligantis tenebatur eidem obliganti.’ Vgl. Butrigarius ad C. 8,16(17),4 (f.72 R^o b); Cynus ad C. 8,16(17),4 (f.492 V^o b).

kracht van argumenten had aangegeven waarom de actie een persoonlijke actie moest zijn, maakte Jacobus de Arena in de lijn van Révigny plotseling een *tourneur*, om in het vervolg voetstoots aan te nemen dat de pandcrediteur ook over een zakelijke actie beschikte.²¹⁴

‘Maar of ik eerder de debiteur moet aanspreken dan de debiteur van de debiteur? Het lijkt van wel omdat de debiteur eerst wordt aangesproken voordat men zich richt naar de bezitters van de panden, zoals in de authentica ‘hoc si debitor’ bij C. 8,13 en de authentica ‘sed hodie’ bij C. 4,10.’²¹⁵ Cynus gaf een generatie later aan dat Jacobus de Arena deze opinie had ontleend aan een oudere jurist, Roffredus (c.1170-na 1243).²¹⁶ Deze laatste had betoogd dat een pandcrediteur zijn ‘*hypothecaria utilis*’ ontleende aan het feit dat de *rechtsvordering* uit het vorderingsrecht was verpand; daarmee had hij het pad geëffend voor het betoog van Jacobus de Arena.²¹⁷ De mogelijkheid om zowel een zakelijke als een persoonlijke actie in te stellen, met geheel andere rechtsgevolgen, bracht Cynus tot de verzuchting dat ‘je goed op moet passen bij het opstellen van de dagvaarding’.²¹⁸

Als de pandcrediteur een zakelijke actie instelde, dan leek het op basis van de authentica ‘hoc si debitor’ voor de hand te liggen dat deze actie door de debiteur van de verpande vordering kon worden afgeweerd totdat de pandcrediteur had geprocedeerd tegen zijn debiteur. Ter ondersteuning voerde Jacobus de Arena twee voorbeelden van legale hypotheek aan, te weten het recht van de fiscus en het recht van de vrouw op teruggave van de bruidschat, waarbij onder het voor-Justiniaanse recht reeds gold dat de debiteur van de debiteur niet eerder kon worden aangesproken dan de debiteur zelf.²¹⁹ Dit recht was niet gewijzigd door de invoering van Novelle 4,2, zodat *in ieder geval* aangenomen moest worden dat de crediteur van een legale hypotheek eerst andere vermogensbestanddelen van zijn debiteur moest uitwinnen voordat hij zich wendde tot de debiteuren van zijn debiteur.²²⁰ Deze ‘subsidiare’ aansprakelijkheid vloeyde, voor een beperkt aantal legale hypotheek, echter voort uit andere wettelijke bepalingen dan Collatio 1,4 § sed neque. Moest op basis van die laatste bepaling nu ook aan debiteuren

214 Zoals hierboven besproken, vooronderstelt een dergelijke sprong dat de ‘*hypothecaria*’ in dit geval de vorm van een ‘*actio utilis*’ heeft omdat zij niet is gericht op het vorderen van het bezit van de verpande zaak, maar op een schuld, waarvan het bezit nu eenmaal niet gevorderd kan worden.

215 De Arena t.a.p. (f.54 V^o a): ‘Sed an prius conveniam debitorem quam debitorem debitoris? Videtur quod sic quia primo debitor convenitur quam perveniatur ad pignorum possessores ut C. de pig. [8,13(14)] aut. hoc ita et C. de obl. [4,10] aut. sed hodie.’

216 Cynus ad C. 8,16(17),4 (f.492 V^o a-V^o b).

217 Cynus t.a.p.: ‘Sed Roffredus, qui tenet contra glossam respondit et dicit, quod verum est, teneri hypothecariis actionibus, id est actionibus utilibus quae possunt hypothecari. Et haec opinionem Roffredi magis placet Iacobo de Arennatis quia sine dubio de iure videtur verior.’

218 Cynus t.a.p. (f.492 V^o b): ‘Cave ergo tibi in formatione libelli.’

219 De Arena ad C. 8,16(17),4 (f.54 V^o a), onder vermelding van C. 4,15,4 (legale hypotheek van de fiscus) en C. 4,16,3 (legale hypotheek van de vrouw).

220 Vgl. voor het pandrecht op vorderingen ‘ten titel van vonnis’: Faber, *Coniecturarum*, conj. 8,17,3.

van *conventioneel* verpande vorderingen een beroep op het voorrecht worden gegeven? Jacobus de Arena had een sterk argument om een dergelijk beroep *niet* toe te kennen. Het beroep op het voorrecht van uitwinning stond immers slechts open voor de *bezitter* van een bezwaarde zaak; en als er al een bezitter van de verpande vordering was aan te wijzen, dan was dat toch de crediteur van die vordering, bij wie het recht op de vordering berustte.

'Hier wordt niet één of andere verpande zaak opgeëist, wat een vordering niet is, [omdat] daarvan niet kan worden gezegd dat de debiteur van mijn debiteur het in eigen naam bezit, maar daarentegen [bezit] de crediteur jegens wie hij aansprakelijk is: want de actie is verpand, en dat recht bevindt zich niet bij hem, maar bij mijn debiteur die van de voor-noemde de crediteur is.'²²¹

Juist ten aanzien van deze 'bezitter', de debiteur en pandgever, had Collatio 1,4 § sed neque geen eisen gesteld aan de volgorde van persoonlijke en zakelijke acties. Weliswaar werd de actie ingesteld tegen de debiteur van de verpande vordering, maar de executie van het pandrecht krachtens de 'hypothecaria' was gericht tegen het vermogen van de zekerheidsgever, die bezitter was van de verpande onlichamelijke zaak.²²² Anders gezegd: door te betalen aan de pandcrediteur betaalde de debiteur van de verpande vordering niet *andermans* schuld, maar zijn *eigen* schuld. Dat had ten gevolge dat een pandcrediteur middels de 'hypothecaria utilis' onmiddellijk kon procederen tegen de debiteur van een verpande vordering, voordat hij het (overige) vermogen van zijn eigen debiteur had uitgewonnen. Althans, dat was het geval wanneer het een conventioneel zekerheidsrecht betrof: ten aanzien van legale hypotheek vond de geleerde het veiliger ('tutior') om eerst de debiteur aan te spreken alvorens te procederen tegen diens debiteuren.²²³

II.4.5.5. Belang van het onderscheid

Eerder is gebleken dat tegen een persoonlijke 'actio utilis' geen beroep op het voorrecht van uitwinning openstond. Zojuist is daaraan toegevoegd dat, om andere redenen, hetzelfde gold voor de zakelijke 'actio utilis' die voortvloeide uit een conventionele hypotheek. Dat geeft aanleiding tot de vraag of het onderscheid tussen beide is gerechtvaardigd; maar ondanks deze conclusies blijft het onderscheid zinvol. De crediteur van de verpande vordering

221 De Arena t.a.p.: 'Non petitur hic aliquod pignus, quia non nomen, quae non potest dici debitorem debitoris mei possidere nomen suum, immo creditor cui tenetur: nam actio est obligata, et illud ius non est penes eum sed penes debitorem meum qui ipsius est creditor.'

222 De Arena t.a.p. Vgl. Butrigarius, *Lectura super codice II* (ed. Parijs 1516), ad C. 8,16(17),4, f.72 Rb.

223 De Arena ad C. 8,16(17),4 (f.54 V^o a): 'Unde videtur quod etiam ab exordio conveniam eum, et hoc cum habeo expresse obligatum, nam secus si tacite quia tunc in subsidium, ut C. quando fiscus l. non prius [C. 4,15,4] et tamen precedens opinio est tutior ut primo debitorem quam debitorem debitoris mei conveniam.'

kon deze vordering immers cederen aan een derde.²²⁴ Het innen van de verpande vordering door de pandcrediteur impliceerde vervolgens een uitwinning van het vermogen van die derde. De cessionaris van de verpande vordering had derhalve belang bij een beroep op het voorrecht van uitwinning. Het leek voor de hand te liggen dat de debiteur, aan wie zowel de cessie als de verpanding was medegeedeeld, zich ten behoeve van de cessionaris mocht beroepen op het voorrecht van uitwinning. Waarschijnlijk leidde deze gedachte Butrigarius tot de opmerking dat het beter was om met een persoonlijke *actio utilis* te procederen teneinde een eventueel beroep op Novelle 4,2 te vermijden.²²⁵ Bartolus viel hem daarin bij.²²⁶

Er schuilt iets wonderlijks in de gedachte dat de cessionaris (en daarvan afgeleid, de debiteur van de verpande vordering) geen beroep mocht doen op het voorrecht van uitwinning als de pandcrediteur toevallig procedeerde met een persoonlijke 'actio utilis', terwijl een beroep op het voorrecht wel kon worden gedaan tegen de zakelijke actie.²²⁷ Deze gedachten werden door de Middeleeuwse rechtsgeleerden echter niet uitgewerkt, al valt uit neteligheden als deze heel wel hun aarzeling te verklaren om zich uit te spreken voor de ene of andere variant. Cynus woog bijvoorbeeld beide mogelijkheden even zwaar. Sommigen hielden het erop, zo stelde hij, dat geen eerdere procedure tegen de debiteur was vereist, in het bijzonder niet wanneer met een persoonlijke *actio utilis* werd geprocedeerd; anderen waren van mening dat een eerdere uitwinning daarentegen noodzakelijk was.²²⁸ Zijn leerling Bartolus had minder moeite met het maken van een keuze. In diens ogen kon alleen met een persoonlijke 'actio utilis' worden geprocedeerd tegen de debiteur van de debiteur; een stelling waarvoor hij zonder verder betoog, in een nogal vrije omgang met zijn bronnen Roffredus, Jacobus de Arena en

224 Dit is de casus van C. 4,39,7 (Diocletianus en Maximianus). Naar de gemeenrechtelijke opvatting kon de 'actio utilis' slechts éénmaal worden verleend: De Arena ad D. 30,82,5; Bartolus ad D. 30,82,5. Na verlening van een 'actio utilis' had de cedent, die uiteraard bevoegd bleef ten aanzien van de 'actio directa' dus slechts de mogelijkheid om een last tot inning ('procuratio in rem suam') te verstrekken aan een cessionaris. Het gevolg was dat een cessionaris noch een 'actio utilis', noch een 'actio directa' kon verkrijgen tegen de cessus, wanneer de verpanding van de vordering voorafgaand aan de cessie aan deze was medegeedeeld. De eerstgenoemde actie was immers al verstrekt aan de pandhouder, en de tweede actie kon niet meer ontstaan nadat één van de incidenten uit C. 8,41(42),3,pr. zich had voorgedaan. Dit verklaart wellicht waarom het probleem van cessie van een verpande vordering, en de vraag of de cessionaris vervolgens een beroep op het voorrecht toekwam, niet de aandacht van de Middeleeuwse rechtsgeleerdheid heeft gekregen.

225 Butrigarius ad C. 8,16(17),4 (f.72 R^o b).

226 Bartolus ad C. 8,16(17),4 (f.105 V^o b-f.106 R^o a): 'Et maxime dicit ipse non est necessaria excussio si agatur actione utili qui penes debitorem erat directa, quia excussio secundum eum habet locum solum in hypothecaria, et hanc ultimam partem credo veram.'

227 Negusantius nr. 2,3,24.

228 Cynus ad C. 8,16(17),4 (f.492 V^o b): 'Possit pignus incorporale prosequi creditor, etiam omisso debitore principali, praecipuae cum non agatur hypothecariae sed utili personali. [...] Quid dicemus? Ista quaestio est dubia, in qua quidem tenent hoc ultimum. [...] Alii tenent prius dictum, quod Iacobo de Arena videtur tutius.'

Cynus als autoriteiten aanvoert.²²⁹ Ook volgens Bartolus was een beroep op het voorrecht van uitwinning in dat geval uitgesloten. Voor zover Collatio 1,4 een exceptie verleende tegen een persoonlijke actie, werd deze alleen toegekend aan *borgen*, dat wil zeggen aan hen die zich accessoir hadden verbonden voor de principale debiteur.²³⁰

De strijd bleef tot het einde der Middeleeuwen duren. In zijn grote samenvatting van het hypotheekrecht kwam Negusantius nog terug op dit punt in een poging om beide opvattingen te verzoenen. De crediteur kon beschikken over een *zakelijke* 'actio utilis', zo stelde hij, als aan de verpande vordering nog zekerheidsrechten waren verbonden: hij oefende immers de rechten uit van de zekerheidsgever, die ook over deze zakelijke rechten beschikte.²³¹ De persoonlijke 'actio utilis' tegen de debiteur van de verpande vordering diende te worden gebruikt als er geen zekerheidsrechten aan de verpande vordering waren verbonden. Aldus werd aan het begin van de zestiende eeuw een strijdvraag beslist waarmee het Nederlandse recht tot voor kort worstelde, te weten de vraag of een zekerheidscrediteur accessoire rechten mag uitoefenen die aan een verpande vordering zijn verbonden.²³²

Wat er ook zij van het betrekkelijk steriele debat over de aard van de actie, de meerderheid der doctoren was uiteindelijk van mening dat de debiteur van een verpande vordering *niet* subsidiair aansprakelijk was, ongeacht of hij nu werd aangesproken met een persoonlijke of met een zakelijke 'actio utilis'.²³³ Zij verschilden slechts in het motief om het voorrecht niet toe te kennen. Jacobus de Arena had aangetekend dat het nodig was om eerst het vermogen van de eigen debiteur uit te winnen wanneer er sprake was van een legale hypotheek die tevens vorderingen omvatte, omdat het oude recht te dien aanzien niets van zijn geldigheid had verloren. Door latere juristen werd dat echter uitgelegd als een *waarschuwing* die ook betrekking had op conventionele hypotheeken, en niet als een rechtsregel. Zo stelde Baldus tot tweemaal toe dat een eerdere uitwinning van het (overige) vermogen van de debiteur niet nodig was om te procederen tegen de debiteur van een verpande vordering, om daar tweemaal op te laten volgen dat het veiliger was om wel eerst de eigen debiteur aan te spreken.²³⁴

229 Bartolus ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 R^o a): 'Sed veritas est quod non agit contra debitorem debitoris actione hypothecaria, sed agitur tantum utili actione personali que ipse principali debitori competit directa, istam opinionem Roffredi, Jacobi de Arena et Cyni in dicta l. nomen [C. 8,16(17),4].'

230 Bartolus t.a.p.: 'Hic loquitur de illis qui sunt accessorie obligari pro principalibus debitoribus [...]. Ad hunc texto respondent quod in eo quod dicit hypothecariis actionibus debet exponi, id est actionibus utilibus que possunt hypothecarii. Sed ista responsio ad hunc texto mihi non placet: quia secundam istam responsionem innuitur quod iste textus loquatur quando agitur contra debitorem debitoris. Sed hoc non est verum, immo loquitur quando agitur contra illum qui se obligavit pro principali qui convenitur actione personali et hypothecaria.'

231 Negusantius nr. 2,3,24-25.

232 Zie hieronder, p.344.

233 Vgl. Negusantius nr. 8,1,20.

234 Baldus ad C. 8,16(17),4 (f.145 R^o a): 'Tutius est quod requiratur excussio. [...] Securius tamen est quod creditor directe agat contra debitorem suum.'

II.5. DE VERHOUDING TUSSEN NOVELLE 4,2 EN NOVELLE 112,1

II.5.1. Novelle 112,1 derogeert aan Novelle 4,2

Uit het voorgaande moge duidelijk zijn geworden dat de redactie van Novelle 4, zoals opgenomen in het Authenticum, te wensen overliet. De tekst was dubbelzinnig op velerlei punten, maar voor de Middeleeuwse juristen was dat op zichzelf niet onoverkomelijk. Hun inspanningen werden echter bemoeilijkt door een bijzonder probleem. Zes jaar na de uitvaardiging van Novelle 4 had Justinianus in 541 een nieuwe wet uitgevaardigd, die een regeling gaf omtrent zaken die onderwerp waren van een geding. In deze eerder besproken²³⁵ Novelle 112,1 opgenomen in het Authenticum in Collatio 8,8, had de keizer bepaald dat verhypothekerde goederen *niet* onder de ‘res litigiosae’ vielen die door een vervreemdingsverbod werden getroffen. Staande een procedure, zelfs gedurende een ‘actio hypothecaria’, kon het bezwaarde goed dus door de debiteur worden vervreemd. Naar de letter van Novelle 4,2 genomen, zou de crediteur dan zijn zakelijke actie (die hij reeds had ingesteld) moeten afbreken om zich eerst onder de schuldenaar te verhalen, alvorens de zakelijke actie tegen de derde-verkrijger in te stellen. De keizer moest daarom een regel geven die de verhouding tussen beide Novellen nader bepaalde.

Collatio 8,8 § si autem: ‘Maar als de debiteur dit [het aflossen van de crediteur uit de koop-prijs van de verkochte zaak] niet doet, geven wij aan de crediteur die een hypotheek op de verkochte zaak heeft, de vrijheid om die op te vorderen, totdat aan hem voldoening is gegeven voor de schuld.’²³⁶

De crediteur had natuurlijk al de vrijheid om de verkochte zaak op te vorderen – tenminste, wanneer hij het vermogen van zijn debiteur had uitgewonnen. Novelle 112,1 kon dus niets anders op het oog hebben dan de vrijheid om de verkochte zaak op te vorderen vóórdat uitwinning had plaatsgevonden, en week in zoverre af van de rangorde van Novelle 4,2. Dit impliceerde een terugkeer naar het recht van vóór 535, zoals vastgelegd in de Codex.²³⁷ De reikwijdte van deze regel werd echter onmiddellijk beperkt door hem alleen toe te passen op de eerste zekerheidsnemer. Latere zekerheidsnemers werden door de vervreemding van een verhypothekerde zaak slechts zijdelings geraakt, omdat zij toch al de eerste zekerheidsnemer moesten aflossen voordat zij tot executie konden overgaan.²³⁸ De tweede beperking die Novelle 112,1 stelde, was interessanter. Ten aanzien van generale hypotheeken, dat

235 Zie hierboven, p.72 e.v.

236 Coll. 8,8 § si autem: ‘Si autem hoc debitor non fecerit, damus creditori licentiam, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat.’

237 Zie hierboven, p.43-45.

238 Kaser, *RP I*, § 110, p.467.

wil zeggen: hypotheeken op een geheel vermogen, gold dat zaken uit dat vermogen weliswaar niet onder het begrip 'res litigiosae' vielen, maar nog steeds niet door de zekerheidscrediteur konden worden geëxecuteerd voordat het vermogen van de debiteur was uitgewonnen.²³⁹ Met andere woorden, de afwijking van de rangorde van Novelle 4,2 bleef beperkt tot *speciale* zekerheidsrechten, rechten op één of meer bepaalde zaken.

Collatio 8,8 § si autem: 'Daaruit blijkt reeds dat wij generale hypotheeken in het geheel niet onder het begrip 'litigieus' willen scharen, maar dat wij besluiten dat de acties ervan hun kracht behouden, zodat zij naar de bepalingen van oude wetten worden onderzocht. En aldus bepalen wij iets over litigieuze zaken, en over de speciale en ook de generale hypotheek, opdat later over niets hiervan in procedures twijfel opkomt, maar naar het voornoemde onderscheid op deze wijze de rechtsstrijd ten einde wordt gebracht.'²⁴⁰

De vrome wens dat deze regeling een einde aan de rechtsstrijd zou maken, werd geen bewaarheid. Voor de Middeleeuwse rechtsgeleerdheid schiepen de manoeuvres van de keizer een groot probleem omdat de samenhang tussen de eerdere en de latere Novelle in het geheel niet was uiteengezet. Bovendien bevatten de Codex en Digesten toch al bepalingen omtrent de keuzevrijheid van een zekerheidscrediteur die tegenstrijdig waren met hetgeen in Novelle 4 was bepaald. Justinianus had het borgtochtrecht willen herzien door middel van Novelle 4, en die gelegenheid te baat genomen om ook de volgorde voor de uitoefening van zakelijke zekerheidsrechten te wijzigen; zes jaar nadien had hij die rangorde opnieuw gewijzigd door de crediteur *onder omstandigheden* zijn keuzevrijheid terug te geven. De ongelukkige formulering van Collatio 8,8 § si autem (Novelle 112,1), liet echter alle mogelijkheden open voor interpretatie van de daarin vervatte bepaling. Wat was nu eigenlijk geldend recht ten aanzien van de volgorde van uitoefening van zakelijke zekerheidsrechten? Wanneer moest de volgorde van het authenticum 'de fideiussoribus' worden aangehouden, en wanneer de volgorde van het authenticum 'de litigiosis'?

Zoals eerder vermeld, concentreerde het Middeleeuwse debat zich op de authenticae die als samenvattingen uit het Authenticum in de Codex werden gevoegd. Collatio 8,8 § si

239 Justinianus stelde dat daarmee de rangorde van de oudere wetten intact bleef. Dat kan enerzijds betrekking hebben op de oudere Novelle 4,2 die in zoverre in stand werd gelaten. Anderzijds kan het recht van de Codex zijn bedoeld. De generale hypotheek bij uitstek is het wettelijke zekerheidsrecht dat de fiscus op het gehele vermogen van zijn debiteuren heeft. In de keizertijd was dit generale, legale zekerheidsrecht al gebonden aan een volgorde van uitwinning. Zie D. 49,14,47,pr. en hierboven, p.58-59.

240 Coll. 8,8 § si autem: 'Ex quo iam claret, quod generales hypothecas multo magis litigiosi vocabulo nolumus contineri, sed earum actiones secundum veterum legum constituta examinari et vim praecipimus obtinere. Et haec quidem de litigiosis et speciali nec non generali hypotheca disposuimus, ut iam nulla de his in iudiciis dubitatio generetur, sed secundum [dictam] distinctionem huiusmodi certamina terminentur.'

autem (Novelle 112,1) werd samengevat in de authentica 'hoc ita si debitor'²⁴¹, die werd geplaatst bij C. 8,13(14),14, een bepaling die aan een crediteur de keuze liet tussen een persoonlijke actie tegen zijn debiteur en een actie uit hypotheek tegen de bezitters van door de debiteur vervreemde zaken. De authentica luidt vervolgens: 'dit dus als de debiteur hem niet heeft voldaan uit de prijs van de verkochte zaken, zodat, als zulks is geschied, aan hem wordt toegestaan om te vindiceren.'²⁴²

II.5.2. Pogingen tot harmonisatie

II.5.2.1. Door Novelle 112,1 is Novelle 4,2 afgeschafte

Omdat de authentica 'hoc ita si debitor' geen melding maakte van 'res litigiosae', kon de gedachte postvatten dat deze regel, dat de crediteur bezwaarde zaken onder derden terstond mocht opeisen ter executie, ook gold wanneer nog geen sprake was van een geding tussen debiteur en crediteur.²⁴³ Bovendien, door verhypothekerde zaken juist uit te sluiten van de 'res litigiosae', wekte Collatio 8,8 § ab hoc autem de indruk dat het al dan niet aanhangig zijn van een geding niet van invloed was op de status van een verhypothekerde zaak. Collatio 8,8 § si autem was, naar de opvatting van vroege hoogleraren als Bulgarus (+ 1166)²⁴⁴, Jacobus de Boragine (+ 1178)²⁴⁵ en Wilhelmus de Cabriano (rond 1157)²⁴⁶, dan ook van toepassing op alle zekerheidsrechten. Een jongere wet derogeerde immers aan een oudere wet en aangezien Novelle 112,1 was uitgevaardigd na Novelle 4,2 had die laatste wet zijn geldigheid verloren, zo was de gedachte. Dit standpunt leidde tot de aantrekkelijke conclusie dat het recht van de Codex zijn geldig had hernomen. Deze oplossing werd echter verworpen omdat, zoals de Glosse stelde, 'een aanpassing van de wetten moet worden vermeden.'²⁴⁷

Een 'aanpassing van de wetten' was echter niet wat Bulgarus en Jacobus voor ogen hadden.²⁴⁸ Naar de mening van de Middeleeuwse juristen bestond

241 Men verwarre deze authentica niet met de auth. 'hoc si debitor': de eerste is een samenvatting van Coll. 8,8 § si autem (Nov. 112,1 'de litigiosis'); de tweede is een samenvatting van Coll. 1,4 § sed neque (Nov. 4,2 'de fideiussoribus'). Een deel van het hiernavolgende debat had wellicht vermeden kunnen worden als de opsteller van de authenticae (Imerius?) niet vrijwel dezelfde beginwoorden had gekozen.

242 Auth. 'hoc ita si debitor' bij C. 8,13(14),14: 'Hoc ita si debitor ei non satisfaciat ex pretio rei vendite quod ut fiat permittitur ei vindicare.'

243 Ibid.

244 Azo, *Lectura*, ad C. 8,13(14),24 (p.628); Gl. *Personalibus* op coll. 1,4 § sed neque; Gl. *Possessores* op auth. 'sed hodie' bij C. 4,10,14; Gl. *Hoc si debitor possideat* op auth. 'hoc si debitor' bij C. 8,13(14),24. De sigle 'Al.' in de genoemde Gl. *Personalibus* en in de Gl. *Vindicare* op coll. 8,8 § si autem verwijst waarschijnlijk naar Aldericus (+ na 1177), in het licht van de Gl. *Hoc si debitor possideat* (daar: *secundum aldricuni*). Vgl. Lange p.203.

245 Cynus ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.490 v^o b).

246 Casus C. 8,13(14),24 (p.573).

247 Gl. *Personalibus* op coll. 1,4 § sed neque: 'vitanda est enim legum correctio'. Zie ook: Gl. *Vindicare* op coll. 8,8 § si autem.

248 Révigny ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.374 R^o b-V^o a); Cynus t.a.p.

er onder het oude recht van vóór beide Novellen een verschil tussen hypotheeken die uit de wet voortvloeiden (legale hypotheeken), waaronder het recht van de fiscus, en reguliere hypotheeken uit overeenkomst (conventionele hypotheeken).²⁴⁹ Al vóór de invoering van Novelle 4,2 was de crediteur in het eerste geval gedwongen om eerst het vermogen van zijn debiteur uit te winnen voordat hij zich richtte op de zakelijke zekerheidsrechten, in het tweede geval had hij de vrije keuze.²⁵⁰ Net zoals er dus twee regelingen van de volgorde van uitwinning waren geweest in het voor-Justiniaanse recht, waren door de beide Novellen ook weer twee regelingen getroffen voor het nieuwe recht. Novelle 4,2 had in die visie alleen betrekking op *legale* hypotheeken, terwijl Novelle 112,1 alleen van toepassing was op *conventionele* hypotheeken.²⁵¹ Met deze lezing kon de Glosse al niet geheel instemmen,²⁵² en twee generaties later merkte Cynus eenvoudigweg op dat legale hypotheeken nergens in de tekst van Novelle 112,1 werden genoemd.²⁵³ Sterker nog, de tekst van Novelle 4 maakte evenmin een onderscheid tussen legale en conventionele hypotheeken.²⁵⁴ Als de Novelle 112,1 al derogerde aan Novelle 4,2, dan toch niet door een onderscheid te maken tussen legale en conventionele hypotheeken.²⁵⁵

II.5.2.2. Betrekking op de Actio Pauliana

Om de conclusie te vermijden dat Novelle 4,2 geheel was afgeschaft door de latere Novelle 112,1, ondernamen de doctoren enige pogingen om de twee bepalingen naast elkaar te lezen. Irnerius had erop gewezen dat in de authentica ‘hoc ita si debitor’ in het geheel niet werd gesproken van hypotheeken.²⁵⁶ Zoals eerder is opgemerkt, concentreerde de Middeleeuwse rechtsgeleerdheid zich voornamelijk op de uitlegging van de authenticae, en niet op de grondtekst (de verschillende ‘collationes’) waaruit zij waren afgeleid. Wellicht kon de reikwijdte van Novelle 112,1 daarom worden beperkt tot door de debiteur in *onbezwaarde* staat vervreemde zaken, dat wil zeggen,

249 Gl. *Pignora* op C. 4,10,14; Cynus ad C. 8,13(14),14 (f.490 V^o a) en ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc si debitor’ (f.490 V^o b). Zie ook: Negusantius nr. 8,1,22.

250 Gl. *In rem* op C. 8,13(14),14.

251 Gl. *Personalibus* op coll. 1,4 § sed neque; Gl. *Vindicare* op coll. 8,8 § si autem.

252 Gl. *Personalibus* op coll. 1,4 § sed neque; Gl. *Vindicare* op coll. 8,8 § si autem; Gl. *Conveniri* op D. 49,14,47,pr.; Gl. *In rem* op C. 8,13(14),14; Gl. *Hoc si debitor possideat* op auth. ‘hoc si debitor’ bij C. 8,13(14),24.

253 Cynus ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc si debitor’ (f.490 V^o b).

254 Révigny ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc si debitor’ (f.374 V^o a); Bartolus ad coll. 1,4 § sed neque (f.9 R^o b) en ad C. 8,13(14),14 (f.103 R^o b).

255 Ten overvloede moet erop worden gewezen dat het onderscheid tussen conventionele en legale hypotheeken *niet* samenvalt met het onderscheid tussen hypotheeken op één zaak (speciale hypotheeken) en hypotheeken op een geheel vermogen (generale hypotheeken). De laatste onderscheiding komt inderdaad aan de orde in Nov. 112,1, maar de eerste onderscheiding niet.

256 Gl. *Hoc si debitor possideat* op auth. ‘hoc si debitor’ bij C. 8,13(14),24.

tot zaken ten aanzien waarvan niet een actie uit hypotheek was ingesteld, maar een Pauliana.²⁵⁷ In de tekst van Collatio 8,8 § ab hoc autem werd echter melding gemaakt van hypotheeken, zodat bovenstaande gedachte, als strijdig met de wet, moest worden verworpen.²⁵⁸ Bovendien: zelfs als de gedacht juist was geweest, dan had zij nog niet veel gebaat. Latere juristen zoals Bartolus en Baldus neigden er immers toe om acties zoals de Pauliana ook onder de reikwijdte van de volgorde van uitwinning te brengen.²⁵⁹

II.5.2.3. Derden die hun bezit ontlenen aan de debiteur

De benadering van Irnerius was in één opzicht echter zo gek nog niet. Zij impliceerde dat de mogelijkheid om een derde-bezitter krachtens Collatio 8,8 § si autem aan te spreken met voorbijgaan aan de debiteur, op de één of andere manier voortvloeide uit de verhouding tussen de debiteur als vervreemder en de derde-bezitter als verkrijger.²⁶⁰ Als een derde-bezitter zijn titel ontleende aan de schuldenaar en zekerheidsgever, moest hij dan niet ten aanzien van de bezwaarde zaak op dezelfde voet aangesproken kunnen worden tot verhaal? De Codex bepaalde immers dat een debiteur zijn crediteur niet in een slechtere positie kon brengen door de zaak te vervreemden.²⁶¹ In deze opvatting zou de volgorde van uitwinning van toepassing zijn wanneer de derde-bezitter zijn titel aan een ander dan de debiteur ontleende; maar wanneer de derde-bezitter zijn titel *aan de debiteur* ontleende, dan zou de crediteur de vrije keuze hebben. Dat was op zichzelf een aanlokkelijke gedachte, maar zoals Azo in navolging van Johannes Bassianus aantekende,²⁶² toch niet juist. De regel dat een debiteur zijn zekerheidscrediteur niet in een moeilijkere positie kon brengen, had, naar het gevoelen van de Glosse, slechts betrekking op de *omvang* van het zekerheidsrecht (het zaaksevolg), niet op de vraag wanneer een actie uit hypotheek kon worden ingesteld.²⁶³ Als het verschil tussen de beide Novellen bovendien op de titel van de verkrijger moest worden gebaseerd, dan kon niet worden verklaard waarom Collatio 8,8 § ab hoc autem alleen het oog had op vervreemdingen ten titel van *koop*.²⁶⁴ En tot slot bracht kwade trouw van de vervreemder geen schade toe aan de verkrijger te goeder trouw, zodat die zich nog steeds op

257 Ibid.

258 Bartolus ad C. 8,13(14),24 (f.104 R^o a) en ad coll. 1,4 § sed neque (f.9 R^o b).

259 Bartolus ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 R^o a) en ad C. 8,16(17),4 (f.106 R^o a); Baldus ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.143 R^o b). Zie p.100-101.

260 Gl. *Hoc si debitor possideat* op auth. 'hoc si debitor' bij C. 8,13(14),24.

261 C. 8,13(14),15 (Diocletianus en Maximianus, 293).

262 Azo, *Summa*, ad C. 4,10 § est et aliud (p.117b) en ad C. 8,13(14) § datur (p.307a); *Lectura*, ad C. 8,13(14),24 (p.628). Zie ook: Gl. *Personalibus* op coll. 1,4 § sed neque.

263 Gl. *Certissimum est* op C. 8,13(14),15. Vgl. Bartolus ad C. 8,13(14),15 (f.103 V^o a).

264 Odofredus (ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.150 V^o b)) vermeldt nog een poging om Nov. 4,2 alleen toe te passen bij verkrijging om niet, en Nov. 112,1 bij verkrijging om baat, maar hij was zelf ook niet overtuigd van de juistheid van die opvatting.

het voorrecht van uitwinning moest kunnen beroepen, zelfs al ontleende hij zijn titel aan de debiteur.²⁶⁵

II.5.2.4. Vervreemding tijdens een hypothecaire actie tegen de debiteur

Als de achtergrond van Novelle 112,1 niet gezocht moest worden in de verkrijgingstitel van de derde-bezitter, dan bleef de mogelijkheid bestaan dat zij betrekking had op een kwaliteit van de zaak zelf. Deze opvatting, in eerste instantie geopperd door Johannes Bassianus,²⁶⁶ werd door de meeste glossatoren gevolgd.²⁶⁷ Zij behelsde dat Collatio 8,8 § si autem alleen betrekking had op de situatie waarin de crediteur op grond van zijn actie uit hypotheek al een procedure was begonnen tegen de debiteur om tot uitwinning van het zekerheidsrecht over te gaan, waarna de debiteur de zaak in bezwaarde staat had vervreemd.²⁶⁸ Die vervreemding hangende de procedure was juist mogelijk gemaakt doordat Collatio 8,8 § ab hoc autem verhypotheceerde zaken had uitgezonderd van het begrip 'res litigiosae'.²⁶⁹ Het probleem dat daardoor was geschapen, vervreemding tijdens de procedure, loste die wet vervolgens zelf op, door de gevolgen voor de zekerheidsgerechtigde tot een minimum te beperken.²⁷⁰ Vóór de procedure tegen de debiteur gold de volgorde van uitwinning krachtens Collatio 1,4, maar wanneer de debiteur de zaak vervreemde terwijl de hypothecaire actie al tegen hem aanhangig was gemaakt, dan werd de crediteur niet teruggeworpen op een persoonlijke actie tegen zijn debiteur. Hij kon in dat geval krachtens Collatio 8,8 § si autem onmiddellijk met een hypothecaire actie procederen tegen de verkrijger van de bezwaarde zaak.²⁷¹ De mogelijkheid om een hypothecaire actie in te stellen, voorbijgaande aan de volgorde van uitwinning, kleefde dus na aanvang van de procedure zagezegd aan de zaak zelf. Door het instellen van de hypothecaire actie tegen de debiteur was de positie van de crediteur daardoor in zoverre verbeterd, zo begreep Azo, dat hij daarna niet meer hoefde te vrezen

265 Gl. *Personalibus* op coll. 1,4 § sed neque; Gl. *Possessores* op auth. 'sed hodie' bij C. 4,10,14. Azo, *Lectura*, ad C. 8,13(14),24 (p.628). Allen onder vermelding van D. 44,4,4,28 (Ulpianus).

266 Bassianus ad coll. 1,4 § sumitur (p.458b). Vgl. Gl. *Hoc si debitor possideat* op auth. 'hoc si debitor' bij C. 8,13(14),24.

267 Azo, *Lectura*, ad C. 8,13(14),24 (p.628); *Summa*, ad C. 4,10 § est et aliud (p.117b) en ad C. 8,13(14) § datur (p.307a); Odofredus ad C. 4,10 auth. 'sed hodie' (f.203 R^o a) en ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.150 V^o b); Gl. *Hoc si debitor possideat* op auth. 'hoc si debitor' bij C. 8,13(14),24) en Gl. *Personalibus* op coll. 1,4 § sed neque.

268 Gl. *Vindicare* op coll. 8,8 § si autem.

269 Azo, *Summa*, ad C. 4,10 § est et aliud (p.117b); Odofredus ad C. 8,36(37),1 auth. 'litigiosa res est'; Gl. *Et quando* op coll. 8,8 § ab hoc autem.

270 Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. 'hoc ita' (f.70 V^o b) en ad auth. 'hoc si debitor' (f.71 R^o a).

271 Azo, *Lectura*, ad C. 8,13(14),24 (p.628).

voor een vervreemding en een beroep op het voorrecht van uitwinning.²⁷² Deze oplossing werd door alle latere geleerden gevolgd.²⁷³

Enigszins hieraan verwant was een andere oplossing, inhoudende dat Collatio 8,8 § si autem dusdanig moest worden begrepen, dat de bepaling betrekking had op het geval waarin de volgorde van uitwinning reeds was toegepast.²⁷⁴ Een aantal vroege rechtsgeleerden verdedigde immers, zoals aangehaald,²⁷⁵ dat het voorrecht van uitwinning slechts een eerdere procedure tegen de schuldenaar vereiste, en niet de uitwinning van diens vermogen tot aan het faillissement. In die opvatting rees de situatie die Collatio 8,8 § si autem voor ogen had juist omdat de crediteur al een eerdere procedure had ingesteld tegen de debiteur.²⁷⁶ Het enige wat Novelle 112,1 in die lezing aan het bestaande recht had toegevoegd, was een verheldering van het feit dat verhypothekerde zaken geen ‘res litigiosae’ waren en dus staande een procedure konden worden vervreemd. Naarmate het accent bij de uitlegging van Novelle 4,2 verschoof van een eerdere *procedure* tegen de debiteur naar een eerdere *uitwinning* van het vermogen van de debiteur, verdween deze interpretatie buiten beeld.

II.5.2.5. Vervreemding onder beding van aflossing

Bassianus had de reikwijdte van Collatio 8,8 § si autem beperkt tot het bijzondere geval van vervreemding in bezwaarde staat gedurende een procedure.²⁷⁷ Daarnaast stond de lezing van Placentinus, die eveneens veronderstelde dat de bewuste bepaling slechts sprak over een bijzonder geval. In de tekst daarvan werd immers de nadruk gelegd op aflossing van de hypotheekschuld uit de koopprijs van de verkochte zaken, zodat als die aflossing niet plaatshad, de crediteur kon overgaan tot uitwinning onder de koper.²⁷⁸

Men dient te bedenken dat dit probleem zich inderdaad slechts voordoet bij *speciale* hypotheek, zodat het niet zo gek is gedacht dat daarvoor een bijzondere regeling getroffen moest worden. Immers: na een vervreemding om baat van zaken die zijn bezwaard met *generale* hypotheek, was de vordering tot betaling van de koopprijs jegens de crediteur

272 Azo, *Summa*, ad C. 4,10 § est et aliud (p.117b) en ad C. 8,13(14) § datur (p.307a); *Lectura*, t.a.p.

273 Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc si debitor’ (f.71 R^o a); Belviso ad coll. 1,4 § sed neque (f.10 R^o b) en ad coll. 8,8 § ab hoc autem (f.60 V^o b); Bartolus ad C. 8,13(14),24 (f.104 R^o a) en ad coll. 1,4 § sed neque (f.9 R^o b); Baldus ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc si debitor’ (f.143 R^o b); Negusantius nr. 8,1,10.

274 Gl. *Possessores* op auth. ‘sed hodie’ bij C. 4,10,14; Gl. *Hoc si debitor possideat* op auth. ‘hoc si debitor’ bij C. 8,13(14),24.

275 Zie boven, p.83-84.

276 Révigny ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc si debitor’ (f.374 V^o a). Zie ook: Cynus ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc si debitor’ (f.490 V^o b).

277 Bassianus ad coll. 1,4 § sumitur (p.458b); Gl. *Hoc si debitor possideat* op auth. ‘hoc si debitor’ bij C. 8,13(14),24. Vgl. Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. ‘hoc si debitor’ (f.71 R^o a).

278 Coll. 8,8 § ab hoc autem: ‘Het staat aan de debiteur vrij om die aan wie en wanneer hij wil te verkopen, dusdanig echter dat hij uit de koopprijs ervan de crediteur voldoet tot aan het bedrag van de schuld.’ (‘Liceat quidem debitori eas cui et quando voluerit vendere, sic tamen ut ex pretio earum usque ad debiti quantitatem satisfaceret creditori’).

eveneens met die hypotheek bezwaard.²⁷⁹ Zoals eerder is vastgesteld, kon de debiteur van die vordering (dat is: de verkrijger van de bezwaarde zaak) als debiteur niet een beroep doen op het voorrecht van uitwinning. De crediteur met een generale hypotheek had dus steeds de mogelijkheid om zich na vervreemding om baat van een bezwaarde zaak onder de verkrijger te verhalen.

Zoals Placentinus opmerkte, gebeurde het 'in de provincie'²⁸⁰ veelvuldig dat een debiteur met instemming van zijn crediteur een koper benaderde en met deze overeenkwam dat de koopprijs moest worden aangewend tot aflossing van de verzekerde schuld. Als de koper nu door de crediteur werd aangesproken met een actie uit hypotheek, dan kon hij zich naar de letter van de wet beroepen op het voorrecht van uitwinning. Dit was zelfs het geval wanneer hij zijn verplichtingen jegens de verkoper, dat wil zeggen de verplichting jegens de debiteur tot aflossing van diens hypotheekschuld, niet was nagekomen, zodat hij het verhaal door de pandcrediteur aan zichzelf te wijten had.²⁸¹ Naar Placentinus' gevoelens was de bepaling van Collatio 8,8 § si autem ingevoerd om hieraan een einde te maken. Deze gedachte kon echter op zichzelf genomen niet juist zijn, want waarom zou Collatio 8,8 § ab hoc autem verhypothekerde zaken anders behandelen dan 'res litigiosae', als Justinianus een regeling had willen geven die ook *buiten* aanhangige procedures toepassing vond? Het betoog van Placentinus vond daarom weinig weerklank onder de kring der doctoren, hoewel het verder niet werd bestreden. Révigny leek nog te suggereren dat zowel Bassianus als Placentinus het bij het rechte einde hadden, zodat *beide* omstandigheden zich voor moesten doen. In die opvatting was Collatio 8,8 § si autem slechts van toepassing als bezwaarde zaken staande een hypothecaire procedure waren vervreemd en bovendien was bedongen dat de koopprijs zou dienen tot aflossing van de schuld, terwijl dit niet was geschied.²⁸² Butrigarius koos evenwel voor de opvatting van Bassianus als meer in overeenstemming met de tekst van Collatio 8,8 § si autem, zodat voor de toepasselijkheid van die bepaling slechts een lopende actie uit hypotheek tegen de debiteur was vereist, ongeacht enig beding omtrent betaling van de koopprijs.²⁸³ De meerderheid der doctoren volgde hem daarin.²⁸⁴

279 Durant tit. IV,3 (de obl. et sol.), vers. 'pone' (f.471 R^o b).

280 Placentinus ad C. 8,13(14) (p.386): 'Haec in provincia frequentatur.'

281 Sterker nog: als een beroep op het voorrecht werd toegekend, zodat de crediteur eerst het vermogen van de schuldenaar diende uit te winnen, dan impliceerde een dergelijke uitwinning dat hij – als onderdeel daarvan – bij de derde-verkrijger zou uitkomen en de onbetaalde koopprijs zou eisen.

282 Révigny ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.374 R^o b): 'Dicit ibi in corpore litis contestata super hypothecaria actione potest debitor vendere rem obligatam et si non satisfacit de precio creditori, emptor illius rei potest conveniri.' Deze lezing is inderdaad in overeenstemming met de tekst van Coll. 8,8 § si autem, maar beperkt de toepassing van die bepaling wel erg sterk.

283 Butrigarius ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.71 R^o a).

284 Bartolus ad C. 8,13(14),24 (f.104 R^o a) en ad coll. 1,4 § sed neque (f.9 R^o b).

De Middeleeuwse gemeenrechtelijke traditie kende dus, uiteindelijk, slechts een gering praktisch belang toe aan de bepaling van Collatio 8,8 § si autem. De gedachte dat deze bepaling op de één of andere manier het voorrecht van uitwinning beperkte, bleef echter een rol spelen. Zo deed aan het einde van de zeventiende eeuw niemand minder dan Voet een beroep op Novelle 112,1 ter ondersteuning van zijn stelling dat het voorrecht van uitwinning alleen toepassing vond bij generale hypotheken, en ten aanzien van speciale hypotheken was afgeschaft.²⁸⁵ Maar deze gedachte werd nog niet geopperd in de vroege gemeenrechtelijke literatuur, zodat zij pas later aan bod zal komen.

II.6. BESLUIT

Tegen de zestiende eeuw was de toch al niet heldere regeling omtrent de volgorde van uitwinning verstrikt geraakt in een net van commentaar en interpretatie. De gebrekkige formulering van Collatio 1,4 had de gemeenrechtelijke juristen gedwongen om die regeling op alle mogelijke manieren tegen het licht te houden, teneinde haar dienstbaar te maken aan de eisen van hun tijd. Het gevolg daarvan was echter dat de regeling omtrent het ‘beneficium excussionis personalis’ niet uitblonk in eenvoud.

De gemeenrechtelijke regeling van de hypotheek is aan het einde van de hier beschreven periode uitputtend vastgelegd door Antonius Negusantius (1468-1528) in diens *Tractatus de pignoribus*. Dit traktaat werd, tot aan het verschijnen van Dernburgs *Pfandrecht* in 1860, door vrijwel alle juristen als standaardwerk²⁸⁶ gehanteerd. Als voorbeeld van de vele nuanceringen die het gemene recht aanbracht op de volgorde van uitwinning: Negusantius behandelde eerst drie uitbreidingen van de reikwijdte van het voorrecht, en vervolgens twaalf inperkingen en uitzonderingen.²⁸⁷ Voor zover relevant zijn deze eerder verspreid aan de orde geweest.

De volgorde was op zichzelf helder en onomstreden: eerst moesten de vermogens van alle debiteuren zijn uitgewonnen, dan de vermogens van alle borgen, en dan pas kon met een actie uit hypotheek worden geprocedeerd, eerst tegen bezitters van door de debiteuren in zekerheid gegeven zaken, vervolgens tegen bezitters van door de borgen in zekerheid gegeven zaken. Wanneer een rang voor zijn beurt werd aangesproken, kwam aan de personen uit die rang een dilatoire exceptie toe. De complicaties rezen echter bij de vraag wanneer een rang kon worden overgeslagen, dat wil zeggen: bij de vraag wanneer de crediteur zich onmiddellijk kon richten tegen een derde, ofwel omdat deze geen exceptie kon invoeren *hoewel* hij derde-bezitter was, ofwel omdat hij geen exceptie kon invoeren omdat hij *slechts in schijn* derde-bezitter was.

285 Voet, *Commentarius ad Pandectas* (1698), Napels 1833, nr. 20,4,3. Zie hieronder, p.148.

286 Vgl. het oordeel van Dernburg voorin *Pfandrecht I*, p.VII.

287 Negusantius nr. 8,1,11-34. Zie ook de twaalf (grotendeels overeenstemmende) ‘fallentiae’ van Socinus (lit. E reg. 177).

Dat was het geval wanneer:²⁸⁸

- de insolventie van de debiteur en diens borgen notoir was;
- de derde een erfgenaam was van de debiteur, zelfs al was de verzekerde schuld over de erfgenamen verdeeld en de verhypothekerde zaak aan één van hen toegewezen;
- de derde een zaak had gekocht die krachtens een speciale hypotheek was bezwaard, terwijl over die zaak een actie uit hypotheek aanhangig was gemaakt;
- de crediteur niet met een hypothecaire actie procedeerde tegen degene die de zaak van de debiteur had verkregen, maar met een ‘possessoire conductie’, omdat het bezit van de zaak hem door de debiteur constituto possessorio was verschaft;
- de crediteur van een vuistpand het bezit van de zaak had verloren door een omstandigheid die hem kon worden toegerekend;
- de ‘derde’ debiteur was van een vordering die krachtens een conventioneel zekerheidsrecht was bezwaard, terwijl de vordering zich nog bevond in het vermogen van de zekerheidsgever.
- de derde een latere crediteur was met een recht van vuistpand, terwijl de eerdere crediteur, na executie van het vermogen van de debiteur, nog beschikte over speciale zekerheidsrechten tegen andere derden;
- de debiteur slechts was verbonden uit een natuurlijke verbintenis;
- een beroep op de exceptie bij voorbaat was uitgesloten;
- een beroep op de exceptie door de aard van de procedure of krachtens statuut was uitgesloten;
- een eerdere rang afwezig was en de tijd van de dilatoire exceptie was verstreken;
- de ‘derde’ geen bezitter was, maar houder voor de debiteur;
- de derde een zaak die krachtens een speciale hypotheek was bezwaard, had gekocht onder het beding dat hij de koopprijs zou betalen aan de zekerheidscrediteur ter aflossing van de verzekerde schuld;
- de derde een hoofdelijke debiteur of een hoofdelijke borg was wiens schuld was verdeeld tussen alle debiteuren of alle borgen, terwijl zich nog zaken onder hem bevonden die voor de gehele schuld waren bezwaard met een zakelijk zekerheidsrecht.

Bovendien werd een beroep op de volgorde van uitwinning ook toegekend aan enige personen waarvan men dat niet zou verwachten.

Men denke hierbij aan:

- de bezitters van paulianeus vervreemde zaken, zelfs wanneer die zaken niet met zekerheidsrechten waren bezwaard;
- de debiteuren van vorderingen die krachtens een legale hypotheek of een zekerheidsrecht ‘ten titel van vonnis’ waren bezwaard;
- latere crediteuren met een recht van (vuist)pand, zelfs wanneer hun recht later was gevestigd dan het zekerheidsrecht.

Het belang van deze ingewikkelde volgorde, die met recht Byzantijns genoemd kan worden, werd minder en minder in de hierna te behandelen periode tussen de zestiende en achttiende eeuw. Krachtens gewoonterecht

288 Ik houd hierbij de volgorde van Negusantius aan, voor zover relevant. Negusantius (nr. 8,1,34) merkt op dat nog veel meer uitzonderingen gegeven kunnen worden met betrekking tot borgen, die echter buiten het bestek van zijn traktaat (en dit boek) vallen. Hippolytus de Marsilia kwam tot twaalf uitzonderingen; Voet (nr. 46,1,18-19) tot zeven onbetwiste en negentien contentieuze uitzonderingen met betrekking tot borgen. Zie verder ook Girtanner *I,2*, p.227-229.

werd in een groot deel van Europa in die periode het zaaksgevolg onthouden aan het bezitloze zekerheidsrecht op roerende zaken. Dit had tot gevolg dat een crediteur aan wie een roerende zaak in zekerheid was gegeven, in het geheel niet *kon* procederen tegen een derde-verkrijger van die zaak. In sommige delen van Europa, in het bijzonder in de Republiek, werd daarnaast door statuut de volgorde van uitwinning gewijzigd, als Novelle 4 al niet in zijn geheel werd afgeschaft. Het praktische belang van de volgorde van uitwinning werd daardoor vrijwel geheel beperkt tot de borgtocht, waar het echter meer en meer gewoonte werd om een beroep op de exceptie van uitwinning bij voorbaat uit te sluiten. Het tijdperk van de receptie van het Romeinse recht tot aan de nationale codificaties kenmerkt zich dus, zo zij bij voorbaat opgemerkt, door voortdurende pogingen om Novelle 4 en de daarin vervatte volgorde van uitwinning teniet te doen.

DEEL III

HET ROOMS-HOLLANDSE EN ROOMS-FRIESE RECHT (1550-1800)

III.1. Inleiding	131
III.2. Conventionele hypotheke	133
III.3. Legale hypotheke	144
III.4. Het Rooms-Friese recht	151

III.1. INLEIDING

Na de stichting van de Leidse Universiteit in 1575 ontstond in Holland, later ook in de andere gewesten, een inheemse rechtsschool die de studie van het Romeinsrechtelijke gemene recht tot grote hoogte bracht.¹ Niet alleen door het overwicht van het gewest Holland in de Republiek, maar ook door de kwaliteit van zijn rechtsgeleerden had het Rooms-Hollandse recht in de andere gewesten invloed.² De Hollandse rechtsgeleerden genoten ook in het buitenland groot gezag; en veel van de leerstukken die men in de negentiende-eeuwse codificaties aantreft, vloeien voort uit de pen van Hollandse rechtsgeleerden uit de zeventiende eeuw. Alleen al om deze redenen is het dienstig aandacht te besteden aan de rechtsontwikkeling in Holland tussen 1550 en 1800. Een ander argument, de invloed van het Rooms-Hollandse recht op de 'nationale' codificatie van het oude BW van 1838, kan echter voor het hier behandelde onderwerp *niet* een rol spelen. Naar zal blijken, is dat wetboek op het onderhavige punt zeer sterk beïnvloed door de traditie van het *Franse* gemene recht, zoals die tot uitdrukking was gebracht in de Code Civil van 1804. Het voorrecht van uitwinning, dat in de eerdere ontwerpen voor het oude BW niet was opgenomen, werd in 1833 ingevoerd in een breuk met de Hollandse traditie.³ Teneinde de omvang van deze breuk ten volle te doorgronden, moet aan deze traditie enige aandacht worden besteed.

In het voorgaande moge duidelijk zijn geworden dat de Justiniaanse volgorde van uitwinning, toch al niet de meest heldere bepaling, in de praktijk van het gemene recht aan tal van interpretaties, uitzonderingen en aanpassingen was onderworpen. Dit gemeenrechtelijke stelsel blijft voor de verdere rechtsgeschiedenis richtinggevend, waarbij het *Tractatus de pignoribus* van Antonius Negusantius (1468-1528) bovenal een grote invloed heeft gehad.⁴ De Rooms-Hollandse rechtsgeleerdheid nam deze gemeenrechtelijke interpretatie van Novelle 4 over – voor zover die Novelle niet werd afgeschaft, gewijzigd door costumier recht, of eenvoudigweg buiten toepassing bleef. Naar zal blijken deed het laatste zich vaker voor dan het eerste. Het Rooms-Hollandse hypotheekrecht is daarnaast, in navolging van het Romeinse recht en na de receptie daarvan, niet bepaald eenvoudig te noe-

-
- 1 Zie, voor een algemeen overzicht: Zimmermann, 'Römisch-holländisches recht: ein Überblick', in: Feenstra en Zimmermann (red.), *Das römisch-holländische recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlijn 1992, p.1-58; Van den Bergh/Jansen, *Geleerd recht: een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer 2007, p.90-94. Biografische en bibliografische gegevens voor dit deel zijn ontleend aan Dekkers, *Bibliotheca Belgica juridica: een bio-bibliografisch overzicht der rechtsgeleerdheid in de Nederlanden van de vroegste tijden af tot 1800*, Brussel 1951.
 - 2 Zimmermann p.20-26; Lokin/Jansen/Brandsma, *Het Rooms-Friese recht: de civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17^e en 18^e eeuw*, Hilversum/Leeuwarden 1999, p.26.
 - 3 Zie hieronder, p.226-236.
 - 4 Negusantius, *Tractatus de pignoribus*, Keulen 1589.

men.⁵ Naast het zekerheidsrecht van vuistpand kende men een veelheid aan bezitloze zekerheidsrechten. Zo onderscheidt Hugo de Groot (1583-1645) in de *Inleiding tot de Hollandsche rechts-geleerdheid* uit 1631, het standaardwerk over het Rooms-Hollandse recht, 'stilzwigende' (legale) en 'besproocken' (conventionele) hypotheek, waarbij de conventionele hypotheek ofwel 'algemeen' (generaal), ofwel 'byzonder' (speciaal) is, terwijl de speciale hypotheek vervolgens kan rusten op 'tilbaer' (roerend) of 'ontilbaer' (onroerend) goed.⁶ Het gevolg is dat men, bijvoorbeeld, de rechtsgevolgen van de conventionele generale hypotheek die ook drukt op onroerende zaken scherp dient te onderscheiden van de gevolgen van een legale speciale hypotheek op diezelfde onroerende zaken. Juist ten aanzien van het hier behandelde onderwerp, de verhaalsaansprakelijkheid van derden-bezitters voor met zakelijke zekerheidsrechten bezwaarde goederen, hebben het costumiere recht en het statutaire recht voor elke afzonderlijke categorie een eigen invloed gehad. Die invloed kan worden samengevat in de stelling dat onder het Rooms-Hollandse recht de volgorde van uitwinning (nagenoeg) steeds terzijde wordt gesteld: ofwel omdat aan de hypotheek krachtens gewoonterecht geen zaaksgevolg toekomt, zodat het probleem van derdenbezit zich niet voordoet, ofwel omdat aan de crediteur door statuut, of door restrictieve interpretatie van het gemene recht, zoveel mogelijk de vrije keuze wordt gelaten. Afgezien van haar toepassing op het gebied van de borgtocht wordt Novelle 4 daarom in de hier beschreven periode een dode letter.

Hoewel het recht van de andere gewesten in de Zeven Provinciën zonder meer interessant is en soms sterk afwijkt van het Rooms-Hollandse recht, is er bewust voor gekozen om de hier behandelde periode in hoofdzaak te richten naar het Rooms-Hollandse recht. Aan het einde van dit deel wordt enige aandacht besteed aan het Rooms-Friese recht, dat op tal van punten sterker heeft vastgehouden aan de Romeinsrechtelijke traditie dan in de andere gewesten is gebeurd, en dat daarom een aanvullend perspectief biedt. De Rooms-Hollandse rechtsgeleerdheid van de zeventiende eeuw ontstond bovendien niet in een vacuüm, maar bouwde voort op het werk van de Franse en Bourgondische rechtsgeleerden van de eeuw daarvoor. In het volgende deel wordt aan de ontwikkelingen in Frankrijk bijzondere aandacht besteed. Voor de Franse en Bourgondische gebieden kan echter bij voorbaat worden gezegd dat de invloed van het statutaire recht op het hier behandelde onderwerp geringer was. De hypotheek op onroerende zaken werd om die reden veelal behandeld naar de regels van Novelle 4,2, terwijl de costumiere regel 'meubles n'ont pas de suite par hypothèque' evenzeer als in het Rooms-Hollandse recht de toepassing van Novelle 4,2 op zekerheidsrechten op roerende zaken uitsloot.

5 Vgl. De Blécourt/Fischer, *Kort begrip van het oud-Vaderlands burgerlijk recht*, Groningen/Djakarta 1950, nr. 172 en 178.

6 De Groot, *Inleiding tot de Hollandsche rechts-geleerdheid* (1631), ed. Fockema Andreae en Van Apeldoorn, Gouda 1939, nr. 2,48,7; 2,48,22; 2,48,25.

III.2. CONVENTIONELE HYPOTHEKEN

III.2.1. Conventionele hypotheek op roerende zaken: geen zaaksgevolg

In navolging van het Romeinse recht kende ook het Rooms-Hollandse recht het bezitloze zekerheidsrecht, de 'hypotheek', op roerende goederen.⁷ Een vordering werd niet beschouwd als een roerende zaak of onroerende zaak maar als een aparte, derde categorie.⁸ Een hypotheek op een roerende zaak is daarentegen zelf een roerende zaak, evenals een hypotheek op een onroerende zaak zelf als onroerende zaak wordt gekwalificeerd.⁹ Dit laatste is van belang voor de vestiging van zekerheidsrechten op vorderingen die door hypotheek zijn versterkt. De hypotheek op roerende zaken kon gevestigd worden bij enkele overeenkomst wanneer het een generale hypotheek betrof.¹⁰ Om werking tegenover de overige crediteuren te verkrijgen, diende de hypotheek te worden verleden voor getuigen.¹¹ Daarnaast bestond de mogelijkheid om zekerheidsrechten op roerende zaken te vestigen door de verschaffing van het feitelijke bezit aan de crediteur.¹² In beide gevallen ging het zekerheidsrecht echter teniet wanneer een derde de bezwaarde zaak krachtens geldige titel om baat¹³ had verkregen¹⁴ of een recht van vuistpand op de bezwaarde zaak had verkregen,¹⁵ krachtens de bekende gewoonterechtelijke regel dat aan de hypotheek op roerende zaken geen zaaksgevolg

-
- 7 Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht I: Inleiding en zakenrecht*, 3^e druk, Den Haag 2006, p.489-491.
- 8 Voet, *Commentarius ad Pandectas* (1698), Napels 1833, nr. 1,7,21. Zie, over het achterliggende probleem: Zwalve, 'System des Vermögensrechts', in: Feenstra/Zimmermann, *Das römisch-holländische recht*, p.110-116.
- 9 Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in hollandia vicinisque regionibus* (1649), Amsterdam 1669, ad D. 13,7,18.
- 10 De Groot nr. 2,48,23 en 2,48,28.
- 11 De Groot nr. 2,48,28; Van der Keessel, *Praelectiones iuris hodierni ad H. Grotii introductionem ad iurisprudentiam hollandicam* (1800), Amsterdam/Kaapstad 1966, Th. 427 ad 2,48,23. Vgl. De Blécourt/Fischer nr. 179.
- 12 De Groot nr. 2,48,27.
- 13 Matthaeus (II), *De auctionibus I* (1653), Antwerpen 1680, nr. 19,79. In de aantekeningen die later zijn teruggevonden in Lund (Zweden), merkt De Groot op dat het zekerheidsrecht slechts tenietgaat bij een verkrijging om baat: 'requiritur ut titulus sit onerosus' (ed. Dovring, Fischer, Meijer, Leiden 1965, nr. 2,48,29 nt.5). In de *Inleiding* stelt De Groot slechts de eis van een geldige titel. Zie ook: Van der Keessel (Th. 432 ad 2,48,29), die de Lundse aantekeningen echter nog niet kende. Vgl. Lokin/Jansen/Brandsma p.93 nt.16.
- 14 De Groot nr. 2,48,29. Zelfs wanneer het bezit aan de derde door een constitutum possessorium was verschafte: Van Leeuwen, *Paratitula juris novissimi, dat is: een kort begrip van het Rooms Hollands regt* (1652), Amsterdam 1698, nr. 4,13,19.
- 15 Voet nr. 20,1,13-14; Van der Keessel Th. 434 ad 2,48,33. De vestiging van een later pandrecht door een constitutum possessorium leidde niet tot het tenietgaan van een eerder zekerheidsrecht: Pauw, *Observationes tumultuariae novae III*, ed. Fischer e.a., Haarlem 1964-1972, nr. 1249.

toekomst.¹⁶ De crediteur die een bezwaarde zaak in handen van zijn debiteur had gelaten, moest daar zelf de gevolgen van dragen.¹⁷

De uiterst invloedrijke Leidse hoogleraar Johannes Voet (1647-1713) was de mening toegeedaan dat een zekerheidsrecht op roerende zaken slechts kon worden gevestigd door bezitsverschaffing aan de crediteur. Die bezitsverschaffing kon naar zijn gevoelen niet de vorm aannemen van een constitutum possessorium, 'omdat dat soort constitutum possessorium meer schijnt te worden gemaakt ter omzeiling van de gewoonte, die bezitsverschaffing van roerende zaken vereist, en ten nadele van de overige crediteuren.'¹⁸ Zolang de zekerheidsgever immers over de feitelijke heerschappij beschikt, kan hij de roerende zaak overdragen aan een derde, waardoor de crediteur zijn zekerheidsrecht verliest krachtens de regel dat de hypotheek op roerende zaken geen zaaksgevolg heeft. De kritiek van Voet vond echter geen ingang bij de Hoge Raad van Holland en Zeeland, die in 1737 vaststelde dat het zekerheidsrecht op roerende zaken wel degelijk door middel van een constitutum possessorium kon worden gevestigd.¹⁹

III.2.1.1. Geen verkrijging in bezwaarde staat

De consequentie van de regel dat aan de hypotheek op roerende zaken geen zaaksgevolg toekwam, was dat de verkrijging van roerende zaken in bezwaarde staat zich eenvoudigweg niet voordeed.²⁰ Ongeacht enige bekendheid van de verkrijger met het bestaan van het zekerheidsrecht, verloor de crediteur zijn zekerheidsrecht zodra de roerende zaak in handen van een derde was gekomen. De bepalingen van Novelle 4,2 over de volgorde van uitwinning waren daardoor (vrijwel) tot een dode letter geworden, althans voor zover het roerende zaken betrof. Het maakte hierbij geen verschil uit of de zaak met generale of speciale zekerheidsrechten bezwaard was geweest.²¹

16 *Mobilia non habent sequelam; meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. Groenewegen ad C. 4,10,14; Matthaeus (II), *De auctionibus I*, nr. 19,77; *Paroemiae Belgarum jurisconsultis usitatissimae* (1667), Brussel 1694, nr. 7,11. Zie verder Pos (*Hypotheek op roerend goed*, Deventer 1970, p.144-146 en 180-183) voor een bespreking van het ontstaan van de regel, met literatuur.

17 Pauw I, nr. 382 en 427. Omgekeerd werd ook de zekerheidsnemer beschermd die toonderpapier te goeder trouw van een beschikkingsonbevoegde houder in vuistpand had ontvangen: Pauw III, nr. 1383.

18 Voet nr. 20,1,12: 'Cum magis in fraudem consuetudinis, traditionem mobilium exigentis, et in necem reliquorum creditorum istud constitui possessorii genus videretur intervenire.' Vgl. Lokin/Jansen/Brandsma p.94.

19 Bynkershoek, *Observationes Tumultuariæ IV*, ed. Meijers en De Blécourt, Haarlem 1926-1962, nr. 3051. Zie ook: Pauw I, nr. 187.

20 Afgezien van (de praktisch weinig relevante) verkrijging ten titel van schenking. Men kan daarnaast als grond voor het ontstaan van derden-bezit denken aan het geval waarin een derde een bezitloos zekerheidsrecht op zijn roerende zaken verleent voor andermans schuld (de 'zakelijke borg'). Aangezien het in dit geval nagenoeg steeds een speciale hypotheek betreft, valt deze constructie onder art. 36 van de Politieke Ordonnantie, zodat het voorrecht van uitwinning niet van toepassing is. Zie over dit artikel hieronder, p.142. In het hiernavolgende wordt voorondersteld dat de identiteit van zekerheidsgever en schuldenaar samenvalt.

21 Voet nr. 20,1,14. Zie echter ook de bedenkingen van Pauw (I, nr. 427) daartegen.

De lokale gewoonte kon echter afwijken en de crediteur in voorkomende gevallen toch zaaksgevolg tegen de derde-bezitter geven. De Groot vermeldt een gewoonte in het Rijnland, waar gold dat wanneer een verkoper op de door hem verkochte roerende zaak een zekerheidsrecht had bedongen tot zekerheid van betaling van de koopprijs, dit recht ook in stand bleef wanneer de verkrijger de bezwaarde zaak vervreemde aan een derde.²² Bij wijze van uitzondering zij ten slotte het pandrecht op schepen vermeld, de zogeheten bijbrieven of waterbrieven, tot zekerheid van de vordering tot betaling van de koopprijs of tot betaling van de prijs van het materiaal. Dit zekerheidsrecht kende een volledig zaaksgevolg,²³ wat geen verbazing zal wekken in een zeevarende natie.

III.2.1.2. Bezitsbescherming voor de crediteur

De vervreemding om baat leidde derhalve – in de regel – tot het tenietgaan van het zekerheidsrecht op roerende zaken. Als de crediteur was voorzien van een generale hypotheek, dan bleef de schade voor hem beperkt. De (vordering tot betaling van de) koopprijs viel immers in het vermogen van zijn schuldenaar en was, uit de aard van het generale zekerheidsrecht, ook met hypotheek bezwaard.²⁴ Als de zaak daarentegen met een speciale hypotheek was belast, dan tastte vervreemding de verhaalsmogelijkheden van de crediteur onmiddellijk aan. Om die reden werd aangenomen dat de schuldenaar een misdrijf beging, stellionaat, door de zaak dusdanig te vervreemden dat het zekerheidsrecht tenietging.²⁵ Daarmee was het verhaalsrecht van de crediteur nog niet veiliggesteld. Dat probleem werd opgelost door een uitbreiding te geven aan de *actio Pauliana*: als de vervreemding was geschied met het oog op benadeling van de crediteur door het tenietgaan van diens zekerheidsrecht, terwijl de verkrijger op de hoogte was van het bestaan van het zekerheidsrecht, dan kon zij worden ongedaan gemaakt.²⁶ Het samenstel van deze bepalingen leidde ertoe dat de rechten van een crediteur met een speciaal zekerheidsrecht op roerende zaken steeds waren gewaarborgd, ondanks het adagium ‘*mobilia non habent sequelam*’; behalve tegen een verkrijger te goeder trouw, krachtens geldige titel en om baat.

Zoals *Negusantius* al had opgemerkt,²⁷ deed zich echter een bijzonder probleem voor als de bezwaarde zaak in handen van een derde kwam *buiten* schuld van de zekerheidsgever. Als de verpande zaak aan de crediteur in *vuistpand* was gegeven, dan kwam het risico van verlies of diefstal voor

22 Costumen van Rijnland art. 48-50 en 58. Zie: De Groot nr. 2,48,29; Voet nr. 20,1,13; Groenewegen ad C. 4,10,14; Van Leeuwen nr. 4,13,19-20; Van der Keessel Th. 432 ad 2,48,29.

23 Van Leeuwen nr. 4,13,19; Van der Keessel Th. 433 ad 2,48,32. Vgl. Huber, *Heedensdaegse rechts-geleertheit, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk* (1686), Amsterdam 1726, nr. 47,1; Bynkershoek III, nr. 2574.

24 Vgl. Hamerster, *Naukeurige en duidelyke verklaring over de statuten, ordonnantien, reglementen, en costumen van rechte in Frieslandt I* (1741), Leeuwarden 1760, nr. 10,4.

25 Huber, *Heedensdaegse rechts-geleertheit*, nr. 47,22.

26 Van der Keessel Th. 432 ad 2,48,29. Vgl. *Consultatien, advyzen en advertissementen gegeven ende geschreven by verscheyden treffelijcke rechts-geleerden in Hollandt en elders III* (1645-1685), Amsterdam/Utrecht 1728-1739, nr. 174. Voor legale hypotheek: Pauw I, nr. 427.

27 *Negusantius* nr. 8,1,18. Zie boven, p.100.

diens rekening. De crediteur was immers aansprakelijk jegens de zekerheidsgever, zijn schuldenaar, voor teruggave van de zaak na aflossing van de schuld. Als de crediteur na verlies of diefstal een vordering tot betaling zou instellen tegen zijn schuldenaar, dan zou die (persoonlijke) actie worden geblokkeerd met het verweer dat de schuldeiser niet tot afgifte in staat was.²⁸ Een crediteur had er dus belang bij om zijn recht te kunnen uitoefenen tegen de dief of vinder.²⁹ In het licht van het adagium dat de hypotheek op roerende zaken geen zaaksgevolg had, lag een hypothecaire actie hier niet in de rede. Als *bezitter* kon de zekerheidsnemer zich echter bedienen van de gewone *possessoire* rechtsmiddelen. Tegen de bezitsinterdicten stond, zo werd algemeen aangenomen, in beginsel *niet* een beroep op het voorrecht van uitwinning open.

Deze laatste vaststelling gaf aanleiding³⁰ tot de ontwikkeling van de al eerder genoemde 'clausula constituti'. Bij deze figuur verschafte de zekerheidsgever het bezit van het zekerheidsobject door middel van een *constitutum possessorium* aan de zekerheidsnemer. Krachtens de 'possessoire conditie' die door het gemene recht tot ontwikkeling was gebracht op basis van een constitutie van Justinianus,³¹ kon de pandbezitter optreden tegen *iedere* verkrijger van de bezwaarde zaak: niet uit hoofde van zijn zekerheidsrecht, maar omdat zijn bezit door de onbevoegde levering door de houder (dat wil zeggen, de schuldenaar en zekerheidsgever) en derhalve door de bezitsverkrijging door de derde was aangetast. Tegen deze 'possessoire conditie' kon *niet* een beroep op het voorrecht van uitwinning worden gedaan. Aldus beschouwd leidde de 'clausula constituti' tot een omzeiling van het voorrecht van uitwinning. Nu was dat voor het Rooms-Hollandse recht minder van belang: de crediteur was, om redenen die in het navolgende duidelijk zullen worden, slechts gebaat bij het beding in geval een pandrecht op *roerende* zaken was gevestigd, welke vervolgens werden vervreemd aan verkrijgers te goeder trouw en om baat. In andere gewesten daarentegen, zoals in het meer Romeinsrechtelijke georiënteerde Friesland, gold *niet* het adagium 'mobilia non habent sequelam'. Zoals later zal worden besproken, werd daarom in Friesland op grote schaal gebruik gemaakt van de 'clausula constituti'.³²

III.2.2. Conventionele hypotheek op onroerende zaken

III.2.2.1. Conventionele generale hypotheek (1): geen zaaksgevolg

De Middeleeuwse juristen neigden ertoe om de toepassing van het 'beneficium excussionis realis' uit C. 8,13(14),2 – het voorrecht om te verlangen dat een crediteur eerst zijn *speciale* zekerheidsrechten uitoefende op goederen

28 Van der Keessel Th. 434 ad 2,48,33.

29 Vgl. Van der Keessel, Th. 507 ad 3,3,32 en Th. 432 ad 2,48,29.

30 Zo reeds bij Butrigarius, *Lectura super codice II*, Parijs 1516, reprint: *Opera iuridica rariora* 13, Bologna 1973, ad C. 4,10,14. Zie hierboven, p.98.

31 C. 7,32,12,pr. Zie hierboven, p.98-99.

32 Zie hieronder, p.155-156.

die niet jegens derden waren bezwaard – uit te breiden tot derden-bezitters.³³ Het zakelijke voorrecht van uitwinning was, gezien de constitutie waaraan het was ontleend, echter bij uitstek van toepassing op de latere zekerheidscrediteur aan wie het *bezit* van een bepaalde zaak was verschaft.³⁴ Nu had het Rooms-Hollandse recht ten aanzien van roerende zaken geen behoefte aan een dergelijke bepaling, omdat iedere vestiging van een later recht van vuistpand leidde tot het tenietgaan van eerder gevestigde zekerheidsrechten, opnieuw op grond van de regel dat de hypotheek op roerende zaken geen zaaksgevolg had.³⁵ Maar ten aanzien van onroerende zaken was een meer algemene lezing mogelijk van de bepaling uit C. 8,13(14),2, in de zin dat speciale hypotheeken *in ieder geval* sterker waren dan eerder gevestigde generale hypotheeken.³⁶ De jongere houder van een speciale hypotheek kon immers verlangen dat de oudere crediteur eerst andere zekerheidsrechten zou uitoefenen, alvorens zich te verhalen op de goederen die speciaal waren verbonden jegens de tweede zekerheidsnemer. Die lezing sloot in delen van West-Europa, en in ieder geval in Frankrijk en Holland, goed aan bij het inheemse gewoonterecht, dat regelmatig geneigd was om de generale hypotheek ten achter te stellen bij de latere speciale hypotheek.³⁷ Ten aanzien van de conventionele hypotheek op *onroerende* zaken werd deze opvatting voor het Rooms-Hollandse recht vastgelegd in artikel 35 van de Politieke Ordonnantie van 1580.

[...] Ende belangende constitutie ende verbande van generale hypotheecque, die nae twee Maenden nae de publicatie van desen gedaen sullen worden, de selve en sullen geensins hinderlijck wesen ofte prejudiceren den gheenen die constitutie ofte Verbandt van speciaal hypotheecque naemaels sullen verkrijgen, sulcks dat de geene dien specialijck eenige onroerende goederen verbonden sullen worden, inde selve speciale hypotheecque, ende de penningen daer van procederende, sullen worden geprefereert den geenen dien onder generale hypotheecque, nae de voorschreven twee Maenden na de publicatie van desen, gestelt sal wesen [...].³⁸

-
- 33 Zie hierboven, p.106. De verlening van een speciale hypotheek naast een generale hypotheek was in het Rooms-Hollandse recht niet ongebruikelijk, mede gezien de verschillende rechtsgevolgen: Voet nr. 20,1,10 en 20,1,15. Vgl. Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht*, Amsterdam 1914, p.66 en 91-92. Zie voor het Friese recht hieronder, p.156.
- 34 Vgl. Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 50,42.
- 35 Voet nr. 20,1,13 en 20,1,14.
- 36 Zie, bijvoorbeeld, nog aan het begin van de negentiende eeuw de redenering van Thibaut, 'Ueber die unbestimmte Verbindung eines Generalpfandes mit einem Specialpfande, und umgekehrt', *Arch. Civ. Prax.* 17, 1834, p.19-23.
- 37 Vgl. Pauw I, nr. 187. Naar het Gelderse recht was dit echter niet het geval: Schrassert, *Consultatien, advysen ende advertissemerten dienende tot verklaeringe van de hedendaegse regtsgeleertheyt IV*, Harderwijk 1744, nr. 29,6 en 14. Zie over de gevolgen hiervan voor het 'beneficium excussionis realis': Zwolve, 'Tekst & uitleg XI: C. 8,13(14),2', *Gr.O.M.* 26, 2009 [in druk].
- 38 Art. 35 Politieke Ordonnantie van Holland, 1 april 1580, *GPB I*, nr. 338-339. Dit artikel heeft uitsluitend betrekking op *conventionele* hypotheeken op *onroerende* zaken.

Op het eerste gezicht lijkt de bepaling slechts het oog te hebben op een doorbreking van de prioriteitsregel, zodat een latere speciale hypotheek op onroerende zaken voorgaat op een eerdere generale hypotheek die dezelfde zaken omvat.³⁹ Als het echter in de macht van de zekerheidsgever lag om door de vestiging van een latere speciale hypotheek afbreuk te doen aan de eerdere generale hypotheek, dan was het maar een kleine sprong naar de gedachte dat de zekerheidsgever niet alleen door te bezwaren, maar ook door te vervreemden afbreuk zou kunnen doen aan het recht van de crediteur van een generale hypotheek.⁴⁰ Het zou wat wonderlijk zijn als de zekerheidsgever wel een latere speciale hypotheek op de blote eigendom zou kunnen vestigen die sterker was dan de generale hypotheek, maar de eigendom niet onbelast over zou kunnen dragen.⁴¹ Het gevolg van deze redenering was, dat aan de conventionele generale hypotheek op onroerend goed geen zaaksgevolg toekwam.⁴² Deze hypotheek kende in beginsel dus dezelfde uitwerking als de hypotheek op roerend goed, hoewel vanuit een geheel andere achtergrond. De praktijk bevestigde deze lezing van art. 35 van de Politieke Ordonnantie.⁴³

III.2.2.2. Conventionele generale hypotheek (2): geen voorrecht

Gegeven echter, dat de conventionele generale hypotheek slechts geldig was wanneer zij bij het gerecht was geregistreerd,⁴⁴ zodat een derde-verkrijger toch enige mogelijkheid had om kennis te hebben van het bestaan van het zekerheidsrecht, was het onredelijk hard ten opzichte van de crediteur om hem ieder zaaksgevolg te ontzeggen. De regel werd daarom gemitigeerd door het zaaksgevolg wel toe te kennen jegens een derde-bezitter die de bezwaarde zaak om niet had verkregen.⁴⁵

39 De Groot nr. 2,48,34.

40 Lulius e.a., *Honderd rechtsgeleerde observatien IV* (1776), Den Haag 1778, nr. 37.

41 Groenewegen ad C. 4,10,14; Van der Keessel Th. 429 ad 2,48,24.

42 Groenewegen ad C. 8,13(14) auth. hoc si debitor; Bynkershoek *II*, nr. 1276. Vgl. De Blécourt/Fischer nr. 178.

43 *Rechtsgeleerde observatien IV* (nr. 37) vermeldt drie vonnissen van het Hof van Holland, van 31 juli 1609, 29 juli 1611 en 4 september 1615. Vgl. ook Pauw *I*, nr. 427; *II*, nr. 574.

44 De Groot nr. 2,48,23. Zie echter ook *Hollandse consultatien III*, nr. 173. Niet noodzakelijk voor het gerecht van de plaats waar is gecontracteerd: Voet nr. 20,1,10. Krachtens een octrooi van 8 maart 1594 (*GPB II*, nr. 2211) had een conventionele generale hypotheek alleen rechtskracht ten aanzien van onroerende zaken die in Amsterdam waren gelegen, wanneer de hypotheek voor het gerecht van Amsterdam was verleden. Een in Holland verleden generale hypotheek had alleen in Holland rechtskracht ten aanzien van onroerende zaken, zelfs al kenden andere gewesten dezelfde vorm van generale hypotheek. Voet nr. 20,1,10 en 20,1,12; Pauw *I*, nr. 187 en *III*, 1321. Vgl. Herman p.60-61; De Blécourt/Fischer nr. 179.

45 De Groot nr. 2,48,24; Voet nr. 20,1,14; Groenewegen ad C. 4,10,14.

Voet geeft een tweetal redenen om de hypotheek werking te geven tegen de verkrijger om niet.⁴⁶ In de eerste plaats wordt de verkrijger om niet anders verrijkt ten opzichte van de crediteur, die zijn zekerheidsrecht verliest zonder dat daar een offer van de verkrijger tegenover staat.⁴⁷ In de tweede plaats kan de zekerheidscrediteur zijn voldoening nog zoeken in het vermogen van de debiteur bij een vervreemding om baat, terwijl het verhaal op dat vermogen is uitgehold bij een verkrijging om niet.

Nu eenmaal was vastgesteld dat de crediteur van een conventionele generale hypotheek op onroerende zaken zijn zekerheidsrecht kon uitoefenen tegen een derde-bezitter die om niet had verkregen, rees de vraag of hij daarbij rekening moest houden met de volgorde van uitwinning van Novelle 4,2 en alle fijnzinnigheden die het gemene recht daaraan had toegevoegd. Daarbij was voor het Rooms-Hollandse recht van belang dat een Plakkaat van 1564 twee wijzigingen op de volgorde van uitwinning had aangebracht.⁴⁸ In de eerste plaats moest een hypotheek worden uitgeoefend voordat de crediteur tegen borgen kon procederen, en in de tweede plaats behoefde een crediteur niet langer verhaal te zoeken op alle erfgenamen alvorens zich te richten tegen derden-bezitters die om niet hadden verkregen.

Borgen werden naar Rooms-Hollands recht op dezelfde wijze behandeld als in het gemene recht. De Novelle 4,1 was in Holland niet afgeschaft of door gewoonterecht opzij gezet.⁴⁹ De Groot volstond daarom in de *Inleiding* met een samenvatting van de inhoud van die Novelle: borgen kunnen een exceptie opwerpen totdat het vermogen van de principale debiteur is uitgewonnen en zijn nadien aansprakelijk voor het onbetaalde deel van de schuld.⁵⁰ Wanneer de debiteur afwezig is,⁵¹ wordt voor de borgen een 'bequamen tijd' gesteld om de principale debiteur voor de rechter te voeren.⁵² De exceptie wordt niet van rechtswege toegepast⁵³

46 Voet nr. 20,1,14.

47 Zo ook: Van der Keessel Th. 429 ad 2,48,24.

48 Plakkaat van Philips II voor Holland, 21 februari 1564, *GPB I*, nr. 381 (bevestigd op 28 januari 1590, *GPB III*, nr. 587).

49 Van der Keessel Th. 501 ad 3,3,27. Vgl. Blécourt/Fischer nr. 211. Zie voor het gelijkkluidende Gelderse recht: Schraessert *I*, nr. 3,1-6.

50 De Groot nr. 3,3,27. Om aan aansprakelijkheid te ontkomen, kunnen zij goederen in handen van de debiteur of van derden aanwijzen die zich nog voor uitwinning lenen: Rooseboom, *Recueil van verscheyde keuren en costumen midtsgaders maniere van procederen binnen de stadt Amsterdam*, Amsterdam 1656, § 49,3-4; Boel/Loenius, *Decisien en observatien, beschreven en bijeen versameld* (1712), Rotterdam 1735, c.17 aant.1, p.110.; Van der Keessel Th. 507 ad 3,3,32.

51 De Groot nr. 3,3,27 vat 'afwezigheid' op als een verblijf in het buitenland. Zie ook: Voet nr. 46,1,15 en 46,1,18; Groenewegen ad C. 8,40(41) auth. praesente; Van der Keessel Th. 501 ad 3,3,27.

52 De Groot nr. 3,3,27. Vgl. Voet nr. 46,1,18.

53 Zie voor het Friese recht: Van den Sande, *Decisiones curiae Frisicae* (1615), in: *Opera omnia juridica I*, Groningen 1683, nr. 1,7,2.

en er kan bij voorbaat afstand van worden gedaan.⁵⁴ De positie van borgen verschilt slechts op één onderdeel van het vroegere gemene recht. Na uitwinning van het vermogen van de debiteur moeten op grond van het Plakkaat van 1564 eerst de derden-bezitters van met zakelijke zekerheidsrechten bezwaarde goederen worden aangesproken, voordat de crediteur zich tegen de borgen richt.⁵⁵ De volgorde van Novelle 4,2 is hier omgedraaid.⁵⁶

Het Plakkaat van 1564 bracht nog een tweede uitzondering aan op de volgorde van uitwinning. Naar het gemene Romeinse recht werden de erfgenamen van een debiteur, als opvolgers onder algemene titel, zelf behandeld als debiteuren, ook al was de vordering tegen hen door de erfopvolging verdeeld.⁵⁷ Dit betekende enerzijds dat een crediteur zijn hypotheekrecht voor het gehele bedrag kon uitoefenen tegen één der erfgenamen zoals hij dat ook tegen de erflater had kunnen doen, anderzijds moest hij alle erfgenamen aanspreken voordat hij zich richtte tot derden-bezitters. Deze laatste regel werd door het Plakkaat van 1564 afgeschaft.⁵⁸ Sindsdien kon de crediteur van een conventionele generale hypotheek op onroerende zaken in Holland bij de dood van zijn debiteur onmiddellijk overgaan tot de uitoefening van zekerheidsrechten tegen derden.⁵⁹ Daarmee was echter een wonderlijke toestand in het leven geroepen. Het Plakkaat vermeldde nergens uitdrukkelijk dat Novelle 4,2 was afgeschaft. Naar de letter van het Plakkaat genomen, kon een zekerheidscrediteur pas naar vrije keuze tegen derden-bezitters procederen *nadat* zijn debiteur was overleden. Diende hij zich nu vóór het overlijden van de debiteur nog aan de volgorde van uitwinning te houden? Korte tijd na de uitvaardiging van het Plakkaat was het Hof van Holland in de gelegenheid die vraag te beantwoorden.⁶⁰

-
- 54 De Groot nr. 3,3,29; Voet nr. 46,1,16 en 46,1,24; Van der Keessel Th. 502 en 503 ad 3,3,29. De afstand kan ook impliciet geschieden wanneer de borg zich hoofdelijk verbindt tot 'wederzijdse borgtocht', zoals wanneer de bewoordingen 'een voor al, ofte elck sonderling' worden gehanteerd. Vgl. Duyck, *Decisien en resolutien van den Hove van Holland*, Den Haag 1751, nr. 325. Anders dan in Frankrijk, werd aangenomen dat kooplieden die zich borg stelden ook een beroep op het voorrecht mochten doen: Bynkershoek III, nr. 2242.
- 55 De Groot nr. 3,3,32; Groenewegen ad C. 8,13(14) auth. hoc si debitor. Borgen konden bij overeenkomst afstand doen van een beroep op deze volgorde: Voet nr. 20,4,3.
- 56 Voet (nr. 20,4,3) noemt bovendien nog het gewoonterecht van Vlaanderen en Utrecht, krachtens hetwelk eerst tegen de derde-bezitter moest worden geprocedeerd, voordat zelfs maar het vermogen van de debiteur kon worden uitgewonnen.
- 57 Zie boven, p.104.
- 58 De erfgenamen zijn immers 'dickwils in diversche Plaetsen, Jurisdictionen ende Territorien verspreyt': Plakkaat 1564, *GPB I*, nr. 382.
- 59 Dit lijkt een aanzienlijke wijziging van de volgorde van uitwinning. Men dient echter telkens te bedenken dat het praktische belang van dit soort regels klein was, gegeven dat de meeste zekerheidsrechten in het geheel geen zaaksevolg toekwam.
- 60 Nieustad (Neostadius), *Curiae Hollandiae, Selandiae et West-Frisiae decisiones tam supremas quam provinciales* (1617), Leiden 1627, dec. 4. Abusievelijk toegeschreven aan Nieustad; de auteur is Pelgrim van Loo. Zie L.J. van Apeldoorn (ed.), *Uit de practijk van het Hof van Holland in de tweede helft van de zestiende eeuw. Een handschrift* (Oud-Vaderlandsche rechtsbronnen III,7), Utrecht 1938, p.3.

Iaspar van Utrecht vestigde in 1566 ten behoeve van Adriaan Mannemaker een jaarlijkse rente, en vestigde tot meerdere zekerheid van betaling hypotheeken op een aantal stukken grond bij Groeninge, Hoboken en Kastele. Het merendeel van het land bij Groeninge werd vervolgens verkocht aan een señor Ayala. De crediteur wilde nu voor het gehele uitstaande bedrag procederen tegen de derde-bezitter, die daartegen de exceptie van uitwinning opwierp. Het Hof oordeelde dat door het Plakkaat van 1564 de gehele Novelle 4,2 was afgeschaft, zodat de crediteur de vrije keuze had tussen het instellen van een vordering tegen de derde-bezitter of tegen de debiteur.⁶¹

III.2.2.3. Conventionele speciale hypotheek: zaaksgevolg, geen voorrecht

In tegenstelling tot de conventionele generale hypotheek op onroerende zaken werd aan de conventionele *speciale* hypotheek op onroerende zaken een volledig zaaksgevolg toegekend.⁶² Dit hangt ongetwijfeld samen met de grotere bekendheid die een derde-verkrijger kon hebben met het bestaan van deze hypotheek.⁶³ De conventionele speciale hypotheek op onroerende zaken diende immers gevestigd te worden voor het gerecht van de plaats waar de zaak was gelegen.⁶⁴

Een conventionele generale hypotheek, verleden voor een gerecht in Utrecht, had ten aanzien van de bezwaarde onroerende zaken in dat rechtsgebied dezelfde rechtskracht als een conventionele speciale hypotheek op dezelfde onroerende zaken.⁶⁵ Ten aanzien van die onroerende zaken kon de crediteur van een generale hypotheek te Utrecht dus ook zijn recht handhaven tegen verkrijgers om baat. Deze voor de hand liggende conversie van een generale hypotheek in afzonderlijke speciale hypotheeken werd ook in Den Bosch toegepast.⁶⁶

Het volledige zaaksgevolg bracht echter *niet* mee dat de crediteur verplicht was om zich aan de volgorde van uitwinning te houden.⁶⁷ Het Plakkaat van 1564 maakte geen onderscheid tussen conventionele generale en speciale

61 Vinnen (Vinnius), *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis* (1642), Leiden 1709, nr. 4,6,7,5; Groenewegen ad C. 4,10 auth. sed hodie.

62 De Groot nr. 2,48,32; Voet nr. 20,1,13; Groenewegen ad C. 8,13(14) auth. hoc si debitor; Van der Keessel Th. 433 ad 2,48,32. Vgl. De Blécourt/Fischer nr. 178.

63 Bovendien doet de latere speciale hypotheek niet af aan de eerdere speciale hypotheek, zelfs niet wanneer het feitelijke bezit van de verhypothekerde onroerende zaak aan de latere crediteur is verschaft: Van der Keessel Th. 434 ad 2,48,33.

64 De Groot nr. 2,48,30; Vinnius nr. 4,6,710; Voet nr. 20,1,10. Registratie ten gerechte was een constitutief vereiste (*GPB I*, nr. 374; *GPB I*, nr. 1952), maar de plicht tot betaling van de veertigste penning werd tot 1665 niet gezien als een vereiste voor de geldige vestiging van het hypotheekrecht (*GPB III*, nr. 1005): Neostadius dec. 28 en 29. De registratie leverde geen dwingend bewijs van het bestaan van de hypotheek: Bynkershoek *III*, nr. 2350. Vgl. Herman p.62-79; De Blécourt/Fischer nr. 179.

65 Voet nr. 20,1,14. Zie echter ook nr. 20,1,16.

66 Bynkershoek *II*, nr. 1276.

67 Zelf onbekendheid met het bestaan van het zekerheidsrecht was geen grond om een volgorde van uitwinning aan te nemen: *Hollandse consultatien III*, nr. 112.

hypotheken op onroerende zaken en gold dus voor beide categorieën.⁶⁸ Zoals hierboven is vastgesteld, werd uit dat Plakkaat in de rechtspraktijk afgeleid dat Novelle 4,2 naar het Rooms-Hollandse recht was afgeschaft. Juist ten aanzien van conventionele speciale hypotheken op onroerende zaken was het Plakkaat bovendien uitdrukkelijk bevestigd door artikel 36 van de Politieke Ordonnantie.

'Ende sullen van nu voortaan de geene die speciale hypotheecque hebben, jegens de Possesseurs van dien, sonder onderscheyt, ofte de Debiteurs, hare Erfgenamen, ofte yemant anders die 't selfde speciaal hypotheecque possideert, mogen procederen voor haer achterwesen, omme hare hypotheque daer vooren verklaert te hebben verbonden ende executabel, sonder dat de Possesseurs van dien sullen mogen sustineren, dat den Crediteur gehouden is den principalen Debiteur ofte sijnen Erfgenamen eerst t'excuseren.'⁶⁹

Het beeld is daarmee compleet geworden voor de conventionele hypotheken op onroerende zaken. De *speciale* hypotheek had een volledig zaaksgevolg, de *generale* hypotheek had slechts zaaksgevolg tegen derden die om niet verkregen. In beide gevallen stond het de crediteur echter vrij om te kiezen tegen wie hij zijn rechten wilde uitoefenen, debiteur of derde-bezitter.⁷⁰ Voor conventionele hypotheken was Novelle 4,2 dus in zijn volle omvang afgeschaft.⁷¹ Op grond van het Plakkaat van 1564 diende de crediteur, wat de volgorde van uitwinning betrof, slechts nog rekening te houden met de achtergestelde positie van borgen, wier verbintenis immers pas na de uitoefening van alle hypotheken opeisbaar was.

Het ligt in de aard van de hypotheek als zakelijk recht, dat de actie uit hypotheek wordt ingesteld tegen de *bezitter* van een met een zakelijk zekerheidsrecht bezwaarde zaak. Door vervreemding van een *speciaal* verbonden zaak om baat komt er niet van rechtswege een hypotheek op de (vordering tot betaling van de) koopprijs te rusten. Als de zaak derhalve verschillende malen is vervreemd, dan zal de crediteur telkens tegen de laatste bezitter moeten procederen, die zich dan vervolgens op zijn rechtsvoorganger kan verhalen. Er is één wat wonderlijk vonnis van het Hof van Holland bekend, waarin de crediteur werd toegestaan om tegen de voormalige (eerste) derde-bezitter te procederen, omdat vaststond

68 Van der Keessel (Th. 507 ad 3,3,32) meende op basis van de tekst van het plakkaat, dat het ten tijde van zijn uitvaardiging slechts betrekking had op de conventionele speciale hypotheek op onroerende zaken. Daarin had hij ongetwijfeld gelijk, maar zoals hij zelf ook aantekende, werd het plakkaat eveneens toegepast op conventionele generale hypotheken op onroerende zaken, zij het uiteraard niet in het geval waarin een derde om baat verkreeg.

69 Art. 36 Politieke Ordonnantie van Holland, 1 april 1580, *GPB I*, nr. 339.

70 Pauw *III*, nr. 1698. Vgl. Blécourt/Fischer nr. 180.

71 Men bedenke echter dat het Plakkaat van 1564, evenals de Politieke Ordonnantie, slechts gelding had in Holland. Onder het recht van Utrecht kon een derde-bezitter te goeder trouw bijvoorbeeld niet worden aangesproken voordat de principale debiteur was aangesproken: *Hollandse consultatien III*, nr. 112. Het Gelderse recht kende daarentegen in het geheel geen voorrecht van uitwinning: *Schrassert II*, nr. 54,35-36. Zie voor het Friese recht hieronder, p.152-154.

dat elke schakel in de keten van derden-bezitters verhaal zou hebben op zijn voorganger.⁷² Deze uitspraak uit 'redelijkheid en billijkheid' vermijdt inderdaad een lange reeks processen – niet alleen ten koste van een leerstellige rechtsopvatting, maar ook ten koste van de overige crediteuren van de voormalige (eerste) derde-bezitter, die zich opeens geconfronteerd zien met een zekerheidscrediteur, in plaats van een concurrente crediteur met een actie uit uitwinning. Het is goed dat deze onzalige weg voor zover bekend geen navolging heeft gekregen.

III.2.3. Afwijkende regeling: Amsterdams octrooi

Al snel na de uitvaardiging van de Politieke Ordonnantie in 1580 wist Amsterdam een uitzondering te bedingen op artikel 35 (de latere speciale conventionele hypotheek op een onroerende zaak gaat vóór een eerdere generale hypotheek op een onroerende zaak). Naar Amsterdams gewoonterecht kwam aan de generale hypotheek van oudsher dezelfde rechtskracht toe als aan de speciale hypotheek, zodat alleen de prioriteit bepalend was voor de rangorde van zekerheidsrechten.⁷³ Voor een handelsstad kan men zich deze conformering aan het gemene, Romeinse recht in het belang van het kredietverkeer heel wel voorstellen. Bovendien leidde de gangbare interpretatie van artikel 35 van de Politieke Ordonnantie tot de conclusie dat aan de generale hypotheek op onroerende zaken geen zaaksgevolg toekwam, hetgeen evenmin bevorderlijk zou zijn voor het kredietverkeer. De Staten van Holland vaardigden om aan de bezwaren tegemoet te komen in 1594 een octrooi uit, waarin het Amsterdamse gewoonterecht in ere werd hersteld.⁷⁴ Nu had de Politieke Ordonnantie slechts het oog op de conventionele hypotheek op onroerende zaken. Het octrooi was echter ruimer geformuleerd en stelde de conventionele generale hypotheek op *alle* goederen in rechtskracht gelijk aan de conventionele speciale hypotheek. Voor de praktijk maakte de ruimere formulering geen verschil, omdat de conventionele hypotheek op roerende zaken toch alleen werking had voor zover die zaken zich nog bevonden onder de debiteur, en een generale hypotheek in dat geval toch al voorging op een latere speciale hypotheek.

Het belangrijkste gevolg van het octrooi was dat aan een conventionele generale hypotheek op onroerende zaken, verleden te Amsterdam, dezelfde rechtskracht toekwam als een conventionele speciale hypotheek op onroerende zaken.⁷⁵ Nu de latere speciale hypotheek geen afbreuk deed aan de eerdere generale hypotheek op onroerende zaken, was er ook geen reden om aan te nemen dat de debiteur door *vervreemding* van de verhypotheekte zaak afbreuk kon doen aan de generale hypotheek op onroerende zaken:

72 Neostadius dec. 16; Voet nr. 20,4,6; Van der Keessel Th. 433 ad 2,48,32.

73 Octrooi Staten van Holland, 8 maart 1594, *GPB II*, nr. 2211-2213; Van der Keessel Th. 438 ad 2.48,38.

74 Octrooi Staten van Holland, 8 maart 1594, *GPB II*, nr. 2211; bevestigd bij Octrooi Staten van Holland, 30 januari 1608, *GPB II*, nr. 3005.

75 De Groot nr. 2,48,40; Pauw *II*, nr. 574.

hij kon dat immers ook niet door de latere *bezwaring* met een speciale hypotheek.⁷⁶ Te Amsterdam had een conventionele generale hypotheek op onroerende zaken dus volledig zaaksgevolg en niet slechts werking tegen verkrijgers om niet van de bezwaarde zaak, mits de hypotheek op de juiste manier was gevestigd.⁷⁷

De stad Leiden, na Amsterdam de grootste handelsstad van de Republiek, kende vóór invoering van de Politieke Ordonnantie een daarmee strijdige gewoonte. Krachtens Leids gewoonterecht, vastgelegd in artikel 71 van de Keur van 1483,⁷⁸ werd de derde-verkrijger van een met een conventioneel generaal zekerheidsrecht belaste onroerende zaak niet bevrijd van de hypotheek totdat een termijn van drie jaar was verstreken. Dezelfde gewoonte gold in Oudewater.⁷⁹ Zonder uitdrukkelijke goedkeuring van de Staten van Holland was een dergelijke gewoonte echter nietig, want strijdig met het verordonneerde recht. Het Hof van Holland verwierp haar dan ook⁸⁰ en in latere keuren komt zij niet meer voor.⁸¹

Het Octrooi van 1594 stelde voor het Amsterdamse recht de Politieke Ordonnantie buiten werking. Men zou geneigd zijn daaruit te concluderen dat het gemene recht in Amsterdam daarmee zijn kracht hernam, zodat de conventionele speciale hypotheek op onroerende zaken tegen derden-bezitters alleen kon worden geëxecuteerd nadat de principale debiteur was aangesproken. Het Plakkaat van 1564 had echter zijn gelding behouden, zodat de volgorde van Novelle 4,2 ook voor het recht van Amsterdam was afgeschaft. De crediteur van een conventionele hypotheek op onroerende zaken had dus ook in Amsterdam de vrije keuze tussen een vordering tegen derde-bezitter en debiteur.

III.3. LEGALE HYPOTHEKEN

III.3.1. Legale hypotheek op onroerende zaken: zaaksgevolg

De rechtskracht van legale hypotheeken was onder het Romeinse recht gelijk aan de rechtskracht van conventionele hypotheeken. Door het gewoonterecht van Holland was daarin geen verandering gebracht.⁸² Dit betekende echter

76 Van der Keessel Th. 429 ad 2,48,24. Anders: Pauw (*II*, nr. 574), die meende dat het Octrooi slechts betrekking had op de prioriteit tussen opeenvolgende zekerheidsnemers. De zaak werd aldaar echter afgedaan op het gegeven dat de generale hypotheek niet geldig was gevestigd.

77 Groenewegen (*Aantekeningen bij de Inleydinge* (1644), Leiden 1767, aant.29 ad 2,48,24) vermeldt ter ondersteuning een beslissing van de Hoge Raad van 19 maart 1633. Zie ook: Voet nr. 20,1,14; Groenewegen ad C. 4,10,14; Bynkershoek *II*, nr. 1879.

78 Aangehaald bij Van Leeuwen nr. 4,13,19 en Van der Keessel Th. 429 ad 2,48,24.

79 Van der Keessel Th. 429 ad 2,48,24.

80 Duyck nr. 196. Vgl. Van Leeuwen nr. 4,13,19.

81 Herman p.83.

82 Groenewegen ad D. 49,14,47,pr.

dat ook aan de legale hypotheek op roerende zaken (bijvoorbeeld de hypotheek van een verhuurder op de inboedel van het verhuurde huis⁸³) krachtens het adagium *mobilia non habent sequelam* geen zaaksgevolg toekwam.⁸⁴ De verkrijging door derden van met legale hypotheek bezwaarde roerende zaken deed zich daarom niet voor. De vraag was echter of aan de legale hypotheek op *onroerende* zaken zaaksgevolg toekwam, en zo ja, in hoeverre de volgorde van uitwinning van toepassing was. Zoals eerder is gebleken, werd de rechtskracht van een *conventionele* hypotheek op onroerende zaken niet zozeer door het gewoonterrecht beheerst, als wel door bijzonderlijk daartoe strekkende wetgeving door de Staten van Holland. Ging de gelijkstelling in rechtskracht van legale en conventionele hypotheeken nu zo ver, dat deze bepalingen op legale hypotheeken van overeenkomstige toepassing waren?

De relevante ordonnanties gaven zelf geen aanleiding tot die conclusie. Krachtens een Plakkaat van 1529 diende een conventionele speciale hypotheek op onroerende zaken te worden geregistreerd bij het gerecht van de plaats waar de onroerende zaak was gelegen.⁸⁵ Deze regeling was echter *niet* van toepassing op legale hypotheeken.⁸⁶ Het Plakkaat van 1564 behandelde alleen conventionele hypotheeken.⁸⁷ Ook de Politieke Ordonnantie van 1580 heeft in artikel 35 en 36 alleen de conventionele hypotheeken op het oog, zonder enige melding te maken van legale hypotheeken.⁸⁸

In ieder geval werd in navolging van het Romeinse recht en bij gebrek aan andersluidend gewoonterrecht aangenomen, dat de legale hypotheek op onroerende zaken zaaksgevolg toekwam. De legale generale hypotheek op onroerende zaken had zelfs een volledig zaaksgevolg, niet alleen tegen verkrijgers om niet (zoals de conventionele variant) maar ook tegen verkrijgers

83 De Groot nr. 2,48,17.

84 Groenewegen ad C. 8,9,1; Van der Keessel Th. 432 ad 2,48,29 en Th. 437 ad 2,48,36. Pauw (I, nr. 427) had zijn aarzelingen bij de toepassing van het adagium. De rechtsgeleerde literatuur was daarentegen overwegend van oordeel dat de hypotheek zelfs geen zaaksgevolg toekwam wanneer het bezit door een *constitutio in possessionem* aan de derde was verschaft: *Hollandse consultatien III*, nr. 174; *Vervolg op de Hollandsche consultatien en advysen, door voornaame zoo Hollandsche als Zeeuwsche en andere rechtsgeleerden over gewichtige quaestien*, Amsterdam 1780, nr. 89.

85 Plakkaat van Karel V, 1529, *GPB I*, nr. 374.

86 Neostadius dec. 30. Uiteraard behoefde de 40e penning evenmin te worden voldaan over legale hypotheeken: Van der Keessel Th. 427 ad 2,48,23. De Staten van Holland bevestigden dit uitdrukkelijk in een plakkaat van 5 februari 1665 (*GPB III*, 1005) en in een nadere verklaring daarvan, op 28 februari 1665 (*GPB III*, 1007).

87 Plakkaat van Philips II, 21 februari 1564, *GPB I*, nr. 380 (bevestigd op 28 januari 1590, *GPB III*, nr. 587). 'ghewoonlijcken zijn te nemen tot onderpant ende verseeckerheit eenige Immeuble goedingen; [...] die Hypotheecque die by hem gestelt is; [...] voor de selve schulde oock eenich onderpant oft hypotheecque sal wesen gestelt.'

88 Politieke Ordonnantie, 1 april 1580, *GPB I*, nr. 338. Art. 35: 'de clause van de speciale hypotheecque [...] gestelt jegens den genen die na de selve constitutie by den Constituant speciale hypotheecque is gestelt; [...] de geene dien specialijck eenige onroerende goederen verbonden sullen worden [...] sullen worden geprefereert den genen dien onder generale hypotheecque [...] gestelt sal wesen.' Vgl. Van der Keessel Th. 436 ad 2,48,34.

om baat.⁸⁹ Dit hangt samen met het feit dat de verhouding tussen speciale en generale *legale* hypotheeken niet bijzonderlijk was geregeld, zodat de onderlinge rangorde slechts werd bepaald door de regels van prioriteit uit het Romeinse recht.⁹⁰ Aangezien de latere *legale speciale* hypotheek op onroerende goederen niet vóórging op de eerdere *legale generale* hypotheek,⁹¹ was er ook geen reden om aan te nemen dat de *legale generale* hypotheek op onroerende goederen geen zaaksgevolg zou hebben. Als het later gevestigde speciale zekerheidsrecht immers niets afdoet aan het eerder gevestigde generale zekerheidsrecht, dan zal de vervreemding van de bezwaarde zaak daaraan ook niets afdoen.⁹²

III.3.2. Analoge toepassing van de Politieke Ordonnantie

De bovenstaande conclusies omtrent het zaaksgevolg van *legale* hypotheeken op onroerende zaken werden door de rechtspraak ondersteund. Dat resultaat viel slechts te bereiken door de statuten, in het bijzonder artikel 35 van de Politieke Ordonnantie, *niet* analoog toe te passen op de *legale* hypotheek op onroerende zaken.⁹³ Bij een analoge toepassing zou de *legale generale* hypotheek op onroerende zaken immers slechts een beperkt zaaksgevolg hebben gehad, zoals dat ook het geval was bij de conventionele *generale* hypotheek op onroerende zaken. Het wekt dan ook enige verbazing dat de meeste schrijvers, toen het volledige *zaaksgevolg* van de *legale* hypotheek op onroerende zaken eenmaal was vastgesteld, zonder verdere verklaring overgingen tot analoge toepassing van de ordonnanties op het *keuzerecht* van de crediteur van een *legale* hypotheek. Zo voerde Voet artikel 36 van de Politieke Ordonnantie aan voor de stelling, dat de crediteur van een *legale* hypotheek op onroerende zaken volledige vrijheid had bij het instellen van zijn acties.⁹⁴ Deze analoge toepassing van het statuut was des te merkwaardiger omdat daardoor niet alleen de regeling van Novelle 4,2 werd afgeschaft, maar ook de volgorde van het klassieke Romeinse recht, dat immers vóór Justinianus al een volgorde van uitwinning kende ten aanzien van de *legale* hypotheeken.⁹⁵ Om deze redenen keerde de Leidse hoogleraar Van der Keessel (1738-1816), een van de laatste grote commentatoren op het Rooms-

89 Voet nr. 20,1,14. Vgl. De Blécourt/Fischer nr. 178.

90 Voet t.a.p.; Van der Keessel Th. 429 ad 2,48,24.

91 Zelfs een conventionele speciale hypotheek gaat niet voor op een eerdere *legale generale* hypotheek: *Hollandse consultatien IV*, nr. 189 en 392; Boel/Loenius c.17; Bynkershoek *II*, nr. 1177.

92 Voet nr. 20,1,14: 'Quorum autem eadem vis est quantum ad praelationis effectum, eorum cur non etiam par esset potestas ad res non nisi cum suo onere in tertium transmittendas, causam non animadverto.'

93 *Hollandse consultatien IV*, nr. 189; Van der Keessel Th. 429 ad 2,48,24.

94 Voet nr. 20,4,3.

95 Om deze reden meldt Groenewegen (ad D. 49,14,47,pr.) geheel consequent dat niet alleen de *authentica* 'hoc si debitor' is afgeschaft, maar ook de *lex Moschis*.

Hollandse recht, zich aan het einde van de hier beschreven periode tegen het standpunt van Voet, dat inmiddels algemeen was aanvaard.⁹⁶ Aangezien de Politieke Ordonnantie in art. 36 niets had bepaald ten aanzien van legale hypotheek op onroerende zaken, zo betoogde Van der Keessel, was de regeling van het Romeinse recht voor deze categorie van kracht gebleven.⁹⁷ Dit betekende dat de crediteur van een legale hypotheek naar Rooms-Hollands recht eerst het vermogen van zijn debiteur zou moeten uitwinnen, voordat hij zich richtte tegen derden-bezitters van de onroerende zaken.⁹⁸

III.3.3. Voet: gelijkstelling aan conventionele hypotheek

De prioriteit tussen legale hypotheek werd onderling bepaald naar de regels van het Romeinse recht.⁹⁹ Een latere conventionele speciale hypotheek op onroerende zaken ging bovendien niet vóór op een eerdere legale generale hypotheek op diezelfde zaken.¹⁰⁰ Daaruit viel af te leiden dat aan *alle* legale hypotheek dezelfde rechtskracht toekwam als aan conventionele speciale hypotheek:¹⁰¹ zij moesten dus *niet* worden gelijkgesteld aan generale hypotheek. Eén en ander bracht mee dat te dien aanzien ook het 'beneficium excussionis realis' van toepassing was.¹⁰² De crediteur van een *legale* hypotheek, of deze nu speciaal of generaal was, diende daarom eerst een eventuele conventionele speciale hypotheek uit te oefenen, voordat hij gebruik maakte van zijn legale hypotheek. Deze gelijkstelling in rechtskracht, van legale hypotheek aan conventionele speciale hypotheek, gaf Voet een tweede argument in handen om het voorrecht van uitwinning *niet* toe te passen ten aanzien van legale hypotheek.¹⁰³ Wellicht hadden de ordonnanties geen betrekking op legale hypotheek, maar hetzelfde resultaat kon worden bereikt door interpretatie van het gemene recht. Kort na de uitvaardiging van Novelle 4,2 had Justinianus immers een wet uitgevaardigd, opgenomen als Novelle 112,1, die een verandering had aangebracht in de volgorde van uitwinning; in deze wet werd uitdrukkelijk een onderscheid gemaakt tussen speciale en generale hypotheek.¹⁰⁴

96 Zie echter de bedenkingen van Pauw (*I*, nr. 427).

97 Van der Keessel Th. 429 ad 2,48,24; Th. 436 ad 2,48,34; Th. 437 ad 2,48,36. Vgl. Boel/Loenius c.17 aant.1, p.124.

98 Vgl. Pauw *I*, nr. 427.

99 Van der Keessel Th. 437 ad 2,48,36.

100 Pauw *III*, nr. 1756. Zie verder *Hollandse consultatien IV*, nr. 189 en nr. 392; Boel/Loenius c.17; Bynkershoek *II*, nr. 1177; *III*, nr. 2393. Een uitzondering vormde de voorbehouden hypotheek ('kusting') van een verkoper: Pauw *II*, nr. 986 en *III*, nr. 1196. Vgl. Blécourt/Fischer nr. 182.

101 *Hollandse consultatien III*, nr. 112; *IV*, nr. 189 en 392; Van der Keessel Th. 437 ad 2,48,36.

102 Zwolve, *Gr.O.M.* 26, 2009 [in druk].

103 Voet nr. 20,4,3.

104 Zie hierboven, p.118 e.v.

Wanneer een hypothecaire actie reeds aanhangig was gemaakt tegen de debiteur en deze vervreemde gedurende de procedure de bezwaarde zaak¹⁰⁵ zonder de pandcrediteur af te lossen uit de opbrengst, dan had de crediteur van een *speciale* hypotheek op grond van Novelle 112,1 de mogelijkheid om onmiddellijk te procederen tegen de derdeverkrijger, zonder eerst het vermogen van zijn debiteur te moeten uitwinnen. Placentinus had in de twaalfde eeuw al gesuggereerd dat deze Novelle ook toepassing kon vinden buiten het geval waarin de hypothecaire actie aanhangig was gemaakt, telkens wanneer de verkrijger met de vervreemder was overeengekomen om de koopprijs aan de zekerheidscrediteur te voldoen ter betaling van de verzekerde schuld.¹⁰⁶

Voet ging nog een stap verder dan de oudere gemeenrechtelijke literatuur. Naar zijn gevoelens kon de crediteur van een *speciale* hypotheek zich in *alle* gevallen onmiddellijk verhalen op een derde-verkrijger als de koopprijs niet was gebruikt voor aflossing van de verzekerde schuld, dus ook zonder een daartoe strekkend beding tussen vervreemder en verkrijger, en ook als nog geen procedure was begonnen.¹⁰⁷ Een derde-verkrijger die bekend is met het bestaan van het zekerheidsrecht¹⁰⁸ en de zaak desondanks koopt, zonder te bedingen dat de koopprijs wordt aangewend ter betaling van de schuld, zou geen beroep mogen doen op het voorrecht van uitwinning.¹⁰⁹

Eenzijds wist de verkrijger wat hij zich op de hals haalde door een zaak in bezwaarde staat te kopen, zodat hem geen hulp moet worden geboden; maar dit argument kan ook worden omgedraaid. De volgorde van uitwinning maakt anderzijds, als zij eenmaal bestaat, onderdeel uit van de verwachtingen van de koper die bekend is met het bestaan van het zekerheidsrecht.

Wat van dit laatste ook zij, de lezing die Voet gaf leidde tot de onontkoombare conclusie dat Novelle 4,2 alleen van toepassing was op *generale* hypotheeken.¹¹⁰ De achtergrond daarvan lag in het gegeven dat de crediteur van een generale hypotheek zich zonder veel problemen kon verhalen door zijn hypotheek op de overige vermogensbestanddelen van de debiteur, zodat er goede grond was een derde-bezitter niet eerder aan te spreken dan de debiteur zelf. De crediteur van een speciale hypotheek kon zijn zakelijke zekerheidsrechten echter alleen uitoefenen tegen de derde-verkrijger: als hij zich aan de volgorde van uitwinning moest houden, dan zou zijn positie door de

105 Evenals naar het gemene recht, was het naar Rooms-Hollands recht niet mogelijk om de zaak hangende de procedure te bezwaren. *Hollandse consultatien II*, nr. 85.

106 Zie hierboven, p.124-125. Men bemerkt hier al iets van de gedachte dat een derde-verkrijger die op de hoogte is van het bestaan van het zekerheidsrecht, geen beroep moet kunnen doen op het voorrecht van uitwinning.

107 Voet nr. 20,4,3. Vgl. Pelinck p.8.

108 Registratie werd vereist voor een geldige conventionele hypotheek op onroerende zaken. De legale generale hypotheek op onroerende zaken was ook geldig zonder registratie: Waarschuwing Staten van Holland 5 februari 1665, *GPB III*, nr. 1005; Nadere verklaring Staten van Holland, 28 februari 1665, *GPB III*, nr. 1007.

109 Voet nr. 20,4,3. 'Jura deceptis non item scientibus subvenire ac parcere soleant.'

110 Vgl. Zwolve, 'Over het voorrecht van uitwinning bij stille verpanding van vorderingen', *RM Themis* 7, 1996, p.249-250.

vervreemding zijn verslechterd. Er was dus een goede reden om de crediteur van een speciale hypotheek te beschermen tegen de exceptie van uitwinning.

Ten opzichte van conventionele hypotheeken leidde dit inzicht niet tot nieuwe resultaten. Zoals hierboven is vastgesteld, was het voorrecht van uitwinning op deze categorie van zekerheidsrechten toch al niet van toepassing. Krachtens de Politieke Ordonnantie en het Plakkaat van 1564 was Novelle 4,2 voor conventionele hypotheeken immers afgeschaft. Maar als de rechtskracht van legale hypotheeken gelijk stond aan de rechtskracht van conventionele speciale hypotheeken, dan was dat een sterk argument om deze legale hypotheeken onder de vigeur van Novelle 112,1 te brengen. Aldus werd hetzelfde resultaat bereikt door interpretatie van het gemene recht als door analoge interpretatie van de ordonnanties: dat wil zeggen, dat het voorrecht van uitwinning geen toepassing vond op legale hypotheeken¹¹¹ omdat het ook geen toepassing had op conventionele speciale hypotheeken. Dit nu, was beslist nieuw.¹¹²

III.3.4. Hoge Raad: geen volgorde van uitwinning

Het lijkt erop dat de hierboven beschreven mening, dat tegen legale hypotheeken geen beroep op het voorrecht vrijstond, ingang heeft gevonden bij de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland. In tenminste één arrest werd juist deze vraag opgeworpen, zij het niet door de procespartijen maar door één der raadsheren. Het antwoord kostte de overige raadsheren de nodige hoofdbreken, te meer daar de procedure betrekkelijk ingewikkeld was en de procespartijen al enige malen eerder voor de Raad waren verschenen. De verschillende gedingen zijn terug te vinden in de *Observationes tumultuariae novae* van Willem Pauw (1712-1787), het juridisch dagboek dat hij bijhield gedurende zijn tijd als raadsheer en president van de Hoge Raad, als voortzetting van de aantekeningen (*Observationes tumultuariae*) van zijn schoonvader Cornelis van Bynkershoek (1673-1743) die eveneens raadsheer en president van de Raad was geweest. Het betrof de zaak van de weduwe Sara Luyken, die hier verkort wordt weergegeven.¹¹³

Sara was in een procedure verwickeld geweest en gevangen gezet in de kerker van de Hoge Raad. Zij wist daaruit te ontsnappen met de hulp van de vrouw van de cipier. Nog vóór haar gevangenzetting had zij enige obligaties vervreemd aan haar zoon Abraham en aan 'Titius' en 'Maevius'. Het hoger beroep van Sara liep nog, maar de Staat zag al aankomen

111 Vgl. Groenewegen ad D. 49,14,47,pr.

112 Ik merk op dat een aantal glossatoren had betoogd dat de volgorde van uitwinning juist wel van toepassing was op legale hypotheeken en juist niet op conventionele hypotheeken, die beheerst zouden worden door Nov. 112,1; deze leer werd echter door de Glosse al verworpen. Zie eerder, p.120-121.

113 Pauw *I*, nr. 279, 293, 331, 342, 359 en 427.

dat zij die procedure bij verstek zou verliezen, en daarna zou worden veroordeeld in de aanzienlijke proceskosten. Teneinde het verhaal voor die proceskosten veilig te stellen, legde de advocaat-fiscaal onder de Staten van Holland beslag op de opbrengst van de vereemde obligaties, waarop de verkrijgers van die stukken een procedure begonnen tot opheffing van het beslag. De Staat vorderde in reconventie vernietiging van de eigendoms-overdrachten op grond van de *actio Pauliana*.¹¹⁴ Deze laatste eis werd afgewezen omdat de vordering op Sara nog niet vaststond: het hoger beroep had immers nog niet gediend en Sara was nog niet veroordeeld in de proceskosten. Het beslag werd echter niet opgeheven want, zo stelde de Hoge Raad vast, de Staat had een geldig pandrecht verkregen op de vorderingen krachtens zijn legale generale hypotheek op het vermogen van zijn debiteur, dat hem in staat stelde beslag te leggen op de opbrengst van de obligaties.¹¹⁵ Nadat Sara Luyken inderdaad bij verstek was veroordeeld in het hoger beroep en de proceskosten schuldig werd aan de Staat, vorderde deze laatste krachtens zijn pandrecht bovendien afgifte van de obligaties door de verkrijgers van die stukken.

De eerste vraag waarover de raadsheren zich moesten buigen, was of aan het pandrecht op de obligaties zaaksgevolg toekwam. Door 'duo tresve' raadsheren werd dat ontkend op grond van het adagium dat de hypotheek op roerend goed geen zaaksgevolg heeft. Een andere raadsheer meende echter dat het zaaksgevolg van het zekerheidsrecht enige verwantschap vertoonde met de *actio Pauliana* en daarom ingeroepen kon worden tegen verkrijgers te kwader trouw. Pauw was zelf niet erg gecharmeerd van de regel '*mobilia non habent sequelam*', maar durfde hem niet zomaar af te schaffen. Hij koos daarom een andere strategie en stelde dat vorderingen geen roerende of onroerende zaken waren, maar behoorden tot een derde categorie,¹¹⁶ waarop de regel omtrent zaaksgevolg in geen geval betrekking had. Het pandrecht was daarom in stand gebleven.

Vervolgens werd door een raadsheer de vraag opgeworpen of de fiscus zich in dit geval niet eerst moest verhalen op het vermogen van zijn debiteur. Zijn redenering is instructief: hij beriep zich voor zijn stelling op het voorrecht van uitwinning uit Novelle 4,2, dat voor *generale* hypotheeken niet was afgeschaft door het Plakkaat van 1564 of door de Politieke Ordonnantie van 1580. De fiscus was voorzien van een legale generale hypotheek en moest zich om die reden houden aan de volgorde van uitwinning. De andere raadsheren voerden daartegen aan dat art. 36 van de Politieke Ordonnantie, houdende de afschaffing van de volgorde van uitwinning, door de gerechts-

114 De procedure tussen de fiscus en de verkrijgers van de obligaties werd nog ernstig bemoeilijkt door de bemoeienissen van de koning van Pruisen, Frederik de Grote. Diens handelsagent in Amsterdam had zich de stukken in fiduciaire eigendom laten overdragen door Abraham, zo stelde de koning. Hij stuurde een brief op poten aan de Staten-Generaal, waarin hij de Staten van Holland (onder meer) beschuldigde van schending van de diplomatieke immuniteit; bovendien wenste hij niet aan de rechtsmacht van de Hoge Raad te worden onderworpen. De Staten, hierdoor enigszins verontrust, wendden zich om advies tot de Hoge Raad, die vrij laconiek reageerde. Zie Pauw I, nr. 331. Sara was overigens, wellicht niet geheel toevallig, gevluht naar het Hof van Pruisen.

115 Deze *legale* hypotheek vloeide voort uit het feit dat Sara een proces was begonnen, en derhalve in zekere zin met de Staat had gecontracteerd.

116 Zie hierboven, p.133.

hoven op *alle* zekerheidsrechten werd toegepast.¹¹⁷ Na lang nadenken veranderde Pauw van mening, omdat art. 36 van de Politieke Ordonnantie *inderdaad* slechts betrekking had op speciale hypotheeken.¹¹⁸ De ‘*usus fori*’ wist echter te overwinnen: bij arrest van 19 mei 1752 stelde de Hoge Raad vast dat ‘de aangehoude obligatiën aanspraakelijk waaren voor ‘t agterweezen van ‘t land’ en dat, als Abraham (die jegens de andere verkrijgers toch aanspraakelijk was uit hoofde van uitwinning) niet wenste te schikken, de stukken afgegeven dienden te worden. Daarmee was in rechte vastgesteld dat Novelle 4,2 in het geheel geen gelding meer had onder het Rooms-Hollandse recht: die bepaling was voor conventionele speciale hypotheeken afgeschaft krachtens ordonnantie, en in de rechtspraak werd deze ordonnantie ook toegepast op alle andere hypotheeken.¹¹⁹

III.4. HET ROOMS-FRIESE RECHT

III.4.1. Inleiding: zaaksgevolg van de hypotheek op roerende zaken

De volgorde van uitwinning uit Novelle 4,2 speelde, zo bleek, in het Rooms-Hollandse recht geen enkele rol meer. Een crediteur had de vrije keuze tussen een actie tegen zijn debiteur en een actie tegen een derde-bezitter van de bezwaarde zaak. Deze afwijking van de eerdere gemeenrechtelijke traditie was het gevolg van (de uitleg van) bijzondere wetgeving van de Staten van Holland. Die wetgeving gold, uit de aard der zaak, *niet* in de andere delen van de Republiek; in het bijzonder gold zij niet in het gewest Friesland, waar bovendien sterker dan in andere delen van de Republiek belang werd gehecht aan het gezag van het Romeinse recht.¹²⁰ Vanaf de oprichting van het Hof van Friesland in 1499, en versterkt nog door de oprichting van de universiteit van Franeker in 1585, was het gemene, Romeinse recht daar sterk op de voorgrond getreden, ondanks het feit dat het formeel slechts subsidiaire gelding had.¹²¹ De Staten van Friesland beperkten zich tot het uitvaardigen van een (betrekkelijk beknopte) Landsordonnantie in 1602, herzien in 1723; in de gevallen waarin deze ordonnantie niet had voorzien en waarin het gewoonterecht evenmin uitkomst bood – en dat was de meerderheid van gevallen – gold het Romeinse recht, zoals dat naar de maatstaven van het eerdere gemene recht werd uitgelegd.¹²²

117 Pauw *I*, nr. 427: ‘Ceteris vero id displicuit, quod dicebant id quod dicta § 36 Ordin. Polit. statutum est de pignore speciali, usu fori in quocunque pignore servari, reducto sic veteri jure Romano.’

118 *Ibid.*: ‘Sed re diligentius perpensa nunc muto sententiam. Iste enim § 36 Ordin. Polit. diserte agit de pignore speciali et ad illud unice restringi potest.’

119 Anders en onjuist: Blécourt/Fischer nr. 180 nt.2.

120 Vgl. Lokin/Jansen/Brandsma p.20.

121 Lokin/Jansen/Brandsma p.21 en 24.

122 Lokin/Jansen/Brandsma p.26-27.

Een aardige illustratie hiervan, en tevens de belangrijkste reden om voor het hier besproken onderwerp enige aandacht aan het Rooms-Friese recht te besteden, is het feit dat in Friesland de regel ‘*mobilia non habent sequelam*’ niet gold.¹²³ De hypotheek op roerende zaken kende derhalve in Friesland volledig zaaksgevolg. Evenals onder het Romeinse recht het geval was, kon een dergelijke hypotheek bovendien worden gevestigd door enkele overeenkomst.¹²⁴ Wat meer is, het Friese recht kende ook de generale hypotheek op een geheel vermogen, eveneens gevestigd bij enkele overeenkomst, en de legale hypotheek die door het recht aan bepaalde vorderingen werd verbonden.¹²⁵ Geen van deze zekerheidsrechten behoefde te worden geregistreerd om derdenwerking te verkrijgen.¹²⁶ Het Romeinse recht ten aanzien van zekerheidsrechten was, met al zijn tekortkomingen, in Friesland dus in zijn volle omvang gerecipieerd.

III.4.2. Voorrecht van uitwinning bij speciale en generale hypotheeken

Het bestaan van ‘geheime’ hypotheeken bracht een probleem mee dat al eerder aan de orde is geweest. Zolang de bezwaarde goederen zich in handen bevonden van de schuldenaar of van de zekerheidsnemer (als recht van vuistpand), deden zich geen moeilijkheden voor.¹²⁷ Dat lag anders als het bezit van de bezwaarde goederen aan derden was verschaft. De zekerheidsgever bleef uiteraard, als eigenaar, bevoegd om de bezwaarde zaak te vervreemden;¹²⁸ het zakelijke recht van de zekerheidsnemer bleef daarbij al even vanzelfsprekend in stand. Een crediteur had daarom steeds de mogelijkheid om zijn zekerheidsrecht uit te oefenen tegen de derde-verkrijger van een bezwaarde zaak, tot verhaal van de vordering op zijn schuldenaar.¹²⁹ Aldus liepen derden-verkrijgers een groot risico om goederen te verkrijgen die waren bezwaard met zekerheidsrechten wier bestaan zij niet kenden en waartegen zij niet werden beschermd. Het wekt, bezien in dit licht, geen verbazing dat de volgorde van uitwinning van Novelle 4 onderdeel uitmaakte

123 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 49,12 en 50,40; *Praelectionum juris civilis III, quae est ad libros unum et triginta posteriores Pandectarum* (1690), Leipzig 1735, nr. 20,1,10; Z. Huber, *Observationes rerum forensium ac notabilium in suprema Frisorum curia judicatarum I*, Franeker 1723, nr. 27. Zie ook: Lokin/Jansen/Brandsma p.87-104.

124 De wilsovereenstemming behoeft slechts ‘klaer en duidelijk’ te zijn: Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 47,3-4.

125 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 47,7-8.

126 De registratie was echter wel van belang voor de vaststelling van preferentie. Vgl. Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 50,47 en 54; Z. Huber II, nr. 62; Binckes, *Verklaaringe van de statuten, ordonnantien, reglementen en costumen van rechte in Friesland I*, Leeuwarden 1785, p.167-172 en 180.

127 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 49,1. Vgl. Lokin/Jansen/Brandsma p.94.

128 Huber, *Praelectionum III*, nr. 20,1,15.

129 De hypothecaire actie was echter aan een verjaringstermijn gebonden: Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 49,5-8.

van het in Friesland gerecipieerde recht, zoals aangegeven door Ulrik Huber (1636-1694), de belangrijkste vertegenwoordiger van het Rooms-Friese recht.

‘Want soo veel de verkochte ende die by een derde of vierde bezeeten worden, aengaet, de Crediteur moet eerst den Schuldenaar aanspreken, als ook sijn borgen, ende de selve ganschelijk uitschudden,¹³⁰ eer hy een derde bezitter van het goetd dat hem ten hypoteek gestelt is, mag moeilijk vallen.’¹³¹

Huber, die hoogleraar was te Franeker en raadsheer in het Hof van Friesland, en derhalve zowel in de academie als in de rechtspraktijk goed was ingevoerd, wees er vervolgens op dat in Friesland enig debat bestond over de reikwijdte van Novelle 4,2. Het was hetzelfde debat dat in het voorgaande aan de orde is geweest:¹³² kort na de invoering van Novelle 4,2 had Justinianus een tweede wet uitgevaardigd, opgenomen als Novelle 112, die een andere regeling lijkt te geven van de volgorde van uitwinning. In een lezing van die laatste Novelle zoals die voor het Rooms-Hollandse recht door Voet werd verdedigd, was het voorrecht van uitwinning uit de eerdere Novelle door de latere Novelle ingeperkt tot *generale* hypotheek.¹³³ De vraag was nu of tegen de crediteur die was voorzien van een *speciale* hypotheek geen beroep op het voorrecht openstond. Velen, zo meldt Huber, waren die mening inderdaad toegedaan, zoals bleek uit een arrest van het Hof van Friesland uit 1643.¹³⁴ Zelf meende hij echter dat de billijkheid zulks niet vereiste, terwijl de tekst van Novelle 112,1 geen enkele aanleiding gaf om te denken dat het voorrecht van uitwinning voor speciale hypotheek was afgeschaft.¹³⁵

Nu was de extensieve interpretatie van Novelle 112 al in de twaalfde eeuw weerlegd door Bassianus; zijn beperkende uitleg van die bepaling was sindsdien door het grootste gedeelte van de gemeenrechtelijke literatuur gevolgd.¹³⁶ Het is dus alleszins opmerkelijk dat hetzelfde debat in Friesland nog in de zeventiende en achttiende eeuw werd gevoerd. Dit gegeven valt echter te verklaren uit de invloed die het Rooms-Hollandse recht ook in Friesland uitoefende. Zoals hierboven is vastgesteld,¹³⁷ was het voorrecht van uitwinning daar afgeschaft ten aanzien van conventionele speciale hypotheek, door art. 36 van de Politieke

130 Als de insolventie van de debiteur en diens borgen vaststaat, dan mag de crediteur onmiddellijk procederen tegen de derde-bezitter: Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 49,3; *Praelectionum III*, nr. 20,1,8.

131 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 49,1.

132 Zie p.117-125 en 147-149.

133 Voet nr. 20,4,3.

134 Huber verwijst voor het arrest naar de verzameling van uitspraken die was aangelegd door Gaius Nauta: *De decisien van het Hoff van Frieslandt*, Leeuwarden 1679. Hij haalde het arrest zelf nog met instemming aan in *Praelectionum III*, nr. 20,1,9.

135 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 49,2 nt.3: ‘Loquitur enim de re quam debitor vendidit, lite cum ipso contestata.’ Zie hierboven, p.74-75 en 122-125.

136 Zie hierboven, p.122-123.

137 Zie p.142.

Ordonnantie van 1580. Voets interpretatie van Novelle 112, die op zichzelf genomen niet juist was, is te bezien als een ondersteunend argument voor zijn poging om *legale* hypotheek onder vigeur van de ordonnantie te brengen, zodat het Hollandse hypotheekrecht op dit vlak uniform zou zijn. In Friesland gold de ordonnantie niet. Bovendien werd de onderlinge verhouding tussen speciale en generale hypotheek anders dan in Holland slechts bepaald door de prioriteit.¹³⁸ Het was echter niet zo gemakkelijk om de autoriteit van de Hollandse rechtsgeleerden naast zich neer te leggen.

Het debat werd zelfs in familiekring gevoerd, want uit de jurisprudentieverzameling die Zacharias Huber (1669-1732), de zoon van de eerdergenoemde Ulrik had aangelegd, blijkt dat deze het op dit gebied met zijn vader oneens was.¹³⁹ Hij leidde uit de tekst van Novelle 112,1 af dat deze bepaling juist een onderscheid wenste te maken tussen de rechtskracht van speciale en generale hypotheek,¹⁴⁰ al moest hij toegeven dat er vele stemmen opgingen om het voorrecht ook toe te kennen tegen speciale hypotheek.¹⁴¹ De Hollandse rechtsleer werd echter, zo stelde hij vast, in de 'moderne' Friese praktijk niet nagevolgd.¹⁴² De derde-bezitter van een bezwaarde zaak kon naar het Rooms-Friese recht dus *steeds* een beroep doen op het voorrecht van uitwinning.¹⁴³ Dit oordeel werd bevestigd door een latere Friese auteur, Dominicus Hamerster (1689-1774).¹⁴⁴

Het debat werd bovendien nog gecompliceerd door het feit dat bij de grondrente,¹⁴⁵ die na de receptie van het Romeinse recht was omgeduid als een speciale hypotheek, *geen* beroep op het voorrecht van uitwinning was toegestaan. Hamerster, raadsheer en later president van het Hof van Friesland, verzuchtte daaromtrent: 'Welke nu de eigentlike reden zy, waarom dit in onze Recht-bank alzo gerescepiert is, legt gansch in 't duister.' Hij suggereerde dat de grondrenten zo lang geleden waren gevestigd, dat de debiteur van de oorspronkelijke schuld niet meer viel te achterhalen, zodat de eerdere uitwinning van diens goederen niet kon worden verlangd. Uit zijn opmerking blijkt echter al, dat hij deze regel van *inheems* gewoonterecht, waarover in het volgende deel nader, beschouwde als een regel van *gerescepiert* Romeins recht: zo sterk was de invloed van het Romeinse recht in Friesland.

138 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheit*, nr. 47,21 en 50,41; Z. Huber I, nr. 26.

139 Z. Huber II, nr. 80 en 82.

140 Hij doet daarvoor een beroep op Voet, maar opmerkelijk genoeg ook op zijn vader, die immers had vastgesteld (*Heedensdaegse rechtsgeleertheit*, nr. 49,2) dat 'veele' deze leer aangingen.

141 Z. Huber II, nr. 82: 'Nunc autem pluribus suffragiis admissum fuit istud beneficium respectu specialis hypothecae in gratiam tertii possessoris.'

142 Z. Huber II, nr. 80: 'Communis opinio tenet, excussionem in hac materia non esse necessariam, quia cessat beneficium ordinis respectu specialis hypothecae, arg. Nov. 112,1. Quae sententia dum a multis existimatur falsa, nec hodierna praxi apud nos est recepta.'

143 Zie, met literatuur, voor de vraag hoe en wanneer dat beroep moest worden gedaan: Van den Sande nr. 1,7,2.

144 Hamerster I, nr. 10,1.

145 Dit zekerheidsrecht wordt meer uitgebreid behandeld in het volgende deel. Zie p.176-178.

III.4.3. De 'clausula constituti': bezitsbesluit bij overdracht

Strikt genomen beperkt het voorrecht van uitwinning de rechten van een zekerheidscrediteur tegen derden-verkrijgers niet; het maakt slechts een inbreuk op zijn keuzevrijheid. Als de crediteur echter gedwongen is, zoals in het gemene recht, om eerst zijn verhaal te zoeken op het vermogen van zijn schuldenaar, dusdanig dat hij diens faillissement dient aan te vragen voordat hij een derde-bezitter mag aanspreken, dan betekent dat een aanzienlijke vertraging in het verhaal en als gevolg daarvan oplopende kosten. De crediteur had er dus alle belang bij om het voorrecht van uitwinning te omzeilen, te meer daar hij een eventuele vervreemding van de verpande zaak niet kon verhinderen. De minst aantrekkelijke optie daarvoor was de vestiging van een recht van vuistpand; omdat de pandnemer naar het gemene recht gold als bezitter, was de pandgever niet langer in staat om de zaak aan een derde in eigendom over te dragen. Hij kon immers het bezit van die zaak slechts verschaffen met medewerking van de pandcrediteur. Het recht van vuistpand beantwoordt echter weinig aan de noden van het kredietverkeer. De vraag rees daarom of het voorrecht van uitwinning bij *hypotheken* kon worden omzeild, *voorafgaand* aan de vervreemding door de zekerheidsgever.

Het gemene recht had daarvoor het instrument ontwikkeld van de zogenoemde 'clausula constituti', wat niets anders was dan een constitutum possessorium tussen zekerheidsgever en zekerheidsnemer.¹⁴⁶ Op grond van zijn bezit kon de zekerheidsnemer vervolgens tegen derden gebruik maken van possessoire rechtsmiddelen, waaronder de 'possessoire condictie' die door gemeenrechtelijke juristen ten behoeve van de zekerheidscrediteur was afgeleid uit C. 7,32,12,pr.¹⁴⁷ Tegen dit rechtsmiddel stond, zo werd algemeen aangenomen, geen beroep op het voorrecht van uitwinning open.¹⁴⁸ De crediteur beriep zich immers niet op een recht van hypotheek, maar op zijn *bezit*. Jacobus Butrigarius (c.1274-1348) had reeds op deze mogelijkheid gewezen¹⁴⁹ aan het begin van de veertiende eeuw, maar het was pas na de receptie van het Romeinse recht dat zij aan belang won. In Friesland, waar de receptie sterk genoeg was om een beroep op het voorrecht van uitwinning te verlenen tegen nagenoeg alle hypotheeken, werd op grote schaal gebruik gemaakt van de clausule. In het bijzonder deed zich dit voor bij de voorbehouden hypotheek: het was zeer gebruikelijk¹⁵⁰ om een hypotheek op een in

146 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 48,11 en 50,43; *Praelectionum III*, nr. 20,1,16; Z. Huber I, nr. 27. Zie voor de formulering van een dergelijk beding: Lokin/Jansen/Brandsma p.95 nt.31.

147 Zie hierboven, p.98-99.

148 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 50,45; *Praelectionum III*, nr. 40,2,8; Z. Huber I, nr. 27. Zie echter ook de kritiek van Faber, *De erroribus pragmaticorum*, Lyon 1658, dec. 4 err. 3,6 en 6,1-7.

149 Butrigarius, *Lectura super codice II*, Parijs 1516, reprint: *Opera iuridica rariora* 13, Bologna 1973, ad C. 8,13(14) auth. 'hoc si debitor' (f.120 V^ob). Zie hierboven, p.99.

150 Voorbeelden in: Z. Huber I, nr. 27; II, nr. 62 en 63. Vanaf 1726 was registratie verplicht: Binckes p.200-204. Zie ook: Lokin/Jansen/Brandsma p.87.

eigendom¹⁵¹ overgedragen zaak te bedingen tot zekerheid van betaling van de koopprijs; nagenoeg steeds werd aan die speciale hypotheek een generale hypotheek toegevoegd op het gehele vermogen van de koper, en nagenoeg steeds werd de speciale hypotheek bovendien ondersteund door een 'clausula constituti'.¹⁵²

Deze praktijk levert ondersteunend bewijs voor de stelling dat tegen speciale hypotheeken een beroep op het voorrecht van uitwinning openstond. Er was echter nog een tweede reden om de clausule op te nemen in de speciale hypotheek: krachtens het *zakelijke* voorrecht van uitwinning van C.8,13(14),2 kon een derde-bezitter verlangen dat de crediteur zich eerst zou proberen te verhalen middels zijn *generale* hypotheek, alvorens de speciale hypotheek uit te oefenen. Dit recht was in Friesland volledig gerecipieerd.¹⁵³ Het belang van de clausule school er vervolgens in, dat de crediteur in het geheel geen hypothecaire actie instelde maar een bezitsactie: daartegen kon noch een beroep op het 'beneficium excussionis personalis' worden gedaan, noch een beroep op het 'beneficium excussionis realis'.

Het gevolg van deze constructie was dat een crediteur tegen derden-verkrijgers kon optreden zonder eerst het vermogen van de schuldenaar uit te winnen. Hij moest daarbij op zijn hoede zijn: tegen de hypothecaire actie kon het voorrecht worden ingeroepen, tegen de bezitsactie niet, zodat het er maar net vanaf hing hoe hij zijn dagvaarding opstelde. Er valt het één en ander aan te merken op deze methode van wetsontduiking, maar zij werd door de praktijk, naar het schijnt, gesauveerd. Het gevolg was uiteraard dat het voorrecht van uitwinning, dat door het recht was toegekend, in de rechtspraktijk werd afgeschaft.

III.4.4. De hypotheek op vorderingen

De 'clausula constituti' kon crediteuren goede diensten bewijzen bij zekerheidsrechten op goederen die zich lenen voor bezit. Ten aanzien van zekerheidsrechten op vorderingen lag dat anders. Weliswaar kon het bezit van een akte van geldlening aan de crediteur worden verschaft, maar de onderliggende vordering bleef dan, zo zij al voor bezit vatbaar werd geacht, in het bezit van de zekerheidsgever. De vraag rees daarom meermalen in de jurisprudentie van het Hof van Friesland, of de hypothecaire crediteur bij de uit-

151 Het betreft hier *niet* een eigendomsvoorbehoud, zoals men wellicht zou denken. Vgl. Huber, *Heedensdaegse rechtsgelertheit*, nr. 48,11; Z. Huber I, nr. 27; II, nr. 62. Zie ook: Lokin/Jansen/Brandsma p.100.

152 Men moet zich dat voorstellen als een feitelijke bezitsverschaffing aan de koper, gevolgd door een bezitsbesluit ten behoeve van de verkoper (als de zaak in handen van de koper werd gebracht); of als een bezitsverschaffing per constitutum possessorium aan de koper, gevolgd door een bezitsverschaffing brevi manu aan de verkoper (als de zaak in handen van de verkoper bleef). Vgl. Lokin/Jansen/Brandsma p.99.

153 Van den Sande nr. 3,12,26; Huber, *Heedensdaegse rechtsgelertheit*, nr. 50,42; Z. Huber I, nr. 26 Hamerster I, nr. 10,2.

oefening van zijn zekerheidsrecht beducht moest zijn op de volgorde van uitwinning.

Het was een berucht strijdpunt in de vroege gemeenrechtelijke literatuur of de actie van een hypotheekhouder tegen de debiteur van een verpande vordering een persoonlijke actie was, of een zakelijke actie. In het voorgaande deel is daar ruime aandacht aan besteed.¹⁵⁴ Van den Sande (1568-1638), die zoals zoveel Friese rechtsgeleerden hoogleraar was te Franeker, en later raadsheer en president van het Hof van Friesland, veegde het debat vrij eenvoudig van tafel.¹⁵⁵ Nadat hij had vastgesteld dat de meningen verschilden, en dat Bartolus zelfs tegengestelde meningen verkondigde, hakte hij de knoop door met de vaststelling dat een persoonlijke *actio utilis* slechts kon voortvloeien uit een last tot inning, dat wil zeggen, uit de cessie van de vordering. Wat er ook zij van dat argument, het was duidelijk dat het Hof van Friesland er sterk aan hechtte dat de dagvaarding naar de hypothecaire actie werd geredigeerd.¹⁵⁶

Nu was in het vroege gemene recht al vastgesteld dat de debiteur van een verpande vordering geen beroep mocht doen op het voorrecht van uitwinning.¹⁵⁷ Het zekerheidsobject, de vordering, bevond zich immers niet in diens vermogen, maar in het vermogen van zijn crediteur, de zekerheidsgever. Hij betaalde zijn eigen schuld en niet die van een ander als hij aan de hypothecaire crediteur betaalde. De vaststelling dat de *hypothecaire* actie was gericht tegen de debiteur van de verpande vordering, plaatste de Friese rechtsgeleerden echter voor een probleem. Als de vordering was vervreemd, dan lag het in de rede dat de cessionaris zich op het voorrecht van uitwinning kon beroepen.¹⁵⁸ Mocht de debiteur van een verpande vordering nu zijn betaling aan de hypothecaire crediteur opschorten door *ten behoeve van* de cessionaris het voorrecht in te roepen? Huber meende dat zulks niet het geval was als de crediteur was voorzien van de akte van geldlening en een veroordelend vonnis tegen de schuldenaar van de verzekerde schuld;¹⁵⁹ maar als de akte in handen was van de cessionaris, en de crediteur wilde de volgorde van uitwinning vermijden, dan moest de crediteur deze akte eerst van de cessionaris opeisen. Omdat de hypothecaire actie¹⁶⁰ echter tegen de debiteur van de verpande vordering moest worden ingesteld, was het de vraag met wat voor actie de crediteur afgifte van de akte kon vorderen.

154 Zie p.107-117.

155 Van den Sande nr. 3,12,24.

156 Van den Sande t.a.p.: 'Quo exemplo discant Advocati genus actionis diligentius investigare, & perscrutari, quaenam actio ex specie a cliente proposita competat, ne in instituenda inepta actione cum jactura litis & sumptum repellantur.' Vgl. Z. Huber II, nr. 48.

157 Zie p.114-115. Vgl. voor het Friese recht: Van den Sande nr. 3,12,25; Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 47,16; *Praelectionum III*, nr. 20,1,12; Hamerster I, nr. 10,4.

158 Huber, *Praelectionum III*, nr. 20,1,12.

159 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 47,16-17; *Praelectionum III*, nr. 20,1,12.

160 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, nr. 47,17. In de *Praelectionum (III)*, nr. 20,1,11) betoogde hij echter dat de actie tegen de debiteur van de verpande vordering een *persoonlijke* actie was.

Huber, altijd praktisch, loste dit probleem op door voor dit geval een 'condictie sonder oorsake' aan te nemen; maar het beste, zo stelde hij, was om de cessionaris en de debiteur van de verpande vordering tegelijk in rechte te betrekken.¹⁶¹ De crediteur met een zekerheidsrecht op een vordering deed er dus goed aan om zich bij vestiging te voorzien van de akte van geldlening, zodat hij niet later met een beroep op het voorrecht van uitwinning werd geconfronteerd.

Met deze verwickelingen is een einde gekomen aan de bespreking van de Hollandse en Friese traditie van Novelle 4. Ik stel vast dat het voorrecht van uitwinning in Holland was afgeschaft en in Friesland zijn gelding had behouden. Krachtens een bestendig gebruikelijk partijbeding, de 'clausula constituti', was echter ook in Friesland veel van zijn kracht komen te vervallen. In andere gewesten, Gelderland bijvoorbeeld,¹⁶² behoorde Novelle 4 niet tot het gerecipieerde Romeinse recht. Het is in dit licht niet verwonderlijk dat de eerste ontwerpen voor een nationaal burgerlijk wetboek geen voorrecht van uitwinning toekenden aan derden-bezitters. Het is echter alleszins verwonderlijk, in hetzelfde licht gezien, dat het oude BW van 1838 het voorrecht van uitwinning opnam in art. 1244. Om die ontwikkeling op haar juiste waarde te schatten, zal in het volgende deel aandacht worden besteed aan de Franse rechtsontwikkelingen.

161 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheit*, nr. 47,17.

162 Schrassert II, nr. 54,35-36.

DEEL IV

HET FRANSE RECHT

(1250-1955)

IV.1.	Het Franse recht tot aan de revolutie (1250-1789)	161
IV.2.	Het 'droit intermédiaire' (1789-1804)	187
IV.3.	Het Franse recht onder vigueur van de Code civil (1804-1955)	191
IV.4.	Enige kritiek op het voorrecht van uitwinning	213

IV.1. HET FRANSE RECHT TOT AAN DE REVOLUTIE (1250-1789)

IV.1.1. Inleiding

Op de 11^e van de Mistmaand van het revolutionaire jaar VII (1 november 1798) vaardigde het Directoraat in zijn nadagen een wet uit¹ die een grote verandering betekende voor het Franse zekerheidsrecht op onroerende goederen zoals dat voordien had gegolden. Er valt veel goeds voor de revolutionaire regeling te zeggen,² niet in de laatste plaats omdat zij het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters van met hypotheek bezwaarde onroerende goederen³ eenvoudigweg afschafte. Het mag dan ook enige verbazing wekken dat de redacteuren van de Code civil in 1804 terugkeerden naar het recht zoals dat vóór de revolutie gold en het voorrecht van uitwinning opnieuw invoerden.⁴ De regeling van zekerheidsrechten in de Code civil, naar het gevoel van velen één van de minst geslaagde delen van dat wetboek, is in 2006 ingrijpend veranderd. Bij die gelegenheid is het voorrecht van uitwinning ongewijzigd overgenomen in de artikelen 2465 en 2466 Cc (nieuw), ondanks de afkeer die Franse juristen in de laatste tweehonderd jaar, en zelfs al eerder, voor het ‘*bénéfice de discussion*’ hebben getoond.

De Code heeft, zoals bekend, grote invloed gehad op de totstandkoming van het oude Burgerlijke Wetboek. In de Nederlandse literatuur uit de negentiende eeuw wordt om die reden regelmatig naar de Code verwezen. Opdat die verwijzingen niet onbegrijpelijk worden, is er voor gekozen om consequent naar de *oude* nummering van de Code civil te verwijzen zoals die tot 2006 gold. Verwijzingen naar de nieuwe nummering zijn uitdrukkelijk aangegeven; in het bronnenregister is een tabel opgenomen ten behoeve van de omnummering.

Het voorrecht van uitwinning wordt onder vigeur van de huidige Code civil toegekend aan *sommige* borgen, die er in de praktijk naar het schijnt geen

1 Loi sur le régime hypothécaire, 11 Brumaire an VII (1 november 1798), in: *Bulletin des lois de la république française, 2^e série VII*, Parijs 1798, c.238 nr. 2137.

2 Zie bijv. Weill, *Précis Dalloz droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, Parijs 1979, nr. 263.

3 Ik houd hier niet vast aan het taalgebruik van het Burgerlijk Wetboek, dat in art. 3:3 BW slechts spreekt van roerende en onroerende *zaken*. Het oude Franse recht beperkte de benamingen ‘roerend’ en ‘onroerend’ niet tot voor de menselijke beheersing vatbare stofelijke objecten. Zo was een grondrente onroerend, een reguliere vordering op een debiteur daarentegen roerend. Door vast te houden aan het Nederlandse juridische taalgebruik zou men zulks uit het oog kunnen verliezen. Vgl. Domat (1626-1696), *Les lois civiles III* (1689), in: *Oeuvres complètes II*, Parijs 1835, c.III,1,1 nr. 23; Pothier (1699-1772), *Coutume d’Orléans* (1760), in: *Oeuvres de Pothier I*, Parijs 1861, nr. 20,21; *Traité de l’hypothèque* (1767), in: *Oeuvres de Pothier IX*, Parijs 1861, nr. 38 en 211.

4 Art. 2170-2171 Cc (oud). Het voorrecht is voor borgen nooit afgeschaft en is opgenomen in de art. 2021-2024 Cc (oud).

beroep op doen,⁵ en aan *sommige* derden-bezitters van een met *legale generale hypotheek* bezwaard *onroerend* goed, welke situatie zich niet of nauwelijks voordoet. Een beroep op het voorrecht is bovendien aan strenge eisen gebonden. Het belang van de regeling in Frankrijk zelf moet om die redenen niet worden overschat. Zij heeft echter een grote invloed gehad op de Nederlandse rechtsontwikkeling. Bovendien illustreert zij treffend hoe het gemene recht zijn doorwerking heeft in een ‘moderne’ codificatie. Voordat deze stellingen kunnen worden toegelicht, is het dienstig stil te staan bij het ‘*droit commun Français*’⁶ dat gold vóór de invoering van de Code civil. De wetgever van 1804 heeft immers ten aanzien van het voorrecht van uitwinning niet gebroken met de traditie, maar haar integendeel weer in ere hersteld.

IV.1.2. Het ‘ancien droit français’ (1250-1400)

Het Romeinse recht werd nergens in Europa, zo mag bekend worden verondersteld, in een juridisch vacuüm gerecipeerd. Na de ineenstorting van het West-Romeinse rijk was het recht versplinterd geraakt in een veelheid van lokale gewoonterechten, enerzijds als gevolg van de volksverhuizingen, maar anderzijds en meer nog ten gevolge van feodalisering en de daarmee gepaard gaande zwakke centrale overheid. In het zuiden en midden van Frankrijk bleef de Romeinse rechtscultuur langer bewaard,⁷ en vanuit de rechtsschool der ‘ultramontani’ werd zij vanaf het midden van de dertiende eeuw bovendien krachtig ondersteund. Het Romeinse recht gold daar uit kracht van de gewoonte. Omdat deze gewoonte was opgetekend in het Corpus Iuris werden deze gebieden de ‘pays de droit écrit’ genoemd. Ten aanzien van die gebieden kan worden verwezen naar hetgeen is behandeld in het tweede deel.

-
- 5 Marty/Raynaud/Jestaz, *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, 2^e druk, Parijs 1987, nr. 598; Mazeaud/Chabas/Picod, *Leçons de droit civil III-1: sûretés, publicité foncière*, 7^e druk, Parijs 1999, nr. 48-1; Simler/Delebecque, *Précis Dalloz droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, 3^e druk, Parijs 2000, nr. 128; Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^e druk, Parijs 2000, nr. 85 en 512; Cabrillac, *Droit des sûretés*, 8^e druk, Parijs 2007, nr. 368; Aynès/Crocq, *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, 3^e druk, Parijs 2008, nr. 143. Voor het Belgische recht: De Page/Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge VI: les biens, les sûretés*, Brussel 1942, nr. 878 en 909; Dekkers, *Précis de droit civil belge II: Les obligations, les preuves, les contrats, les sûretés*, Brussel 1955, nr. 1361; Van Quickenborne, *Borgtocht*, Antwerpen 1999, nr. 13; Van Ransbeeck, *De zakelijke borgtocht naar Belgisch recht*, Antwerpen/Apeldoorn 2005, p.308-309; Dirix/De Corte, *Beginselen van Belgisch privaatrecht XII: zekerheidsrechten*, Mechelen 2006, nr. 428.
- 6 Biografische gegevens voor dit deel zijn ontleend aan Coing, *Europäisches Privatrecht I: älteres Gemeines Recht*, München 1985.
- 7 Dankzij het Breviarium van Alarik, de ‘Lex Romana Visigothorum’. Zie daarover Lokin/Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, 2^e druk, Groningen 1992, p.136-138.

Daartegenover stonden de zogenoemde ‘pays de droit coutumier’ in het noorden van Frankrijk, waar ongeveer 600 lokale gewoonterechten in de verschillende streken en steden golden⁸ en waar het Romeinse recht slechts subsidiaire rechtskracht had. De jurist Philippe de Beaumanoir, die rond 1280 een optekening maakte van het gewoonterecht van Clermont en Beauvais, wijst er in dit verband op dat geen twee costumen geheel met elkaar overeenkomen, maar dat er desondanks grote overeenkomsten bestaan tussen de verschillende gewoonterechten.⁹ Het is daarom voor dit onderzoek niet van belang op de verschillen te wijzen tussen lokale rechten, maar juist op de algemene beginselen die zij delen. Aangezien de gewoonterechten uit het noorden van Frankrijk ook niet gevrijwaard bleven van de doorwerking van het Romeinse recht, is het vanaf de veertiende eeuw – voor wat het hier behandelde onderwerp betreft – minder nuttig om een onderscheid te maken tussen de ‘pays de droit coutumier’ en de ‘pays de droit écrit’. In de periode daarvóór, tegen het einde van de twaalfde eeuw,¹⁰ deed zich echter een curieus verschijnsel voor in het Franse gewoonterecht, dat enige aandacht verdient omdat de situatie na de veertiende eeuw daarzonder niet gemakkelijk valt te begrijpen.

IV.1.2.1. Obligation générale

De bekende regel dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar mag verhalen, neergelegd voor het Nederlandse recht in art. 3:276 BW, is in de Code civil opgenomen in art. 2093: de goederen van de debiteur zijn ‘le gage commun’, het gemeenschappelijke zekerheidsobject van alle crediteuren.¹¹ Het oudste Franse recht kende echter geen algemene verhaalsaansprakelijkheid. Een crediteur die zich wilde verhalen op de onroerende goederen van zijn debiteur moest daarvoor toestemming verkrijgen van diezelfde debiteur.¹² Zonder toestemming was er slechts verhaal

8 Lokin/Zwalve, 2^e druk, p.142.

9 De Beaumanoir (c.1247-1296), *Coutumes de Beauvaisis II*, ed. Salmon, Parijs 1899, nr. 7.

10 Dumas, *Histoire des obligations dans l'ancien droit français*, Aix-en-Provence 1972, p.250-251.

11 Art. 2093 Cc: ‘Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s’en distribue entre eux par contribution, à moins qu’il n’y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.’

12 Pos, *Hypothek op roerend goed (bezitloos pandrecht), enkele rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwingen*, Deventer 1970, p.76. De achtergrond hiervan was zowel gelegen in leenrechtelijke als ook in familierechtelijke verhoudingen, die meebrachten dat de grond in het algemeen niet vrij vervreemdbaar was. Zie verder: Ourliac/De Malafosse *Histoire du droit privé I*, 2^e druk, Parijs 1969, nr. 337; Dumas p.180 en 201-202; Timbal, *Les obligations contractuelles dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles d’après la jurisprudence du parlement II*, Parijs 1977, p.143-144; Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l’Empire romain au XIX^e siècle*, Parijs 1998, p.426.

mogelijk op de persoon van de debiteur¹³ door middel van gijzeling. De meest waardevolle bestanddelen van diens vermogen, de onroerende goederen, bleven zonder toestemming derhalve aan het verhaal onttrokken. Voordat de eerste betalingsproblemen zich aandienen werd de toestemming daarom bij voorbaat bedongen, door middel van een akte waarin de debiteur zichzelf en zijn vermogen verbond, een zogenoemde ‘obligation générale’.¹⁴ Vanaf de tweede helft van de dertiende eeuw was een authentieke akte daarvoor de gebruikelijke vorm.¹⁵

In het noorden van Italië was eerder de praktijk ontstaan om een debiteur te binden middels een ‘instrumenta guarentigionata’, een schuldbekentenis die voor het gerecht werd afgelegd bij het aangaan van de schuld. Het grote voordeel daarvan was dat deze gerechtelijke schuldbekentenis een titel leverde voor parate executie, op grond van het adagium dat een bekentenis in rechte als veroordeling gold.¹⁶ Een notariële akte werd in Frankrijk daaraan gelijkgesteld en gaf dezelfde executorialie titel.¹⁷

De ‘obligation générale’ verloor in de loop van de veertiende eeuw¹⁸ haar noodzaak voor het verhaal op onroerende goederen van de debiteur, maar aan haar vorm als authentieke akte, nu onder het zegel van de koning, werd de mogelijkheid van parate executie verbonden.¹⁹ Juist uit de mogelijkheid van parate executie valt te verklaren dat niet alleen de onroerende goederen van de debiteur onder de ‘obligation générale’ werden genoemd, maar ook diens roerende goederen.²⁰ De roerende goederen werden dus niet alleen opgenomen uit een notarieel streven naar volledigheid (hetgeen eigen is aan de beroepsgroep), maar vooral vanwege het feit dat roerende goederen, weliswaar ook zonder akte vatbaar voor verhaal, op grond van de akte in aanmerking kwamen voor parate executie.²¹

13 De persoon van de debiteur omvatte ook diens roerende goederen, op grond van de Middeleeuwse regel dat de roerende goederen ‘aan de botten van de debiteur kleven’ (*‘mobilia ossibus debitoris cohaerent’, ‘mobilia sequuntur personam’*): zie Timbal II, p.125. Zelfs wanneer toestemming tot verhaal was verleend, diende de crediteur eerst de roerende goederen van de debiteur uit te winnen: Beaumanoir II, nr. 1593.

14 De ‘obligation générale’ was slechts bedoeld om een verhaalsaansprakelijkheid in het leven te roepen; zij schiep (aanvankelijk) geen preferentie. Beaumanoir II, nr. 1055. Zie ook: Aubenas, *Cours d’histoire du droit privé VII: Créanciers et débiteurs, sûretés et voies d’exécution au moyen âge et sous l’ancien régime d’après les actes de la pratique*, Aix-en-Provence 1961, p.66; Dumas p.252-254; Timbal II, p.145.

15 Pos p.76.

16 C. 7,59 l.un. (Antoninus, a.211): ‘Confessus in iure pro iudicatis habere placet. Quare sine causa desideras recedi a confessione tua, cum et solvere cogeris.’

17 Pos p.78-79, die bovendien naast de Italiaanse invloed een tweede mogelijke verklaring voor het vereiste van authenticiteit opmerkt, namelijk een poging van Franse auteurs om het inheemse recht te verzoenen met romanistische schrijvers. Vgl. ook Dumas p.202.

18 Pos p.80.

19 Pos t.a.p.; Timbal II, p.203-204. Vgl. Faber (1557-1624), *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, Lyon 1658, dec. 5 err. 7,9. Anders: Dumas p.262-263.

20 Zie bijvoorbeeld Beaumanoir II, nr. 1977 en 1980.

21 Pos p.87-88.

De 'obligation générale' kreeg bovendien een tweede leven ten gevolge van de receptie van het Romeinse recht. Terwijl zij voorheen slechts een verhaalsrecht op het vermogen van de debiteur in het leven riep, werd zij vanaf de veertiende eeuw²² opgevat als een *hypothek* op het gehele vermogen. Gaandeweg werden haar daarom de twee kenmerken van het zakelijke zekerheidsrecht toegeschreven, zaaksgevolg en preferentie.²³ Die vereenzelviging met de generale hypothek had in de praktijk verstrekkende gevolgen, want vrijwel elke authentieke akte bevatte een 'obligation générale'. Het beding was zelfs dermate gebruikelijk, dat het werd verondersteld wanneer de akte er geen uitdrukkelijke melding van maakte.²⁴ Zo schiep iedere daartoe strekkende notariële akte uiteindelijk een generale hypothek. Bovendien stelde de Ordonnantie van Moulins uit 1566 een authentieke akte verplicht voor de vestiging van iedere hypothek,²⁵ zodat er bovendien geen geldige hypothek kon worden gevestigd *zonder* notariële akte.²⁶ Vanaf het midden van de zestiende eeuw kenmerkte het Franse zekerheidsrecht op onroerende goederen zich dus door generale hypotheke, gevestigd bij notariële akte, die echter *niet* werden geregistreerd in een openbaar register.²⁷ Alle omstandigheden waren daarmee geschapen voor conflicten tussen crediteuren onderling, wat preferentie betrof, en tussen crediteuren en derden-verkrijgers van de bezwaarde goederen, ten aanzien van de uitwerkingen van het zaaksgevolg.²⁸

IV.1.2.2. Obligation spéciale

Naast de 'generale verbintenis' kende het oudste Franse recht ook de 'obligation spéciale', waarmee de schuldenaar één onroerend goed verbond. Er bestaat veel onduidelijkheid omtrent het ontstaansmoment en de ontstaansgrond van deze 'speciale verbintenis',²⁹ maar het is zeker dat zij op een *bepaalde* zaak drukte, in tegenstelling tot de vroegste vorm van de 'generale

22 Timbal II, p.470; Lévy/Castaldo, *Histoire du droit civil*, Parijs 2002, nr. 762.

23 Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht historisch beschouwd*, Amsterdam 1914, p.27; Ourliac/De Malafosse I, nr. 338; Aubenas p.66-67; Pos p.81-89; Dumas p.264-265; Timbal II, p.467-470; Bart p.431.

24 Herman t.a.p.; Pos p.109; Dumas p.260; Weill nr. 261; Lévy/Castaldo nr. 763.

25 Art. 54 Ordonnance sur la réforme de la justice (Moulins, februari 1566), in: Isambert/Decrusy/Taillandier, *Recueil général des anciennes lois françaises XIV-I*, Parijs 1829, nr. 110.

26 Herman p.28; Dumas p.269-274; Timbal II, p.494. De hypothek kon echter ook voortvloeien uit een veroordelend vonnis, en zelfs uit een onderhandse akte die in rechte of voor een notaris was erkend. Pos p.109-110; Weill t.a.p..

27 Ourliac/De Malafosse I, nr. 341; Pos p.110; Dumas p.262; Bart p.433; Lévy/Castaldo nr. 762.

28 Pos p.110-111; Bart t.a.p.

29 Zo is het onduidelijk of de 'obligation spéciale' later, eerder of tegelijkertijd ontstond als de 'obligation générale', en ook is het onduidelijk of zij evenals de 'obligation générale' oorspronkelijk de executie van de bezwaarde zaak tot doel had. Pos p.75 en 81-83. Zie echter ook Dumas p.254-256.

verbintenis' die rustte op het gehele vermogen van de debiteur.³⁰ Aanvankelijk verbond men daaraan de conclusie dat de debiteur die zijn zaak door een 'obligation spéciale' had verbonden de beschikkingsmacht over de zaak had verloren, hetgeen uitdrukkelijk niet het geval was bij de 'generale verbintenis'.

'Anders [dan bij een vervreemding om niet] zal het zijn als ik mijn onroerende zaak verkoop nadat ik die generaal heb verbonden, want door een generale verbintenis ben ik niet [dusdanig] gebonden dat ik mijn onroerende zaak niet kan verkopen en garantie geven aan de koper. Maar als ik haar speciaal heb verbonden, dan kan ik haar vanaf dat moment niet verkopen of schenken noch op geen enkele manier vervreemden omdat hij daardoor kan zijn geschaad, aan wie de zaak speciaal was verbonden.'³¹

De goederenrechtelijke werking van het vervreemdingsverbod maakte een 'speciale verbintenis' aantrekkelijk voor crediteuren. Zij konden zich daardoor steeds onder de schuldenaar verhalen op de speciaal verbonden goederen.³² Al vóór de veertiende eeuw lijkt het vervreemdingsverbod echter opgegaan te zijn in het zaaksgevolg dat rond die tijd aan 'speciale verbintenissen' werd toegekend.³³ Ongetwijfeld heeft de receptie van het Romeinse recht sterk bijgedragen aan de voorstelling van een 'speciale verbintenis' als een recht op andermans zaak. In ieder geval werden vanaf de veertiende eeuw zowel de 'obligation générale' als de 'obligation spéciale' vereenzelvigd met de Romeinsrechtelijke generale en speciale *hypotheek*.³⁴

Hier rijst de vraag waarom een crediteur nog zou overgaan tot vestiging van een speciale hypotheek als de notariële akte hem reeds een generale hypotheek verschaftte. Het antwoord op die vraag wordt later behandeld, gezien zijn samenhang met het voorrecht van uitwinning.³⁵

30 Beaumanoir *II*, nr. 1980.

31 'Autrement seroit se je vendoie mon eritage après ce que je l'avroie generaument obligié, car pour general obligacion je ne sui pas contrains que je ne puisse vendre mon eritage et garantir a l'acheteur. Mes se je l'avoie obligié especiaument, adonc ne le pourroie je vendre ne donner ne estrangier en nule maniere par quoi cil en peust estre damagiés auquel il fu obligiés especiaument.' Beaumanoir *II*, nr. 1979.

32 Daaraan moet worden toegevoegd dat een *generale* verbintenis – aanvankelijk – slechts kon worden geëxecuteerd na rechterlijke tussenkomst. De *speciale* verbintenis gaf het recht om zich ter bewaring, zonder rechterlijke tussenkomst, in het bezit te stellen van het verbonden goed. Aldus vormde een speciale verbintenis van specifieke goederen een waardevolle aanvulling op een generale verbintenis van het gehele vermogen. Zie verder Dumas p.262.

33 Bovendien werd tezelfdertijd preferentie toegekend. Herman p.24; Aubenas p.67; Ourliac/De Malafosse *I*, nr. 337; Pos p.84-86. Dumas (p.257-258) meent echter dat zaaksgevolg en preferentie altijd al werden toegekend.

34 Aubenas p.67; Pos p.86; Dumas p.258; Timbal *II*, p.464-465; Bart p.431.

35 Zie hieronder, p.174-176.

IV.1.2.3. Pays de nantissement

In het uiterste noorden en noordoosten van Frankrijk bestond een zekerheidsrecht van inheemse origine, de 'nantissement', dat een grote invloed heeft uitgeoefend op het systeem van zekerheidsrechten zoals dat in de Code civil is neergelegd.³⁶ In deze 'pays de nantissement' werd een authentieke akte niet geaccepteerd als middel tot vestiging van een zekerheidsrecht.³⁷ Een 'nantissement' kwam slechts geldig tot stand wanneer het goed in de macht van de crediteur was gebracht.³⁸ De crediteur verkreeg daardoor een retentierecht ten aanzien van de zaak totdat hij was betaald. Bleef betaling uit, dan was hij gerechtigd om de zaak te laten verkopen en zich op de opbrengst te verhalen.

Onder invloed van het Romeinse recht werden de 'obligation générale' en de 'obligation spéciale' vereenzelvigd met de Romeinsrechtelijke generale en speciale *hypothek*. Het lag voor de hand om de 'nantissement' te interpreteren als het Romeinse 'pignus', dat immers ook bezitsverschaffing veronderstelde.

Hoewel het uiteraard mogelijk was om de 'nantissement' ook op onroerende goederen toe te passen,³⁹ lag dit veel minder in de rede dan bij roerende goederen. Veelal wilde een debiteur zijn grond niet uit handen geven, te minder daar hij het gebruik ervan nodig had om met de vruchten van dat gebruik zijn schuld af te lossen. De 'pays de nantissement' kenden daarom naast het possessoire zekerheidsrecht op onroerende goederen ook een *bezitloos* zekerheidsrecht op onroerende goederen. Dit zekerheidsrecht werd als hypothek aangeduid, maar in het noorden van Frankrijk werden aan de totstandkoming daarvan geheel andere eisen gesteld dan in de rest van het land, waar slechts een authentieke akte was vereist.

De eigendomsoverdracht van onroerende goederen diende in de 'pays de nantissement' te geschieden voor het gerecht in wiens ressort het goed was gelegen, zodat althans enige publiciteit was gegarandeerd. Dezelfde eis werd toegepast op de vestiging van bezitloze zekerheidsrechten op onroerende goederen.⁴⁰ Daarmee werd in één slag de vestiging van een generale hypothek vrijwel onmogelijk gemaakt, omdat zij zich slechts kon uitstrekken tot de onroerende goederen in het ressort van vestiging van de hypothek.⁴¹ De 'pays de nantissement' kenden met andere woorden een systeem

36 Sagnac, *La législation civile de la révolution française: la propriété et la famille (1789-1804)*, Parijs 1899, p.204.

37 Pos p.87; Dumas p.279.

38 Pothier, *Traité du contrat de nantissement (1767)*, in: *Oeuvres de Pothier V*, Parijs 1861, nr. 1; *Hypothèque*, nr. 2.

39 Het zekerheidsrecht werd (en wordt) dan met een Romeinsrechtelijk begrip aangeduid als 'antichrèse'. De crediteur verhaalt zich op de vruchten van de grond. Pothier, *Nantissement*, nr. 5; *Hypothèque*, nr. 229. Zie ook: Dumas p.266.

40 Pos p.86-87; Dumas p.279; Timbal II, p.494; Lévy/Castaldo nr. 764.

41 Pos p.87; Dumas p.280.

van publiciteit en specialiteit.⁴² Opeenvolgende Franse koningen hebben tot aan de vooravond van de Revolutie meermaals en zonder veel succes geprobeerd om dit systeem voor heel Frankrijk in te voeren.⁴³

IV.1.3. Zekerheidsrechten op roerende goederen (1400-1789)

Vanaf de veertiende eeuw werd, zoals hierboven is betoogd,⁴⁴ de 'generale verbintenis' van onroerende goederen geduid als de Romeinsrechtelijke hypotheek op een geheel vermogen. Ten gevolge daarvan werd haar niet alleen preferentie toegeschreven, maar ook zaaksgevolg. Het was bovendien gebruikelijk, vanwege de mogelijkheid van parate executie, om roerende goederen eveneens te verbinden in de notariële akte van vestiging. De vraag rijst nu of deze generale hypotheek zich ook uitstreckte tot roerende goederen.

IV.1.3.1. De regel 'Meubles n'ont pas de suite par hypothèque'

De toekenning van zaaksgevolg aan de 'obligation générale' is nooit uitgebreid tot roerende goederen.⁴⁵ In de eerste plaats ontbrak hier het voorbeeld van de 'speciale verbintenis'.⁴⁶ Deze greep in op de beschikkingsmacht van de zekerheidsgever en leverde zo het voorbeeld voor zaaksgevolg bij de 'generale verbintenis', maar zij werd van oudsher slechts gebruikt voor de vestiging van zekerheidsrechten op *onroerende* goederen. In de tweede plaats waren de roerende goederen slechts in de notariële akte begrepen om parate executie onder de debiteur mogelijk te maken, en niet zozeer om de werking tegen derden vast te leggen. En in de derde plaats zal een zeker rechtspolitek denken een rol hebben gespeeld: de generale hypotheek op roerende goederen kan zeer belemmerend werken voor de handel wanneer haar een volledig zaaksgevolg wordt toegekend.⁴⁷

Vanaf het einde van de veertiende eeuw werd de weigering om zaaksgevolg toe te kennen aan de hypotheek op roerende goederen uitgedrukt met het adagium 'meubles n'ont pas de suite'.⁴⁸ Die regel, eerder beschreven

42 Sagnac p.204; Herman p.35; Dumas t.a.p.

43 De eerste poging om tot openbare registratie te komen werd in 1424 ondernomen door de Engelse koning Hendrik VI: zie Dumas p.262 en 277-278. Planiol/Ripert/Becqué (*Traité pratique de droit civil français XII: Suretés réelles I*, 2^e druk, Parijs 1953, nr. 694) noemt daarnaast vruchteloze pogingen uit 1553, 1581, 1606 en 1674. Sagnac (p.205) meldt nog een edict uit 1771.

44 Zie p.165.

45 Pos p.89-96; Dumas p.253 en 264.

46 Dumas p.264; Timbal II, p.472.

47 Loyseau (1566-1627), *Droit des offices*, in: *Oeuvres de Loyseau*, Parijs 1666, nr. 3,5,23-26; Domat III, c.III,1,1 pr.; Bourjon (†1751), *Le droit commun de la France et la coutume de Paris, réduits en principes* (1747), Parijs 1770, c.II,1,6 nr. 1; Pothier, *Hypothèque*, nr. 36.

48 Pos p.93-96.

voor het Rooms-Hollandse recht,⁴⁹ werd in geheel Frankrijk krachtens gewoonterecht gehanteerd, zij het niet overal op dezelfde manier. Vanaf de zestiende eeuw vond hij ook toepassing buiten de hypotheek op roerende goederen en begon toen in ruimere zin de *revindicatie* van roerende zaken te beperken.⁵⁰ Zijn oorsprong in het hypotheekrecht staat echter wel vast.

In grofweg de helft van Frankrijk gaf de hypotheek op roerende goederen wel preferentie, maar geen zaaksgevolg. Dit was het geval in het zuiden, de 'pays de droit écrit', daarnaast ook in enige delen van de 'pays de droit coutumier' zoals Bretagne, Normandië, Anjou en Maine, maar bijvoorbeeld ook in het uiterste noorden, in de 'pays de nantissement'.⁵¹ In de overige delen van Frankrijk werd de regel dusdanig uitgelegd, dat er geen enkel gevolg was verbonden aan de hypotheek op roerende goederen.⁵² Dit was bijvoorbeeld het geval in de uiterst invloedrijke gewoonterechten van Parijs en Orléans.⁵³

Zelfs in de streken waar een hypotheek op roerende goederen preferentie gaf, was een dergelijke hypotheek zonder zaaksgevolg praktisch waardeeloos. Het bezitloze zekerheidsrecht van (generale) hypotheek veronderstelde immers dat de macht over de roerende goederen aan de debiteur werd gelaten. Wanneer hij overging tot vervreemding, hetgeen gemakkelijk kon geschieden, dan had de crediteur geen mogelijkheid om zijn recht onder derden te vervolgen.⁵⁴ Onder die omstandigheden gaf de crediteur de voorkeur aan het recht van *vuistpand*, waarbij de macht over het goed aan de crediteur werd verschaft. Daardoor werd 'nantissement' het reguliere zekerheidsrecht op roerende goederen in heel Frankrijk.

IV.1.3.2. Crediteursbescherming

Voor de vestiging van een geldig recht van vuistpand was het essentieel dat de crediteur het feitelijke bezit verkreeg van de roerende goederen die hem

49 Zie hierboven, p.133-134. De oorsprong van deze regel ligt echter in Bourgondië en Frankrijk.

50 Pos p.99-105. Anders: Lévy/Castaldo nr. 762.

51 Ourliac/De Malafosse I, nr. 338; Pos p.108; Dumas p.267; Zwolve, *GEPR*, p.495. Vgl. De Maynard (1538-c.1610), *Notables et singulieres questions du droict escrit, decises ou preiugees par arrests memorables de la Cour Souveraine du Parlement de Tholose*, Parijs 1616, nr. 3,8; Loyseau, *Droit des offices*, nr. 3,5,27.

52 Pos p.109; Dumas t.a.p. Vgl. Chassenaeus (1480-1541), *Consuetudines ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae commentariis*, Geneve 1647, nr. 5,3,pr.-2; Loyseau, *Droit des offices*, nr. 3,5,22. Chassenaeus (nr. 5,3,4) wijst er bovendien op dat het geen verschil maakt of de hypotheek op het roerende goed speciaal of generaal is. Zie voor België: Van Christynen, *In leges municipales civitatis ac provinciae Mechliniensis commentaria ac notae* (1625), Antwerpen 1642, nr. 7,8,pr.-4; Van den Zype, *Notitia juris Belgici IV* (1635), Arnhem 1642, tit. de pign.act., in fine.

53 Art. 170 Coutume de Paris (opgenomen in: Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*). Chassenaeus nr. 5,3,1; Pothier, *Hypothèque*, nr. 35.

54 Het ontbreken van zaaksgevolg bij de hypotheek op roerende goederen verklaart het grote belang dat werd gehecht aan de Pauliana. Pos p.111.

in zekerheid werden gegeven.⁵⁵ Een bezitsverschaffing *brevi manu* was toegestaan omdat de macht over de goederen in dit geval reeds bij de crediteur lag. De bezitsverschaffing per *constitutum possessorium* was daarentegen uitgesloten, evenals een bezitsverschaffing gevolgd door teruggave van het goed aan de debiteur.⁵⁶ Het pandrecht ging teniet zodra de crediteur de goederen vrijwillig afstond aan de debiteur.⁵⁷

Aangezien de Romeinsrechtelijke leer van de eigendomsoverdracht van roerende goederen door middel van bezitsverschaffing praktisch in heel Frankrijk werd aangehangen,⁵⁸ was de debiteur die een zaak in 'nantissement' had gegeven daardoor de mogelijkheid ontnomen om de eigendom van dat goed nog over te dragen. Hij kon een verkrijger immers niet langer het bezit van de zaak verschaffen.⁵⁹ De situatie dat een crediteur zich geconfronteerd zag met een derde-verkrijger van het aan hem verpande goed deed zich dus eenvoudigweg niet voor. Het voorrecht van uitwinning speelde ten aanzien van roerende goederen daarom geen enkele rol.

Een derde kan uiteraard voor de schuld van een ander een goed in pand geven, 'par pure amitié pour le débiteur, et à sa prière.'⁶⁰ Het contract van pand komt echter tot stand tussen de pandgever, die zijn goed verbindt voor andermans schuld, en de crediteur. De crediteur verkrijgt het goed dus niet in 'nantissement' als een weldaad, maar als zekerheid voor zijn vordering. Er is daarom, in de ogen van gemeenrechtelijke juristen, geen enkele reden om het voorrecht van uitwinning tegen hem te laten gelden.

Een 'nantissement' verschaftte aan de crediteur *als bezitter* een retentierecht⁶¹ ten aanzien van de verpande zaak. Dit recht kon hij niet alleen inroepen tegen de debiteur die afgifte vorderde voordat de schuld was betaald: het

55 Loyseau, *Droit des offices*, nr. 3,5,23-26. Pothier, *Nantissement*, nr. 8. Vanaf 1673 (art. 8 Code Savary) was bovendien een notariële akte vereist: Pothier, *Nantissement*, nr. 17; *Hypothèque*, nr. 209.

56 Zie echter, bij wijze van uitzondering: Domat III, c.III,1,1 nr. 30.

57 Domat III, c.III,1,1 pr.; Pothier, *Hypothèque*, nr. 218. Op grond van de regel 'meubles n'ont pas de suite': Pos p.118.

58 Pothier, *Traité du domaine de propriété* (1772), in: *Oeuvres de Pothier* 9, Parijs 1861, nr. 193 en 245. Vgl. Zwolve, *GEPR*, p.280.

59 De 'nantissement' werd op onlichamelijke zaken (vorderingen) gevestigd door afgifte van de schuldbekentenis en betekening van de pandakte: Pothier, *Hypothèque*, nr. 211. In het voetspoor van het late gemene recht werd in Frankrijk aangenomen dat een crediteur slechts tegen de debiteur van een verpande vordering kon optreden met een persoonlijke actie, zodat het voorrecht van uitwinning in het geheel niet ter sprake kwam. De la Pape (1402-1487), *Decisiones Gratianopolis*, Geneve 1667, q.432,13; Donellus (1527-1591), *Commentaria in codicem Justiniani III*, in: *Opera omnia IX*, Macerata 1832, ad C. 8,17,4 nr. 1; De Cujas (1522-1590), *Recitationes solennes ad codicem Justinianum*, in: *Cujacii operum IX*, Napels 1758, ad C. 4,39,6 c.368 sub B; Faber (1557-1624), *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Geneve 1630, conj. 8,17,2. Zie ook hierboven, p.110-111.

60 Pothier, *Nantissement*, nr. 16.

61 De crediteur kon het goed laten executeren door een deurwaarder, na een veroordelend vonnis tegen de debiteur, om zich te verhalen op de opbrengst van het goed. Pothier, *Nantissement*, nr. 24-25; *Hypothèque*, nr. 216.

gaf hem ook een zakelijke actie tegen derden (en tegen de debiteur) als hij het bezit door diefstal was verloren.⁶² Men dient echter te beseffen dat het hier een *bezitsactie* betrof, ook tegen derden-verkrijgers te goeder trouw, en niet een hypothecaire actie waarmee de crediteur het bezit vorderde *ter executie*. Het voorrecht van uitwinning bleef daarom buiten toepassing.

In navolging van vroege gemeenrechtelijke auteurs⁶³ werden wel pogingen ondernomen om de bezitsactie ook toe te kennen aan *hypothecaire* crediteurs, die niet het reële bezit van de zaak hadden verkregen maar slechts een 'possession feinte et civile' krachtens een beding met de zekerheidsgever.⁶⁴ Het betreft de 'clausula constituti' die eerder aan de orde is geweest.⁶⁵ De crediteur zou zich dan op de 'Justiniaanse conditie' kunnen beroepen om het bezit terug te vorderen van een derde-verkrijger aan wie het bezit buiten de wil van de crediteur om was verschaft. Zo zou het voorrecht van uitwinning omzeild kunnen worden. De Utrechtse hoogleraar Matthaeus, die ook in Frankrijk aanzien genoot, betoogde daartegen dat het zekerheidsrecht op een roerend goed eenvoudigweg tenietging door vervreemding, zodat een derde geen hinder kon ondervinden van een beding omtrent het bezit tussen zekerheidsgever en crediteur.⁶⁶ Faber wees er bovendien op dat het bezit niet kon worden gevorderd van een bezitter te goeder trouw krachtens geldige titel.⁶⁷ Daarnaast was de hele constructie naar het oordeel van de laatste 'niet onsubtiel, maar duidelijk belachelijk en in zichzelf weerzinwekkend',⁶⁸ want zowel bij de hypothecaire actie als bij de 'possessoire conditie' ging het om een hypothecaire crediteur die bezit vorderde van een derde, zodat ook bij een bezitsactie een beroep op het voorrecht toegekend zou moeten worden.

IV.1.4. Zekerheidsrechten op onroerende goederen (1400-1789)

In het bovenstaande is gebleken dat het voorrecht van uitwinning ten aanzien van roerende goederen geen rol van betekenis speelde in het Franse gemene recht. De hypotheek op roerende goederen kende geen zaaksgevolg en het recht van vuistpand beperkte de debiteur feitelijk zeer sterk in zijn beschikkingsbevoegdheid. Het beeld is echter volledig anders ten aanzien van de bezitloze zekerheidsrechten op *onroerende* goederen. Deze hypotheeken werden bij notariële akte gevestigd op het gehele vermogen van de debiteur, zowel op diens bestaande als op diens toekomstige onroerende goederen. Zij werden echter niet geregistreerd in een openbaar register. Het beding van generale hypotheek was zo gebruikelijk, dat vrijwel iedere crediteur er

62 Pothier, *Nantissement*, nr. 21; *Hypothèque*, nr. 215. Pos p.118. Vgl. Zwolve, *GEPR*, p.149-150.

63 Zie boven, p.98-99.

64 De la Pape q.432,12; Chassenaeus nr. 5,3,3; Van Christynen nr. 7,8,5; Loyseau, *Traité du déguerpissement et délaissement par hypothèque*, (in: *Oeuvres de Loyseau*, Parijs 1665), nr. 3,8,11; Pothier, *Hypothèque*, nr. 84. Vgl. Troplong, art. 2170 nr. 796.

65 Zie p.98-101 en 155-156.

66 Matthaeus II (1601-1654), *Paroemiae Belgarum*, Brussel 1694, nr. 7,14.

67 Faber, *Erroribus*, dec. 4 err. 3,16.

68 Faber, *Erroribus*, dec. 4 err. 6,3-4: 'Eamque pragmaticorum non insubtilis, si diis placet, distinctio & observatio est, ridicula sane, ac sibi ipse repugnans.'

gebruik van maakte.⁶⁹ Daardoor wist de verkrijger van een onroerend goed nooit zeker of hij zou worden geconfronteerd met de hypothecaire crediteuren van zijn voorganger. Onder die omstandigheden kon het voorrecht van uitwinning goede diensten bewijzen. In het navolgende zullen eerst de omstandigheden worden geschetst waaronder een beroep op het voorrecht werd toegekend, en ten slotte de voorwaarden waaraan een beroep op het voorrecht was gebonden.

IV.1.4.1. Obligation générale

Het Romeinsrechtelijke vereiste van levering als constitutief element van eigendomsoverdracht werd, na de receptie van het Romeinse recht, in het Franse gemene recht niet alleen toegepast ten aanzien van (de verpanding van) roerende goederen, maar ook op de vestiging van hypotheek op onroerende goederen. Daar had, zo betoogde men algemeen, de leverings-handeling de vorm gekregen van 'het zegel van het publieke gezag.'⁷⁰ Op het publieke gezag, het koninklijk zegel dat aan notariële aktes werd gehecht, berustte nu het zaaksgevolg dat aan alle generale hypotheek werd toegekend.⁷¹

Omdat de rechtskracht van een notariële akte *door de wet* werd bepaald, kon men vervolgens betogen dat iedere hypotheek eigenlijk voortvloeide uit de wet.⁷² Het gevolg daarvan was dat ook zaaksgevolg werd toegekend aan hypotheek die *niet* waren gevestigd bij notariële akte maar rechtstreeks uit de wet voortvloeiden,⁷³ zoals de hypotheek van een pupil op het vermogen van zijn voogd of de hypotheek van een getrouwde vrouw op het vermogen van haar man. Naar de voorstelling van de gemeenrechtelijke Franse juristen waren alle hypotheek op onroerende goederen dus *legale* hypotheek: hetzij voortvloeiend uit notariële akte, hetzij uit vonnis,⁷⁴ hetzij uit de wet zelf.

Het zaaksgevolg werd beschouwd als het wezenskenmerk van hypotheek.⁷⁵ De beschikkingsmacht over het goed kon dankzij het zaaksgevolg bij de debiteur berusten, zonder dat deze in staat was om afbreuk te doen aan de

69 Pos (p.110-111) merkt op dat men in die situatie nauwelijks kan spreken van preferentie op onverzekerde crediteuren. De executieopbrengst werd uitgekeerd naar het ontstaansmoment van ieders vordering zoals dat bleek uit notariële akte, vonnis of authentieke erkende akte.

70 'Le sceau de l'autorité publique': Pothier, *Hypothèque*, nr. 10; Bourjon c.VI,6,1 nr. 1. Domat (III, c.III,1,2 pr.) verklaart het vereiste van een *notariële* akte uit het gevaar van antedatering.

71 Bourjon c.VI,6,3 nr. 15: 'C'est droit commun, les coutumes contraires singularisent.'

72 Bourjon c.VI,6,1 nr. 1.

73 Bourjon c.VI,6,1 nr. 14.

74 Art. 53 Ordonnance sur la réforme de la justice (Moulins, februari 1566), in: Isambert/Decrusy/Taillandier, *Recueil général des anciennes lois françaises XIV-I*, Parijs 1829, nr. 110.

75 'Puisque c'est ce droit de suite qui est le principal effet de l'hypothèque': Bourjon c.VI,6,1 nr. 14 en VI,6,2 nr. 6.

rechten van de crediteur door het goed te vervreemden.⁷⁶ De crediteur had de mogelijkheid om een derde-bezitter van een met hypotheek bezwaard onroerend goed te dwingen om de zaak af te staan voor executie, als deze tenminste niet overging tot betaling van de schuld waarvoor het goed was verbonden: hij moest 'payer ou délaisser'.⁷⁷

In beginsel had de crediteur de vrijheid om zelf te kiezen welke goederen hij krachtens zijn recht van hypotheek onder de debiteur wilde vervolgen.⁷⁸ Waarom zou dit anders zijn nadat de debiteur was overgegaan tot vervreemding van de bezwaarde zaak? De derde-bezitter wiens goed werd uitgewonnen kon zich uiteraard wenden tot zijn rechtsvoorganger, die jegens hem moest instaan voor de uitwinning, en zo voort in een keten van aansprakelijkheden die terugvoerde tot de zekerheidsgever en oorspronkelijke vervreemder. Als de debiteur van de verzekerde vordering echter solvent was, leek het redelijk, zelfs 'humaan',⁷⁹ om de crediteur eerst daarheen te verwijzen. Dankzij het voorrecht van uitwinning werd een derde-bezitter niet nodeloos lastig gevallen en een regres tegen de debiteur opgedrongen.⁸⁰ In de *meeste* gebieden kon de derde-bezitter daarom een beroep doen op het voorrecht van uitwinning.⁸¹ In andere gebieden kon de crediteur echter

-
- 76 Donellus, *Tractatus de pignoris et hypothecis*, in: *Opera omnia VI*, Macerata 1841, nr. 9,6; Bourjon c.VI,6,2 nr. 6. Het lijkt erop dat deze – van oorsprong Romeinse – gedachte onder het oude Franse recht reeds werd vervolgd tot de consequentie dat een crediteur *dus* niet gedwongen kan worden eerst de goederen van de debiteur uit te winnen. 'Les anciens se fondoyent pour ceste pratique en ce qui est dit en la loy debitorem C. de pignor. (C. 8,13(14),15) que le debiteur par alienation ne peut alterer ny empescher l'effect de l'hypothèque': Papon (1505-1590), *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France*, 6^e druk, Lyon 1585, nr. 11,3,9.
- 77 Domat III, c.III,1,3 nr. 2; Bourjon c.VI,6,2 nr. 7; c.VI,6,3 nr. 15-16; Pothier, *Orléans*, nr. 20,30.
- 78 Chassenaeus nr. 5,2,36; Papon nr. 17,5,43; Automne (1574?-1666), *La conference du droit François avec le droit Romain, civil et canon I*, Parijs 1644, ad D. 14,4,9,1; Domat III, c.III,1,3 nr. 6 en 12; Pothier, *Orléans*, nr. 20,108. De algemene regel dat bij een gerechtelijke hypotheek, het Romeinse 'pignus in causa iudicati captum', eerst de roerende goederen van de debiteur uitgewonnen dienden te worden, vervolgens diens onroerende goederen en ten slotte diens vorderingen op derden, was bij Ordonnantie in 1539 afgeschafte (art. 74). Met uitzondering van enige coutûmes werd de regel alleen nog gehanteerd ten aanzien van minderjarigen. De regel heeft zijn weg echter gevonden naar de Code civil, alwaar hij was opgenomen in art. 2206 Cc.
- 79 'Humanitatis caussa.' Donellus, *Commentarium de jure civili*, in: *Opera omnia IV*, Macerata 1830, nr. 15,49,7 en 15,50,15.
- 80 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,9; Faber, *Coniecturarum*, conj. 8,17,2 en *Erroribus*, dec. 5 err. 7,3; Domat III, c.III,1,3 nr. 6.
- 81 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,3; Automne II, ad C. 8,14 auth. Hoc si debitor; Pothier, *Hypothèque*, nr. 83. Zo ook: Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code: des privilèges et hypothèques*, Brussel 1844, art. 2170 nr. 796; Herman p.28; Timbal II, p.537. Anders daarentegen: Baudry-Lacantinerie/De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil XXIV: du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée III*, 2^e druk, Parijs 1899, nr. 2142. De gewoonte van het gebied, waarin de onroerende zaak is gelegen, bepaalt of het voorrecht van toepassing is: Pothier, *Hypothèque*, nr. 85.

direct procederen tegen een derde-bezitter.⁸² Voor die regel werd eveneens een beroep gedaan op de billijkheid. De goederen van de debiteur zouden immers ontoereikend kunnen zijn, zodat de uitwinning van die goederen slechts tot vertraging en vermenigvuldiging van procedures zou leiden. De daarmee gepaard gaande kosten had men kunnen vermijden door de goederen onder de derde-bezitter onmiddellijk uit te winnen; bovendien moesten de kosten van uitwinning uiteindelijk door de derde-bezitter worden gedragen.⁸³

Het Franse gewoonterecht weerspiegelde daarmee de ietwat verwarde staat van het Romeinse recht op dit vlak.⁸⁴ Digesten en Codex leverden argumenten om de derde-bezitter een beroep op het voorrecht van Novelle 4,2 te ontzeggen, evenals Novelle 112,1. *Iedere* gewoonte kon dus naar keuze worden uitgelegd als overeenstemmend met het 'echte' Romeinse recht, of juist worden beschouwd als een inheemse traditie in afwijking van de Romeinse leer.⁸⁵ Het heeft weinig zin om de achtergronden van de verschillende coutûmes op dit punt aan een analyse te onderwerpen. Vastgesteld zij slechts dat het voorrecht van uitwinning in de meeste gebieden werd toegekend en in die gebieden vrijwel steeds aan dezelfde regels was gebonden. Welke die regels zijn, zal hierna worden behandeld.⁸⁶

IV.1.4.2. Obligation spéciale

De 'speciale verbintenis' van onroerende goederen had aanvankelijk het voordeel dat zij zaaksgevolg met zich bracht,⁸⁷ zodat het gebruikelijk was om in een notariële akte naast de 'generale verbintenis' een 'obligation spéciale' op te nemen, krachtens dewelke een crediteur zich ook onder derden kon verhalen op een bezwaard onroerend goed. Omdat het zaaksgevolg hier al zeer vroeg werd toegekend, lag het niet voor de hand om dat zaaksgevolg vervolgens in te perken door het voorrecht van uitwinning. In veel coutûmes⁸⁸ werd een beroep op het voorrecht daarom ontzegd aan de derde-bezitter die werd aangesproken krachtens *speciale hypotheek*, zoals de 'obligation spéciale' later werd geduid. De crediteur had de vrije keuze tussen de uitoefening van zijn speciale hypotheek onder een derde en de uitoefening van zijn persoonlijke recht tegen de debiteur.

82 Chassenaeus nr. 5,2,18 en 5,2,30; Domat III, c.III,1,3 nr. 6; Troplong, art. 2170 nr. 796.

83 Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 7.5. De weging van deze (en andere) argumenten zal plaatshebben bij de bespreking van het recht onder vigueur van de Code civil, aangezien moderne Franse auteurs ruime aandacht besteden aan de voors en tegens van het voorrecht van uitwinning.

84 Zie hierboven, p.60-61 en p.74-75.

85 Zie bijvoorbeeld het betoog van Chassenaeus (nr. 5,2,2) ten aanzien van borgtocht; en het betoog van Charles du Moulin (1500-1566), *Commentarius posthumus in reliquos titulos antiquae consuetudinis Parisiensis*, in: *Opera omnia I*, Parijs 1681, § 70 nr. 6 ten aanzien van grondrente.

86 Zie p.179-183.

87 Zie hierboven, p.165-166.

88 Du Moulin, *Commentarius posthumus*, § 70 nr. 9; Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,2 en 7. Zie ook: Troplong, art. 2170 nr. 796 en 799; art. 2171 nr. 808; Herman p.28.

Deze keuzevrijheid verklaart waarom er, nadat de 'obligation générale' was omgeduid als generale hypotheek, regelmatig naast de generale hypotheek een speciale hypotheek werd opgenomen in de notariële akte. Bovendien gaf een jongere speciale hypotheek krachtens gewoonterecht preferentie op een oudere generale hypotheek.⁸⁹ In de zeventiende eeuw verdween deze laatste regel echter onder invloed van het Romeinse recht, zodat sindsdien de preferentie van alle hypotheeken slechts werd beoordeeld naar hun ontstaansmoment.⁹⁰ Onder invloed van diezelfde receptie kon een speciale hypotheek zelfs nadelig werken voor de crediteur: krachtens het 'beneficium excussionis realis'⁹¹ konden overige (latere) hypothecaire crediteuren eisen dat een crediteur zich eerst zou verhalen op speciaal aan hem verbonden goederen, voordat hij zich richtte op de andere goederen die hem krachtens generale hypotheek in zekerheid waren gegeven en die jegens de andere crediteuren eveneens waren bezwaard.⁹²

Nog riskanter was het dat een beroep op het 'beneficium excussionis realis' ook wel aan derden-bezitters van met generale hypotheek bezwaarde onroerende goederen werd toegerekend.⁹³ Nu werd deze gedachte terecht bestreden door de meer Romeinsrechtelijk georiënteerde schrijvers,⁹⁴ maar zij was vanuit het oogpunt van het gewoonterecht bezien zo gek nog niet. De executie van onroerende goederen werd van oudsher onder de debiteur slechts toegestaan voor zover dat noodzakelijk was om de crediteur te voldoen; al in de veertiende eeuw kon een crediteur worden gedwongen om zich eerst krachtens zijn 'obligation spéciale' te verhalen op de schuldenaar, alvorens de 'obligation générale' uit te oefenen.⁹⁵ Het lag voor de hand om een beroep op die regel ook aan derden-bezitters toe te staan.

De notariële praktijk van die tijd wist dit risico te ondervangen door een clause op te nemen 'que la speciale ne deroge pas à la generale ny la generale à la speciale'.⁹⁶ Aan het einde van de zeventiende eeuw was het beding dermate gebruikelijk geworden dat het stilzwijgend werd ingelezen waar het was weggelaten.⁹⁷ Nu het gevaar van het 'beneficium excussionis realis' was bezworen, bleef de speciale hypotheek naast de generale hypotheek

89 Herman t.a.p.; Ourliac/De Malafosse I, nr. 338; Pos p.110; Timbal II, p.464.

90 Domat III, c.III,1,3 nr. 5; Bourjon c.VI,6,1 nr. 25 en VI,6,2 nr. 5. Herman p.28; Pos p.110; Dumas p.282-283.

91 Ontleend aan C. 8,13(14),2. Zie hierboven, p.48-50.

92 Donellus, *Commentaria in codicem Justiniani III*, ad C. 8,14,2 nr. 2. Zie ook: Herman p.28-29; Pos t.a.p.; Dumas p.283.

93 Du Moulin, *Commentarius posthumus*, § 70 nr. 9; Automne II, ad C. 8,14,2; Domat III, c.III,1,3 nr. 6.

94 Papon nr. 11,3,3; Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,29; Cujacius, *Recitationes solennes*, ad C. 8,13,2 c.1188 sub E. Zie echter ook de Middeleeuwse traditie op dit punt, hierboven p.105-107.

95 Timbal II, p.182-183 en 520.

96 Papon t.a.p.; Domat t.a.p.; Pothier, *Orléans*, nr. 20,37; *Hypothèque*, nr. 88.

97 Domat t.a.p. Niet pas in de achttiende eeuw, zoals Herman (p.29) stelt.

goede diensten bewijzen omdat zij (meestal) niet werd onderworpen aan het voorrecht van uitwinning.⁹⁸

Het staat wel vast dat aan de clause derdenwerking werd toegekend. De verklaring daarvoor werd wellicht gezocht in een toepassing van de *nemo plus*-regel: de zekerheidsgever die speciale en generale zekerheidsrechten heeft verleend onder het beding dat beiden niet aan elkaar derogeren, kan slechts beschikken over een goed dat aan die voorwaarde onderhevig is. Voor zover deze verklaring inderdaad werd aangehangen, berustte zij op een misvatting.⁹⁹ De verhouding tussen speciale en generale zekerheidsrechten werd op dit punt immers bepaald *door het recht* en niet door de contractuele verhouding tussen zekerheidsgever en crediteur.¹⁰⁰ Hoe het recht ook de verhouding tussen speciale en generale zekerheidsrechten regelt, de verkrijger van een latere hypotheek, of de verkrijger van een met generale hypotheek bezwaarde zaak, kan niet van zijn rechten worden afgehouden door een beding tussen de eerdere zekerheidsnemer en diens debiteur.

IV.1.4.3. Grondrentes

Naast de speciale hypotheek bestond er nog een tweede zekerheidsrecht op onroerende goederen dat niet was onderworpen aan het voorrecht van uitwinning. Het betrof hier een bijzonder zakelijk recht van inheemse oorsprong dat als 'rente foncière' (grondrente) werd aangeduid. De grondrente werd gevestigd door het contract van 'bail à rente',¹⁰¹ waarbij de eigendom van een onroerend goed werd overgedragen tegen de vestiging van een jaarlijkse rente, te betalen uit de vruchten van het onroerende goed. De verkrijger verbond zich daarbij om de rente te betalen zolang hij het onroerende goed bezat. Het bijzondere nu aan de grondrente was niet zozeer dat zij als een zakelijk recht op een onroerend goed drukte (dat doet de verplichting tot betaling van een erfpachtcanon immers ook), maar dat *het goed zelf* werd beschouwd als debiteur van de grondrente.¹⁰² De bezitter van het onroerende goed was aansprakelijk voor betaling van de termijnen die gedurende zijn bezit waren verschenen,¹⁰³ maar het goed zelf was 'aansprakelijk' voor *alle* verschenen termijnen.¹⁰⁴

98 De meer Romeinsrechtelijk georiënteerde juristen betoogden echter dat die gewoonte was gebaseerd op een verkeerde lezing van Nov. 112,1 (zie p.148) en daarom geen gelding zou hebben. Vgl. Faber, *Erroribus*, dec. 6 err. 3; Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,7. Zie ook: Troplong, art. 2171 nr. 808.

99 Dernburg (*Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts II*, Leipzig 1864, p.376) leidt de derdenwerking van het beding om deze reden uit niets anders af dan de *billijkheid*.

100 Art. 100 Coutume de Paris bepaalde bijvoorbeeld uitdrukkelijk dat de speciale en generale hypotheek wederzijds niet derogeerden. Aangehaald bij Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,29.

101 Pothier, *Traité du contrat de bail a rente* (1764), in: *Oeuvres de Pothier IV*, Parijs 1861, nr. 1 en 111. Zie, voor het oud-vaderlandse recht op dit punt: De Blécourt/Fischer, *Kort begrip van het oud-Vaderlands recht*, Groningen/Djakarta 1950, nr. 131-135a.

102 Pothier, *Bail à rente*, nr. 90 en 91. Zie ook: Herman p.25; Timbal II, p.472-473.

103 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,2,9. Voor zover hij op de hoogte was van het bestaan van de grondrente: Pothier, *Bail à rente*, nr. 82, 84 en 92.

104 Pothier, *Bail à rente*, nr. 3, 13 en 26.

In een sterk staaltje van passieve interpretatie werd de ‘aansprakelijkheid’ van het onroerende goed voor alle termijnen naar gewoonterecht geduid als een vorm van *hypothek* op het goed.¹⁰⁵ De crediteur van een grondrente kon de bezitter van het onroerende goed (die slechts persoonlijk aansprakelijk was voor de gedurende zijn bezit verschenen termijnen) immers dwingen om afstand van het goed te doen (*déguerp*), als de bezitter niet alle verschenen termijnen wilde betalen. Was het doel van die actie niet gelijk aan een hypothecaire actie, die naar Frans recht ook strekte tot ‘betaling of afstand’ (*paiement ou délaissement*)?¹⁰⁶ Zo bepaalde de invloedrijke gewoonte van Parijs bijvoorbeeld in art. 99 dat de bezitters aansprakelijk waren voor de gedurende hun bezit verschenen termijnen, om daarop in art. 101 te laten volgen dat zij ook hypothecair verbonden waren voor *alle* termijnen:

Art. 101 Coutume de Paris: ‘Les détempteurs & propriétaires d’héritages hypothéqués à des charges réelles, sont tenus hypothécairement de payer les arrérages échus avant leur détention, ou à délaisser lesdits héritages.’

Het recht werd op dit punt gedurende het gehele ancien régime beheerst door de geschriften die de invloedrijke jurist Charles Loyseau (1566-1627) aan het onderwerp wijdde.¹⁰⁷ Nadat hij had vastgesteld dat de crediteur van een grondrente kennelijk over een hypothecaire actie beschikte, wierp hij de onmiddellijk daaropvolgende vraag op: diende de crediteur van een grondrente eerst zijn debiteuren aan te spreken voor de gedurende hun bezit verschenen termijnen, vóórdat hij zijn ‘hypothecaire’ actie voor het gehele bedrag kon uitoefenen tegen de bezitter van het onroerende goed?

Het antwoord moest ontkennend luiden. De crediteur van een grondrente beschikte misschien over een ‘action hypothécaire’, maar de zakelijke actie was niet *accessoir* aan de persoonlijke actie.¹⁰⁸ Integendeel, zij volgde direct uit het recht op de grondrente zelf en was als zodanig overdraagbaar. Naar de visie van het ‘droit commun français’ was het verbonden goed de debiteur van de grondrente: de bezitter van het goed kon niet naar anderen verwijzen om de eenvoudige reden dat de debiteur *zelf*, het onroerende goed, werd aangesproken. In die situatie was het voorrecht van uitwinning uiteraard niet van toepassing.¹⁰⁹

105 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 2,9,2; Pothier, *Bail à rente*, nr. 91. Zie ook: Herman p.23-24; Timbal II, p.473-475.

106 Pothier t.a.p. Zie ook: Herman p.26; Timbal II, p.479, en voor de samenhang tussen ‘déguerpissement’ en ‘obligation générale’ Dumas p.264; Timbal II, p.487.

107 Loyseau, *Droit des offices; Traité du deguerpissement et delaissement par hypothèque; Traité de la garantie des rentes*, allen in: *Oeuvres de Loyseau*, Parijs 1665-1666. Pothier, bijvoorbeeld, haalt Loyseau voortdurend aan zodra de actie uit hypothek ter sprake komt, en in het voetspoor van Pothier geldt hetzelfde voor rechtsgeleerden als Duranton en Troplong.

108 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,9-10; Pothier, *Bail à rente*, nr. 91.

109 Chassenaeus nr. 5,2,30 en 11,6,pr.; Pothier t.a.p. Vgl. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le code civil XX*, 4^e druk, Parijs 1844, nr. 243.

Sommige coutûmes bepaalden uitdrukkelijk dat het voorrecht van uitwinning niet van toepassing was op de grondrente.¹¹⁰ Dit was ook de uitleg die algemeen aan art. 101 van de Coutûme de Paris werd gegeven: de crediteur van een grondrente kon de bezitter van het bezwaarde goed onmiddellijk aanspreken middels een hypothecaire actie.¹¹¹ De gewoonte van Parijs zweeg echter over de vraag of het voorrecht kon worden ingeroepen tegen hypothecaire crediteuren van *andere* vorderingen dan grondrentes, zoals verbintenissen uit contract of uit vonnis. Zonder een uitdrukkelijke bepaling was men geneigd om in die gevallen een beroep op het voorrecht, in navolging van het meer subsidiaire Romeinse recht, toe te kennen.¹¹²

Voor de verdere geschiedenis van het voorrecht van uitwinning onder de Code civil is het belangrijk om hier op art. 436 van de Coutûme d'Orléans te wijzen.¹¹³ Krachtens dit artikel werd het voorrecht niet toegekend tegen de crediteur van een door *speciale* hypotheek verzekerde grondrente. Niemand minder dan Pothier was geneigd om daaraan de conclusie te verbinden dat het voorrecht te Orléans *wel* kon worden ingeroepen tegen de crediteur van een door *generale* hypotheek verzekerde grondrente,¹¹⁴ niettegenstaande zijn algemene beschouwingen elders over 'het debiteurschap van de grond zelf'.¹¹⁵

Het algemene beeld voor het 'droit commun français' is daarmee bepaald. Het voorrecht van uitwinning kon *meestal wel* worden ingeroepen tegen de crediteur van een generale hypotheek op onroerende goederen en *meestal niet* tegen de crediteur van een speciale hypotheek. Wanneer de verzekerde vordering een grondrente betrof, was een beroep op het voorrecht veelal uitgesloten. In aanvulling op hetgeen in een eerder deel is behandeld,¹¹⁶ zal nu enige aandacht worden besteed aan de vereisten die in Frankrijk aan een geslaagd beroep op het voorrecht van uitwinning werden gesteld.

IV.1.4.4. Het beroep op het voorrecht van uitwinning

Het is essentieel voor een effectieve bescherming van de crediteur dat diens recht van hypotheek zaaksgevolg heeft. Door de bezwaarde goederen in de

110 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,1. Zie ook: Timbal II, p.529.

111 Bourjon c.VI,6,4 nr. 2; Pothier, *Hypothèque*, nr. 80 en 81. Bij een herziening van de Coutûme van Parijs werden voor alle duidelijkheid de woorden 'sans qu'il soit besoin de discussion' toegevoegd: Loyseau t.a.p.

112 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,4; Bourjon c.VI,6,4 nr. 2 en 3l; Pothier, *Hypothèque*, nr. 83. Anders: Chassenaeus nr. 5,2,30.

113 Art. 436 Coutûme d'Orléans: 'Celui qui a droit de rente vendue et constituée, se peut adresser pour raison d'icelle rente et arrérages, sur l'héritage spécialement obligé, et contre un tiers détenteur d'iceluy, qui en est tenu respondre, ou amener son garand comme détenteur, et payer ou délaisser, sans que le seigneur de ladite rente soit tenu discuter, si bon ne lui semble, le vendeur et ses héritiers.'

114 Pothier, *Orléans*, nr. 20,35; *Hypothèque*, nr. 82. Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,2. Vgl. Duranton XX, nr. 243.

115 Pothier, *Bail à rente*, nr. 91.

116 Zie hierboven, p.91-97.

macht van zijn debiteur te laten, loopt hij zonder dit zaaksgevolg het risico dat de zekerheid door vervreemdingen wordt uitgehold. Deze noodzaak werd in navolging van het Romeinse recht uitgedrukt in de maxime dat een debiteur zijn crediteur niet in een slechtere positie moet kunnen brengen.¹¹⁷ Het voorrecht van uitwinning lijkt haaks op die gedachte te staan. Vóór de vervreemding heeft de crediteur de vrije keuze tussen zijn rechtsmiddelen, na de vervreemding kan hij worden gedwongen om eerst zijn rechtsmiddelen tegen de debiteur aan te wenden. De exceptie van uitwinning is daarom al vroeg beschouwd als een *voorrecht*, een door de wetgever verleende gunst.¹¹⁸ Het aldus 'uit menslievendheid'¹¹⁹ en tegen het systeem van het recht in verleende voorrecht werd onmiddellijk aan allerlei eisen gebonden, opdat de belangen van de crediteur niet te veel zouden worden geschaad door de begunstiging van derden-bezitters en borgen.

Dilatoire exceptie

In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat toekenning van het voorrecht van uitwinning niet aanleiding gaf tot de constructie van een voorwaardelijke aansprakelijkheid.¹²⁰ Het recht van de hypothecaire crediteur kwam altijd een volledig zaaksgevolg toe. Dit bracht mee dat de crediteur het *recht* had om tegen een derde-bezitter te procederen als de debiteur in gebreke bleef. De derde-bezitter kon hem niet afweren met de stelling dat hij slechts aansprakelijk was indien de goederen van de debiteur waren uitgewonnen en de crediteur geen volledige betaling had verkregen. Integendeel: het voorrecht verschafte hem slechts de mogelijkheid om de procedure op te schorten. De hypothecaire actie werd daardoor niet verworpen, en na een vergeefse uitwinning van de goederen van de debiteur kon een crediteur zijn vordering tegen de derde-bezitter alsnog vervolgen.¹²¹ Het 'bénéfice de discussion', zoals het voorrecht in Frankrijk bekend stond (en staat), verschafte met andere woorden geen peremptoire exceptie, maar een dilatoire exceptie. Zoals iedere dilatoire exceptie moest het voorrecht worden ingeroepen vóór 'la contestation en cause.'¹²² Als de derde-bezitter na een ver-

117 Ontleend aan C. 8,13(14),15, aangehaald op p.44. Vgl. Papon nr. 11,3,9; Donellus, *Tractatus de pignoris*, nr. 9,6; *Commentaria in codicem III*, ad C. 8,14,24 auth. Hoc si, nr. 1; Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 9,3; Domat III, c.III,1,3 nr. 2.

118 Zie voor het vroege gemene recht hierboven, p.91 e.v.

119 'Humanitatis causa.' Donellus, *Commentarium de jure civili*, nr. 15,49,7 en nr. 15,50,15.

120 Zie hierboven, p.63 e.v. Afwijkend voor het lokale recht: De la Pape q.432,2, maar daartegen weer q.432,8.

121 De la Pape q.432,11; Pothier, *Orléans*, nr. 20,34; *Hypothèque*, nr. 77. Omgekeerd kon de derde-bezitter zich na de uitwinning nog steeds ten principale verweren: Papon nr. 13,3,6.

122 De la Pape q.94,4; Papon nr. 10,4,21; Loyseau, *Déguepissement*, nr. 3,8,26; Pothier, *Orléans*, nr. 20,34; *Hypothèque*, nr. 76 en 78.

weer ten principale alsnog het voorrecht opwierp, diende het beroep daarop als tardief terzijde te worden gesteld.¹²³

Voor een verdere behandeling van het karakter als dilatoire exceptie zij verwezen naar hetgeen hieronder over borgtocht wordt opgemerkt.¹²⁴

Geen persoonlijke aansprakelijkheid

In de tweede plaats werd een derde-bezitter slechts opgevat als diegene, die op geen enkele wijze voor de schuld zelf aansprakelijk was. Alleen een *derde*-bezitter kon een beroep doen op het voorrecht. De hypotheek strekte tot zekerheid van de gehele schuld, zodat zelfs een geringe persoonlijke aansprakelijkheid voldoende was om het voorrecht van uitwinning te ontzeggen.¹²⁵ Als een beroep op het voorrecht *wel* werd toegelaten, dan zou de zakelijke actie uitgesteld moeten worden terwijl een persoonlijke actie tegen de 'derde' onmiddellijk doorgang zou vinden. Dit zou tot de wonderlijke conclusie leiden dat de bezwaarde zaak niet kon worden geëxecuteerd uit hypotheek, maar wel uit een veroordelend vonnis op grond van een persoonlijke actie. Erfgenamen van de debiteur en mededebiteuren konden daarom geen beroep op het voorrecht van uitwinning doen.

Loyseau behandelt de vraag wat rechtens is wanneer een erfgenaam aan wie een bezwaarde zaak is toegewezen zijn deel van de schuld heeft betaald. Volgens hem is de erfgenaam nog steeds geen 'possesseur étranger' die een beroep op het voorrecht kan doen.¹²⁶ Naar het moderne Franse recht wordt hij in dat geval (terecht) als derde beschouwd.¹²⁷ De regel omtrent persoonlijke aansprakelijkheid werpt een andere, ingewikkelder vraag op: kan een borg die een bezwaarde zaak heeft verkregen een beroep doen op het voorrecht van uitwinning wanneer hij in zijn hoedanigheid van bezitter wordt aangesproken? Het oude Franse recht heeft deze vraag echter niet gesteld, zodat de behandeling ervan wordt uitgesteld tot het moderne Franse recht.¹²⁸

Contractuele uitsluiting

Het voorrecht van uitwinning vloeide voort uit de wet, dat wil zeggen uit (de meer subsidiair geldende) Novelle 4,2. Een beding tussen crediteur en debiteur, waarbij een zekerheidsrecht werd gevestigd onder afstand van het voorrecht, kon uiteraard geen afbreuk doen aan de rechten van derden-verkrijgers.¹²⁹ Een derde-verkrijger mocht het voorrecht ook opwerpen wanneer hij weet had van het bestaan van de hypotheek: hij verkreeg de zaak welis-

123 Loyseau t.a.p.; Pothier, *Hypothèque*, nr. 78. Anders: Bourjon c.VI,6,4 nr. 3. Het voorrecht kon in geen geval pas in appel worden ingeroepen. Rebuffus, *In constitutiones regias commentarius*, Amsterdam 1668, Tr. de rescriptis art. 4 Gl.4 nr. 13.

124 Zie p.184-185.

125 Papon nr. 10,4,27; Pothier, *Orléans*, nr. 20,28 en 20,35; *Hypothèque*, nr. 80.

126 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,13.

127 Zie hieronder, p.209.

128 Ibid.

129 Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 6; Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,21; Pothier, *Orléans*, nr. 20,35; *Hypothèque*, nr. 85. Vgl. Troplong, art. 2170 nr. 799.

waar onder last van hypotheek, maar niet onder last van de schuld, waarvoor hij niet aansprakelijk was.¹³⁰ Er moet aangenomen worden dat hetzelfde gold wanneer de verkrijger weet had van een beding dat een beroep op het voorrecht uitsloot.

Pothier vermeldt enige malen dat een derde ook goederen kan bezwaren voor andermans schuld.¹³¹ Hij behandelt echter, evenmin als andere Franse gemeenrechtelijke auteurs, nergens de vraag of deze zekerheidsgever het voorrecht van uitwinning kan inroepen. Waarschijnlijk werd het voorrecht van uitwinning onder die omstandigheden altijd contractueel uitgesloten.¹³² De 'zakelijke borg' zal verder aan bod komen bij de behandeling van het moderne Franse recht, dat enige liefde heeft opgevat voor deze constructie.¹³³

Uitwinning onder de debiteur

Wanneer aan alle eisen voor een beroep op het voorrecht van uitwinning was voldaan, moest de crediteur het vermogen van zijn debiteur en diens borg uitwinnen voordat hij zijn actie voor het onbetaalde deel kon vervolgen tegen de derde-bezitter. Aanvankelijk werd geëist dat de crediteur zich op het vermogen van de debiteur had verhaald 'usque ad peram et sacculum', hetgeen zoveel wil zeggen als tot en met diens faillissement, maar onder het vroege gemene recht was al vastgesteld dat de uitwinning niet te bezwaarlijk moest zijn voor de crediteur, of te lang moest duren.¹³⁴ Dat algemene beginsel gaf in Frankrijk aanleiding tot een aantal bijzondere regels.

Zo was een crediteur slechts verplicht tot uitwinning van de *roerende* goederen van zijn debiteur en diens borg, die zich bevonden in de *woonplaats* van één van beide.¹³⁵ Hij behoefde zich niet te verhalen op eventuele vorderingen die de debiteur of borg op derden mocht hebben, noch op roerende goederen buiten de woonplaats.¹³⁶ De gedachte hierachter was telkens dat niet van de crediteur kon worden verlangd dat hij deze goederen kende. Dit vermoeden ten voordele van de crediteur kon echter worden weerlegd: als de derde-bezitter overige goederen van debiteur of borg *aantwees* voor verhaal, dan moest de crediteur deze bij de uitwinning betrekken.¹³⁷ Het verhaal van een vordering op onroerende goederen kon daarenboven niet zon-

130 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,14; Pothier, *Orléans*, t.a.p.; *Hypothèque*, nr. 79.

131 Pothier, *Orléans*, nr. 20,26; *Hypothèque*, nr. 60. Vgl. Domat III, c.III,1,1 nr. 32.

132 Zoals dat onder het Franse gemene recht nagenoeg altijd bij borgtocht gebeurde. Zie hieronder, p.185.

133 Zie p.211-212.

134 Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 8,2; Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 8,20. Troplong, art. 2021 nr. 244 en art. 2022 nr. 262. Zie verder hierboven, p.95.

135 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,23; Pothier, *Orléans*, nr. 20,36; *Hypothèque*, nr. 86. Loyseau (*Déguerpissement*, nr. 3,8,24) breidde de noodzakelijke uitwinning echter uit tot de onroerende goederen in de woonplaats van de debiteur.

136 Pothier t.a.p. Faber (*Erroribus*, dec. 5 err. 8,4) beperkte de uitwinning geheel tot de aangevoerde goederen.

137 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,25 en *Garantie des rentes*, 9,4: 'car comme faire une discussion est en effet verifier une negative, à sçavoir que le debiteur n'a aucuns biens.' Vgl. Faber t.a.p.; Pothier t.a.p.

der aanzienlijke kosten geschieden, zodat onroerende goederen slechts uitgewonnen dienden te worden, na daartoe strekkende aanwijzing, als de kosten van uitwinning op verzoek van de schuldeiser door de derde-bezitter waren voorgesloten.¹³⁸

De derde-bezitter kon geen goederen aanwijzen, roerend of onroerend, waarvan de uitwinning onredelijk bezwarend zou zijn voor de crediteur. Tot die categorie behoorden in de eerste plaats goederen onder andere derden-bezitters.¹³⁹ Het moment van hun verkrijging, eerder of later dan de aangesproken derde-bezitter, maakte daarbij geen verschil.¹⁴⁰ In tegenstelling tot het vroege gemene recht fundeerde het 'droit commun français' die regel *niet* op het feit dat aan andere derden-bezitters eveneens een beroep op eerdere uitwinning toekwam,¹⁴¹ zoals men zou vermoeden. Onder invloed van het 'beneficium excussionis realis'¹⁴² had immers de gedachte postgevat dat derden-bezitters (latere vuistpandcrediteuren) onder omstandigheden wel degelijk naar andere derden-bezitters (verkrijgers) konden verwijzen.¹⁴³ Ook nadat het beroep op het 'beneficium excussionis realis' door een standaard-clausule in de notariële akte van hypotheek was uitgesloten, bleef die gedachte een rol spelen. Een derde-bezitter mocht niet naar een andere derde-bezitter verwijzen; niet zozeer omdat deze op zijn beurt het voorrecht zou inroepen (hetgeen niet noodzakelijk het geval is), maar omdat die aanwijzing *bezwaarlijk* zou zijn voor de crediteur.

Er doet zich in de onderlinge verhouding tussen derden-bezitters een bijzonder probleem voor omdat de derde-bezitter die betaalt om uitwinning te voorkomen, wordt gesubrogeerd in de rechten van de crediteur jegens de overigen. In potentie volgt er dan een cascade van vorderingen tot verhaal, totdat de schade ten slotte komt te liggen bij de (toevallig) laatst aangesproken derde-bezitter.¹⁴⁴ Teneinde dit probleem te vermijden, stelde Pothier voor om de niet-aangesproken derde-bezitter te verplichten tot een bijdrage jegens de aangesproken derde-bezitter, ten belope van het aandeel van de waarde van ieders goed in de schuld.¹⁴⁵

138 Pothier, *Orléans*, nr. 20,36; *Traité des obligations* (1761), in: *Oeuvres de Pothier II*, Parijs 1861, nr. 413. In *Hypothèque*, nr. 89 verlangt hij echter dat alle kosten van uitwinning worden voorgesloten. Vgl. Bourjon c.VI,1,5 nr. 3 en c.VI,6,4 nr. 4.

139 De la Pape q.432,4; Pothier, *Orléans*, nr. 20,37.

140 Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 9,3; Bourjon c.VI,6,4 nr. 4; Pothier, *Hypothèque*, nr. 88. Anders: Papon nr. 11,3,1. Vgl. Duranton XX, nr. 243.

141 Zie hierboven, p.106-107.

142 Zie daarover hierboven, p.48-50 en 105-107.

143 In het hier bedoelde geval verwijst de derde-bezitter van een met generale hypotheek bezwaard goed naar de derde-bezitter van een met speciale hypotheek bezwaard goed. Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,5,2 en 3,8,29.

144 Er treedt geen circuit d'actions op omdat een aangesproken derde-bezitter door betaling of uitwinning uiteraard niet wordt gesubrogeerd in de hypotheek op zijn eigen goed.

145 Pothier, *Hypothèque*, nr. 101-102. Ik merk terzijde op dat de vordering tegen derden-bezitters van een met grondrente bezwaard goed volgens gewoonterecht werd verdeeld naar hun aandeel in de waarde. Vgl. De la Pape q.432,4; Chassenaeus nr. 5,2,35-37; Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 9,7.

Die redelijke oplossing vindt geen steun in de wet, maar wordt ook door moderne Franse juristen omarmd.¹⁴⁶ Verdere bespreking gaat het bestek van dit boek echter te buiten.

In de tweede plaats kon een crediteur niet worden gedwongen om goederen buiten het koninkrijk uit te winnen, of goederen die het onderwerp vormden van een proces.¹⁴⁷ En ten slotte was een uitwinning niet nodig wanneer de debiteur notoir insolvent was: er waren in dat geval immers geen goederen aan te wijzen voor gemakkelijke uitwinning.¹⁴⁸

IV.1.5. Borgtocht (1400-1789)

Pothier begint zijn uiteenzetting over borgtocht en het voorrecht van uitwinning met de opmerking dat Novelle 4,1 in Frankrijk is gerecipieerd¹⁴⁹ – maar niet voor alle soorten borgen,¹⁵⁰ en niet in alle gevallen.¹⁵¹ Nadat hij aldus op elegante wijze zeer weinig heeft gezegd, blijkt uit de rest van zijn betoog dat het voorrecht ten aanzien van borgen niet of nauwelijks praktische toepassing vond onder het ancien régime.¹⁵² In die gevallen echter, waarin een beroep op het voorrecht aan de orde was, werd een interpretatie voorgestaan die eerder uit de Franse rechtspraktijk voortkwam dan uit de Novelle.

146 Angers, 10 maart 1841, S.1841.2.187; Cass.Req., 8 december 1903, S.1904.1.161; D.1904.1.193. Duranton XX, nr. 220 en 244; Laurent, *Principes de droit civil français XXXI*, 3^e druk, Brussel/Parijs 1878, nr. 269; Mestre e.a., *Traité de droit civil: droit special des sûretés réelles*, Parijs 1996, nr. 1587; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 490; Simler/Delebecq nr. 430. Anders: Toulouse, 19 maart 1838, S.1838.2.458; Troplong, art. 2170 nr. 800 nt.4.

147 Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 9,14; Pothier, *Orléans*, nr. 20,36; *Hypothèque*, nr. 87.

148 In afwijking van het gemene recht was insolventie op zichzelf onvoldoende, wanneer de derde-bezitter alsnog goederen voor executie kon aanwijzen die *gemakkelijk* waren uit te winnen. De la Pape q.432,5; Faber, *Erroribus*, dec. 5 err. 7,6-7 en dec. 5 err. 8,3; Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 9,15.

149 In het oudste Franse recht bepaalden veel statuten echter dat een beroep op het voorrecht niet was toegelaten. Vanaf de 13^e eeuw verandert het beeld en wordt in coutumes juist vastgelegd dat een borg slechts na de hoofdschuldenaar kan worden aangesproken. Onmiddellijk daarna wordt afstand van het voorrecht een gebruikelijk beding in aktes. Troplong, art. 2021 nr. 229; Laurent XXVIII, nr. 204; Baudry-Lacantinerie/Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil XXI: des contrats aléatoires: du mandat, du cautionnement, de la transaction*, Parijs 1899, nr. 1021; Ourliac/De Malafosse I, nr. 316-317; Aubenas p.59-62; Dumas p.221-229; Timbal II, p.362-363; Bart p.429; Lévy/Castaldo nr. 751.

150 Zo kon een borg, die krachtens gerechtelijk bevel was gesteld, geen beroep doen op het voorrecht van uitwinning. De tenuitvoerlegging van een vonnis leent zich immers niet voor grotere vertraging. Automne II, ad C. 8,14 auth. Hoc si debitor en ad C. 8,41 auth. Praesente; Domat III, c.III,4,2 nr. 2; Pothier, *Obligations*, nr. 408; Bourjon c.VI,1,5 nr. 8; zie echter ook Papon nr. 10,4,24. De Code civil heeft de regel overgenomen in art. 2042 Cc. Er bestond enig debat over de vraag of het voorrecht kon worden ingeroepen tussen kooplieden: de 'opinio communis' ontzegde hun dat beroep. Donellus, *Commentarium de jure civili*, nr. 15,49,8 nt.13. Zie voor het moderne recht daaromtrent hieronder, p.202.

151 Pothier, *Obligations*, nr. 407.

152 Vgl. Troplong, art. 2021 nr. 229; Gilissen, 'Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles', in: *Recueils de la société Jean Bodin* 28, Brussel 1974, p.109-111.

Omdat men (al sinds Justinianus) geneigd was, en is, om de derde-bezitter gelijk te stellen met een borg en daarom regels omtrent borgtocht toe te passen op de bezitter van een met zekerheidsrechten bezwaard goed,¹⁵³ is het nuttig enige aandacht te besteden aan het Franse borgtochtrecht.

IV.1.5.1. Voorwaarde of voorrecht?

Een borg kon bedingen dat hij zich slechts aansprakelijk stelde voor het onbetaalde bedrag bij insolventie van de hoofdschuldenaar. Als een dergelijke indemniteitsborgtocht niet uitdrukkelijk was bedongen, dan was de borgtocht eenvoudig, 'simple'.¹⁵⁴ Het verschil tussen een indemniteitsborgtocht en een eenvoudige borgtocht was dat de eerste leidde tot een voorwaardelijke verbintenis. De borg was in dat geval niet aansprakelijk voordat de insolventie was vastgesteld.¹⁵⁵ De eenvoudige borgtocht leidde echter tot onmiddellijke aansprakelijkheid van de borg. Het voorrecht van uitwinning werd hem verleend 'comme une pure grâce': de crediteur kon zelfs tegen de borg procederen wanneer de hoofdschuldenaar volledig solvent was.¹⁵⁶ Omdat de volgorde van uitwinning berustte op een voorrecht, was de crediteur derhalve slechts gehouden om goederen van de hoofdschuldenaar te executeren als de borg zulks eiste. Een rechter mocht de volgorde van uitwinning niet van rechtswege toepassen: de borg moest zich erop beroepen.¹⁵⁷ De borg kon er voor kiezen om de exceptie niet op te werpen, bijvoorbeeld omdat hij niet de kosten wilde dragen van een procedure tussen crediteur en hoofdschuldenaar, waarover hij geen zeggenschap had. Omdat de borg de macht had om de exceptie niet in te roepen, kon hij er ook bij voorbaat afstand van doen.

153 Zo verwijst art. 2170 Cc voor het voorrecht van derden-bezitters naar 'la forme réglée au titre Du Cautionnement.' Zie ook: Chassenaeus nr. 5,2,30; Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,5.

154 Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 4,20; Pothier, *Obligations*, nr. 412. De borgen voor gerechtelijke borgen werden naar het oude Franse recht echter altijd beschouwd als indemniteitsborgen: Papon nr. 10,4,11-14.

155 Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 4,19 en 21. Zelfs wanneer hij uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van ieder voorrecht: Du Moulin, *Tractatus contractuum et usurarum*, in: *Opera omnia II*, Parijs 1681, q.89 nr. 670; Donellus, *Commentarium de jure civili*, nr. 15,49,9 nt.14. En uiteraard ook als het gewoonterecht een beroep op het voorrecht uitsloot: Chassenaeus nr. 5,2,11.

156 Chassenaeus nr. 5,2,pr.; Donellus, *Commentarium de jure civili*, nr. 15,49,7; Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 4,18; Pothier t.a.p. Wezenlijk anders (subsidiariteit behoort tot de aard van borgtocht): Domat III, c.III,4,2 nr. 1; Bourjon c.VI,1,5 nr. 1.

157 De la Pape q.94,3; Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 8,20; Pothier, *Obligations*, nr. 410. Hetzelfde gold ten aanzien van derden-bezitters: De la Pape q.432,9. Zie verder Dumas p.229.

Een beroep op het voorrecht van uitwinning deed geen afbreuk aan de aansprakelijkheid van de borg. Het betrof hier (opnieuw) een dilatoire exceptie, die vóór alle wren moest worden opgeworpen.¹⁵⁸ Een verweer ten principale werd uitgelegd als een stilzwijgende afstand van de exceptie.¹⁵⁹ Hetzelfde zou moeten gelden ten aanzien van derden-bezitters.

IV.1.5.2. Afstand en het vereiste van een notariële akte

Een overeenkomst van borgtocht kwam slechts geldig tot stand wanneer zij was vastgelegd in een (notariële) akte.¹⁶⁰ Een van de meest voorkomende bedingen in dergelijke notariële aktes was afstand van het voorrecht van uitwinning.¹⁶¹ Een borg die afstand had gedaan van het voorrecht van uitwinning, kon zich er in rechte niet meer op beroepen. Het voorrecht werd (en wordt) daarom in vrijwel alle gevallen reeds bij het aangaan van de borgtocht uitgesloten.¹⁶² In reactie daarop rees in de loop van de zestiende eeuw de vraag of niet te gemakkelijk afstand van het voorrecht werd gedaan.¹⁶³ Een verbod lag niet in de rede, maar aan de vorm van de afstand werden zwaardere eisen gesteld.

Zo werd betwijfeld of er afstand was gedaan van het voorrecht wanneer de borg zich verbond 'comme débiteur principal' of als 'principal payeur'.¹⁶⁴ Enerzijds werd betoogd dat de afstand uitdrukkelijk moest geschieden, anderzijds dat de intentie voldoende duidelijk bleek uit het feit dat dergelijke woorden waren toegevoegd aan de akte van borgtocht.¹⁶⁵ Een uitdrukking als 'promettant, obligéant et renonçant etc.', die door notarissen haast als standaardbeding in de akte van borgtocht werd ingevoegd, was echter niet genoeg om een geldige afstand te bewerkstelligen, omdat het niet voldoende duidelijk was waarvan afstand werd gedaan.¹⁶⁶

-
- 158 Als er gedurende de procedure tegen de borg goederen opkwamen bij de debiteur die zich leenden voor verhaal, dan kon de borg niet worden verondersteld te dien aanzien afstand van de exceptie te hebben gedaan. Pothier, *Obligations*, nr. 411. Hetzelfde zou moeten gelden voor derden-bezitters.
- 159 Pothier, *Obligations*, nr. 410. Loyseau (*Garantie des rentes*, nr. 8,23) liet borgen echter toe tot een beroep bij elke stand van de procedure en zelfs na een vonnis.
- 160 Troplong, art. 2021 nr. 239.
- 161 Chassenaeus nr. 5,2,2; *Automne II*, ad C. 8,41 auth. Praesente. Vgl. Troplong, art. 2021 nr. 229 en 239; Dumas p.226; Lévy/Castaldo nr. 751.
- 162 Donellus (*Commentarium de jure civili*, nr. 15,49,9) stond wel erg ver af van de economische praktijk, toen hij betoogde dat het 'humanum et aequum' was om het voorrecht toe te kennen omdat het anders dermate moeilijk zou worden om borgen te vinden, dat het kredietverkeer tot stilstand zou komen. Iets verder (nr. 15,49,12) merkte hij daarentegen op: 'usitata notariis instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuntient omni beneficio ordinis.'
- 163 Ourliac/De Malafosse I, nr. 317; Lévy/Castaldo nr. 751.
- 164 *Automne II*, ad C. 8,41 auth. Praesente; Pothier, *Obligations*, nr. 408. Zie ook: Aubenas p.129-130.
- 165 Pothier t.a.p. Troplong, art. 2021 nr. 240; Aubenas p.130.
- 166 Du Moulin, *Tractatus contractuum*, q.7 nr. 133; Papon 10,4,26; Pothier t.a.p. De parlementen deden grote moeite om borgen te verzekeren van het voorrecht van uitwinning door te eisen dat de afstand de uitdrukkelijke wil van partijen toonde: 'ea quae sunt styli non operantur.' Troplong t.a.p.; Aubenas t.a.p.; Dumas p.228; Bart p.429.

IV.1.5.3. Uitwinning en aanwijzing

Justinianus had in Novelle 4,1 bepaald dat een crediteur enerzijds niet tot uitwinning van een afwezige hoofdschuldenaar was gehouden, maar dat de borg anderzijds een termijn kon worden gesteld om de afwezige hoofdschuldenaar voor de rechter te voeren.¹⁶⁷ Die regel had naar het gevoelen van de Franse juristen een achtergrond in het Romeinse procesrecht: het was buitengewoon lastig om verhaal te nemen op de goederen van een afwezige hoofdschuldenaar. Naar het Franse gemene recht speelde dat obstakel geen rol meer, omdat een dagvaarding of een bevel tot executie ook aan de woonplaats van de hoofdschuldenaar kon worden betekend.¹⁶⁸ De aan- of afwezigheid van de hoofdschuldenaar was daarmee voor borgen (en derdenbezitters) irrelevant geworden. Uit de Justiniaanse regel werd, in navolging van het vroege gemene recht, echter een meer algemene regel afgeleid: de crediteur kon niet worden verplicht tot een uitwinning die veel moeite of veel vertraging meebracht.¹⁶⁹ Na een beroep op het voorrecht behoefde een crediteur daarom zijn executoriale titel tegen de hoofdschuldenaar slechts ten uitvoer te leggen op de roerende goederen in de woonplaats van de hoofdschuldenaar.¹⁷⁰ De borg was gerechtigd om andere roerende en onroerende goederen aan te wijzen¹⁷¹ voor verhaal. De aanwijzing moest in één keer geschieden, zodat de procedure niet nodeloos werd gerekt door aanwijzing na aanwijzing.¹⁷²

Goederen buiten Frankrijk¹⁷³ konden niet worden aangewezen, evenmin als goederen waaromtrent een geschil bestond. Tot slot kon, op de voet van Novelle 4 en in overeenstemming met het vroege gemene recht, een derde-bezitter wel naar een borg verwijzen, maar een borg niet naar een derde-bezitter.¹⁷⁴ Tijdens de voorbereidingen van de Code civil werd die leer onderwerp van hevig debat.¹⁷⁵

167 Zie hierboven, p.63-64.

168 Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 9,7-11; Pothier, *Obligations*, nr. 409. Donellus (*Commentarium de jure civili*, nr. 15,4,9,8) en Domat (*III*, c.III,4,2 nr. 3) volgen nog de Justiniaanse leer. Vgl. Troplong, art. 2022 nr. 261.

169 Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 9,12; Pothier t.a.p.

170 Pothier, *Obligations*, nr. 411.

171 In Parijs was de crediteur niet verplicht tot eerdere uitwinning van enig goed, anders dan op aanwijzing. Als de verzekerde schuld een verbintenis uit koop was, kwamen bovendien slechts onroerende goederen voor aanwijzing in aanmerking. Bourjon c.VI,1,5 nr. 3.

172 Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 9,6; Pothier t.a.p. De borg of derde-bezitter mocht een nieuwe akte van aanwijzing nemen als de goederen pas later opkwamen: Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,8,25.

173 Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 9,14; Bourjon c.VI,1,5 nr. 2; Pothier, *Obligations*, nr. 412. Loyseau (*Garantie des rentes*, nr. 9,17) verklaart dit gegeven uit de regel dat de goederen gemakkelijk uit te winnen moeten zijn. Sommigen betoogden daarom dat alleen goederen in het rechtsgebied van het betreffende Parlement aangewezen konden worden. Die regel werd in de Code civil ten aanzien van borgen overgenomen: zie p.198.

174 Domat *III*, c.III,4,2 nr. 4; Bourjon c.VI,1,5 nr. 1; Pothier t.a.p.

175 Zie verder p.193-194.

IV.1.5.4. De kosten van uitwinning

Het voorrecht van uitwinning bestaat slechts ten voordele van de borg. Uit het feit dat er in de praktijk steeds afstand van werd (en wordt) gedaan, blijkt wel dat het door crediteuren als een belasting werd ervaren. Aangezien de borg baat heeft bij het voorrecht, is het redelijk dat de uitwinning van goederen onder de hoofdschuldenaar op zijn risico geschiedt.¹⁷⁶ De borg moest de kosten van uitwinning dan ook voorschieten; bij onvoldoende verhaal op de hoofdschuldenaar zou hij immers die kosten jegens de crediteur uiteindelijk moeten dragen.

De vraag rees daarbij of het risico van de uitwinning zozeer op de borg drukte, dat de crediteur het verhaal op goederen van de hoofdschuldenaar kon uitstellen, wellicht zelfs jarenlang, totdat de hoofdschuldenaar insolvent was geworden – om vervolgens zijn actie tegen de borg te vervolgen. Pothier was geneigd om die vraag bevestigend te beantwoorden.¹⁷⁷ Een beroep op het voorrecht van uitwinning schiep immers niet een *plicht* van de crediteur om zich te verhalen op goederen van de hoofdschuldenaar. Het schortte slechts de actie op tegen de borg, totdat de crediteur van de hoofdschuldenaar betaling had proberen te verkrijgen.¹⁷⁸ Het recht kende bovendien al een eindtermijn voor de vervolging van de hoofdschuldenaar, door bevrijdende verjaring.

Tijdens de voorbereiding van de Code civil was deze opinie het onderwerp van meer debat dan enige andere bepaling over het voorrecht van uitwinning. Nadat Napoleon zich persoonlijk met de beraadslagingen had bemoeid, werd een andere regeling van het risico geïntroduceerd dan Pothier had voorgestaan.¹⁷⁹

IV.2. HET 'DROIT INTERMÉDIAIR' (1789-1804)

IV.2.1. Inleiding

Zoals hierboven is beschreven, kenmerkte het 'droit commun français' zich vóór de revolutie door generale hypotheeken op onroerende goederen. Het gegeven dat deze generale hypotheeken, conventioneel of legaal, alle zaaksgevolg hadden en desondanks niet werden gepubliceerd in een openbaar

176 Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 9,4; Bourjon c.VI,1,5 nr. 3; Pothier, *Obligations*, nr. 413.

177 Pothier, *Obligations*, nr. 414. Zo ook: Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 9,16; Domat III, c.III,4,2 nr. 5. Vgl. Troplong, art. 2024 nr. 276.

178 Loyseau, *Garantie des rentes*, nr. 9,5; Pothier t.a.p. Dit zou anders zijn in geval een indemniteitsborgtocht was overeengekomen. Dan was de borg aansprakelijk voor hetgeen niet van de schuldenaar kon worden verkregen, zodat hij de treuzelende crediteur kon afweten met de stelling dat deze wel degelijk betaling van de hoofdschuldenaar had kunnen verkrijgen en het aan zichzelf te wijten had dat een deel van de schuld onbetaald was gebleven. Zie: Du Moulin, *Tractatus contractuum*, q.89 nr. 670.

179 Zie hieronder, p.201.

register, werd als een groot probleem ervaren.¹⁸⁰ Derden-verkrijgers van onroerende goederen liepen een groot risico om geconfronteerd te worden met zekerheidsrechten die hun onbekend waren. Het voorrecht van uitwinning verminderde dat risico niet veel. Als het al werd toegekend, was het steeds aan voorwaarden gebonden. Bovendien hinderden generale hypotheken het kredietverkeer omdat alle bestaande en toekomstige onroerende goederen van een debiteur waren bezwaard, zelfs voor een betrekkelijk geringe schuld.¹⁸¹

De Franse koningen hebben enige pogingen ondernomen om tot openbare registratie te komen, maar de praktijk van de Parlementen bleek weerbarstig te zijn.¹⁸² De meest serieuze poging was afkomstig van Colbert, minister van financiën onder Lodewijk de Veertiende, maar diens edict uit 1673 werd reeds een jaar later ingetrokken onder druk van de adel, die niet wilde dat de stand van hun vermogens werd geopenbaard.¹⁸³ In de 'pays de nantissement' bestond echter van oudsher een systeem van openbaarheid, omdat beschikkingen over onroerende goederen aldaar geregistreerd dienden te worden bij het gerecht in wiens ressort het goed was gelegen.¹⁸⁴

In 1771, aan de vooravond van de revolutie, had Lodewijk de Vijftiende nog gepoogd om het Franse hypotheekrecht te herzien naar het voorbeeld van de 'pays de nantissement'. De maatregel was echter zeer impopulair en na 1789 werd algemeen gevraagd om afschaffing van het decreet.¹⁸⁵ Er stond dus enige druk op de revolutionaire wetgever om met een alternatief te komen, te meer daar het privé-bezit van grond door de massale onteigening van adel en kerk sterk was uitgebreid.¹⁸⁶ Vóór de invoering van de Code civil zijn twee pogingen ondernomen om het hypotheekrecht op bevredigende wijze te regelen. Het beginsel van publiciteit werd daarbij tot uitgangspunt genomen.

IV.2.2. De 'Code hypothécaire' van 9 messidor an III

Het eerste ontwerp voor een nieuwe hypotheekwet, uit 1791, voorzag in openbare registratie van zekerheidsrechten op onroerende goederen maar hield vast aan het bestaan van generale hypotheken.¹⁸⁷ De grondwetgevende Vergadering was echter niet berekend op het opstellen van een functione-

180 Loyseau, *Déguerpissement*, nr. 3,1,16. Zie ook: Ourliac/De Malafosse I, nr. 341; Weill nr. 261; Bart p.433.

181 Weill t.a.p.

182 Planiol/Ripert/Becqué XII, nr. 694; Ourliac/De Malafosse I, nr. 341.

183 Sagnac p.205; Planiol/Ripert/Becqué t.a.p.; Weill t.a.p.

184 Troplong, art. 2170 nr. 796; Planiol/Ripert/Becqué t.a.p.; Weill t.a.p. Zie boven, p.167. Niet-geregistreerde beschikkingen werden gezuiverd door latere registratie van een andere beschikking; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2053.

185 Sagnac p.205; Bart p.501.

186 Sagnac t.a.p.

187 Ibid.

rende hypotheekwet naast de uitvaardiging van de Verklaring van de Rechten van de Mens, en schoof het project door naar de wetgevende Vergadering die in 1791 werd opgericht.¹⁸⁸ Daar bleef het ontwerp enige jaren liggen ten gevolge van de Jacobijnse terreur, zodat de 'Code hypothécaire', bestaande uit 279 artikelen, pas op 9 messidor van het revolutionaire jaar 3 (27 juni 1795) gereed was.¹⁸⁹

De Code eiste voor de geldigheid van iedere hypotheek, zonder uitzondering, dat zij was ingeschreven in een openbaar register (art. 3). Dat gold evenzeer voor conventionele hypotheeken (art. 19) als voor hypotheeken uit vonnis (art. 17).¹⁹⁰ Een geregistreerde hypotheek drukte van rechtswege op alle bestaande en toekomstige goederen van de debiteur (art. 19), voor zover gelegen in de plaats van inschrijving (art. 26). Uit die laatste toevoeging blijkt de grote zwakte van de Code: ieder dorp hield een eigen register, en niets verbood een crediteur om zijn hypotheek te registreren in verschillende plaatsen (art. 25).¹⁹¹ Zo bewerkstelligde het project slechts een zwakke publiciteit, terwijl de generale hypotheek gehandhaafd bleef. De hypothecaire crediteur werd bovendien volledig zaaksgevolg toegekend (art. 4), dat hij tegen derden kon uitoefenen zodra zijn debiteur in gebreke bleef te betalen. Het voorrecht van uitwinning was nergens genoemd.

Het revolutionaire karakter van de Code blijkt uit twee bepalingen. De hypotheek voor achterstallige grondrenten werd beperkt tot het bedrag van de achterstallige rente over een jaar (art. 14), en de hypotheek voor een onbepaald bedrag werd geheel verboden (art. 16). Een andere vernieuwing, in een wanhopige poging om kapitaal te mobiliseren, was de vrij verhandelbare 'hypotheek op zichzelf' die een eigenaar kon vestigen door waardepapier uit te geven tot driekwart van de waarde van de grond.¹⁹²

De invoering van de 'Code hypothécaire' werd enige malen uitgesteld door de Conventie, totdat de Conventie zelf door de politieke feiten werd achterhaald. In de nasleep van de Thermidor-reactie kwam op 22 augustus 1795 een nieuwe grondwet tot stand, die voorzag in een gekozen vijfkoppig bewind, het Directoraat. Niet veel later, op 26 oktober 1795, hief de Conventie zichzelf op, zodat het ontwerp voor een hypotheekwet werd nagelaten aan het Directoraat.¹⁹³

188 Sagnac p.206; Bart p.501.

189 Loi concernant le Code hypothécaire, 9 Messidor an III (27 juni 1795), in: *Bulletin des lois de la république française*, 1^e serie V, Parijs 1798, c.164 nr. 963.

190 De legale hypotheeken werden, op de hypotheek uit vonnis na, afgeschaft. Weill nr. 263; Bart p.501.

191 Planiol/Ripert/Becqué XII, nr. 694; Bart t.a.p.; Lévy/Castaldo nr. 765.

192 Sagnac p.206; Bart p.502; Lévy/Castaldo t.a.p.

193 Sagnac p.207 en 345.

IV.2.3. De wet van 11 brumaire an VII

De nieuwe regering was van conservatievere snit dan de Conventie, en zij was niet genegen om een hypotheekwet uit te vaardigen die zo vernieuwend was, dat men de gevolgen onmogelijk kon overzien.¹⁹⁴ Na lange beraadslagingen werd het ontwerp uiteindelijk terzijde gelegd en vervangen door een decreet dat op 11 brumaire van het revolutionaire jaar 7 (1 november 1798) werd uitgevaardigd.¹⁹⁵ Het beginsel van publiciteit bleef daarin bewaard en werd zelfs versterkt door een nieuw beginsel: specialiteit.¹⁹⁶

Naar het decreet was een hypotheek slechts geldig na registratie in een openbaar register (art. 2). Een conventionele hypotheek was onderworpen aan het beginsel van specialiteit: zij kon slechts worden ingeschreven wanneer 'la nature et la situation' van de onroerende goederen uitdrukkelijk was omschreven (art. 4 en 17 sub 5°). Legale hypotheek zoals de hypotheek van een getrouwde vrouw, een pupil, of de hypotheek ten titel van vonnis bleven bestaan. Zij leken te zijn vrijgesteld van specialiteit (art. 17 sub 5°), maar omdat ook hier registratie was vereist (art. 2 en 4), drukten zij slechts op de onroerende goederen van de debiteur in de plaats van inschrijving, vanaf het moment van inschrijving.¹⁹⁷ De generale hypotheek was door het decreet dus afgeschaft.¹⁹⁸

Dankzij het vereiste van inschrijving in een openbaar register waren alle hypotheek in beginsel *kenbaar* voor derden-verkrijgers. Vanwege het beginsel van specialiteit kon de hypotheek zich bovendien niet uitstrekken tot toekomstige goederen, zodat de inschrijving *betrouwbaar* was. Een derde-verkrijger had dus vóór zijn verkrijging de mogelijkheid om de registers te raadplegen teneinde met zekerheid te weten of hij het risico liep van uitwinning van het goed voor de schuld van een ander. Onder die omstandigheden bestond er eerder behoefte aan een regeling voor de *zuivering* van hypotheek, dan aan het voorrecht van uitwinning.¹⁹⁹ Het decreet bepaalde daarom in art. 14, zonder enige voorwaarde te stellen, dat hypothecaire crediteuren

194 Bart p.502.

195 Art. 56 Loi sur le régime hypothécaire, 11 Brumaire an VII (1 november 1798), in: *Bulletin des lois de la république française*, 2e serie VII, Parijs 1798, c.238 nr. 2137.

196 Planiol/Ripert/Becqué XII, nr. 694. Vernieuwingen als de 'hypotheek op zichzelf' werden niet overgenomen: Esmein, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, Parijs 1911, p.248. Het beginsel van specialiteit werd ontleend aan de regeling van hypotheek in de 'pays de nantissement': Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2053.

197 Herman p.38-39; Bart p.502.

198 Sagnac p.345; Weill nr. 263; Bart t.a.p.

199 Om dezelfde redenen kent het Belgische recht geen voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters. Martou, *Des privilèges et hypothèques ou commentaire de la loi du 16 Décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire III*, 2^e druk, Brussel/Parijs 1863, nr. 1274: 'La loi de 1851 ayant fait disparaître les hypothèques générales pour asseoir le système hypothécaire sur le principe de la spécialité des hypothèques, le bénéfice de discussion n'avait plus de raison d'être.' Zie ook: Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1130; De Page/Dekkers *Traité élémentaire de droit civil belge VII: les privilèges, les hypothèques, la transcription, la prescription*, 2^e druk, Brussel 1957, nr. 858.

‘peuvent le suivre, en quelques mains qu’il se trouve.’ Het voorrecht van uitwinning was daarmee bij wet afgeschaft.²⁰⁰

Om redenen die aanstonds duidelijk zullen worden, heeft de Code civil het beginsel van specialiteit slechts ten dele gevolgd. Daar is door Franse juristen veel kritiek op uitgeoefend. Het decreet was, zoals Weill stelt, ‘une loi fort bien conçue, et on peut regretter que les rédacteurs du code ne l’aient pas conservée.’²⁰¹ In het voetspoor van de wet van 11 brumaire heeft de Franse wetgever later, door wetgeving van 1855 en 1955, het specialiteitsbeginsel praktisch ingevoerd.²⁰²

IV.3. HET FRANSE RECHT ONDER VIGEUR VAN DE CODE CIVIL (1804-1955)

IV.3.1. Het specialiteitsbeginsel

Tijdens de voorbereiding van de Code civil waren de meningen zeer verdeeld over de wenselijkheid van publiciteit voor zekerheidsrechten op onroerende goederen.²⁰³ Een hypotheek was gemakkelijk te vestigen als zij niet aan registratie was onderworpen. Dat zou beter zijn voor het kredietverkeer, en bovendien meer in overeenstemming met de contractsvrijheid die de Code tot leidend beginsel had verklaard.²⁰⁴ Aan de publiciteit van hypotheek kleefde daarnaast de smet van het ancien régime, dat steeds had geprobeerd om publiciteit in te voeren.²⁰⁵ Uiteindelijk werd als compromis de verplichte registratie van *conventionele* hypotheek in een openbaar register ingevoerd.²⁰⁶ De inschrijving moest bovendien *speciaal* zijn (2129 Cc): zij diende het soort en de ligging van de bezwaarde goederen te vermelden.²⁰⁷ Sommige *legale* hypotheek werden echter vrijgesteld van inschrijving (2135 Cc).²⁰⁸ Aangezien zij voortvloeiden uit de wet en niet uit een voor inschrijving vatbare akte (die noodzakelijk was gespecialiseerd), konden deze legale hypotheek bovendien *generale* hypotheek zijn.²⁰⁹

200 Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494.

201 Weill t.a.p. Zie ook: Ourliac/De Malafosse I, nr. 341; Bart p.502.

202 Esmein p.248; Weill nr. 265; Lévy/Castaldo nr. 765.

203 Planiol/Ripert/Becqué XII, nr. 695; Weill nr. 264.

204 Planiol/Ripert/Becqué t.a.p.

205 Gelet op het ‘droit intermédiaire’, dat ook op publiciteit was gericht geweest, werd dit argument vooral gehanteerd om zijn retorische kracht.

206 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2055.

207 Planiol/Ripert/Becqué XII, nr. 745-748. De inschrijving van kadastrale gegevens werd in 1918 verplicht.

208 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2051; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 772 en 1103.

209 Planiol/Ripert/Becqué XII, nr. 695, 748; Weill t.a.p.

Het betreft hier de hypotheek van een getrouwde vrouw op het vermogen van haar man tot zekerheid van haar inbreng bij het huwelijk,²¹⁰ en de hypotheek van een pupil op het vermogen van zijn voogd.²¹¹ Andere legale hypotheeken zoals de hypotheek ten titel van vonnis, of de hypotheek van de Staat op het vermogen van haar vertegenwoordigers, hadden pas derdenwerking na inschrijving.²¹² Het Franse recht kent daarnaast privileges op een geheel vermogen (2101 Cc);²¹³ deze privileges hebben wel preferentie maar zonder inschrijving geen zaaksgevolg, zodat zij hier onbesproken kunnen blijven.²¹⁴

De Code civil kent dus conventionele hypotheeken die altijd speciaal zijn, en daarmee voor derden kenbaar uit de openbare registers, en legale hypotheeken die soms rusten op het gehele vermogen van de debiteur, maar voor derden op geen enkele wijze kenbaar zijn.²¹⁵ Beide soorten hypotheeken hebben volledig zaaksgevolg.²¹⁶ In de ogen van de redacteurs van de Code bestond echter alleen bij de laatste groep behoefte aan een voorrecht van uitwinning.²¹⁷

Het rechtshistorische argument dat tegen crediteurs die waren voorzien van een speciale hypotheek onder het Franse gemene recht veelal geen beroep op het voorrecht werd toegekend, heeft, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Code, veel minder een rol gespeeld bij de totstandkoming van art. 2171 Cc, dan argumenten ontleend aan (het ontbreken van) publiciteit.²¹⁸

In afwijking van het ‘droit intermédiaire’ werd het voorrecht van uitwinning opnieuw ingevoerd, omdat in afwijking van datzelfde recht niet alle hypotheeken aan publiciteit waren onderworpen, laat staan aan specialiteit. Het ‘droit commun français’ werd zodoende hersteld:²¹⁹ op de voet van art. 2171 Cc kan het voorrecht door een derde-bezitter niet worden ingeroepen tegen de crediteur die is voorzien van een privilege of een *speciale* hypotheek op het onroerende goed.

210 Sinds 1985 een wederzijdse hypotheek tussen echtgenoten. Cabrillac nr. 897.

211 Sinds 1964 de hypotheek van iedere minderjarige op het vermogen van zijn verzorgers. Aynès/Crocq nr. 709.

212 Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1103; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 310; Simler/Delebecque nr. 358 en 365; Aynès/Crocq nr. 707 en 710.

213 Bij wetswijziging in 1955 gelijkgesteld aan legale hypotheeken. Marty/Raynaud/Jestaz nr. 201.

214 Duranton XX, nr. 216; Herman p.41; Planiol/Ripert/Becqué t.a.p.

215 Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 779.

216 Duranton XX, nr. 215; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2051 en 2081; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 778.

217 De conventionele hypotheek was ‘le gage direct et exclusif du créancier.’ Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France XVI*, Parijs 1828, tit. 3,18 II,V nr. 18; Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d’État IV*, Parijs 1807, art. 2171. Tronchet oefende in de Conseil d’État enige kritiek uit op de beperking van het voorrecht tot derden-bezitters van met generale hypotheek bezwaarde goederen. Het ontwerpartikel werd teruggestuurd naar de wetgevingssectie, en in tweede instantie toch ongewijzigd overgenomen (Locré XVI, tit. 3,18 II,VII nr. 15).

218 Anders: Troplong, art. 2171 nr. 808.

219 Zie boven, p.178. Anders: Herman p.45.

Art. 2171 Cc: 'L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble.'

De consequenties van dit artikel zijn verstrekkend. Aangezien *alle* conventionele hypotheek speciale hypotheek zijn, brengt de regel mee dat het voorrecht van uitwinning naar Frans recht door derden-bezitters van met hypotheek bezwaarde goederen *vrijwel nooit* wordt ingeroepen. Na een wetswijziging in 1955 kan men zelfs zeggen, om redenen die later behandeld zullen worden,²²⁰ dat het voorrecht praktisch is afgeschaft. Onder gezaghebbende Franse auteurs is de roep om volledige afschaffing dan ook luid.²²¹

Met het oog op het Nederlandse recht verdient het onderwerp hier een ruimere behandeling dan het praktische belang in Frankrijk zelf rechtvaardigt. De Code civil is niet alleen van invloed geweest op de totstandkoming van het oude Burgerlijk Wetboek, maar de leerstellige argumenten die Franse juristen naar voren hebben gebracht ten aanzien van het voorrecht, spelen eveneens een rol bij de beoordeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

De wetgever van 1804 bracht nog een tweede beperking aan op het voorrecht van uitwinning. Omdat het voorrecht tegen het systeem van het recht in een verkorting van de rechten van de crediteur betekende,²²² werd een beroep op het voorrecht in art. 2170 Cc aan strenge eisen gebonden. Dit artikel verwijst daarvoor naar de regeling bij borgtocht, zodat het dienstig is deze eerst te behandelen.²²³

Art. 2170 Cc: 'Néanmoins, le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre Du cautionnement; pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué.'

Teneinde ieder misverstand te vermijden, moet in dit verband onmiddellijk het volgende worden opgemerkt. De Code sluit voor de *regeling* van het voorrecht voor derden-bezitters aan bij de regeling van het voorrecht voor borgen. Er bestaan onder vigeur van de Code echter twee *aparte* voorrechten van uitwinning: één voor borgen en één voor derden-bezitters. Beiden kunnen de crediteur voor verhaal verwijzen naar goederen van de hoofdschuldenaar, maar *niet* naar elkaar. De Code wijkt in zoverre af van de regeling onder het 'droit commun français' en het eerdere gemene recht, waarin een derde-bezitter wel naar een borg kon verwijzen, maar een borg niet naar een derde-bezitter.²²⁴

220 Zie p.207.

221 Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1130; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494.

222 Planiol/Ripert/Becqué (t.a.p.) noemt het voorrecht 'incontestablement une atteinte à l'intégrité du droit du créancier.' Zie ook: Mazeaud/Chabas/Picod t.a.p.

223 Waar derden-bezitters en borgen verschillen in de regeling of toepassing van hun voorrecht, zal dit steeds worden opgemerkt.

224 Zie boven, p.186.

De splitsing van het gemeenrechtelijke 'beneficium ordinis' in twee verschillende voorrechten moet geheel worden toegeschreven aan de Franse wetgever. Het is opvallend dat het wetgevingsdebat zich daarbij concentreerde op de vraag of een *borg* naar een derde-bezitter moest kunnen verwijzen, zoals door Goupil-Préfeln in een 'opinion' werd betoogd²²⁵ en door de tribunen Chabot de l'Aillier en Lahary werd bestreden.²²⁶ Geen der partijen lijkt zich ervan bewust te zijn geweest dat die vraag onder het 'droit commun français' nooit was gesteld, en dat men derhalve nieuw recht schiep. Naar het recht van Nouvelle 4 kon een borg immers nooit naar een derde-bezitter verwijzen. Een verband met het Rooms-Hollandse recht, dat krachtens uitdrukkelijke wetgeving in 1564 de volgorde van borgen en derden-bezitters had verwisseld,²²⁷ ligt niet voor de hand.

IV.3.2. Borgtocht

In de oudere Franse literatuur wordt verdedigd dat de toekenning van het voorrecht van uitwinning aan borgen berust op de billijkheid.²²⁸ Naar het strenge recht moet een borg immers betalen omdat een debiteur niet op de gestelde tijd nakomt, en verkrijgt hij slechts uitstel van die verplichting door een beroep op het voorrecht. Recentere schrijvers zijn meer geneigd om het voorrecht te zien als een versterking van het subsidiaire karakter van borgtocht, zoals dat blijkt uit het feit dat de borg pas dient te betalen *nadat* de debiteur niet nakomt.²²⁹ De Code geeft steun aan beide opvattingen. Aanvankelijk lijkt in art. 2021 een voorwaardelijke (en dus subsidiaire) aansprakelijkheid te worden geschapen.

Art. 2021 Cc: 'La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens.'

Het daaropvolgende artikel maakt echter duidelijk dat verzuim van de hoofdschuldenaar inderdaad een voorwaarde is voor aansprakelijkheid,²³⁰

225 Locré XV, tit. 3,14 II,VIII nr. 3.

226 Locré XV, tit. 3,14 II,IX nr. 3 en tit. 3,14 II,X nr. 18.

227 Zonder evenwel het voorrecht van uitwinning te splitsen. Zie boven, p.139.

228 Troplong, art. 2021 nr. 231; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1021. Voor het Belgische recht: De Page/Dekkers VI, nr. 909.

229 Mazeaud/Chabas/Picod nr. 48-1 en 49; Simler/Delebecque nr. 127; Simler, *Cautionnement*, nr. 501. Zie voor het Belgische recht: Dekkers nr. 1361; Van Quickenborne nr. 354; Van Ransbeeck p.308-309.

230 De meningen waren verdeeld over de vraag of ingebrekestelling van de debiteur noodzakelijk was. Duranton XVIII, nr. 331; Troplong, art. 2021 nr. 232; Laurent XXVIII, nr. 203; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1023; Aubry/Rau, *Cours de droit civil français VI: servitudes (suite), privilèges, hypothèques*, 5^e druk, Parijs 1920, § 426 p.225; Ripert/Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil II: Obligations, contrats, sûretés réelles*, 4^e druk, Parijs 1952, nr. 1934. Voor het Belgische recht: De Page/Dekkers VI, nr. 878; Dekkers t.a.p.; Van Quickenborne nr. 315-320; Dirix/De Corte XII, nr. 428. Dit debat vindt zijn oorsprong in C. 8,13(14),10 (waarover hierboven p.46-47), en wordt uitgebreid behandeld bij Donellus, *Commentaria in codicem III*, ad C. 8,14,10 nr. 1-2. Zie, voor het Nederlandse recht onder het oude BW, hieronder p.267-269.

maar dat dit niet geldt voor de voorafgaande uitwinning van het vermogen van de hoofdschuldenaar.²³¹

Art. 2022 Cc: 'Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert sur les premières poursuites dirigées contre elle.'

De wetgever heeft geen verplichting willen scheppen om eerst verhaal op de goederen van de debiteur te zoeken. Het voorrecht is toegekend om borgen en derden-bezitters te hulp te schieten, niet om het zekerheidsrecht van een crediteur te ondermijnen.²³² Vanuit die gedachte, dat de zekerheid van crediteuren niet illusoir mag worden, is een beroep op het voorrecht juist aan strenge eisen gebonden. Die eisen zijn goeddeels ontleend aan het oude Franse recht dienaangaande.²³³

IV.3.2.1. De wettelijke regeling van het voorrecht van uitwinning

Dilatoire exceptie

Naar art. 2022 Cc moet een borg of derde-bezitter het voorrecht van uitwinning zelf opwerpen²³⁴ tegen de actie van de crediteur,²³⁵ en wel 'sur les premières poursuites'.²³⁶ Het voorrecht is een dilatoire exceptie, die vóór alle weren moet worden opgeworpen.²³⁷ Als de borg of derde-bezitter in de loop van een (wellicht langdurige) procedure nog werd toegelaten tot de exceptie, zou dat te veel chicanes mogelijk maken, zo meende de wetgever.²³⁸ Als een beroep op het voorrecht niet onmiddellijk wordt gedaan, zal de rechter, de omstandigheden in ogenschouw nemend, moeten bepalen of de borg of derde-bezitter kan worden geacht afstand van het voorrecht te hebben

231 Duranton t.a.p.; Laurent XXVIII, nr. 203; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1022; Simler/Delebecque t.a.p.; Simler, *Cautionnement*, t.a.p. Voor het Belgische recht: De Page/Dekkers VII, nr. 909; Van Quickenborne nr. 67; Dirix/De Corte XII, t.a.p.. Zie ten aanzien van derden-bezitters bovendien Cass.Req., 23 februari 1806, S.1820.1.454.

232 Locré XV, tit. 3,14 II,VII nr. 14. Zie ook: Laurent XXVIII, nr. 210; Van Quickenborne nr. 359; Simler, *Cautionnement*, nr. 503.

233 Zie p.179-183 en 186-188. De opmerking van rapporteur Chabot, dat de bepalingen ten aanzien van borgtocht in de Code 'substituent à des lois incohérentes et obscures une législation simple et facile' moet – voor het voorrecht van uitwinning – worden beschouwd als een fraai staaltje van overdrijving. Locré XV, tit. 3,14 II,VII nr. 29.

234 Een rechter heeft geen bevoegdheid om het voorrecht toe te passen als het niet wordt ingeroepen. Troplong, art. 2021 nr. 249; Simler, *Cautionnement*, nr. 514. Voor het Belgische recht: Dekkers nr. 1362.

235 Een borg of derde-bezitter kan het voorrecht niet opwerpen tegen een crediteur die zich op verrekening beroept. Troplong, art. 2021 nr. 235; De Page/Dekkers VI, nr. 911. Anders en onjuist: Van Quickenborne nr. 369.

236 Locré XV, tit. 3,14 II,VI nr. 12; Maleville art. 2022.

237 Art. 108 j° 74 Code de procédure civile (1976). Simler/Delebecque nr. 128 nt.1; Cabrillac nr. 370.

238 Locré XV, tit. 3,14 II,VI, nr. 13. Vgl. Duranton XX, nr. 249.

gedaan.²³⁹ Een verweer dat het bestaan of de geldigheid van de verzekerde schuld, de borgtocht of de hypotheek betreft, kan worden gevoerd vóór een beroep op het voorrecht, aangezien een beroep op het voorrecht de geldigheid van de verbintenis impliceert en daarmee aansprakelijkheid accepteert.²⁴⁰

Aanwijzing

Een borg of derde-bezitter kan bovendien slechts een beroep doen op het voorrecht van uitwinning wanneer hij voldoet aan de twee voorwaarden die zijn genoemd in art. 2023 Cc. Hij moet goederen aanwijzen die zich lenen voor uitwinning, en hij moet de kosten van uitwinning voorschieten.

Art. 2023-1 Cc: 'La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion.'

De aanwijzing moet, in navolging van het 'droit commun français',²⁴¹ in één keer geschieden. Het zou anders te gemakkelijk zijn om steeds opnieuw het voorrecht in te roepen en zo de procedure eindeloos te vertragen.²⁴² Als er staande de procedure nieuwe goederen opkomen bij de debiteur die zich lenen voor uitwinning, of als tot dusver onbekende vermogensbestanddelen worden ontdekt, dan kan de rechter toestaan dat de borg of derde-bezitter een nieuwe akte van aanwijzing neemt of de oude akte aanvult.²⁴³ In dit geval kan de borg of derde-bezitter immers niet worden geacht afstand van het voorrecht te hebben gedaan, door het niet onmiddellijk in te roepen.²⁴⁴

Goederen die zich lenen voor uitwinning

Een borg kan slechts goederen aanwijzen die toebehoren aan de hoofdschuldenaar (2023-1 Cc). Hij kan daarbij zowel roerende als onroerende goederen opnemen in de akte van aanwijzing.²⁴⁵ Een crediteur is jegens zijn debiteur verplicht om zich eerst te verhalen op de onroerende goederen waarop hij een hypotheek heeft (2209 Cc), maar dit doet geen afbreuk aan de mogelijk-

239 Locré XV, tit. 3,14 II,IV nr. 5; Duranton XVIII, nr. 334; Troplong, art. 2022 nr. 250; Laurent XXVIII, nr. 211; Aubry/Rau VI, § 426 p.226 nt.7; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 48-1; Van Quickenborne nr. 374; Simler/Delebecque nr. 128; Simler, *Cautionnement*, nr. 506; Cabrillac nr. 370.

240 Duranton XVIII, nr. 335; Troplong, art. 2022 nr. 254 en art. 2170 nr. 801; Laurent t.a.p.; Aubry/Rau VI, § 426 p.227; De Page/Dekkers VI, nr. 910; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 317 nt.2; Van Quickenborne nr. 375; Simler, *Cautionnement*, nr. 506 en 514.

241 Zie hierboven, p.186.

242 Troplong, art. 2022 nr. 263; Laurent XXVIII, nr. 214; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1031.

243 Troplong, art. 2022 nr. 256 en 264; Laurent t.a.p.; Baudry-Lacantinerie/Wahl t.a.p.; Van Quickenborne nr. 377; Simler, *Cautionnement*, nr. 515 en 517. Anders: Duranton XVIII, nr. 337.

244 Aubry/Rau VI, § 426 p.227.

245 Er worden zwaardere eisen gesteld aan de aanwijzing door een derde-bezitter. Zie hieronder, p.210.

heid van een borg om zowel bezwaarde als onbezwaarde goederen aan te wijzen.²⁴⁶ De aanwijzing hoeft niet voldoende goederen te omvatten om volledige betaling van de schuld te verkrijgen. Zolang zij voor de crediteur een reële waarde representeren, kan de borg of derde-bezitter het voordeel niet worden ontnomen dat gedeeltelijke betaling van de schuld hem geeft.²⁴⁷ Een redelijk criterium lijkt daarbij dat de aangewezen goederen op eerste schatting tenminste voldoende zijn om de kosten van uitwinning te dekken.²⁴⁸

Het bedrag dat door uitwinning van goederen onder de debiteur wordt verkregen, wordt in mindering gebracht op de hoofdschuld. De borgtocht dient echter tot zekerheid van betaling van de gehele hoofdschuld. Het logische gevolg daarvan is dat een borg die zich slechts tot een bepaald bedrag aansprakelijk heeft gesteld, niet noodzakelijk baat heeft bij de uitwinning van goederen onder de debiteur. De betaling wordt immers eerst toegerekend aan het onverzekerde deel van de schuld, zodat een uitwinning die slechts gedeeltelijke betaling van de hoofdschuld oplevert, de aansprakelijkheid van de borg onverlet kan laten.²⁴⁹ Het is daarom redelijk dat een borg die zich slechts voor een deel van de hoofdschuld heeft aansprakelijk gesteld, alleen een beroep op het voorrecht kan doen indien hij goederen aanwijst die meer waard zijn dan het onverzekerde deel van de schuld. Hij heeft immers geen belang bij het aanwijzen van een vermogenswaarde onder de debiteur die, na uitwinning daarvan, zijn eigen aansprakelijkheid volledig onverlet laat.

Picod, de bewerker van Mazeaud/Chabas, heeft voorgesteld om het verhaal onder de borg of derde-bezitter slechts op te schorten tot de waarde van de goederen die de borg of derde-bezitter onder de hoofdschuldenaar heeft aangewezen.²⁵⁰ Dit voorstel is terecht verworpen.²⁵¹ Het zou eerder tot complicatie dan tot versimpeling aanleiding geven, omdat de waarde van de aangewezen goederen na uitwinning daarvan niet alleen lager kan uitvallen (en dan moet de crediteur voor het restant de borg of derde-bezitter aanspreken), maar ook hoger kan uitvallen (en dan zou de borg of derde-bezitter te veel hebben betaald).

Goederen die zich niet lenen voor uitwinning

Niet alle goederen komen voor aanwijzing in aanmerking. In navolging van het Franse gemene recht stelt art. 2023-2 Cc dat geen aanwijzing kan worden gedaan van goederen buiten het arrondissement van de plaats waar betaling

246 Duranton XVIII, nr. 338; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1034.

247 Troplong, art. 2170 nr. 802; Laurent XXVIII, nr. 213; Marcadé/Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil XI: Commentaire-traité des privilèges et hypothèques II*, 3^e druk, Parijs 1876, nr. 1158; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1037; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2144; Aubry/Rau VI, § 426 p.227; De Page/Dekkers VI, nr. 910; Ripert/Boulangier II, nr. 1939; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1134; Weill nr. 504; Van Quickenborne nr. 378; Simler, *Cautionnement*, nr. 517.

248 Toulouse, 30 april 1836, S.1837.2.23.

249 Troplong, art. 2021 nr. 247; Van Quickenborne nr. 384; Simler, *Cautionnement*, nr. 522.

250 Mazeaud/Chabas/Picod nr. 48-1.

251 Van Quickenborne nr. 378; Simler, *Cautionnement*, nr. 517.

moet geschieden.²⁵² Bovendien lenen 'biens litigieux' zich krachtens hetzelfde artikel niet voor aanwijzing. En ten slotte kan een borg volgens het artikel niet verwijzen naar met hypotheek belaste onroerende goederen die zich onder derden-bezitters bevinden.

Art. 2023-2 Cc: 'Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour royale (la cour d'appel) du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.'

De 'biens litigieux' die een borg of derde-bezitter niet mag aanwijzen, worden zeer breed uitgelegd. Evenals onder het Franse gemene recht²⁵³ moet de uitwinning gemakkelijk en snel kunnen geschieden, zonder grote juridische complicaties.²⁵⁴ Zo is er geen beroep op het voorrecht mogelijk wanneer de hoofdschuldenaar notoir insolvent is, of in staat van faillissement verkeert, omdat er in dat geval geen goederen aangewezen kunnen worden die gemakkelijk uit te winnen zijn.²⁵⁵ Evenmin kunnen goederen worden aangewezen die zeer zwaar zijn belast met preferente zekerheidsrechten, omdat de te verwachten opbrengst dan onduidelijk is.²⁵⁶ Het oordeel over de vraag of een goed zich leent voor gemakkelijke uitwinning is voorbehouden aan de feitenrechter, wiens beslissing daaromtrent niet in cassatie kan worden getoetst.²⁵⁷

Een borg mag op grond van art. 2032-2 Cc geen goederen aanwijzen die ten behoeve van de crediteur met hypotheek zijn bezwaard, wanneer die goederen zich onder een derde-bezitter bevinden. De achtergrond daarvan is *niet*, zoals men wellicht zou vermoeden, dat er anders een circuit d'actions

252 De wetgever meende dat uitwinning van verder gelegen goederen te veel moeite en ongemak zou geven: Locré XV, tit. 3,14 II,II nr. 4 en II,VI nr. 13; Maleville art. 2023. Zie boven, p.186. Een derde-bezitter heeft naar men algemeen aanneemt een ruimere bevoegdheid tot aanwijzing. Zie hieronder, p.211.

253 Zie hierboven, p.181-182.

254 Locré XV, tit. 3,14 II,VI nr. 13; II,VII nr. 14 en II,IX nr. 3. Cass.Civ. I, 25 mei 1966, *Bull.civ. I*, nr. 326. Duranton XX, nr. 246; Troplong, art. 2022 nr. 265; Laurent XXVIII, nr. 215; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1031; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2162; Aubry/Rau VI, § 426 p.227; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 48-1; Simler/Delebecque nr. 128; Simler, *Cautionnement*, nr. 518; Cabrillac nr. 370. Zo ook in het Belgische recht: De Page/Dekkers VI, nr. 910; Dekkers nr. 1362; Van Quickenborne nr. 378-379.

255 Cass.Civ., 21 december 1897, S.1901.1.349; Cass.Com., 17 maart 1969, *Bull.civ. IV*, nr. 96. Troplong, art. 2021 nr. 234; Laurent XXVIII, nr. 208; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1024; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2144; Simler/Delebecque t.a.p.; Simler, *Cautionnement*, nr. 511; Cabrillac t.a.p. Voor het Belgische recht: De Page/Dekkers VI, nr. 911; Van Quickenborne nr. 367; Dirix/De Corte XII, nr. 428.

256 Parijs, 5 februari 1892, D.1892.2.497. Duranton XVIII, nr. 338 en XX, nr. 246; Troplong, art. 2022 nr. 266; Marcadé/Pont XI, nr. 1164; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1033; Baudry-Lacantinerie/De Loynes t.a.p.; Mazeaud/Chabas/Picod t.a.p.; Van Quickenborne nr. 379; Simler/Delebecque nr. 128; Simler, *Cautionnement*, nr. 511 en 518.

257 Cass.Civ. I, 25 mei 1966, *Bull.civ. I*, nr. 326. Baudry-Lacantinerie/Wahl t.a.p.; Van Quickenborne t.a.p.; Simler, *Cautionnement*, nr. 518.

zou optreden waarbij de derde-bezitter zou terugverwijzen naar de borg.²⁵⁸ In het algemeen stelt men immers dat de derde-bezitter (in afwijking van het Romeinse recht) niet naar de borg kan verwijzen, omdat deze geen principale debiteur is en slechts accessoir is verbonden.²⁵⁹ Bovendien komt aan de mees- te derden-bezitters in het geheel geen beroep op het voorrecht toe. De reden voor de bepaling wordt daarom veeleer gezocht in het feit dat goederen onder een derde-bezitter niet gemakkelijk zijn uit te winnen, omdat deze derde met een beroep op zijn eigen voorrecht naar de *hoofdschuldenaar* kan verwijzen.²⁶⁰

Een borg kan uiteraard niet naar een andere borg verwijzen: niet alleen omdat een circuit d'actions zou optreden, maar ook omdat een borg geen 'débiteur principal' is.²⁶¹ Om dezelfde reden kan hij niet verwijzen naar een 'zakelijke borg'.²⁶² Over de vraag of een borg die zich voor één hoofdelijke schuldenaar aansprakelijk heeft gesteld naar de andere hoofdelijke schuldenaren kan verwijzen, verschillen de meningen. Pothier meende dat de borg inderdaad uitwinning onder de overigen kon verlangen, omdat hij zich voor één schuld aansprakelijk had gesteld.²⁶³ Moderne juristen zijn niet geneigd hem daarin te volgen.²⁶⁴

Voorschieten van kosten

Een borg of derde-bezitter moet de kosten van uitwinning voorschieten aan de crediteur. Het zou onredelijk zijn om de crediteur te dwingen kosten te maken, die slechts het belang dienen van degene die het voorrecht opwerpt.²⁶⁵ Daar kan tegenin worden gebracht dat de crediteur zich na een

258 Duranton XVIII, nr. 338; Troplong, art. 2022 nr. 267; Simler t.a.p.

259 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2160. Zie hieronder, p.210. Ik wijs er in dit verband op dat een betalende derde-bezitter van art. 2037 Cc, de exceptie van subrogatie (dwingend recht sinds 1 maart 1985), niet wordt gesubrogeerd in de rechten van de crediteur tegen de borg. Dat mag enige verbazing wekken, aangezien in jurisprudentie is aangenomen dat een betalende borg wel wordt gesubrogeerd in de rechten tegen derden-verkrijgers van verhypothekerde goederen, die zich, omgekeerd, niet op een exceptie van subrogatie kunnen beroepen. Men zou verwachten dat een borg, die regres kan nemen op een derde-bezitter, ook de eerdere uitwinning van de bezwaarde zaak kan vorderen. Zie verder: Martou III, nr. 1275; Laurent XXXI, nr. 267; Weill nr. 500 en 554; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 491; Simler/Delebecque nr. 430.

260 Locré XV, tit. 3,14 II,VII nr. 14; II,IX nr. 3; II,X nr. 18. Zie ook: Laurent XXVIII, nr. 215; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1035; Ripert/Boulanger II, nr. 1939; Simler, *Cautionnement*, nr. 518. Naar Belgisch recht is het voorrecht voor derden-bezitters afgeschaft; aanwijzing van goederen onder derden-bezitters wordt echter nog steeds als te bezwaarlijk ervaren voor de crediteur. De Page/Dekkers VI, nr. 910; Van Quickenborne nr. 380.

261 Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1036; Simler, *Cautionnement*, nr. 630. De keerzijde van deze regel is dat een borg het voorrecht *niet* kan opwerpen tegen een medeborg die door betaling is gesubrogeerd in de rechten van de crediteur: Simler, *Cautionnement*, nr. 502.

262 Cass.Com., 10 november 1981, *Bull.civ. IV*, nr. 388; D.1982.129. Simler, *Cautionnement*, nr. 510 en 518.

263 Pothier, *Obligations*, nr. 412. Zo ook: Troplong, art. 2022 nr. 270.

264 Laurent XXVIII, nr. 216; Baudry-Lacantinerie/Wahl t.a.p.; Van Quickenborne nr. 371.

265 Locré XV, tit. 3,14 II,VI nr. 13 en II,IX nr. 2. Troplong, art. 2022 nr. 271; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1026; Ripert/Boulanger t.a.p.; De Page/Dekkers t.a.p. Het bestaan van het voorrecht betekent bovendien op zichzelf al een verkorting van de rechten van de crediteur.

onsuccesvolle uitwinning onder de schuldenaar toch ook kan verhalen op de borg of derde-bezitter voor de gemaakte kosten. Maar dit argument verliest uit het oog dat de crediteur daarbij een insolventierisico loopt (ten aanzien van borgen), en een risico van tussentijdse vervreemding (ten aanzien van derden-bezitters). Bovendien voorkomt de eis dat een borg of derde-bezitter de kosten van uitwinning moet voorschieten een lichtvaardig beroep op het voorrecht.²⁶⁶

Evenals onder het oude recht²⁶⁷ moet een borg zowel de kosten van uitwinning van roerende zaken als de kosten van uitwinning van onroerende zaken voorschieten.

Het is aan de borg of derde-bezitter om te bepalen hoe groot het bedrag is dat hij ter beschikking stelt aan de crediteur.²⁶⁸ Het aanbod moet echter reëel zijn, op straffe van verlies van het voorrecht.²⁶⁹ Wanneer de crediteur weigert om de gelden te accepteren, dient de borg of derde-bezitter het bedrag in consignatie te geven.²⁷⁰ Het recht op een voorschot wordt beschouwd als een voorrecht van de crediteur: de borg of derde-bezitter is niet verplicht om gelden ter beschikking te stellen tenzij de crediteur daarom vraagt.²⁷¹

De borg of derde-bezitter kan niet worden gevraagd om kosten te vergoeden die de crediteur heeft gemaakt vóórdat het voorrecht werd ingeroepen.²⁷² De borg of derde-bezitter is weliswaar aansprakelijk voor deze kosten, maar slechts voor zover zij onderdeel uitmaken van de hoofdschuld, en dus (bij een beroep op het voorrecht) slechts nadat de aangewezen goederen van de debiteur zijn uitgewonnen.

Risicoverdeling

Wanneer de borg of derde-bezitter een beroep op het voorrecht heeft gedaan, en de eisen heeft vervuld die door art. 2023 Cc worden gesteld, dan is de crediteur niet *verplicht* om tot uitwinning van de aangewezen goederen over te gaan.²⁷³ Het gevolg van een geslaagd beroep op het voorrecht is slechts dat de vordering tegen de borg of derde-bezitter wordt opgeschort. Onder het oude recht concludeerde Pothier daaruit, dat een crediteur het recht had

266 Troplong, art. 2022 nr. 260 en 271; Aynès/Crocq nr. 142.

267 Zie hierboven, p.181-182. Anders: Troplong, art. 2022 nr. 272; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1028.

268 Locré XV, tit. 3,14 II,IX nr. 2. Als de crediteur betwist dat het bedrag voldoende is om de kosten te dekken, zal de rechter daaromtrent moeten beslissen. Troplong, art. 2022 nr. 275.

269 Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1027.

270 Bordeaux 6 augustus 1833, S.1834.2.51. Troplong, art. 2022 nr. 274; Baudry-Lacantinerie/Wahl t.a.p.; Van Quickenborne nr. 381.

271 Cass.Civ. 21 maart 1827, D.1827.1.182; S.1827.1.354. Troplong, art. 2022 nr. 273; Laurent XXVIII, nr. 213; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1029; Van Quickenborne t.a.p.; Simler, *Cautionnement*, nr. 519.

272 Mazeaud/Chabas, nr. 48-1.

273 Anders: Laurent XXVIII, nr. 217.

om te wachten tot de insolventie van zijn hoofdschuldenaar vanzelf intrad, om vervolgens zijn proces tegen de borg of derde-bezitter voort te zetten.²⁷⁴ De Code civil heeft die leer na langdurige debatten niet overgenomen.

In de oorspronkelijke redactie van art. 2024 Cc leek het alsof de crediteur alleen aansprakelijk was voor schade die de borg door traagheid van de crediteur leed, als de borg de kosten van uitwinning had voorgesloten. Kon de crediteur een voorschot weigeren en op die wijze aan aansprakelijkheid ontkomen? Was hij bovendien aansprakelijk als er goederen voor verhaal waren aangewezen, maar geen kosten waren voorgesloten? En was er tot slot wellicht een termijn nodig, zoals Napoleon meende, waarna het risico omsloeg? Het is wat vreemd, maar met deze brandende kwestie heeft het Conseil d'État zich vele malen langer onledig gehouden dan met de rest van de bepalingen omtrent het voorrecht tezamen.²⁷⁵

Art. 2024 Cc bepaalt dat een borg of derde-bezitter die goederen voor uitwinning heeft aangewezen *en* de kosten daarvan heeft voorgesloten, niet langer het risico draagt voor de uitwinning van die goederen.²⁷⁶ Als een crediteur door nalatigheid de kans heeft gemist om (gedeeltelijke) betaling te krijgen van de hoofdschuldenaar, bijvoorbeeld door later opkomende insolventie, dan heeft hij dit aan zichzelf te wijten en is de borg of derde-bezitter bevrijd tot het bedrag dat de crediteur door diens nalatigheid is misgelopen.²⁷⁷ De bewijslast van die nalatigheid berust uiteraard bij de borg of derde-bezitter.²⁷⁸

IV.3.2.2. Hoofdelijke borgtocht

De exceptie is als een voorrecht ('*bénéficé*') aan borgen verleend, zo blijkt uit de tekst van art. 2021 Cc.²⁷⁹ Hetzelfde artikel erkent daarom de mogelijkheid dat een borg bij voorbaat afstand doet van het voorrecht, hetzij door zich als hoofdelijke schuldenaar met de debiteur te verbinden, hetzij door op een andere wijze, uitdrukkelijk of stilzwijgend, van zijn afstand te laten blijken.²⁸⁰ De wetgever was zich er in 1804 zeer wel van bewust dat onder het oude recht afstand haast gemeengoed was, en verwachtte voor het nieuwe recht

274 Pothier, *Obligations*, nr. 414. Zie hierboven, p.187.

275 Loaré XV, tit. 3,14 II,II nr. 5; Maleville art. 2024. Zie ook: Troplong, art. 2024 nr. 277.

276 Loaré XV, tit. 3,14 II,VI nr. 14. Zie ook: Troplong t.a.p.

277 Aubry/Rau VI, § 426 p.228; De Page/Dekkers VI, nr. 912; Ripert/Boulangier II, nr. 1940; Van Quickenborne nr. 382; Simler, *Cautionnement*, nr. 521.

278 Troplong, art. 2024 nr. 280; Laurent XXVIII, nr. 217; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1039; Simler t.a.p.

279 Vgl. Loaré XV, tit. 3,14 II,VI nr. 11.

280 Laurent XXVIII, nr. 206; Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1042; De Page/Dekkers VI, nr. 911; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 598; Van Quickenborne nr. 363; Simler, *Cautionnement*, nr. 506. De afstand kan op elk tijdstip geschieden: Aubry/Rau VI, § 426 p.228.

niet anders.²⁸¹ Die verwachting is bewaarheid geworden: in praktisch alle gevallen wordt afstand gedaan van het voorrecht.²⁸²

De Code civil maakt, evenals het daarop geënte Belgische Burgerlijk Wetboek (en het oude Nederlandse Burgerlijk Wetboek tot 1934), een onderscheid tussen 'daden van koophandel' en 'daden van burgerlijk recht'. Wanneer er nu sprake is van een commerciële borgtocht tussen professioneel opererende partijen, wordt *vermoed* dat afstand van het voorrecht heeft plaatsgevonden, ook als partijen daaromtrent niets hebben opgenomen in de akte van borgtocht.²⁸³ De gedachte is hier dat de snelheid en betrouwbaarheid van het commerciële verkeer niet is gediend bij de vertragingen die het voorrecht kan veroorzaken.²⁸⁴ Buiten commerciële verhoudingen meent de wetgever van tijd tot tijd dat personen met weinig rechtskennis te gemakkelijk afstand doen van de hun toegekende voorrechten wanneer zij zich verbinden als borg.²⁸⁵ Sinds 1994 is afstand door een privé-persoon daarom aan eisen gebonden.²⁸⁶

De 'achterborg', dat wil zeggen een borg die zich heeft aansprakelijk gesteld voor de verbintenis van een borg, ondervindt geen nadelige gevolgen van het feit dat de voorborg afstand van het voorrecht heeft gedaan.²⁸⁷ De verhouding van de achterborg tot de crediteur wordt beheerst door hetgeen de achterborg zelf met de crediteur is overeengekomen, zodat hij zich (in beginsel) op het voorrecht van uitwinning kan beroepen.

281 Locré XV, tit. 3,14 II,X nr. 16; Maleville art. 2026.

282 Mazeaud/Chabas/Picod nr. 48-1: 'En fait, chaque fois que le cautionnement simple est volontaire, il comporte une clause de renonciation au bénéfice de discussion.' Zo ook Marty/Raynaud/Jestaz t.a.p.; Simler/Delebecque nr. 128; Simler, *Cautionnement*, nr. 85; Cabrillac nr. 368; Aynès/Crocq nr. 143. Voor het Belgische recht: De Page/Dekkers VI, nr. 909; Dekkers nr. 1361; Van Quickenborne nr. 13; Van Ransbeecq p.309 nt.1006; Dirix/De Corte XII, nr. 428.

283 Cass.Com., 28 april 1966, *Bull.civ. III*, nr. 209. Marty/Raynaud/Jestaz t.a.p.; Simler/Delebecque t.a.p.; Simler, *Cautionnement*, nr. 504. Zie voor het Belgische recht Van Quickenborne nr. 76, 90 en 405; Dirix/De Corte XII, nr. 417. Anders nog: Laurent XXVIII, nr. 209. Ik wijs er terzijde op dat het Duitse recht een vergelijkbare regel kent, neergelegd in § 349 HGB.

284 Zo reeds in 1844 Troplong (art. 2021 nr. 233), die in commerciële verhoudingen *nooit* een beroep op het voorrecht wilde toestaan. Anders nog in 1899 Baudry-Lacantinerie/Wahl (XXI, nr. 1049), die betoogt dat als de crediteur van mening is dat het voorrecht belemmerend werkt, deze altijd afstand kan bedingen.

285 Troplong (art. 2021 nr. 239) meldt dat onder het oude Franse recht wel werd betoogd dat vrouwen en boeren geen afstand mochten doen, en overige personen slechts wanneer de notaris hen uitdrukkelijk op de strekking van de afstand wees. Hij stelt daar tegenover dat iedereen de wet behoort te kennen en dat het publiek moet kunnen vertrouwen op de inhoud van notariële aktes, zodat een afstand in een notariële akte steeds moet worden opgevat als een geldige afstand.

286 'Loi Madelin' van 11 februari 1994, art. 47-2: de afstand door een natuurlijke persoon die zich heeft borg gesteld voor een zakelijke schuld die door een ondernemer is aangegaan, is slechts geldig indien de aansprakelijkheid is gelimiteerd tot een te voren bepaald bedrag. Mazeaud/Chabas/Picod nr. 48; Simler, *Cautionnement*, nr. 85; Aynès/Crocq nr. 143; Cabrillac nr. 377. Bovendien dient de afstand bij borgtocht door een natuurlijke persoon of voor een geldlening op straffe van nietigheid uitdrukkelijk te geschieden: art. L 313-8 en L 341-3 Code de la Consommation (1978, gewijzigd 2006). Vgl. Cabrillac nr. 376.

287 Troplong, art. 2021 nr. 242; Van Quickenborne nr. 360; Simler, *Cautionnement*, nr. 504.

Terzijde zij nog opgemerkt dat de borg voor een veroordelend vonnis ('gerechtelijke borg'), evenals diens achterborg, geen beroep kan doen op het voorrecht van uitwinning. Het beroep is in art. 2042 en 2043 Cc uitdrukkelijk uitgesloten, omdat de executie van een veroordelend vonnis geen verdere vertraging duldt.²⁸⁸

IV.3.3. Zakelijke zekerheidsrechten

Het zesde hoofdstuk van titel 3,18 van de Code civil behandelt 'l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs.' Ten aanzien van derden-bezitters is het voornaamste effect van een zekerheidsrecht het zaaksgevolg, dat dan ook in het eerste artikel van dat hoofdstuk (2166 Cc) wordt toegekend aan de crediteur van een ingeschreven hypotheek. Het tweede artikel (2167 Cc) geeft aan dat het zaaksgevolg op het zekerheidsobject dient tot verhaal van de gehele schuld; het verwijst bovendien, evenals het daaropvolgende artikel (2168 Cc), naar mogelijkheden voor de derde-bezitter om zich te bevrijden van aansprakelijkheid:²⁸⁹ zuivering ('purge'), betaling, of afgifte aan een curator ter executie (délaissement).²⁹⁰ Als de derde-bezitter zich niet bedient van één dezer mogelijkheden, kan de crediteur overgaan tot verkoop van het bezwaarde goed, dertig dagen nadat hij de debiteur op een executoriale titel heeft gedagvaard tot betaling²⁹¹ en de derde-bezitter heeft gesommeerd²⁹² tot betaling of afgifte aan een curator ter executie (2169 Cc).²⁹³ De verkoop wordt ingeleid door dagvaarding van de derde-bezitter.²⁹⁴ Pas in art. 2170 Cc komt het voorrecht van uitwinning aan bod, dat na de dagvaarding kan worden ingeroepen om de uitwinning van het bezwaarde goed op te schorten.

288 Locré XV, tit. 3,14 II,VII nr. 16 en 17. Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1041; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 48-1; Simler/Delebecque nr. 128; Simler, *Cautionnement*, nr. 508; Aynès/Crocq nr. 143. Zie ten aanzien van art. 2042 BBW: De Page/Dekkers VI, nr. 911; Van Quickenborne nr. 366 en 806.

289 In de Franse rechtspraak wordt de koopprijs meestal aan de hypotheccaire crediteur uitbetaald door de koper, tegen afstand van de hypotheek. Als de koopprijs te laag is om de hypotheccschuld te voldoen en de hypotheccaire crediteur weigert om zijn zekerheidsrecht op te geven, dan kan de koper overgaan tot 'purge' (art. 2181-2192 Cc): tegen betaling van de marktwaarde aan de crediteur wordt de hypotheek gezuiverd. Zie verder: Aynès/Crocq nr. 689.

290 Het Franse recht kent geen hypotheccaire actie toe tegen de houder van een bezwaarde zaak, die zich alleen al om die reden nooit op het voorrecht van uitwinning kan beroepen. Troplong, art. 2168 nr. 784bis.

291 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2117 en 2124; Ripert/Boulanger II, nr. 3861; Mestre e.a., *Traité de droit civil: droit commun des sûretés réelles, théorie générale*, Parijs 1996, nr. 471.

292 Bij deurwaardersexploot. Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2125-2126; Ripert/Boulanger t.a.p.; Mestre t.a.p.

293 De regeling van art. 2169 Cc is sinds 2006 ingrijpend gewijzigd, laatstelijk per 21 februari 2007. Vgl. art. 2464 Cc (nieuw).

294 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2143.

Het voorrecht van uitwinning kan, naar het systeem van de wet, slechts een rol spelen wanneer het zekerheidsrecht zaaksgevolg heeft. Zolang het bezwaarde goed zich bevindt in het vermogen van de debiteur, is er van zaaksgevolg geen sprake.²⁹⁵ Artikel 2170 brengt dat gegeven tot uitdrukking met de bepaling dat de 'tiers détenteur' zich kan verzetten tegen de executoriale verkoop van het verhypothekerde goed 'qui lui a été transmis'. Een beroep op het voorrecht veronderstelt dus dat een derde-bezitter, of beter gezegd een derde-*verkrijger*,²⁹⁶ niet alleen een bezwaard goed heeft verkregen, maar ook geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheden tot zuivering (2167 Cc, 'purge'), en, geconfronteerd met een hypothecaire vordering, niet de schuld heeft betaald. Nog geheel afgezien van het eerder behandelde art. 2171 Cc, dat een beroep op het voorrecht niet toelaat tegen de crediteur van een conventionele hypotheek, zal het duidelijk zijn dat het voorrecht niet veel wordt ingeroepen – en meer nog wanneer men beseft dat het hier telkens gaat om zekerheidsrechten op *onroerende* goederen.

IV.3.3.1. Meubles n'ont pas de suite par hypothèque

In navolging van art. 170 van de Gewoonte van Parijs bepaalt art. 2119 Cc dat 'les meubles n'ont pas de suite par hypothèque'. De uitleg die aan dit artikel werd gegeven was dezelfde als werd gegeven aan art. 170 onder het oude recht: de hypotheek op roerende goederen was eenvoudigweg niet geldig.²⁹⁷ Dit werd bevestigd door art. 2118 Cc, dat het object van het recht van hypotheek middels een limitatieve opsomming beperkt tot *onroerende* goederen en het vruchtgebruik daarop.²⁹⁸ Ten aanzien van roerende goederen kende het Franse recht tot 2006 in beginsel slechts het recht van *vuistpand*, dat werd gevestigd door het goed in de macht te brengen van de crediteur of van een derde omtrent wie partijen waren overeengekomen (2076 Cc).²⁹⁹

295 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2041 en 2103-2109; Ripert/Boulanger II, nr. 1939; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1069; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 307. Een houder kan zich nooit op het voorrecht van uitwinning beroepen, maar ook een bezitter te goeder trouw mag naar de gewoonlijke uitleg van art. 2170 Cc geen beroep op het voorrecht doen.

296 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2042; Ripert/Boulanger t.a.p.; Planiol/Ripert/Becqué t.a.p.; Weill nr. 488 en 503; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 468.

297 Pos p.123; Zwalve, *GEPR*, p.497.

298 Dezelfde bepaling kwam voor in de revolutionaire wetgeving uit het 'droit intermédiaire'. Art. 5 en 6 Besluit 9 messidor III; art. 6 Wet 11 brumaire VII.

299 Afschafte per 24 maart 2006. De gekunstelde constructies van warrantage behoeven geen behandeling aangezien de crediteur van een 'bezitloze gage' als bezitter werd beschouwd en daarom werd gelijkgesteld aan de crediteur met een recht van vuistpand. Pos p.126; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 523-530; Simler/Delebecque nr. 588.

Als bezitter van de roerende zaak beschikte de crediteur vervolgens over een recht op het bezit dat hij ook kon inroepen tegen derden (2082 Cc).³⁰⁰

Vanuit dit oogpunt bezien regardeert de vervreemding van de bezwaarde zaak door de debiteur, hetgeen naar Frans recht kan geschieden door de enkele overeenkomst (711 Cc), de crediteur niet. Hij behoeft de zaak immers niet af te geven aan de verkrijger en kan zich eenvoudig op de opbrengst verhalen wanneer zijn schuldenaar in gebreke blijft.³⁰¹

Een crediteur die het bezit van zijn vuistpand onvrijwillig verliest, bijvoorbeeld door diefstal, kan, zoals elke bezitter, op grond van de regel dat bezit geldt als volkomen titel (2279-1 Cc) gedurende drie jaar optreden tegen de verkrijger van dat bezit (2279-2 Cc). Onder die omstandigheden doet zaaksgevolg, door Franse juristen gedefinieerd als de uitoefening van een recht op een zaak die zich in een ander vermogen bevindt dan dat van de zekerheidsgever,³⁰² zich echter niet voor. De crediteur is het bezit van de roerende zaak ofwel onvrijwillig verloren en dan geldt hij in zijn verhouding tot de derde als *eigenaar* van de zaak, ofwel hij heeft zijn bezit vrijwillig uit handen gegeven en dan geldt de derde als eigenaar van de zaak.³⁰³ Aldus gedefinieerd kan zich ook de voorwaarde voor de uitoefening van het voorrecht van uitwinning niet voordoen. De Code civil beperkt het voorrecht daarom in art. 2170 uitdrukkelijk tot hypotheek, ³⁰⁴ die, zoals bekend, slechts worden gevestigd op onroerende goederen.

Na de ingrijpende wijziging van het zekerheidsrecht in 2006 is het ook mogelijk om *bezitloze* zekerheidsrechten op roerende zaken te vestigen. Zij heten echter geen hypotheek te zijn, maar ‘gage sans dépossession’, en verkrijgen derdenwerking door inschrijving van de pandakte in een openbaar register (2337 nieuw Cc). De pandakte omschrijft hoeveelheid en soort van de in pand gegeven goederen (2336 nieuw Cc): het bezitloze pandrecht is dus speciaal en publiek. Aangezien de ‘gage sans dépossession’ voor derdenwerking afhankelijk is van publicatie en specialiteit, heeft de wetgever geen reden gezien om het voorrecht van uitwinning tot die groep uit te breiden, te meer daar het voorrecht *vanwege* publicatie en specialiteit juist is uitgesloten bij de conventionele hypotheek.

300 Hetzelfde geldt voor de crediteur van een vuistpandrecht op een onroerend goed, de antichrèse, die hier verder niet wordt behandeld. Cass.Civ. 31 maart 1851, *D.*1851.1.65; Parijs 12 januari 1895, *D.*1896.2.57. Aubry/Rau VI, § 438 p.288; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 115; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 462; Cabrillac nr. 915.

301 Marty/Raynaud/Jestaz nr. 88; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 78; Simler/Delebecque nr. 582; Cabrillac nr. 737. Art. 2082 Cc is afgeschaft per 24 maart 2006.

302 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2041 Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1073; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 307; Cabrillac nr. 946.

303 Diens goede trouw ten aanzien van het bestaan van het zekerheidsrecht wordt voorondersteld. Duranton XVIII, nr. 528; De Page/Dekkers VI, nr. 1059; Pos p.126; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 88; Mestre, *Droit commun*, nr. 466 en *Droit special* nr. 844; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 80; Simler/Delebecque t.a.p.; Cabrillac nr. 738.

304 Vgl. De Page/Dekkers VII, nr. 1029.

IV.3.3.2. Legale hypotheeken op onroerende goederen

Art. 2171 Cc bepaalt dat het voorrecht van uitwinning niet kan worden ingeroepen tegen een geprivilegieerde crediteur of tegen de crediteur die is voorzien van een speciale hypotheek. Het artikel wordt algemeen zo gelezen, dat een beroep op het voorrecht niet alleen is uitgesloten jegens de crediteur die is voorzien van een speciaal privilege, maar ook tegen de crediteur die is voorzien van een generaal privilege.³⁰⁵ Aangezien alle conventionele hypotheeken vanwege de eis van registratie tevens speciale hypotheeken zijn,³⁰⁶ is de praktische uitwerking van art. 2171 Cc dat het voorrecht slechts geldt voor de derde-verkrijger van een onroerend goed dat is bezwaard met een *generale legale* hypotheek.³⁰⁷

Hierbij dient men te beseffen dat een conventionele hypotheek ook kan worden gevestigd op alle toekomstige onroerende goederen van een debiteur. De hypotheek wordt daardoor echter niet minder speciaal, want om *derdenwerking* te hebben (de enige situatie waarin het voorrecht zich voordoet) is steeds voor ieder goed een registratie vereist.³⁰⁸

Het betreft hier dus een zeer selecte groep van legale hypotheeken, namelijk slechts die hypotheeken die op grond van art. 2121 Cc vrijstelling was verleend van registratie, en daarmee van specialiteit. Dit was het geval bij de hypotheek van de getrouwde vrouw op het vermogen van haar man en de hypotheek van een pupil op het vermogen van zijn voogd.

De achtergrond van de vrijstelling was dat een registratievereiste deze hypotheeken praktisch waardeloos zou maken, omdat getrouwde vrouwen en pupillen in een zwakke positie verkeren ten opzichte van de debiteur van hun hypotheek. Bovendien meende men in 1804 dat de staat van huwelijk of voogdij een feit was van algemene bekendheid.³⁰⁹

Het voortbestaan van legale generale hypotheeken betekende dat één van de grootste problemen van het gemene recht, de onkenbaarheid van zakelijke rechten voor derden-verkrijgers, onder de vigeur van de Code civil niet was opgelost. Het voorrecht van uitwinning kon enige dienst bewijzen; maar een

305 Troplong, art. 2171 nr. 809; Laurent XXXI, nr. 263; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2153; Weill nr. 503; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494.

306 Zie hierboven, p.191-193.

307 Deze conclusie werd reeds getrokken in een van de eerste commentaren op de Code: Tarrible, *Traité des privilèges et hypothèques suivant les principes du Code civil I*, Luik 1819, p.408. De beperking tot legale generale hypotheeken wordt wel verdedigd met het argument dat een beroep op het voorrecht tegenover conventionele hypotheeken te veel afbreuk zou doen aan de rechten van de crediteur *uit zijn overeenkomst*, die immers wet is tussen partijen: Marcadé/Pont XI, nr. 1161; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2152; Weill nr. 503.

308 Grenoble, 10 januari 1870, S.1872.2.307. Duranton XX, nr. 250; Troplong, art. 2171 nr. 808; Marcadé/Pont t.a.p.; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2154; Weill t.a.p.; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 316; Mazeaud/Chabas/Picod t.a.p.; Simler, *Cautionnement*, nr. 510.

309 Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 771.

beroep daarop werd van meet af aan gebonden aan strenge regels, opdat niet te veel afbreuk werd gedaan aan de rechten van de crediteur.

Bovendien heeft de Franse wetgever steeds gepoogd om de generale hypotheek op andere wijzen aan banden te leggen, zonder haar volledig te willen afschaffen. De eerste aanzet werd gegeven door een wet van 6 maart 1855: zonder inschrijving had een hypotheek geen zaaksgevolg.³¹⁰ Nu werd de vrijstelling van inschrijving die krachtens art. 2121 Cc aan sommige legale hypotheeken was verleend, al vóór 1855 beschouwd als zich niet slechts uitstrekking tot de preferentie, maar ook tot het zaaksgevolg. De wet van 1855 impliceerde dat die visie de juiste was geweest, en kon zich alleen al daarom moeilijk aan haar ontworstelen.³¹¹ Enerzijds werd inschrijving verplicht gesteld voor derdenwerking, maar anderzijds kon de inschrijving op ieder moment en *met terugwerkende kracht* geschieden. Zo werd uiteindelijk nauwelijks afbreuk gedaan aan de werking van generale hypotheeken. De eerste stap was echter gezet.

Een eeuw later werd op 4 januari 1955 een decreet uitgevaardigd dat de publiciteit van generale hypotheeken wist te garanderen.³¹² Het decreet breidde allereerst de constitutieve eis van inschrijving uit tot *alle* generale hypotheeken.³¹³ De generale hypotheek bleef strikt genomen bestaan, maar slechts in de zin dat de hypotheekhouder steeds aanvullende inschrijvingen kon nemen op afzonderlijke vermogensbestanddelen van de debiteur. Zonder inschrijving kwam aan de generale hypotheek geen zaaksgevolg meer toe (2166 Cc).³¹⁴ De inschrijving nu veronderstelt een identificatie van het verbonden goed naar zijn kadastrale ligging: de generale hypotheek *specialiseert* zich, met andere woorden, door inschrijving.³¹⁵ Naar het schijnt wordt daar de consequentie aan verbonden dat een beroep op het voorrecht niet langer is toegelaten.³¹⁶

Als deze gevolgtrekking juist is, zoals ik meen, dan is door het decreet uit 1955 het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters *afgeschaft*. Er is geen zaaksgevolg dan na inschrijving, en na inschrijving is er een speciale hypotheek waartegen het voorrecht niet kan worden ingeroepen (2171 Cc). Moderne Franse auteurs schijnen deze conclusie niet met zoveel woorden te trekken. Het is echter opvallend dat het voorrecht van derden-bezitters door de Franse literatuur vanaf 1955 niet wordt behandeld, anders dan bij de zakelijke borg – en daar slechts om erop te wijzen dat het voorrecht op een zakelijke borg *niet* van toepassing is.

310 Marcadé/Pont XI, nr. 1118; Mestre, *Droit special*, nr. 1556.

311 Marcadé/Pont XI, nr. 1120.

312 Art. 19 decreet nr. 55-22, 4 januari 1955.

313 Weill nr. 265; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 198; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 279; Cabrillac nr. 919; Aynès/Crocq nr. 707.

314 Marty/Raynaud/Jestaz t.a.p.; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 276; Cabrillac nr. 1011; Aynès/Crocq t.a.p.

315 Weill t.a.p.; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 198, 212 en 222; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 279; Lévy/Castaldo nr. 765; Cabrillac nr. 922; Aynès/Crocq nr. 701 en 707.

316 Marcadé/Pont XI, nr. 1161; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2156.

Tot slot moet de aandacht worden gevestigd op de rol die een executoriale titel speelde bij het aanspreken van een derde-bezitter. Voordat de crediteur over kon gaan tot dagvaarding van de derde-bezitter moest hij de debiteur dagvaarden op een executoriale titel ('commandement', 2169 Cc).³¹⁷ Bij ontstentenis van een notariële akte moest de echtgenoot of minderjarige dus eerst een veroordelend vonnis verkrijgen tegen de debiteur zelf.³¹⁸ Als zich nog bezwaarde onroerende goederen onder de debiteur bevonden (noodzakelijk voor een beroep op het voorrecht), kwam het in die omstandigheden welhaast nooit voor dat een crediteur zich tegen de derde-bezitter richtte, gegeven dat hij onmiddellijk onder de debiteur kon executeren. Anders gezegd, als de crediteur zich ondanks het veroordelende vonnis dat tegen de debiteur was gewezen toch tegen de derde-bezitter richtte, dan bevond zich hoogstwaarschijnlijk geen verhypothekeerd goed meer onder de debiteur.

IV.3.3.3. De wettelijke regeling van het voorrecht van uitwinning

Het Franse 'bénéfice de discussion' verschilt aanzienlijk van de Romeins-rechtelijke 'exceptio ordinis', zowel in de eisen die aan uitwinning worden gesteld als door het feit dat de volgorde van uitwinning tussen borgen en derden-bezitters is doorbroken.³¹⁹ De Code is wat dat eerste betreft dichter gebleven bij het 'droit commun français'. Zoals uit art. 2170 Cc blijkt, heeft de Code de analogie tussen borgen en derden-bezitters echter niet geheel opgegeven. Hier kan daarom worden volstaan met een behandeling van de bijzondere regels ten aanzien van derden-bezitters, aangezien een meer fundamentele bespreking eerder is geschied.³²⁰

Dilatoire exceptie

Het voorrecht van uitwinning is voor derden-bezitters evenals voor borgen een dilatoire exceptie.³²¹ De derde-bezitter zal de exceptie daarom moeten opwerpen vóór alle weren, 'sur les premières poursuites', zoals art. 2022 Cc het uitdrukt. De eerste vervolging van een derde-bezitter is dan de dagvaarding die geschiedt dertig dagen na de sommatie om te betalen of een curator aan te stellen voor executie ('délaisser').³²² Als de procedure echter buitengerechtelijk is, wat vaak het geval zal zijn omdat de crediteur reeds over een executoriale titel beschikt, dan moet het voorrecht worden ingeroepen na de sommatie, die dan de eerste vervolging is.³²³

317 Marcadé/Pont XI, nr. 1146; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1122.

318 Ibid.

319 Maleville art. 2170.

320 Zie boven, p.195-201.

321 Zie hierboven, p.195. Tarrible I, p.407; Troplong, art. 2170 nr. 801; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2143.

322 Baudry-Lacantinerie/De Loynes t.a.p.

323 Troplong t.a.p.; Marcadé/Pont XI, nr. 1165; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1135.

Het voorrecht wordt in rechte ingeroepen door een akte van procureur tot procureur. Buiten rechte geschiedt een beroep op de exceptie door dagvaarding van de crediteur tegen het einde van de termijn van dertig dagen, voor het tribunaal van het arrondissement waarin het goed is gelegen.³²⁴

Geen persoonlijke aansprakelijkheid

Art. 2170 Cc bepaalt dat alleen aan de derde-bezitter 'qui n'est pas personnellement obligé à la dette' een beroep op het voorrecht toekomt. Dat zou reeds blijken uit het gegeven dat het voorrecht slechts is verleend aan *derden*, maar er is nog een andere reden voor de bepaling. Als een persoonlijk aansprakelijke derde-bezitter de uitwinning van de onroerende zaak zou kunnen opschorten, dan zou de crediteur eenvoudigweg terugvallen op de persoonlijke actie, waarvoor het gehele vermogen van de persoonlijk aansprakelijke is verbonden – inclusief de bezwaarde zaak.³²⁵ Het zou buitengewoon vreemd zijn om de crediteur een zakelijke actie te onthouden als deze met een persoonlijke actie hetzelfde resultaat kan bereiken.

De consequentie van deze logische regel is echter, dat een borg die een onroerend goed heeft verkregen dat met zekerheidsrechten is bezwaard, geen beroep mag doen op het voorrecht van uitwinning wanneer hij in zijn kwaliteit van derde-bezitter wordt aangesproken.³²⁶ Hij is immers persoonlijk aansprakelijk voor de schuld, zij het als een accessoire debiteur. Er is wel voorgesteld om deze consequentie te vermijden door in art. 2170 Cc te lezen dat slechts een principaal verbonden debiteur geen beroep op het voorrecht mag doen. Omdat het gehele voorrecht van uitwinning echter naar het gevoelen van Franse juristen in strijd is met het systeem van de wet, dient de bepaling restrictief te worden uitgelegd.³²⁷

In afwijking van het oude Franse recht³²⁸ neemt men algemeen aan dat een mededebiteur, bijvoorbeeld een mede-erfgenaar aan wie het onroerende goed bij een verdeling is toegevoegd, na de betaling van zijn aandeel in de schuld een derde-bezitter is.³²⁹ De crediteur kan gedeeltelijke betaling echter weigeren als uitvloeisel van de ondeelbaarheid van de hypotheekschuld (art. 1221-1 Cc).

324 Planiol/Ripert/Becqué t.a.p.

325 Duranton XX, nr. 245; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2145; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1133; Weill nr. 503.

326 Toulouse, 19 augustus 1880, S.1881.2.121. Duranton XX, nr. 245; Marcadé/Pont XI, nr. 1160; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2146; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1130; Weill t.a.p.; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 306 en 316; Mestre, *Droit special*, nr. 1564; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494; Simler/Delebecque nr. 423 nt.5.

327 Baudry-Lacantinerie/De Loynes t.a.p.

328 Zie hierboven, p.180.

329 Troplong, art. 2170 nr. 798; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2149; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1133; Weill nr. 489 en 503; Mestre t.a.p.; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 316 nt.3; Mazeaud/Chabas/Picod t.a.p. Zie voor het Belgische recht: De Page/Dekkers VII, nr. 852; Bytbeier, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, 2^e druk, Antwerpen 2005, nr. 781.

Goederen die zich lenen voor uitwinning

De derde-bezitter moet goederen onder de debiteur aanwijzen die zich voor uitwinning lenen.³³⁰ Anders dan een borg, kan hij op grond van art. 2170 Cc slechts verwijzen naar andere onroerende goederen die voor dezelfde schuld jegens de crediteur zijn bezwaard.³³¹ Er wordt, anders gezegd, niet van de crediteur verlangd dat deze gebruik maakt van zijn persoonlijke actie tegen de schuldenaar, laat staan dat hij het faillissement van de schuldenaar uitlokt.³³² Een beroep op het voorrecht vooronderstelt dus dat sommige onroerende goederen die met generale hypotheek zijn bezwaard, zich nog bevinden in handen van de debiteur, terwijl andere zich bevinden in handen van derden.³³³ Ten gevolge hiervan is een tweede beroep op het voorrecht, door een tweede derde-bezitter, welhaast uitgesloten: na uitwinning van de goederen die door de eerste derde-bezitter zijn aangewezen, zullen zich (meestal) geen bezwaarde goederen meer bevinden onder de debiteur.³³⁴

De aanwijzing mag zich niet uitstrekken tot goederen buiten het vermogen van de schuldenaar. Naar het gevoelen van Franse juristen is het belangrijkste rechtspolitieke doel van het voorrecht van uitwinning om het ontstaan van regresvorderingen te onderdrukken.³³⁵ Door de verwijzing te beperken tot de partij die uiteindelijk de lasten zal moeten dragen, wordt een cascade van vorderingen voorkomen.³³⁶ Als een derde-bezitter nu zou kunnen vorderen dat bezwaarde goederen onder een andere derde-bezitter worden uitgewonnen, dan zou dit doel niet worden bereikt.³³⁷ Om dezelfde reden kan een derde-bezitter niet verwijzen naar bezwaarde onroerende goederen die zich in handen van een borg bevinden.³³⁸ Deze is immers niet de 'principal' (2170 Cc) van de schuld. De zakelijke borg die een onroerend goed heeft bezwaard voor de schuld van een ander, waarover aanstonds meer, is evenmin een principale debiteur: een derde-bezitter kan niet naar hem verwijzen.³³⁹

330 Bordeaux 6 augustus 1833, S.1834.2.51.

331 Troplong, art. 2170 nr. 800; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2157; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1134; Weill nr. 503; Mazeaud/Chabas/Picod t.a.p.

332 Cass.Req., 23 februari 1806, S.1820.1.454. Duranton XX, nr. 243; Troplong, art. 2022 nr. 269; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2157.

333 Locré XVI, tit. 3,18 II,V nr. 18; Maleville art. 2171. Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2141.

334 Troplong, art. 2170 nr. 802bis.

335 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2158; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1134; Weill nr. 503. Duranton (XVIII, nr. 295) draait de redenering om: als er geen regres is (bijvoorbeeld omdat de borg zich aansprakelijk heeft gesteld krachtens delegatie door de debiteur), dan is ook geen beroep op het voorrecht mogelijk.

336 Troplong, art. 2170 nr. 800; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2159.

337 Duranton XX, nr. 243. Zo kan zelfs een derde-bezitter die door betaling in de rechten van de eerste hypothecaire crediteur is gesubrogeerd, een tweede hypothecaire crediteur niet verwijzen naar een andere derde-bezitter. Troplong, art. 2170 nr. 805.

338 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2160; Planiol/Ripert/Becqué t.a.p.; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 315. Anders: Troplong, art. 2170 nr. 800bis; Marcadé/Pont XI, nr. 1163.

339 Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2161.

Een borg heeft enerzijds een ruimere bevoegdheid tot aanwijzing dan een derde-bezitter (roerende en onroerende goederen, bezwaard of niet), en anderzijds een minder ruime bevoegdheid. De borg dient zich te beperken tot de goederen in het arrondissement waarin betaling moet plaatsvinden.³⁴⁰ Die regel wordt in het algemeen ten aanzien van derden-bezitters als verouderd terzijde geschoven: hij kan ook bezwaarde onroerende goederen aanwijzen *buiten* het arrondissement waarin betaling moet plaatsvinden.³⁴¹ Een aanwijzing van onroerende goederen die in het buitenland zijn gelegen wordt echter, in navolging van het gemene recht, beschouwd als de aanwijzing van goederen waarvan uitwinning voor de crediteur onredelijk bezwarend is, en derhalve als de aanwijzing van een 'litigieus' goed.³⁴²

IV.3.3.4. De 'zakelijke borg'

In het voorgaande is gebleken dat het toepassingsgebied van het voorrecht van uitwinning in het Franse recht zeer klein is. Borgen doen in de praktijk vrijwel altijd afstand van het voorrecht en na de wetswijziging van 1955 is het voorrecht voor derden-bezitters tot een dode letter geworden. Wellicht verklaart dat de inventiviteit die Franse (en Belgische) juristen hebben losgelaten op een andere figuur, die zowel trekken vertoont van borgtocht als van een zakelijk zekerheidsrecht onder een derde. Het betreft hier de 'zakelijke borg': een derde die een hypotheek verleent voor een schuld waarvoor hij zelf niet aansprakelijk is.³⁴³

Een derde kan een hypotheek of een 'gage' (2077 Cc) verschaffen voor de schuld van een ander. De bepaling werd door de wetgever ingevoerd 'sans observation'.³⁴⁴ Er is geen reden om verder stil te staan bij de derde die een 'gage' verleent, aangezien het voorrecht van uitwinning in het geheel niet van toepassing is op de 'gage'.

Vooropgesteld zij, dat het voorrecht van uitwinning van derden-bezitters ten aanzien van zakelijke borgen uiteraard geen gelding kan hebben. Men kan betogen dat de zakelijke borg geen derde is omdat hij in een directe rechtsbetrekking staat tot de crediteur,³⁴⁵ of dat zakelijke borgtocht altijd een conventionele hypotheek betreft, waartegen een beroep op het voorrecht krachtens

340 Art. 2023 Cc. Zie boven, p.197-198.

341 Duranton XX, nr. 246; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2163; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494; Simler, *Cautionnement*, nr. 518. Anders: Marcadé/Pont XI, nr. 1164; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1135; Weill nr. 504; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 317.

342 Baudry-Lacantinerie/De Loynes t.a.p.

343 Een borg kan uiteraard aanvullende zakelijke zekerheid geven. Als hij een hypotheek verleent ter meerdere zekerheid van de hoofdschuld, dan is hij in die hoedanigheid een zakelijke borg. Strekt de hypotheek tot meerdere zekerheid van zijn verplichting als borg, dan bezwaart hij zijn goed niet voor andermans schuld maar voor zijn eigen schuld. Mestre, *Droit special*, nr. 548-550; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 22-1; Van Quickenborne nr. 71; Simler, *Cautionnement*, nr. 21.

344 Locré XVI, tit. 3,17 II, I nr. 9. Afgeschafft per 24 maart 2006.

345 Mestre, *Droit special*, nr. 557; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 467; Aynès/Crocq nr. 143 en nr. 150 nt.113.

art. 2171 Cc is uitgesloten,³⁴⁶ maar het sterkste en meest eenvoudige argument is dat een zakelijke borg de zaak niet in bezwaarde staat heeft *verkre- gen*, zoals art. 2170 Cc vereist.³⁴⁷ Een zakelijke borg kan uiteraard wel *over- eenkomen* dat geen verhaal op het verbonden goed mogelijk is, dan nadat de goederen van de hoofdschuldenaar of diens borgen zijn uitgewonnen.³⁴⁸

Een 'zakelijke borg' verbindt bewust slechts een hem toebehorend goed voor de schuld van een ander, en stelt zich voor die schuld niet persoonlijk aansprakelijk. Zijn risico blijft daardoor beperkt tot de waarde van de zaak.³⁴⁹ Zonder een uitdrukkelijke akte van borgtocht zou men niet mogen concluderen, uit het enkele feit dat hypothecaire zekerheid is verschaft voor de schuld van een ander, dat de zakelijke borg zich *als borg* heeft willen binden.³⁵⁰ De term is in zoverre misleidend: de zakelijke borg is geen borg en kan zich daarom ook niet beroepen op het voorrecht van uitwinning dat aan *borgen* is toegekend.³⁵¹

De zakelijke borg kan dus naar Frans recht nooit een beroep doen op het voorrecht van uitwinning. De reden daarvoor wordt gezocht in de contractuele verhouding die bestaat tussen crediteur en zakelijke borg: waarom zou een crediteur zich in een slechtere positie moeten bevinden wanneer hij zakelijke zekerheid accepteert van een derde, dan wanneer hij zakelijke zekerheid accepteert van de debiteur zelf?³⁵² Daar kan – uiteraard – tegenin worden gebracht dat er een groot verschil bestaat tussen aansprakelijkheid voor eigen schuld en aansprakelijkheid voor andermans schuld; maar een dergelijk betoog zou over het hoofd zien dat de gehele moderne Franse rechtsleer zich richt op *terugdringing* van het voorrecht van uitwinning, zowel voor borgen als voor derden-bezitters, zoals in het voorgaande is gebleken. Recent is voor het Belgische recht betoogd³⁵³ dat zakelijke borgtocht tot een vorm van subsidiaire aansprakelijkheid leidt, omdat de crediteur slechts kan overgaan tot executie nadat hij het verzuim van zijn schuldenaar heeft vastgesteld. Dit laatste

346 Cass.Civ. I, 6 maart 1979, *Bull.civ. I*, nr. 78. Duranton XVIII, nr. 296; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2147; Weill nr. 503; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 315; Mestre, *Droit special*, nr. 559; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494; Simler/Delebecque nr. 128; Simler, *Cautionnement*, nr. 510; Cabrillac nr. 390; Aynès/Crocq nr. 143.

347 Weill nr. 489; Mestre, *Droit special*, nr. 1559; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494; Simler/Delebecque nr. 423. Vgl. Van Ransbeek p.311-312.

348 Cass.Civ. II, 24 mei 1989, *Bull.civ. II*, nr. 117. De Page/Dekkers VII, nr. 722-723; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 22-1; Van Quickenborne nr. 364; Simler t.a.p. Zoals Van Ransbeek (p.316) opmerkt, raakt de volgorde van uitwinning de openbare orde niet.

349 Cass.Civ. I, 4 mei 1999, *Bull.civ. I*, nr. 144. Mestre, *Droit special*, nr. 546; Simler, *Cautionnement*, nr. 20; Cabrillac nr. 387; Aynès/Crocq nr. 150. Voor het Belgische recht: De Page/Dekkers VII, nr. 721; Van Quickenborne nr. 70; Dirix/De Corte XII, nr. 445.

350 Cass.Com., 27 oktober 1998, *Bull.civ. IV*, nr. 260; Cass.Ch.Mixte, 2 december 2005, *Bull. ch.mixte*, nr. 7; D.2006.729. Simler, *Cautionnement*, nr. 21; Cabrillac nr. 386; Aynès/Crocq t.a.p. Anders: Mestre, *Droit special*, nr. 553-554.

351 Cass.Civ. I, 21 juni 1978, *Bull.civ. I*, nr. 236; D.1978.423. Duranton XVIII, nr. 296; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494; Simler, *Cautionnement*, nr. 22 en 510; Cabrillac nr. 369. Voor het Belgische recht: De Page/Dekkers VI, nr. 846 en VII, nr. 723; Van Quickenborne nr. 364; Dirix/De Corte XII, nr. 428.

352 Simler/Delebecque nr. 128.

353 Van Ransbeek p.313-314.

lijkt mij juist, maar de term 'subsidiariteit' is in dit verband misplaatst.³⁵⁴ Bij de vestiging van het zakelijke zekerheidsrecht wordt deze 'subsidiariteit', als men het als zodanig wil beschouwen, bovendien vrijwel altijd contractueel uitgesloten.

IV.4. ENIGE KRITIEK OP HET VOORRECHT VAN UITWINNING

IV.4.1. Gering praktisch belang

In het voorgaande is gebleken dat het voorrecht van uitwinning in Frankrijk en België slechts een zeer beperkt belang toekomt. Borgens doen in de praktijk steeds bij voorbaat afstand van het hun toekomende voorrecht. Hetzelfde zou gelden voor zakelijke borgens, hypotheekgevers voor vreemde schuld, ware het niet dat het voorrecht van uitwinning hun in het geheel niet is toegerekend. Daarentegen kan afstand bij voorbaat niet verhinderen, dat een derde-verkrijger van een met hypotheek bezwaard goed zich beroept op het voorrecht. Ten aanzien van deze groep heeft de Franse wetgever echter, in het voetspoor van het gemene recht, bepaald dat zij slechts een beroep op het voorrecht van uitwinning kunnen doen tegen een crediteur die is voorzien van een *generale legale* hypotheek. Deze situatie doet zich in Frankrijk sinds 1955 praktisch niet meer voor: in dat jaar werd de legale hypotheek van minderjarigen en echtgenoten immers onderworpen aan een vorm van registratie die specialisatie impliceert. De Belgische wetgever heeft al eerder zijn conclusies getrokken uit de afschaffing van generale hypotheeken. Het voorrecht van uitwinning werd bewust niet opgenomen in de Hypotheekwet van 1851, aangezien het Belgische recht slechts speciale hypotheeken kende en derhalve steeds verkeerde in de uitzondering van art. 2171 Cc. In dit licht is het niet zo verwonderlijk dat Franse en Belgische juristen weinig tot geen aandacht besteden aan het voorrecht van uitwinning. De beoordeling van het voorrecht is bovendien haast zonder uitzondering negatief: als een 'schadelijk' en 'overleefd' leerstuk waaraan wordt vastgehouden 'zonder enige redenen', slechts op het eerste gezicht billijk, maar onderwerp van 'serieuze bedenkingen'.

In het volgende deel zal blijken dat het Nederlandse recht onder het oude BW, beïnvloed door de Code civil, eveneens twee voorrechten van uitwinning kende: één voor borgens en een ander voor derden-bezitters. Ook in Nederland deden borgens steeds bij voorbaat afstand van een beroep op het voorrecht. De wetgever heeft die praktijk in 1992 gecodificeerd en in het nieuwe BW het voorrecht voor *borgens* afgeschaft. Het voorrecht van *derden-bezitters* werd echter, opvallend genoeg, behouden: het kreeg zelfs een uit-

354 De crediteur zal immers het verzuim van de hoofdschuldenaar moeten vaststellen voordat hij een hypotheek kan uitoefenen onder de hoofdschuldenaar. Anders gezegd: de hypotheek onder een derde is niet 'subsidiar' ten opzichte van een eventuele hypotheek onder de hoofdschuldenaar.

breiding die in de geschiedenis niet eerder is voorgekomen.³⁵⁵ Dat voorrecht wordt in Nederlandse literatuur bovendien overwegend positief beoordeeld, onder verwijzing naar de billijkheid die inherent eraan zou zijn.³⁵⁶ Het is nuttig om, vooruitlopend op het volgende deel, de fundamentele kritiek hiertegenover te stellen, waaraan het voorrecht van uitwinning in Frankrijk (en België) wordt onderworpen.

IV.4.2. Het voorrecht van borgen

Bij de invoering van de Code civil is men uitgegaan van een borg die zich louter uit goede wil en vrijgevigheid aansprakelijk stelde voor de schuld van een ander.³⁵⁷ De borg heeft daarbij de intentie om pas te betalen wanneer de debiteur daartoe niet in staat is. Het lijkt op het eerste gezicht redelijk om die intentie te respecteren.³⁵⁸ Bij nadere beschouwing rijst echter de vraag in hoeverre deze intentie door de wetgever moet worden vastgelegd. De bepalingen omtrent borgtocht zijn van regelend recht, en een borg kan heel wel zelf uitdrukking geven aan zijn intenties, door te bedingen dat hij slechts aansprakelijk is onder de voorwaarde van voorafgaande uitwinning van de hoofdschuldenaar.³⁵⁹ Het behoort bovendien niet tot de essentie van borgtocht dat het contract om niet wordt aangegaan.³⁶⁰ En tot slot kan de wetgever, als hij meent dat de intentie om subsidiair aansprakelijk te zijn uitdrukking moet vinden, die subsidiariteit op verschillende manieren vormgeven. Het subsidiaire karakter van borgtocht (voor zover dat bestaat) is eveneens gewaarborgd wanneer de verbintenis van de borg opeisbaar wordt zodra op enige wijze vaststaat dat de hoofdschuldenaar niet wil of niet kan betalen, zelfs voordat de crediteur verhaal heeft gezocht bij de hoofdschuldenaar.³⁶¹

De borg is in zijn verhouding tot de hoofdschuldenaar niet draagplichtig voor de schuld. Hij kan daarom na betaling regres nemen. Jegens de crediteur is hij echter ten volle verhaalsaansprakelijk. Het wekt bevreemding, als een afwijking van de normale gang van zaken, wanneer de interne draagplicht tussen hoofdschuldenaar en borg tot uitdrukking wordt gebracht in de externe relatie tussen borg en crediteur. Een borg stelt zich bewust aansprakelijk voor vreemde schuld: men mag verwachten dat hij voor die schuld dan ook onmiddellijk kan worden aangesproken.³⁶² De Franse wetgever heeft de geldigheid van deze gedachte zelf ook erkend.³⁶³ Het voor-

355 Lager gerangschikte zekerheidsgerechtigden mogen nu ook een beroep doen op het voorrecht van uitwinning. Zie hieronder, p.297-301.

356 Bijvoorbeeld Asser/Van Velten 3-III (13^e druk, 2003), nr. 334. Zie verder p.283.

357 Locré XV, tit. 3,14 II,II nr. 5; II,VI nr. 11 en II,VII nr. 12.

358 Baudry-Lacantinerie/Wahl XXI, nr. 1021; Van Quickenborne nr. 359.

359 Troplong, art. 2021 nr. 224; Laurent XXVIII, nr. 204.

360 Laurent t.a.p.

361 Dekkers nr. 1361.

362 Laurent t.a.p.

363 Locré XV, tit. 3,14 II,VII nr. 12.

recht is aan borgen immers verleend *als voorrecht*, zodat zij onmiddellijk aangesproken kunnen worden, *tenzij* zij zich op het voorrecht beroepen.

De stelling dat het voorrecht de groei van regresvorderingen afremt is in zijn algemeenheid juist zolang de debiteur in staat is de gehele schuld te betalen.³⁶⁴ Juist in die gevallen zal de crediteur zich meestal uit vrije wil eerst richten tegen de debiteur. Het aantal procedures en de daaraan verbonden kosten worden echter door het voorrecht niet beïnvloed wanneer de debiteur *niet* in staat is de gehele schuld te betalen. Dit proceseconomische argument wordt meer uitgebreid behandeld bij de bespreking van het Nederlandse recht onder het oude BW, in het volgende deel.³⁶⁵

Als inperking van de rechten van de crediteur, en als afwijking van hetgeen men mag verwachten omtrent het aanspreken van een borg, behoeft het voorrecht van uitwinning nadere motivering. De grondslag van het voorrecht wordt veelal gezocht in de billijkheid: van de crediteur mag worden verlangd dat hij, op verzoek van de borg, eerst verhaal zoekt op de hoofdschuldenaar indien dit zonder schade voor de crediteur kan gebeuren.³⁶⁶ De eisen die aan een beroep op het voorrecht worden gesteld, zoals het voorschieten van kosten en het aanwijzen van goederen voor verhaal, zijn bedoeld om dusdanige schade te voorkomen. De stelling dat een beroep op het voorrecht geen schade toebrengt aan de crediteur, is echter fundamenteel onjuist. De vertraging in de inning van de vordering kan op zichzelf al schade veroorzaken, die niet of niet geheel ten laste van de borg kan worden gebracht. En zelfs als de kosten van uitwinning worden voorgeschoten door de borg, loopt de crediteur nog het risico dat de hoofdschuldenaar failliet gaat voordat hij de aangewezen goederen heeft kunnen uitwinnen – hij kan zijn verhaal op de borg dan kwijtraken. Erger, gedurende de periode van uitwinning kan de borg zelf insolvent raken. De Code civil geeft geen enkele regeling om dit risico af te dekken.³⁶⁷

Bij de invoering van de Code werd reeds betoogd,³⁶⁸ tegen het argument dat het voorrecht uit de aard der zaak schade toebrengt aan de crediteur, dat een crediteur die meent dat zijn belangen worden geschaad, de mogelijkheid heeft om afstand van het voorrecht te bedingen. Die stelling kan zonder veel moeite worden omgedraaid: als hoofdelijke aansprakelijkheid de norm is, dan heeft de borg ook de mogelijkheid om te bedingen dat hij slechts aansprakelijk is onder de voorwaarde van eerdere uitwinning van het vermogen

364 Duranton *XVIII*, nr. 295; Troplong, art. 2021 nr. 230; Van Quickenborne nr. 359. Simler/Delebecque nr. 128: 'son exercice utile suppose, en effet, que le débiteur principal soit notoirement solvable.'

365 Zie beneden, p. 288-290.

366 Laurent *XXVIII*, nr. 204; Baudry-Lacantinerie/Wahl *XXI*, nr. 1021.

367 Van Quickenborne nr. 355 en 385; Simler, *Cautionnement*, nr. 501. Beiden merken op dat een crediteur die wordt geconfronteerd met een beroep op het voorrecht, conservatoir beslag moet kunnen leggen onder de borg.

368 Locré *XV*, tit. 3, 14 II, VII nr. 12. Zie ook: Mazeaud/Chabas/Picod nr. 48.

van de debiteur.³⁶⁹ Maar zelfs als men meent de borg te moeten beschermen tegen een lichtvaardige aansprakelijkstelling, dan komt het voorrecht nog niet aan die wens tegemoet. De wetgever mag van mening zijn dat crediteuren geen schade ondervinden door het voorrecht van uitwinning, maar in de praktijk zien diezelfde crediteuren dat toch anders. Zij bedingen daarom steeds bij voorbaat afstand van het voorrecht. Onder die omstandigheden is het normaaltype van borgtocht eerder hoofdelijke dan subsidiaire aansprakelijkheid.³⁷⁰

De wetgever had dit resultaat kunnen voorzien. Bij de voorbereiding van de Code werd benadrukt dat invoering van het voorrecht aansloot bij het oude Franse recht.³⁷¹ Dat moge waar zijn, maar in de oude Franse rechtspraak werd, zo is gebleken, het voorrecht in vrijwel alle gevallen uitgesloten.³⁷²

Tot slot kan het voor een borg zelfs gevaarlijk zijn om zich op het voorrecht te beroepen. Ten aanzien van de uitwinning van goederen van de debiteur door de crediteur is hij een derde. Hij kan de crediteur niet dwingen om diens verhaal op de goedkoopste manier ten uitvoer te leggen, maar is wel jegens hem aansprakelijk voor de kosten van uitwinning, die hij bovendien dient voor te schieten.³⁷³ Als de borg echter betaalt aan de crediteur, kan hij regres nemen op de hoofdschuldenaar en zich verhalen op de goederen die hij anders zou hebben aangewezen, op de wijze die hem goeddunkt.

In 2006 werd het Franse recht op het gebied van zekerheidsrechten ingrijpend gewijzigd. Ondanks bovenstaande kritiek, die in Frankrijk algemeen wordt gedeeld, heeft de Franse wetgever die gelegenheid niet aangegrepen om het voorrecht van uitwinning te herzien. In België is men eveneens geneigd het voorrecht van uitwinning bij borgtocht met wantrouwen tegemoet te treden.³⁷⁴ Ten aanzien van derden-bezitters werd het voorrecht daar reeds afgeschaft; het is goed mogelijk dat zulks op termijn ook bij de borgtocht zal gebeuren. Onder het Nederlandse recht is de borg een hoofdelijke schuldenaar die evenwel subsidiair aansprakelijk is (art. 7:855 lid 1 BW). Het voorrecht van uitwinning is voor borgen bij de invoering van het nieuwe BW – terecht – afgeschaft.

369 Troplong, art. 2021 nr. 224.

370 Van Quickenborne nr. 63; Simler, *Cautionnement*, nr. 85: 'L'absence de la clause de solidarité dans le cadre du cautionnement conventionnel ne s'explique que par l'inadvertance ou l'ignorance des parties.' Cabrillac, nr. 42 en 77 behandelt het voorrecht bijvoorbeeld niet als een wezenskenmerk van borgtocht.

371 Locré XV, tit. 3,14 II,VII nr. 12.

372 Zie boven, p.185.

373 Goupil-Préfeln stelde tijdens de voorbereiding van de Code (Locré XV, tit. 3,14 II,VIII nr. 2) voor om de verplichting tot het voorschieten van kosten daarom niet op te leggen aan de borg. Zijn suggestie werd echter niet overgenomen.

374 Dekkers nr. 1361: 'A première vue, rien ne paraît plus équitable que ce bénéfice de discussion. A la réflexion, les doutes les plus sérieux apparaissent.' De Page/Dekkers VI, nr. 909: 'maintenu par la seule force de la tradition. [...] Une superfétation, tant en droit qu'en fait.' Van Quickenborne nr. 13: 'een soort historisch curiosum.'

IV.4.3. Het voorrecht van derden-bezitters

De Code civil werd, naar het gevoelen van de meeste schrijvers, lange tijd ontsierd door de niet-geregistreerde legale hypotheek die dit wetboek kent. Reeds in 1850 bracht een speciaal daartoe ingestelde commissie daarom een advies uit aan de regering,³⁷⁵ waarin zij een systeem van complete hypothécaire specialiteit en publiciteit bepleitte.³⁷⁶ In de ogen van de commissie leidde haar voorstel ertoe dat geen behoefte meer bestond aan het voorrecht van uitwinning, dat, het zij in herinnering gebracht, naar Frans recht slechts wordt toegekend aan derden-*verkrijgers* van met legale generale hypotheek bezwaarde goederen. Ik citeer de overwegingen van de commissie in extenso:

‘Quant à l’exception de discussion, elle n’est pas mieux fondée. Pourquoi forcer le créancier de discuter le débiteur principal? Si ce créancier ne vient pas en ordre utile sur les autres immeubles restés en la possession du débiteur, on l’aura forcé à faire des poursuites frustratoires et des frais qui, en définitive, retomberont à la charge de la masse. Le Code civil (art. 2170) assimile le tiers détenteur à la caution; mais l’assimilation est inexacte. Le créancier, en contractant avec la caution, sait qu’il n’aura contre elle qu’une action subsidiaire et qu’elle pourra opposer le bénéfice de discussion. S’il ne veut pas être exposé à cette exception dilatoire, c’est à lui d’exiger que la caution renonce au bénéfice de discussion ou s’engage solidairement. Le créancier hypothécaire, au contraire, ne contracte pas nullement avec le tiers détenteur; et l’aliénation ne doit pas rendre la situation de ce créancier plus mauvaise, en le soumettant à une épreuve à laquelle il ne serait pas astreint si cette aliénation n’avait pas eu lieu. La disposition de l’article du Code civil sur l’exception de discussion suppose d’ailleurs l’existence d’hypothèques générales; et le projet fait disparaître ce genre d’hypothèque.’³⁷⁷

Het rapport van de commissie-Vatimesnil heeft in Frankrijk zelf geen directe invloed gehad. Een groot deel van de aanbevelingen werd door de regering niet, of slechts in afgezwakte vorm overgenomen. Zo duurde het tot 1955 voordat de derdenwerking van legale hypotheek aan het vereiste van registratie werd onderworpen. In België droeg het werk van de commissie echter bij aan de Hypotheekwet van 1851, die de legale hypotheek volledig afschafte en, geheel consequent, bij die gelegenheid het voorrecht van uit-

375 Vatimesnil, ‘Rapport fait par M. De Vatimesnil au nom de la commission chargée d’examiner la proposition de M. Pougeard et le projet de loi présenté par le gouvernement sur les privilèges et hypothèques’, *Le Moniteur Universel* 116 (suppl. B), 1850, p.I-XVI.

376 De commissie greep daarvoor bewust terug op het ‘droit intermédiaire’, meer in het bijzonder op de wet van 11 brumaire an VII, waarover hierboven, p.190. Rapport-Vatimesnil, p.I.

377 Rapport-Vatimesnil, p.V.

winning eveneens ecarteerde.³⁷⁸ De conclusies van Vatimesnil werden (en worden) door Franse juristen bovendien breed gedeeld.³⁷⁹ De verlening van het voorrecht van uitwinning aan *borgen* werd al met enig misprijzen gezien, maar de toekenning van het voorrecht aan *derden-bezitters* is sinds het verschijnen van het rapport-Vatimesnil in Frankrijk aan algemene kritiek onderhevig.³⁸⁰

In de eerste plaats wordt er gewezen op het beginsel van ondeelbaarheid.³⁸¹ Als verschillende goederen in zekerheid zijn gegeven, zijn ze allen evenzeer verbonden tot verhaal van de gehele schuld. Uit dit beginsel vloeit het keuzerecht van een crediteur voort; de Code civil verbindt de ondeelbaarheid van het recht van hypotheek bovendien uitdrukkelijk met het zaaksgevolg (art. 2114 Cc). De crediteur moet daarom niet gedwongen worden om een volgorde aan te brengen in de uitwinning van goederen, die alle evenzeer jegens hem zijn verbonden.³⁸² Daartegen wordt wel ingebracht dat het voorrecht een correctie is, uit billijkheid, op het beginsel van ondeelbaarheid. De zekerheid wordt in die visie niet verkleind door een crediteur eerst naar de debiteur te verwijzen: hij behoudt immers zijn rechten tegen de derde-bezitter.³⁸³ De keuzevrijheid van de crediteur moet daarom worden begrensd zolang zich nog bezwaarde goederen bij de debiteur bevinden.³⁸⁴ Dit argument wordt echter afgezwakt door de vaststelling dat de crediteur van een generale hypotheek tussen verschillende derden-bezitters weer de vrije keuze heeft, als de debiteur alle bezwaarde goederen heeft vervreemd.³⁸⁵ Bovendien schaadt het voorrecht van uitwinning aan de hypothecaire kredietverlening omdat het de voorspelbaarheid van verhaal door de crediteur uitholt.³⁸⁶

378 Martou III, nr. 1274; Laurent XXXI, nr. 263; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2142; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1130; De Page/Dekkers VII, nr. 858. Belgische juristen wijzen op het feit dat de verkrijger van een met hypotheek bezwaard goed de mogelijkheid heeft om over te gaan tot 'hypotheekzuivering' ('purge') op grond van art. 110 Hw, als hij de hypotheekschuld niet al betaalt (art. 106 Hw). Als de verkrijger geen gebruik maakt van één van beide mogelijkheden, dan heeft hij het aan zichzelf te wijten wanneer hij wordt geconfronteerd met het zaaksgevolg van art. 96 en 99 Hw. De Page/Dekkers VII, nr. 842-850; Dekkers nr. 1705-1715; Byttemier nr. 766-779; Dirix/De Corte XII, nr. 633-639.

379 Zie, bijvoorbeeld, Marcadé/Pont XI, nr. 1157; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2142. Zie voor België: Martou III, nr. 1274.

380 Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1130; Weill nr. 502; Mestre, *Droit special*, nr. 1565.

381 Duranton XX, nr. 243; Martou III, nr. 1274; Marcadé/Pont XI, nr. 1157; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2141; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1130; Weill nr. 502; Mestre, *Droit commun*, nr. 442 en *Droit special*, nr. 1565; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 467 en 494. Zie, over de achtergronden van dit beginsel in het Romeinse recht en het gemene recht: Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', *Index* 3, 1972, p.483-484.

382 Martou t.a.p.; Laurent XXXI, nr. 263; Marcadé/Pont XI, nr. 1157; Weill nr. 502; Mestre, *Droit commun*, nr. 436; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494.

383 Mestre, *Droit special*, nr. 1565.

384 Duranton XX, nr. 243; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2141.

385 Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1134; Weill nr. 503.

386 Weill nr. 502; Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494.

Het beroep op billijkheid speelt daarnaast slechts een rol ten aanzien van niet-geregistreerde generale hypotheeken. Zolang een derde-verkrijger geconfronteerd kan worden met zekerheidsrechten die hem onbekend zijn, valt een inbreuk op het keuzerecht van de crediteur nog te billijken.³⁸⁷ Maar als een derde-verkrijger door raadpleging van de openbare registers kennis had kunnen nemen van het bestaan van zekerheidsrechten, dan weet hij bij voorbaat dat hij met het zaaksgevolg van de crediteur geconfronteerd kan worden. Hij kan de koopprijs daarop afstemmen of laten strekken tot aflossing van de hypotheekschuld, of hij kan gebruik maken van de wettelijke mogelijkheid van 'purge', hypothécaire zuivering, teneinde het onroerende goed vrij van lasten te verkrijgen. Als hij geen gebruik maakt van deze mogelijkheden, dan is er geen reden hem in bescherming te nemen. Aldus bezien is het voorrecht van uitwinning eerder een argument tegen niet-geregistreerde generale hypotheeken en de oververzekering waartoe zij aanleiding geven,³⁸⁸ dan een regel van billijkheid. Als alle zekerheidsrechten kenbaar zijn uit openbare registers, dan vervalt daarmee het bestaansrecht van het voorrecht van uitwinning.³⁸⁹

'Il n'est donc aucune raison de maintenir le bénéfice de discussion, qui justifiait dans l'ancien droit la clandestinité des hypothèques, mais qui, contraire aux principes du système hypothécaire et aux intérêts légitimes du créancier, ne peut que nuire au crédit immobilier.'³⁹⁰

In de tweede plaats berust de toekenning van het voorrecht op een analogie tussen borgen en derden-bezitters die niet opgaat, zoals Vatimesnil in 1850 al had opgemerkt.³⁹¹ Een borg wordt aangenomen met het oog op uitblijvende betaling van de hoofdschuld. De crediteur is op de hoogte van diens positie en kan, desgewenst, te voren afstand van het voorrecht bedingen. Een derde-bezitter is echter niets met de crediteur overeengekomen. Hij zou daarom behandeld moeten worden zoals zijn rechtsvoorganger, de schuldenaar zelf.³⁹² Dankzij het voorrecht kan de keuzevrijheid van de crediteur door een vervreemding worden ingeperkt, zonder dat hij daarop invloed kan uitoefenen.³⁹³ Daartegen wordt wel aangevoerd dat een beroep op het voorrecht aan dusdanig strikte regels is gebonden, om de belangen van de crediteur niet te schaden, dat er in de praktijk zelden tot nooit een beroep op wordt

387 Laurent XXXI, nr. 263; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1130.

388 Planiol/Ripert/Becqué t.a.p.; Weill p.449 nt.1.

389 Laurent XXXI, nr. 263: 'Le bénéfice est une dérogation au droit du créancier qu'aucun principe ne justifie.'

390 Mazeaud/Chabas/Picod nr. 494. Zo ook: Weill nr. 502; Mestre, *Droit special*, nr. 1565.

391 Zie ook: Marcadé/Pont XI, nr. 1157; Baudry-Lacantinerie/De Loynes XXIV, nr. 2142; Planiol/Ripert/Becqué XIII, nr. 1130; Weill t.a.p.; Marty/Raynaud/Jestaz nr. 315; Mestre t.a.p.; Mazeaud/Chabas/Picod t.a.p.; Simler/Delebecque nr. 423.

392 Laurent XXXI, nr. 263; Weill t.a.p.

393 Marcadé/Pont t.a.p.; Baudry-Lacantinerie/De Loynes t.a.p.

gedaan.³⁹⁴ Dat lijkt mij eerder een argument voor afschaffing van het voorrecht te zijn.³⁹⁵

Evenals bij het voorrecht van borgen het geval is, wordt wel aangevoerd dat het voorrecht van derden-bezitters het ontstaan van regresvorderingen onderdrukt.³⁹⁶ De aangesproken derde-bezitter kan de crediteur immers slechts verwijzen naar degene die de lasten in laatste instantie zal moeten dragen, dat wil zeggen naar de principale debiteur.³⁹⁷ Dat verhindert een verveelvoudiging van het aantal procedures en olopende kosten.³⁹⁸ Dit argument vooronderstelt echter de solventie van de debiteur. Is de debiteur daarentegen niet in staat om volledig te betalen, dan leidt het voorrecht juist tot meer procedures (en kosten) omdat de crediteur zowel moet procederen tegen zijn debiteur als tegen de derde-bezitter voor het onbetaald gebleven deel.³⁹⁹ Het meeste dat het voorrecht in dat geval bewerkstelligt, is dat het regresrisico voor de derde-bezitter is afgenomen met het bedrag dat de crediteur nog van zijn debiteur heeft weten te verkrijgen.

De rol van het 'beneficium excussionis' is naar Frans recht welhaast uitgespeeld. Onder het 'droit commun français' werd het voorrecht weliswaar toegekend volgens de meeste coutûmes,⁴⁰⁰ maar zeer zeker niet in alle gevallen. Het 'droit intermédiaire' schafte het voorrecht af als gevolg van de introductie van publiciteit en specialiteit. Onder vigeur van de Code werden de niet-geregistreerde legale hypotheek opnieuw ingevoerd, en daarmee deed het voorrecht ook opnieuw zijn intrede. In de loop der tijd is het belang van deze geheime hypotheek echter aanzienlijk teruggedrongen. Het lijkt slechts een kwestie van tijd te zijn totdat de Franse wetgever het pad kiest dat de Belgische wetgever eerder heeft genomen, en het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters afschaft. Het is opvallend dat de Nederlandse wetgever in 1838 uitdrukkelijk koos voor de beginselen van publiciteit en specialiteit, en desondanks, tegen hevige parlementaire weerstand in, het voorrecht van uitwinning neerlegde in art. 1244 OBW. Nog opvallender is het dat de wetgever, evenals het grootste deel van de Nederlandse rechtsgeleerde literatuur, de rechtsontwikkeling ten zuiden van de grens naar het schijnt eenvoudigweg over het hoofd heeft gezien bij de voorbereiding van het nieuwe BW van 1992.

394 Weill nr. 502.

395 Planiol/Ripert/Becqué *XIII*, nr. 1130; Mestre, *Droit commun*, nr. 442: 'Le bénéfice de discussion de l'article 2170 n'a donc qu'une faible portée pratique.'

396 Zie meer uitgebreid daarover hieronder, p.288-290.

397 Baudry-Lacantinerie/De Loynes *XXIV*, nr. 2158; Weill nr. 502.

398 Planiol/Ripert/Becqué *XIII*, nr. 1130.

399 Duranton *XX*, nr. 243.

400 Marcadé/Pont *XI*, nr. 1157. Anders: Baudry-Lacantinerie/De Loynes *XXIV*, nr. 2142. Zie hierboven, p.178.

DEEL V

HET NEDERLANDSE RECHT ONDER HET OUDE BW (1798-1992)

V.1.	Nederlandse ontwikkelingen	223
V.2.	Het Nederlandse recht tot aan het ontwerp OBW (1798-1830)	225
V.3.	Het ontwerp en de invoering van het oude BW (1830-1838)	234
V.4.	Het voorrecht van uitwinning bij borgtocht (1798-1838)	243
V.5.	Het Nederlandse recht onder het oude BW (1838-1992)	247
V.6.	Een beoordeling van art. 1244 OBW	283

V.1. NEDERLANDSE ONTWIKKELINGEN

In voorgaande delen is besproken hoe de reikwijdte van het voorrecht van uitwinning sinds zijn uitvaardiging in 535 is verkleind. Korte tijd na uitvaardiging bracht Justinianus zelf al beperkingen aan. Ten aanzien van borgtocht werd de mogelijkheid geopend om bij voorbaat afstand te doen van een beroep op het voorrecht.¹ Met één penningstreek werd het voorrecht van uitwinning als gevolg daarvan een dode letter waar het borgen betrof. In het voorgaande is immers gebleken dat afstand van het voorrecht door de eeuwen heen de regel is geweest. De Nederlandse wetgever heeft in 1992 daaruit zijn conclusies getrokken en het voorrecht voor borgen afgeschaft.²

Ten aanzien van derden-bezitters van met goederenrechtelijke zekerheidsrechten bezwaarde goederen heeft zich een tegengestelde ontwikkeling voorgedaan. In de regel kan een crediteur niet voorkomen dat de debiteur en zekerheidsgever overgaat tot vervreemding van de bezwaarde zaak. Het zaaksgevolg beschermt de crediteur in een dergelijk geval, maar dankzij het voorrecht van uitwinning bemoedigt de vervreemding toch het verhaal op de bezwaarde zaak. Sinds de receptie van het Romeinse recht hebben juristen daarom de belangen van crediteuren willen beveiligen, door een beroep op het voorrecht aan strenge voorwaarden te binden. De leidende gedachte was daarbij dat het voorrecht vooral bescherming moest bieden aan derden-verkrijgers van bezwaarde goederen, die niet op de hoogte waren van het bestaan van het zekerheidsrecht. Enerzijds bestond er geen behoefte aan een voorrecht wanneer het zekerheidsrecht in het geheel niet kon worden ingeroepen tegen een derde-verkrijger, bijvoorbeeld op grond van de regel dat aan de hypotheek op roerende zaken geen zaaksgevolg toekomt.³ De reikwijdte van het voorrecht werd daarom beperkt tot de hypotheek op onroerende zaken. Anderzijds werd het voorrecht als overbodig ervaren wanneer de verkrijger van een bezwaarde onroerende zaak door raadpleging van een register kennis had kunnen nemen van het bestaan van de hypotheek.

Zo bezien vervulde het voorrecht van uitwinning ten aanzien van derden-verkrijgers van bezwaarde onroerende zaken slechts een nuttige rol wanneer zij het bestaan van het zekerheidsrecht *niet* konden afleiden uit openbare registers. Zoals eerder is besproken, beperkte het Franse recht *daarom* het voorrecht tot de generale legale hypotheek, die niet onderhevig waren aan het beginsel van publiciteit en de daarmee gepaard gaande specialiteit.⁴ De Belgische wetgever koos er voor om deze beginselen strikt door te voeren en nam het voorrecht van uitwinning logischerwijze niet op voor de goederenrechtelijke zekerheidsrechten.⁵

1 Nov. 136,1. Zie boven, p.68-71.

2 Zie hieronder, p.349-351.

3 Zie voor het Rooms-Hollandse recht p.133-134 en voor het Franse recht p.168-169.

4 Zie p.191-193.

5 Zie p.217-218.

In dit licht is de ontwikkeling hoogst opmerkelijk, die zich in het Nederlandse recht sinds 1838 in tegengestelde richting heeft voltrokken. De wetgever van het oude Burgerlijke Wetboek (OBW) nam de beginselen van specialiteit en publiciteit tot uitgangspunt, evenals de Belgische wetgever dat later deed. Anders dan deze, echter, en in afwijking van de Code civil en het inheemse gemene recht, werd het voorrecht van uitwinning ten aanzien van hypotheek gecodificeerd in art. 1244 OBW. De motieven daartoe waren op zijn zachtst gezegd kwestieus, en het parlementaire verzet was dan ook hevig. Het is nog opmerkelijker dat het voorrecht, bij de invoering van het nieuwe Burgerlijke Wetboek (BW) in 1992, zonder veel commentaar is verwerkt in art. 3:234 BW. In dit artikel werd de reikwijdte van het voorrecht bovendien aanzienlijk verruimd: het verkreeg niet slechts toepassing bij hypotheek, maar ook bij pandrechten. Bovendien kende de wetgever een beroep op het voorrecht eveneens toe aan de beperkt gerechtigde wiens recht door executie zou komen te vervallen. Het 'beneficium excussionis' heeft daarmee een actualiteitswaarde verkregen die het lang niet heeft gehad.

De roep om afschaffing van dit 'historisch curiosum', die doorklinkt bij Franse en Belgische schrijvers,⁶ is tot dusver niet of nauwelijks in Nederland gehoord. De reden daarvoor is gelegen in een chronisch gebrek aan aandacht voor het leerstuk, dat onder het oude BW een sluimerend bestaan leidde. Het laatste (en enige) boek over het onderwerp is het proefschrift van Nicolaas Pelinck uit 1882.⁷ De meeste handboeken komen niet verder dan een verwijzing naar het evident billijke karakter van het voorrecht van uitwinning. De plotselinge uitbreiding die het voorrecht van uitwinning in 1992 kreeg, heeft tot iets meer aandacht geleid.⁸ Er is mij echter geen gepubliceerde jurisprudentie bekend waarin met succes een beroep wordt gedaan op het voorrecht van uitwinning.

Onbekend maakt wellicht onbemind. Het probleem dat ten grondslag lag aan het Justiniaanse 'beneficium excussionis', de verhouding van een crediteur tot borgen en derden-bezitters van bezwaarde zaken, heeft aan actualiteit niet ingeboet. Na de uitspraak van de Hoge Raad in Heidenreich/Alcredis⁹ is de 'collisie'¹⁰ van zekerheidsrechten vele malen aan de orde geweest in lagere jurisprudentie.¹¹ Zij wordt veelal behandeld aan de hand van algemene leerstukken: de redelijkheid en billijkheid die in acht moet worden genomen in de verhouding tussen crediteur en borg, of het leerstuk

6 Zie p.213-220.

7 Pelinck, *Eenige opmerkingen over art. 1244, 1245 en 1246 B.W.*, Leiden 1882.

8 De drie meest relevante artikelen zijn De Groot, 'Samenloop van hypotheek- en pandhouders', *WPNR* 5953, 1990, p.187-189; Zwitser, 'Misbruik van executiebevoegdheid ten aanzien van derden', *NTBR* 9, 1994, p.208-214; Zwolve, 'Over het voorrecht van uitwinning bij stille verpanding van vorderingen', *RM Themis* 7, 1996, p.245-252.

9 HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 463. Zie over dit arrest hieronder, p.275-277 en 357-361.

10 Ik ontleen de term aan Beekhoven van den Boezem, 'Collisie van persoonlijke en goederrechtelijke zekerheden', *O&F* 67, 2005, p.56-62.

11 Zie hieronder, p.359-364.

van misbruik van recht. De aandacht die de laatste tien jaar wordt besteed aan bancaire zorgplichten heeft daarbij zeker een rol gespeeld. Zo bezien is art. 3:234 BW de toevallige uitdrukking van een veel breder beginsel van algemene billijkheid; een bepaling dus, waar men zich analogisch naar kan richten. Die opvatting doet echter geen recht aan de historische dimensie. Na de invoering van het voorrecht van uitwinning door Justinianus is steeds geprobeerd om de reikwijdte ervan te beperken, zodat crediteursbelangen niet overvleugeld zouden raken. Het voorrecht van uitwinning zoals neergelegd in art. 3:234 is de resultante van een lange rechtsontwikkeling. Dat wil niet zeggen dat de bepaling *noodzakelijk* zo moet luiden of dat haar historische, beperkende interpretatie de enige juiste zou zijn; wel echter dat de historische achtergrond een licht werpt op de rol die het leerstuk speelt in de beoordeling van de verhouding tussen een crediteur en verhaalsaanprakelijke derden.

V.2. HET NEDERLANDSE RECHT TOT AAN HET ONTWERP OBW (1798-1830)

V.2.1. Inleiding

Naar het staatsrecht van de Republiek der Verenigde Nederlanden was, zo mag bekend worden verondersteld, de unificatie van het privaatrecht onmogelijk. De gewestelijke soevereiniteit bracht mee dat ieder gewest leefde naar zijn eigen recht.¹² De verbindende factor werd slechts gevormd door de subsidiaire rechtskracht van het gemene, dat wil zeggen gemeenschappelijke, Romeinse recht.

Eerder is beschreven hoe het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters door bijzonderlijk daartoe strekkende wetgeving in Holland werd afgeschaft.¹³ Daar bleek eveneens dat in de gebieden waar het Romeinse recht gelding had omdat geen statuut of gewoonte anders bepaalde, zoals in Friesland,¹⁴ vergelijkbare beperkingen ten aanzien van het voorrecht werden aangelegd als in het vroege gemene recht.¹⁵

De staatsgreep van 1798 maakte echter een einde aan de gewestelijke soevereiniteit.¹⁶ Volgens het eerste artikel van de Algemene Beginselen der Staatsregeling van dat jaar was de Bataafse Republiek één en ondeelbaar. De nieuwe eenheidsstaat zou volgens art. 28 uitdrukking moeten vinden in de codificatie van een Burgerlijk Wetboek dat zou gelden in de gehele Republiek. Daarmee begon een niet altijd even overzichtelijke periode in de

12 Lokin/Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, 3^e druk, Groningen 2001, p.293.

13 Zie p.138-142.

14 Zie p.151-154.

15 Zie p.91-104.

16 Lokin/Zwalve p.293.

Nederlandse rechtsontwikkeling, die na verschillende commissies en ontwerpen allereerst zou leiden tot het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland van 1809, en ten slotte tot de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838. Het is de moeite waard om stil te staan bij de vele ontwerpen die tussen 1798 en 1838 zijn uitgebracht – niet zozeer vanwege hun belang voor de verdere rechtsontwikkeling,¹⁷ maar omdat zij voor het hier behandelde onderwerp zonder uitzondering een andere weg kozen dan de wetgever van 1838. Een bespreking van de verschillende ontwerpen verduidelijkt hoezeer het Burgerlijk Wetboek van 1838 brak met de voordien heersende opvattingen.

Onder vigeur van het Rooms-Hollandse recht was reeds verandering gebracht in de verhouding tussen borgen en derden-bezitters. Naar het Justiniaanse recht kon een derde-bezitter een zekerheidscrediteur verwijzen naar diens borg; naar het Rooms-Hollandse recht kon een borg zijn crediteur juist verwijzen naar een derde-bezitter. Die ont koppeling van het voorrecht van borgen en het voorrecht van derden-bezitters vond haar voltooiing in de codificaties. Voor het Franse recht is daar eerder op geweest.¹⁸ Het oude BW bracht dezelfde ont koppeling aan. De wetgever van 1838 week, in zijn verdere behandeling van het voorrecht voor borgen, niet af van de voorgaande ontwerpen, noch van het Franse recht of het Rooms-Hollandse recht. Volledigheidshalve wordt aan die ontwerpen hieronder¹⁹ slechts zeer in het kort aandacht besteed.

V.2.2. Ontwerp-Kreet (1801)

De uitvoering van het codificatieartikel uit de Staatsregeling werd in 1798 opgedragen aan een commissie²⁰ van twaalf vertegenwoordigers van de verschillende gewesten en generaliteitslanden uit de Republiek.²¹ De commissie verdeelde zich vervolgens in subcommissies voor de codificatie van het strafrecht, het burgerlijk procesrecht en het burgerlijk recht. Aan Karel Reitz (1748-1810) werd de taak toebedeeld om de zekerheidsrechten te ontwerpen op basis van de Inleiding van Hugo de Groot.²² Nadat hij zich wegens ziekte had teruggetrokken, werd zijn taak in 1801 overgenomen door Hendrik Kreet (1740-1804), griffier bij het Hof van Holland, die daartoe werd overgeplaatst uit de strafrechtelijke commissie.²³

17 Dat belang is betrekkelijk gering aangezien de ontwerpen nooit zijn ingevoerd. Zie echter ook: Cleveringa, 'De ontwerpen-1816 en -1820', in: Scholten/Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p.304-305.

18 Zie p.193-194.

19 Zie p.243-246.

20 Zie over de benoeming: Van der Burg, *Nederland onder Franse invloed*, Amsterdam 2007, p.84.

21 Lokin/Zwalve p.294 nt.37; Van der Burg p.90-91.

22 Van Gessel-de Roo, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798: Zakenrecht 1798-1820*, Zutphen 1991, p.XIII.

23 Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, Amsterdam 1914, p.111-112; Van Gessel-de Roo p.XIV.

Het Ontwerp-Kreet²⁴ lag dicht aan tegen het Rooms-Hollandse recht.²⁵ Het kende conventionele en legale zekerheidsrechten (art. VI.2.3.2) die speciaal en generaal van aard konden zijn (art. VI.2.3.3) en zowel op roerende als op onroerende zaken konden rusten (art. VI.2.3.4-5). Een generale hypotheek op roerende zaken zou worden gevestigd door de enkele overeenkomst (art. VI.2.4.6), zekerheidsrechten op onroerende zaken daarentegen door een verklaring voor het gerecht in de plaats van ligging, of door notariële akte (art. VI.2.4.2). In beginsel hadden alle zekerheidsrechten zaaksgevolg (art. VI.2.3.10).²⁶

Naar het ontwerp was het zeer wel mogelijk dat een derde-verkrijger een zaak in bezwaarde staat verkreeg zonder te weten van het bestaan van daarop rustende zekerheidsrechten. Als hij de zaak ten titel van koop verkreeg en de koopprijs betaalde, wist hij zich echter beveiligd tegen generale hypotheeken. Een speciaal pandrecht op roerende zaken behoefde hij niet te vrezen krachtens de regel dat aan de hypotheek op roerende zaken geen zaaksgevolg toekwam (art. VI.2.4.4). Het voorrecht van uitwinning zou dus naar het ontwerp slechts een rol hebben gespeeld bij de speciale hypotheek op onroerende zaken. Ten aanzien daarvan bepaalde art. VI.2.3.12 dat de crediteur gerechtigd was het 'pandgoed aantetasten',

'zelfs al was het verpande goed in eens anders eigendom of bezitting overgegaan, en zonder verplicht te zijn, den schuldenaar zelve eerst in rechten aantespreken en uittewinnen.'

Kreet volgde daarin het Rooms-Hollandse recht, dat eveneens aan speciale conventionele hypotheeken op onroerend goed een volledig zaaksgevolg toekende, terwijl het voorrecht van uitwinning voor die zekerheidsrechten door een Plakkaat uit 1564 uitdrukkelijk was afgeschaft.²⁷ Hij motiveerde zijn keuze echter niet met een beroep op het Hollandse statutaire recht, maar schoof de vraag naar de verhouding van een pandcrediteur tot derden-bezitters en borgens door naar een ander commissielid,

'om dat mij best voorkomt, dat dit aan de vrije keus van den pandhouder werde overgelaten of dat zulks opzettelijk behandelt werde in het hoofdstuk van executien en borgtochten.'²⁸

24 Opgenomen in: Van Gessel-de Roo p.109-143.

25 Zie: Herman p.112-121; Pos, *Hypotheek op roerend goed (bezitloos pandrecht), enkele rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwingen*, Deventer 1970, p.186-192.

26 De generale hypotheek op onroerende zaken had zaaksgevolg als zij was geregistreerd of als het perceel ten nadele van de boedel was vervreemd (art. VI.2.3.14 en 27a). De generale hypotheek op roerende zaken had zaaksgevolg als de zaak ten nadele van de boedel was vervreemd (art. VI.2.3.27a).

27 Zie p.141-142.

28 Nota Kreet bij art. VI.2.3.12: Van Gessel-de Roo p.112.

In het Ontwerp-Farjon, het deel over borgtocht dat door het commissielid Jan Farjon (1766-1824) werd vervaardigd, is het voorrecht van uitwinning echter beperkt gebleven tot borgen.²⁹

De ontwerpen van de Commissie van Twaalf zijn in de voorfase blijven steken. De Commissie putte zich uit in algemeenheden en was niet in staat om een coherent ontwerp af te leveren.³⁰ Zij werd bovendien door de politieke feiten achterhaald. In 1806 werd Lodewijk Napoleon de eerste koning van Nederland. Hij negeerde de sluimerende codificatiecommissie en gaf opdracht³¹ aan de Amsterdamse jurist Joannes van der Linden (1756-1835) om een burgerlijk wetboek te ontwerpen.

V.2.3. Ontwerp-Van der Linden (1808)

Van der Linden kon bij het opstellen van zijn ontwerp niet alleen gebruik maken van de aantekeningen van de Commissie van Twaalf, maar ook van de in 1804 uitgevaardigde Code civil.³² In het deel over goederenrechtelijke zekerheidsrechten laat zich de invloed van beiden nawijzen, zonder dat het ontwerp één van beide steeds volgt.

Naar het ontwerp³³ konden zowel speciale als generale zekerheidsrechten worden gevestigd (art. II.7.1.7). Beide konden voortvloeien uit overeenkomst of uit de wet (art. II.7.2.1). Een zekerheidsrecht op roerende zaken had echter slechts werking tegen derden wanneer de zaak uit de macht van de pandgever was gebracht (art. II.7.1.11). Voor de vestiging van een zekerheidsrecht op onroerende zaken was steeds een akte nodig, die werd verleend voor het gerecht van ligging (speciale hypotheek, art. II.7.1.9) of voor het gerecht van de woonplaats van de debiteur (generale hypotheek, art. II.7.1.10).

Aangezien het Ontwerp-Van der Linden slechts derdenwerking toekende aan rechten van vuistpand, speelde het probleem van verkrijging van een bezwaarde *roerende* zaak door een derde die met het bestaan van het zekerheidsrecht onbekend was, geen rol. De speciale hypotheek op *onroerende* zaken had volledig zaaksgevolg (art. II.7.1.12), maar de generale hypotheek op onroerende zaken niet, tenzij de verkrijger wist van het bestaan van de hypotheek of deze had kunnen kennen omdat de crediteur op afzonderlijke goederen registratie had genomen bij het gerecht van ligging (art. II.7.1.13). Zo werd een derde-verkrijger slechts geconfronteerd met zekerheidsrechten waarvan hij het bestaan te voren kende of had moeten kennen. Onder die omstandigheden bestond er geen behoefte aan het voorrecht van uitwin-

29 Opgenomen in: Greuter-Vreeburg, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798: Verbin-tenissenrecht 1798-1814*, Arnhem 2002, p.55-57. Zie hieronder, p.243-244.

30 Van Gessel-de Roo p.XIV; Lokin/Zwalve p.296; Van der Burg p.85 en 88-89.

31 Van Gessel-de Roo t.a.p.; Lokin/Zwalve p.298; Van der Burg p.89 nt.80.

32 Ibid.

33 Van der Linden, *Ontwerp burgerlijk wetboek 1807/1808*, ed. De Smidt, Amsterdam 1967.

ning. De crediteur was dus gerechtigd tot executie van zijn zekerheidsrecht zodra de debiteur in verzuim was (art. II.7.1.19) en hijzelf was voorzien van een executoriale titel (art. II.7.1.20-21). Een voorafgaande uitwinning van goederen van de debiteur was niet vereist.

Het is van belang om erop te wijzen dat legale generale hypotheeken in het ontwerp werden behandeld als alle andere hypotheeken, en dus aan registratie waren onderworpen. Het enige geval waarin de Code civil het voorrecht van uitwinning aan de derde-bezitter van een bezwaarde zaak had toegekend, was dus door Van der Linden weggeschreven. Ofwel de derde was buiten zijn schuld onbekend met het bestaan van de hypotheek en werd dan volledig beschermd zodat de hypotheek tenietging; ofwel hij kende de hypotheek en diende de gevolgen daarvan te ondergaan. Door verplichte registratie was het laatste motief vervallen om bij legale hypotheeken het voorrecht van uitwinning aan derden-bezitters toe te kennen.

Het Ontwerp-Van der Linden werd 'ondanks al zijn voortreffelijke eigenschappen'³⁴ weer door de politieke feiten achterhaald. Toen het ontwerp in 1808 gereed kwam, had Lodewijk Napoleon onder druk van zijn broer reeds een nieuwe opdracht tot codificatie verleend aan een in november 1807 benoemde commissie.³⁵ Bonaparte had kort daarvoor onmiddellijke invoering van de Franse Code civil verordonneerd, en Lodewijk Napoleon moest alle zeilen bijzetten om de Code althans gedeeltelijk aan de Hollandse omstandigheden aan te passen.

V.2.4. Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland (1809)

De commissie³⁶ die zich boog over de bewerking van de Code had zowel de beschikking over de aantekeningen van de Commissie van Twaalf als het Ontwerp-Van der Linden, dat door deze nog werd voltooid.³⁷ Het zakenrechtelijke deel, waarvan het ontwerp in 1808 werd gepresenteerd, ontmoette weinig kritiek. Iets minder dan een jaar later, op 1 mei 1809, kreeg Nederland zijn eerste, nationale Burgerlijk Wetboek.³⁸ De invoering van het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland (WNH) betekende zeker geen gelijkenschakeling van het Nederlandse recht aan de Code civil.³⁹ Juist ten aanzien van het goederenrecht bestonden aanzienlijke verschillen, en de bepalingen over zekerheidsrechten volgden (vrijwel) woordelijk het Ontwerp-Van der Linden in plaats van de Code civil.⁴⁰

34 Lokin/Zwalve, 2^e druk (1992), p.275. Vgl. Van der Burg p.90.

35 Van Gessel-de Roo p.XIV; Lokin/Zwalve p.298.

36 Zie over de werkwijze: Van der Burg p.92-94.

37 Zie daarover: Van der Burg p.90-92.

38 *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het koninkrijk Holland*, Staatsdrukkerij 1809.

39 De Blécourt/Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, Groningen/Djakarta 1950, nr. 33; Lokin/Zwalve p.298-299; Van der Burg p.97-98.

40 Herman p.121; Pos p.192.

Het WNH kende eveneens generale hypotheeken (art. 1807) uit wet of overeenkomst. De speciale hypotheek werd geregistreerd bij de 'plaatselijke autoriteit' (art. 1809) in de plaats van ligging, en de generale hypotheek bij het gerecht van de woonplaats van de debiteur (art. 1810). De verpanding van roerende zaken had slechts derdenwerking wanneer de zaken uit de macht van de debiteur waren gebracht (art. 1811). Een speciale hypotheek had zaaksgevolg (art. 1812), een generale hypotheek slechts wanneer de derde-verkrijger het bestaan van de hypotheek kende of had moeten kennen uit de registers (art. 1813). Een zekerheidsrecht met zaaksgevolg kon zonder meer worden uitgeoefend tegen een derde, zolang de debiteur in verzuim was (art. 1819) en de crediteur was voorzien van een executoriale titel (art. 1820-1821). De genoemde artikelen stemmen, op details na, woordelijk overeen met het Ontwerp-Van der Linden.

In het eerste Nederlandse wetboek kwam, zo zij benadrukt, geen voorrecht van uitwinning voor ten aanzien van goederenrechtelijke zekerheidsrechten.⁴¹ Het WNH was echter geen lang leven beschoren. Na de Franse annexatie van het koninkrijk Holland in 1810, verkreeg de Code civil op 1 maart 1811 ook voor Holland kracht van wet.

De Code civil heeft in Nederland gegolden tussen 1811 en 1838. De beoefening van het privaatrecht was gedurende die tijd sterk op Frankrijk georiënteerd, zodat voor een bespreking van het toen geldende recht kan worden volstaan met een verwijzing naar het voorgaande deel.

V.2.5. Ontwerp-Kemper (1816)

Na de Franse aftocht in 1813 wenste Willem I dat een nationaal, Nederlands burgerlijk wetboek zou worden vervaardigd om de nog jonge natie in haar identiteit te bevestigen.⁴² De civiele commissie, ingesteld in 1814, liet zich echter naar het gevoel van de algemeen voorzitter, de Leidse hoogleraar Joan Melchior Kemper (1776-1824), te veel inspireren door het 'Franse' WNH.⁴³ Binnen enkele maanden liepen de besprekingen vast.⁴⁴ De vorst greep in en benoemde in 1815 een kleinere commissie, met Kemper aan het roer, voor de vorming van een wetboek met 'oorspronkelijk' Nederlands karakter.⁴⁵ Tegen die tijd stond echter al vast dat de registratie van hypotheeken onderwerp zou worden van een aparte wet, waarover een andere, door de vorst benoemde commissie zich boog.⁴⁶

Het ontwerp dat de Commissie-Kemper in 1816 aan Willem I voorlegde had minder gemeen met het WNH en het Ontwerp-Van der Linden, en greep meer terug op het werk van de Commissie van Twaalf, die op haar beurt

41 Pelinck p.22.

42 Vgl. Cleveringa, *Gedenkboek BW*, p.279-280; Van Brakel, *Gedenkboek BW*, p.314-315.

43 Van Kan, 'Het Burgerlijk Wetboek en de Code civil', in: Scholten/Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p.243-244.

44 Cleveringa, *Gedenkboek BW*, p.278-279; Van Gessel-de Roo p.XV; Lokin/Zwalve p.301.

45 Cleveringa, *Gedenkboek BW*, p.280; Van Gessel-de Roo t.a.p.; Lokin/Zwalve p.301-302.

46 Herman p.131-132; Pos p.199.

getrouw het Rooms-Hollandse stelsel van zekerheidsrechten had gevolgd.⁴⁷ Zo bepaalde het Ontwerp-Kemper⁴⁸ dat zekerheidsrechten generaal of speciaal waren (art. 1690) en conventioneel of legaal (art. 1696). Het zekerheidsrecht op roerende zaken had slechts derdenwerking als de zaak in de macht van de crediteur was gebracht (art. 1703). Aan het zekerheidsrecht op onroerende zaken kwam in beginsel volledig zaaksgevolg toe. De crediteur kon zich verhalen krachtens een speciale conventionele hypotheek,

‘zonder onderscheid of het goed is in de magt van den pandgever, dan of het in eens anders eigendom of bezit is overgegaan’ (art. 1699).

Hetzelfde gold voor legale hypotheek (art. 1702). In navolging van het Ontwerp-Kreet had de generale conventionele hypotheek op onroerende zaken echter slechts zaaksgevolg wanneer het perceel ten nadele van de boedel was vervreemd (art. 1700). Het Rooms-Hollandse recht had het voorrecht van uitwinning afgeschafte; in navolging daarvan, aansluitend op alle voorgaande ontwerpen, ecarteerde het ontwerp-Kemper het voorrecht voor derden-bezitters volledig.

Dit is enigszins verrassend als het werk van de ‘personele commissie’, die zich over de registratie van hypotheek boog, in ogenschouw wordt genomen. Die commissie had weliswaar vastgesteld dat ‘het hypothecair systeem [...] berust op de publiciteit van de registers en de specialiteit van alle verbanden bij overeenkomst daargesteld’⁴⁹, maar de commissie voegde daar onmiddellijk aan toe dat legale hypotheek van publiciteit en specialiteit waren uitgezonderd vanwege ‘de weezin van het publiek’ en de potentiële aanslag op de kredietwaardigheid als het bestaan van legale hypotheek bekend zou worden.

Het gevaar van onbekendheid met legale zekerheidsrechten zou, zonder een voorrecht van uitwinning, wellicht tot onredelijke resultaten hebben geleid, ware het niet dat het ontwerp voor het Burgerlijk Wetboek – niet voor de eerste of laatste maal – door de politieke feiten werd achterhaald.

V.2.6. Ontwerp-1820

Ten gevolge van het Europese machtenspel op het Congres van Wenen was Willem I in 1815 koning geworden van de Noordelijke en Zuidelijke Neder-

47 De Blécourt/Fischer nr. 36; Herman p.111 en 125-128; Pos p.196. Kemper was een leerling van Cras, hetgeen de invloed van diens ontwerp op het ontwerp van Kemper verklaart. Zie: Van Brakel, ‘De geschiedenis van de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek van 1820 tot 1838’, in: Scholten/Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p.308.

48 Opgenomen in: Van Gessel-de Roo p.348-352.

49 De Bordes e.a., ‘Rapport van de personele commissie, benoemd door Z.M., tot het onderzoek betrekkelijk de geheele of gedeeltelijke afschaffing, of conservatie, der regten van zegel, registratie, griffie en hypotheek, 15 juli 1815’, *Bijvoegsel Staatsblad 2-III*, 1815, p.1450; Herman p.131; Pos p.199.

landen. Een codificatie op de grondslag van het 'nationale' recht van de Noordelijke Nederlanden lag niet langer in de rede.⁵⁰ Het Ontwerp-Kemper werd daarom voorgelegd aan een commissie van Zuid-Nederlandse rechtsgeleerden, die op tal van punten een vernietigend oordeel velde over de voorstellen.⁵¹ Ten aanzien van de generale zekerheidsrechten merkte zij op:

'Les hypothèques générales conventionnelles ne doivent pas être admises; et les hypothèques générales légales devoient être extrêmement circonscrites. Pour concilier le crédit le plus étendu avec la plus grande sûreté, il faut avoir constamment devant les yeux deux principes généraux: spécialité et publicité.'⁵²

In lijn daarmee werd aan de koning voorgesteld om de Code civil tot uitgangspunt te nemen.⁵³ Noch Willem I, noch Kemper wilde daarvan weten, zodat de Zuid-Nederlandse commentaren eerst door de Raad van State en later door een commissie van redactie, beiden ondersteund door Kemper, werden verwerkt in een gewijzigd Ontwerp-1820.⁵⁴ Dit ontwerp trachtte tegen beter weten in het bestaan van generale zekerheidsrechten te verzoenen met de beginselen van specialiteit en publiciteit.⁵⁵ In het Ontwerp-1820 waren alle pandrechten op roerende zaken speciaal (art. 1516-2), en slechts geldig als recht van vuistpand (art. 1513-1). Generale hypotheek bestonden slechts op onroerende zaken (art. 1516-1) en waren, evenals speciale hypotheek, slechts geldig na inschrijving in de registers, ongeacht of het een conventionele (art. 1514-1) of legale (art. 1532) hypotheek betrof. Het Ontwerp-1820 leek in dit opzicht sterk op de Code civil, te meer daar de inschrijving op een legale generale hypotheek ook met terugwerkende kracht kon worden genomen (art. 1535). Anders dan de Code, trachtte het Ontwerp-1820 de onzekere positie die daardoor voor derden-verkrijgers kon ontstaan *niet* te ondervangen door het voorrecht van uitwinning.⁵⁶ Een hypothecaire crediteur mocht zijn recht uitoefenen, gelijkloidend aan het eerste ontwerp van Kemper,

'zonder onderscheid of het goed is in de magt van den pandgever, dan of het in eens anders eigendom of bezit is overgegaan' (art. 1510-1).

Het Ontwerp-1820 overleefde de parlementaire behandeling niet. Grote delen werden verworpen of zeer zwaar geamendeerd,⁵⁷ en zeker niet alleen

50 Vgl. Van Brakel, *Gedenkboek BW*, p.320-322.

51 Cleveringa, *Gedenkboek BW*, p.281-299; Van Gessel-de Roo p.XV; Lokin/Zwalve p.303.

52 Van Gessel-de Roo p.349.

53 Cleveringa, *Gedenkboek BW*, p.299; De Blécourt/Fischer nr. 36; Lokin/Zwalve t.a.p.

54 De Bosch Kemper, *Ontwerp van het burgerlijk wetboek voor het koninkrijk der Nederlanden (1820)*, Leiden 1864.

55 Cleveringa, *Gedenkboek BW*, p.302; Herman p.139-141; Pos p.199-200.

56 Pelinck p.22.

57 De Kamer kende formeel geen recht van amendement, maar de koning had aangegeven zich deze maal bij voorbaat aan de wensen van de Kamer te conformeren. Cleveringa, *Gedenkboek BW*, p.302; Van Brakel, *Gedenkboek BW*, p.322.

door Kamerleden uit de Zuidelijke Nederlanden.⁵⁸ Het wetsvoorstel bleef formeel aanhangig, maar in 1821 werd reeds een nieuwe commissie van redactie der nationale wetgeving ingesteld.⁵⁹

V.2.7. Wetboek van 1830

In de nieuwe commissie had Kemper opnieuw zitting, maar de beraadslagingen werden gedomineerd door leden uit de Zuidelijke Nederlanden onder leiding van Pierre-Thomas Nicolai (1763-1836). Aanvankelijk hadden zij een numeriek overwicht van vijf tegen twee, maar het ontslag van een lid wegens ziekte leidde ertoe dat Kemper overbleef als het enige commissielid uit de Noordelijke Nederlanden.⁶⁰ Zo kon een ontwerp voor een nieuwe hypotheekwet, dat door de secretarissen van de commissie, C. Asser en A.P.A. Laubry, was vervaardigd en reeds was goedgekeurd door minister van justitie Van Maanen, zonder verdere omhaal terzijde worden geschoven.⁶¹ In 1824 werden de verhoudingen gelijkgetrokken met de toetreding tot de commissie van Dijkmeester en Beelaerts van Blokland, twee Noordelijke parlementariërs, tezamen met de beide secretarissen. Maar tegen die tijd was het ontwerp voor de zakelijke zekerheidsrechten al ingediend bij de regering.⁶²

Het ontwerp van 1824,⁶³ dat oorspronkelijk in het Frans was gesteld, ontleende zeer veel aan de Code.⁶⁴ Dit wetboek behandelde de bezitter van een bezwaarde zaak tot op zekere hoogte als *debiteur*, ook wanneer hij in het geheel niet persoonlijk voor de schuld was verbonden. Zo werd de executie ingeleid door aanmaning van de derde, van wie de crediteur nochtans niets te vorderen had, om de schuld te betalen ('payer') of het verbonden goed af te staan voor executie ('délaisser'). In het ontwerp van 1824 werden deze eigenaardigheden, die via de Code civil waren ontleend aan het Franse gewoonterecht, grotendeels nagevolgd. De hypotheek had zaaksgevolg (art. 32) en tenzij de verkrijger de formaliteiten tot hypothecaire zuivering ('purge') vervulde, bleef hij als bezitter 'verbonden' voor de hypothecaire

58 Cleveringa t.a.p.; Lokin/Zwalve p.303 nt.64. Anders: Meijers, 'Voorwoord', in: Telders e.a., *De ontwerpen der commissie van de redactie der nationale wetgeving: het tweede boek van het burgerlijk wetboek, bewerkt door een aantal leden van het dispuut 'Nomos' te Leiden*, Den Haag 1935, p.VI; Van Brakel, *Gedenkboek BW*, p.324-325; De Blécourt/Fischer nr. 36.

59 Meijers, 'Voorwoord', in: *De ontwerpen der commissie*, p.VI-VII; Cleveringa, *Gedenkboek BW*, p.303. Zie, voor de verdere invloed van het Ontwerp-1820: Van Kan, *Gedenkboek BW*, p.248-252.

60 Meijers t.a.p.

61 Meijers, 'Voorwoord', in: *De ontwerpen der commissie*, p.VII.

62 Ibid.

63 Opgenomen in: Telders e.a., *De ontwerpen der commissie van de redactie der nationale wetgeving: het tweede boek van het burgerlijk wetboek, bewerkt door een aantal leden van het dispuut 'Nomos' te Leiden*, Den Haag 1935.

64 Herman p.144; De Blécourt/Fischer nr. 36.

schuld (art. 33). De derde-bezitter kon betalen om zijn zaak te bevrijden (art. 34), en als hij niet overging tot betaling mocht de crediteur 30 dagen na een bevel tot betaling aan de debiteur en een aanzegging aan de derde-bezitter overgaan tot executie (art. 35).

De beginselen van specialiteit en publiciteit waren strikt doorgevoerd,⁶⁵ zodat er geen behoefte bestond aan het voorrecht van uitwinning. Bij de behandeling in 1824 werd in de afdelingen zelfs uitdrukkelijk gevraagd waarom het voorrecht van uitwinning uit 2170 Cc niet was overgenomen. Het antwoord van de regering was instructief:

‘Omdat de wet geene andere dan *speciale* hypotheeken kent. Men verkeert derhalve *steeds* in de *uitzondering* van artikel 2171 van het Fransche wetboek.’⁶⁶

De derde-verkrijger wist of had moeten weten van het bestaan van het zekerheidsrecht door raadpleging van de registers, en hij had zich tegen uitwinning kunnen wapenen door gebruik te maken van de ‘purge’. Het ontwerp van 1824 week hierin af van de Code, maar was in zijn opzet nagenoeg gelijk aan het hypothecaire stelsel dat de Belgische wetgever in 1851 zou invoeren. Door het parlement, dat gedurende deze periode als codificator optrad,⁶⁷ werd het ontwerp in een licht gewijzigde redactie bij wet overgenomen in 1825.⁶⁸ Na vernummering zou het met de andere delen van het Burgerlijk Wetboek uitgevaardigd worden op 1 februari 1831.⁶⁹ Het moment kon haast niet slechter zijn gekozen, want opnieuw nam de geschiedenis een loop met de invoering van het wetboek.

V.3. HET ONTWERP EN DE INVOERING VAN HET OUDE BW (1830-1838)

V.3.1. De invoering van het oude BW

Als gevolg van de Belgische opstand in 1830, en de daaruit voortvloeiende onafhankelijkheid van België, werd de invoering van het Wetboek van 1830 op het laatste moment afgeblazen. Voordat het als wetboek van de Noordelijke Nederlanden kon dienen, moest het eerst worden ‘gezuiverd’ van Bel-

65 Herman p.147; Pos p.201.

66 Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken IV*, Utrecht 1838, p.644 nt.1. Cursivering in origineel. Zie ook: Pelinck p.22.

67 Lokin/Zwalve p.304. Men moet erop bedacht zijn dat de Kamer geen recht van amendement had. De commissie van redactie diende vraagpunten in bij de Kamer en ontwierp op basis daarvan afzonderlijke wetten, die vervolgens door de regering ter goedkeuring bij de Staten-Generaal werden ingediend. Daarbij schijnt de invloed van de afdelingen betrekkelijk gering te zijn geweest. Zie: Van Brakel, *Gedenkboek BW*, p.325-326.

68 Voorduin *IV*, p.629.

69 Van Brakel, *Gedenkboek BW*, p.326; Lokin/Zwalve p.304.

gische inmenging.⁷⁰ Maar wellicht als gevolg van wetgevingsmoetheid maakte de nieuwe commissie tot redactie zich de ontwerpen van 1824 grotendeels eigen, in plaats van terug te keren naar het 'Noord-Nederlandse' ontwerp van Kemper. Zo valt te verklaren dat het oude BW van 1838 zeer dicht tegen de Code civil aanligt, welbeschouwd veel meer dan zijn voorganger, het WNH.

V.3.2. Zaaksgevolg

De wetgever van het oude BW nam bij zijn bewerking van het zekerheidsrecht de beginselen van publiciteit en specialiteit tot uitgangspunt. Nu zal dit niet verbazen: dezelfde beginselen waren door de Franse wetgever reeds beleden bij de invoering van de Code civil,⁷¹ en hadden de 'personele commissie' van 1815 eveneens voor ogen gestaan als fundament voor het 'hypothecair systeem'. De Code had echter niet gebroken met de bestaande legale generale hypotheek, evenmin als de ontwerpen van Kreet, Van der Linden en Kemper.⁷² Hevig Belgisch verzet tegen de generale hypotheek leidde in 1824 tot een systeem, waarin de publiciteit was gewaarborgd door voor de geldigheid van iedere hypotheek speciale registratie te vereisen. Dit (Belgische!) systeem werd overgenomen in het OBW, zodat het bestaan van iedere hypotheek *kenbaar* was voor derden. Het stond daarmee vast dat aan de hypotheek op onroerende zaken een onbeperkt zaaksgevolg moest toekomen.

In het Wetboek van 1830 was voor de uitwerking van het zaaksgevolg echter aansluiting gezocht bij de Code civil. Dit betekende dat instellingen uit het Franse gewoonrecht, zoals de 'betaling of verlating' ('*payement ou délaissement*') en 'zuivering' ('*purge*') van hypotheek, daarin waren opgenomen. Deze bepalingen in de Code civil (en het Belgische BW) zijn leerstellig niet erg fraai: zij impliceren dat de executerende crediteur een vordering tot *betaling* zou moeten richten tegen de derde-bezitter, als ware deze debiteur van de verzekerde schuld en niet de bezitter van een bezwaarde zaak.⁷³ Dat nu, zo meende de wetgever, zou te veel treden in het voetspoor van het Franse recht, in afwijking van de 'goede regtsbeginselen' en het Rooms-Hollandse recht.

70 Van Brakel t.a.p.; Lokin/Zwalve t.a.p. Het 'nationale' karakter van het oude BW werd echter vooral met de mond beleden: Van Kan, *Gedenkboek BW*, p.244-247.

71 Zie p.191.

72 Legale generale hypotheek maakten immers niet alleen onderdeel uit van de Franse rechtstraditie, maar waren ook in het Rooms-Hollandse recht bekend. Van Kan, *Gedenkboek BW*, p.260, en hierboven, p.132.

73 Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon*, 2^e druk, Den Haag 1838, nr. 657-659; Herman p.154-156.

'Het wanstaltige van dat stelsel, laat zich alleen verontschuldigen door de blinde gehechtheid der toenmalige leden der Zuidelijke gewesten, aan het Fransche regt, en de noodzakelijkheid waarin men zich veeltjids bevond, om eenen middenweg te moeten kiezen.'⁷⁴

In het ontwerp dat op 13 maart 1833 werd gepresenteerd,⁷⁵ werd daarom voorgesteld om de 'aanstootgevende' bepalingen uit het Wetboek van 1830 te schrappen en een geheel nieuwe afdeling in te voeren, 'van de gevolgen der hypotheken tegen derde bezitters', bestaande uit de artikelen 1242-1252 OBW. In het nieuwe ontwerp was de aanmaning tegen de debiteur zelf gericht: het bevel tot betaling of het gerechtelijke vonnis moest aan hem worden betekend, niet aan de derde-bezitter die krachtens zaaksgevolg verhaalsaansprakelijk was.⁷⁶

V.3.3. Art. 1244: voorrecht van uitwinning bij hypotheken

Terloops bracht het ontwerp van 1833 een vernieuwing aan, die in de parlementaire behandeling niet onopgemerkt is gebleven. In art. 1244 werd het voorrecht van uitwinning geïntroduceerd.⁷⁷ Daarmee wendde de wetgever zich (wonderlijk genoeg) af van alle voorgaande nationale ontwerpen, inclusief het Wetboek van 1830, het WNH en zelfs van het Rooms-Hollandse recht, teneinde in plaats daarvan de Franse Code civil te volgen. Het artikel was meer dan 'eenigermate'⁷⁸ ontleend aan art. 2170 Cc, dat eerder is besproken maar hier opnieuw moet worden weergegeven.

Art. 2170 Cc: 'Néanmoins, le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre Du cautionnement; pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué.'

Men vergelijkte daarmee art. 1244 OBW.

Art. 1244 OBW: 'De derde bezitter kan zich tegen den verkoop verzetten, indien hij kan aanwijzen dat zich alsnog in het bezit van den oorspronkelijken schuldenaar bevinden een of meer onroerende goederen, mede hypothekair voor dezelfde schuld verbonden, en klaarblijkelijk voldoende om daaraan de schuld te verhalen. In zoodanig geval kan hij, met schorsing der uitwinning van zijn eigendom, de voorafgaande uitwinning van het mede-verbonden goed onder den oorspronkelijken schuldenaar vorderen.'

74 Memorie van Toelichting, 13 maart 1833. Voorduin IV, p.633.

75 Voorduin IV, p.632.

76 Voorduin IV, p.634.

77 Van Boneval Faure, 'Artikel 1244 van het Burgerlijk Wetboek', *Regtsgeleerd Bijblad* 18, 1868, p.396; Pelinck p.22-23.

78 Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 660.

Een aantal onvolkomenheden dat aan art. 2170 Cc kleefde is duidelijk verdwenen, zoals de verwijzing naar de titel over borgtocht en de verwijzing naar een derde-bezitter die niet persoonlijk is verbonden. Het OBW splitste de voorrechten voor derden-bezitters van met hypotheek bezwaarde onroerende zaken en voor borgen nog nadrukkelijker dan de Code had gedaan. Een aantal andere wijzigingen, zoals de eis van aanwijzing van 'klaarblijkelijk voldoende' zaken, heeft in de praktijk minder gelukkig uitgekapt. Daarop zal hieronder⁷⁹ worden teruggekomen; hier wordt slechts vastgesteld dat het stelsel iets anders⁸⁰ is opgezet dan dat van de Code civil. Een belangrijker verschil is dat de Code in art. 2171 een sterke beperking aanbrengt door het voorrecht *niet* toe te passen op speciale hypotheeken, waaronder alle conventionele hypotheeken zijn begrepen. Onder vigeur van het OBW gold art. 1244 echter voor alle hypotheeken, zonder uitzondering. Tijdens de parlementaire behandeling is daarop terecht kritiek uitgeoefend.

V.3.4. Kritiek bij de invoering van art. 1244

In de Memorie van Toelichting werd erop gewezen dat art. 1244

'op het voetspoor des Roomschen regts, eene hoogst billijke bepaling bevat, om te voorkomen dat de derde-bezitter niet roekeloos en buiten noodzakelijkheid, in zijn eigendom worde gestoord, niettegenstaande de verbonden goederen, welke in het bezit van den schuldenaar zijn verbleven, oogenschijnlijk het beloop der schuld kunnen opbrengen, – eene daadzaak, die zonder vele formaliteiten kan worden onderzocht en bewezen. In dat geval eischt de billijkheid, dat de kooper niet buiten noodzakelijkheid worde onteigend.'⁸¹

Er was op die stellingen het één en ander af te dingen. In de tweede afdeling werd opgemerkt dat het ontwerp van 1833 juist niet het oudere Wetboek van 1830 zuiverde van Franse invloed, die op dit punt afwezig was, maar juist elementen uit het Franse recht toevoegde die in eerdere (ontwerpen voor) Nederlandse wetboeken waren verworpen.⁸² De afdeling wist waarover zij sprak: haar lid Dijkmeester was eerder één van de Noord-Nederlandse leden geweest van de commissie van redactie voor het Ontwerp-1824. Uit de aard van het hypotheekrecht, zo stelde de tweede afdeling verder, vloeit voort dat de crediteur zijn zakelijke recht zonder meer kan vervolgen tegen een nieuwe eigenaar van de bezwaarde zaak.

79 Zie p.260-261.

80 'Meer ontwikkeld' volgens Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 660. 'Bedorven, en wel in den waan van het te verbeteren' volgens Opzoomer *IV*, p.647 nt.3. 'Uitgebreid en met minder recht' naar het oordeel van Van Boneval Faure p.395.

81 Memorie van Toelichting, 13 maart 1833. Voorduin *IV*, p.635. Zie ook: Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 660; Pelinck p.23.

82 Tweede afdeling, Proces-verbaal van 3 juni 1833. Voorduin *IV*, p.636.

'De actie, welke dat regt geeft, kan dus even als elke *reële* actie, *dadelijk* tegen den *bezitter* worden ingesteld; terwijl de bezitter dengenen, van wien hij het bekomen heeft, tot vrijwaring kan aanspreken.'⁸³

Weliswaar beschouwden het Romeinse en het Franse recht de toekenning van het voorrecht van uitwinning aan derden-bezitters als een daad van billijkheid, maar in deze rechtsstelsels was het hypotheekrecht gevormd naar geheel andere beginselen. Het Romeinse recht kende geen openbare registers en naar het recht van de Code waren

'zoo vele andere algemeene, legale, geregelijke en onbekende hypotheeken toegelaten, dat niemand zeker kan zijn, dat het door hem gekochte of verkregen onroerend goed, vrij en onbezwaard is.'⁸⁴

Het hypothecaire systeem van het OBW was echter gegrondvest op specialiteit en publiciteit: de wet kende geen generale of verborgen hypotheeken. De verkrijger van een bezwaarde onroerende zaak kon dus steeds weten van het bestaan van het zekerheidsrecht door raadpleging van de registers, zodat hij het risico van uitwinning accepteerde door geen maatregelen vooraf te nemen tot doorhaling van de hypotheek. Naast rechtshistorische, leerstellige, rechtsvergelijkende en teleologische argumenten voerde de tweede afdeling tot slot nog een praktisch argument aan. Het voorrecht van uitwinning zou de hypothecaire crediteur op kosten jagen en hem veel moeite bezorgen, aangezien de debiteur verhuisd kon zijn, of overleden met achterlating van veel erfgenamen.⁸⁵

Dit laatste – oneigenlijke – argument was er één te veel. Het kon eenvoudig worden weerlegd onder verwijzing naar de wettekst, die immers voor een beroep op het voorrecht *aanwijzing* van bezwaarde zaken vereiste, welke bovendien 'klaarblijkelijk voldoende' moesten zijn tot verhaal van de schuld. Het argument werd daarom bijgesteld, blijkens het commentaar van de tweede afdeling op 18 april. Men vreesde toen een uitholling van de hypothecaire zekerheid omdat crediteuren 'blootgesteld worden aan kostbare en lastige procedures *over het klaarblijkelijk voldoende zijn* der overige goederen, welke zich nog in het bezit van den oorspronkelijken debiteur bevinden.'⁸⁶ Zoals vaker in discussies gebeurt, grepen voorstanders de kans om erop te wijzen dat dit laatste argument wat overdreven was. Of de aangewezen goederen daadwerkelijk voldoende waren zou wel blijken bij executie, en anders was de aanwijzende derde-bezitter alsnog verhaalsaansprakelijk voor het restant.⁸⁷ Het zou dus wel meevallen met de kosten en moeiten van de crediteur. Aan de overige argumenten werd voorbij gegaan.

83 Tweede afdeling, t.a.p. Cursivering in origineel.

84 Tweede afdeling, Proces-verbaal van 3 juni 1833. Voorduin IV, p.637.

85 Ibid.

86 Commentaar tweede afdeling, 18 april 1834. Voorduin IV, p.649. Cursivering toegevoegd. Vgl. de opmerkingen van De Bordes bij de openbare beraadslagingen van 21 april 1834. Voorduin IV, p.651.

87 Van Rappard, openbare beraadslagingen 21 april 1834. Voorduin IV, p.652.

Het commentaar van de tweede afdeling werd door de regering genegeerd.⁸⁸ De tweede Memorie van Toelichting⁸⁹ behandelt uitgebreid de vraag of de crediteur een voorgenomen executie moest betekenen aan de debiteur of aan de derde-bezitter, maar op de kritiek op de 'hoogst billijke bepaling' van art. 1244 kwam geen enkele reactie.

Een laatste poging tot verzet⁹⁰ werd ondernomen tijdens de openbare beraadslagingen over het ontwerp, op 21 april 1834. Het Kamerlid Dijkmeester zette nog éénmaal de argumenten op een rij.⁹¹ Hypotheek is een zakelijk recht en zoals alle zakelijke acties kan ook de actie uit hypotheek onmiddellijk tegen een derde worden ingesteld. Het oud-vaderlandse gewoonterecht gaf een crediteur de vrije keuze, ofwel omdat voor een geldige hypotheek registratie was vereist (zodat er geen behoefte aan het voorrecht had bestaan), ofwel omdat de gewoonte uitdrukkelijk bij statuut was bevestigd (zoals in art. 36 van de Politieke Ordonnantie van 1580). Zulks was minder omslachtig en kostbaar dan voorafgaande uitwinning van goederen onder de debiteur te vereisen. Hij voegde aan deze reeks nog twee nieuwe argumenten toe, ongetwijfeld ontleend aan Franse schrijvers.⁹² Het recht van hypotheek is ondeelbaar en drukt voor de gehele schuld op alle verbonden goederen, zodat het voorrecht van uitwinning een inbreuk maakt op een algemeen rechtsbeginsel. En tot slot, als men dan toch de Code civil wilde volgen, dan diende men te beseffen dat de Code het voorrecht slechts verleende aan de derde-bezitter van een met legale generale hypotheek bezwaarde zaak. Het OBW kende slechts conventionele speciale hypotheeken, in welk geval het Franse recht nu juist *niet* het voorrecht van uitwinning had toegekend.⁹³

Dijkmeester besepte dat zijn verzet hooguit een symbolische waarde had. Tegen het vermeende 'hoogst billijke' karakter van de bepaling was geen kruid gewassen: de titel werd door art. 1244 'ontsierd, doch aan den schuldeischer wordt geen wezenlijk nadeel toegebracht.'⁹⁴ De ontsiering was onvoldoende reden om de wet in zijn geheel te verwerpen.

88 Pelinck p.23.

89 Tweede Memorie van Toelichting, 24 oktober 1833. Voorduin IV, p.638-639.

90 Het commentaar van de eerste afdeling had zich in december 1833 beperkt tot de opmerking dat een toevoeging wenselijk was, in dier voege dat hogere executiekosten ten gevolge van een beroep op het voorrecht ten laste dienden te komen van de derde-bezitter. De regering zag daar terecht geen verbetering in: de crediteur zou volledige betaling inclusief de executiekosten verkrijgen bij uitwinning van goederen onder de debiteur, en als dat niet gebeurde bleef de derde-bezitter voor het ontbrekende verhaalsaanprakelijk. Voorduin IV, p.649.

91 Dijkmeester, openbare beraadslagingen 21 april 1834. Voorduin IV, p.641-644. Zie ook: Pelinck p.23-24.

92 Beide argumenten werden eveneens behandeld in het commentaar van de tweede afdeling (Voorduin IV, p.649-650) dat enige dagen voor de openbare beraadslagingen was verschenen.

93 Dit was voor de Belgische wetgever in 1851 de doorslaggevende reden om het voorrecht niet op te nemen: Van Boneval Faure p.398; Opzoomer IV, p.647 nt.3. Zie boven, p.217.

94 Dijkmeester, openbare beraadslagingen 21 april 1834. Voorduin IV, p.644.

Bovendien, zo meende hij, zou een hypothecaire crediteur welhaast nooit tegen een derde-bezitter moeten optreden. Aangezien alle hypotheken kenbaar waren, zou een derde-verkrijger in de praktijk de koopprijs niet betalen dan tegen doorhaling van de hypotheek, of de hypotheek met instemming van de crediteur overnemen. Hij heeft daarin gelijk gekregen.

Het Kamerlid De Bordes, ten tijde van Kemper nog belast met de vervaardiging van het 'hypothecair sijstema', viel Dijckmeester bij in diens kritiek.⁹⁵ Aan de reeks van argumenten voegde hij nog een nieuw argument toe, bijna woordelijk ontleend aan de Franse parlementaire geschiedenis.⁹⁶ Het voorrecht viel nog enigszins te billijken ten aanzien van generale hypotheken omdat de crediteur dan geen bijzondere voorkeur heeft voor de zekerheid die het ene perceel biedt boven een ander. 'Maar de *specialiteit* van de hypotheek, maakt hetzelfde tot een meer *direct* en *uitsluitend* pand van den schuldeischer.'⁹⁷ Een crediteur heeft zijn zekerheid gezocht in bepaalde zaken, 'omdat hij aan hetzelfde een meerder vertrouwen hechtte, en hij daartoe, uit kracht der specialiteit, een meer in het ooglopend regt had.'⁹⁸ Dat voor derden kenbare belang dient te worden gerespecteerd, want, zo voegde hij er retorisch aan toe, anders zou de hypotheekverlening wel eens in gevaar kunnen komen, 'hetgeen in een Land, waarin de menigvuldige roulance der kapitalen van zoo veel belang is ter bevordering van de industrie, zorgvuldig behoort vermeden te worden.'⁹⁹

Wellicht uit een overdreven angst voor de 'roulance der kapitalen' stemde De Bordes tegen het voorstel, dat overigens met 44 tegen 6 stemmen werd aangenomen.¹⁰⁰

Aan het Kamerlid Van Rappard viel de taak toe om art. 1244 tegen de bedenkingen te verdedigen. Hoezeer de Kamerleden langs elkaar heen spraken wordt in zijn woorden duidelijk.

'Naar mijn gevoelen is deze bepaling billijk en regtvaardig; het geldt daar toch de belangen van den schuldeischer en van derden; de wetgever moest trachten die belangen in overeenstemming te brengen, en voor het minst aan den derden bezitter het middel verschaffen, om, *wanneer zulks buiten schade van den schuldeischer mogt kunnen plaats hebben*, zijn goed te behouden.'¹⁰¹

95 De Bordes, openbare beraadslagingen 21 april 1834. Voorduin IV, p.650-652.

96 Zie p.192 nt.217. Pelinck p.24.

97 De Bordes, openbare beraadslagingen 21 april 1834. Voorduin IV, p.651. Cursivering in origineel.

98 De Bordes, t.a.p. Zie daaromtrent ook Van Boneval Faure p.398; Van Nierop p.229.

99 De Bordes, t.a.p.

100 *Staatscourant* 24 april 1834, nr. 97. Het is mij niet geheel duidelijk hoe 50 parlementariërs erin slaagden hun stem uit te brengen, want het Kamerlid Van Sytzama was die dag ziek (*Staatscourant* 23 april 1834, nr. 96).

101 Van Rappard, openbare beraadslagingen van 21 april 1834. Voorduin IV, p.652. Cursivering in origineel. Zie ook: Pelinck p.24.

Van Rappard had het laatste woord.¹⁰² Het debat werd besloten met zijn vaststelling dat het Romeinse recht eveneens een voorrecht aan derden-bezitters had toegekend, dat eenzelfde voorrecht aan borgen was verleend, en dat het wel zou loslopen met de ‘kostbare en lastige procedures’. Het ontwerp werd vastgesteld bij wet van 28 april 1834; het OBW trad in werking op 1 oktober 1838.

V.3.5. Art. 1245: gedeeltelijke vervreemding

Het voorrecht dat in art. 1244 aan derden-bezitters van met hypotheek bezwaarde zaken werd verleend, kreeg een inperking in art. 1245. Als een gedeelte van één perceel werd vervreemd aan een derde, dan mocht deze derde geen beroep doen op het voorrecht van uitwinning.¹⁰³

Art. 1245 OBW: ‘In geval eene hypotheek is gevestigd op één onroerend goed, en een of meerdere gedeelten daarvan tot derde bezitters mogten zijn overgegaan, behoudt de schuldeischer de bevoegdheid om zijn regt op het verbonden goed, of op zoodanig gedeelte daarvan, als hij raadzaam of voldoende acht, voor het geheel te doen gelden, even als of het verbundene zich ook onverdeeld in het bezit van den schuldenaar bevond.’

Het voorrecht van uitwinning werd hier buiten werking gesteld. Het zou ‘te ver’ gaan om het voorrecht toe te kennen als de hypotheek slechts op één perceel rustte, aangezien de debiteur dan door willekeurige splitsingen en vervreemdingen het recht van de crediteur zou kunnen frustreren.¹⁰⁴ Wellicht is het juist omdat het voorrecht hier werd ingeperkt, dat dit artikel niet aan kritiek onderhevig was, met uitzondering van de ‘reductio ad absurdum’ die de tweede afdeling erop toepaste. Als het voorrecht in art. 1244 werd toegekend, dan was er geen reden om die bepaling bij gedeeltelijke vervreemding buiten werking te laten. Het criterium dat de derde-bezitter voor een beroep op het voorrecht medeverbonden zaken moest aanwijzen die ‘klaarblijkelijk voldoende’ verhaal boden, kon hier evenzeer worden toegepast.¹⁰⁵ De onuitgesproken boodschap was dat als verlening van het voorrecht

102 Van Rappards weerlegging lijkt door zijn tijdgenoten goed ontvangen te zijn. Den Tex was vooral geporteerd voor het beroep op de billijkheid: ‘Es ist eine bloße Bestimmung der Billigkeit, welche die Rechte des Gläubigers in Übereinstimmung setzt mit den Interessen des dritten Besitzers’ (‘Ueber den heutigen Zustand der Gesetzgebung in Nord-Niederland’, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* 7, 1835, p.196). Zie ook: ‘Nederlandsche wetgeving, 1 julij 1832 tot 30 junij 1834’, *Bijdragen tot rechtsgeleerdheid en wetgeving* 9, 1835, p.220. Het duurde tot 1868 tot door Van Boneval Faure (a.w. p.399) de aanval werd geopend op Van Rappards argument van ‘eene zogenaamde billijkheid’.

103 Een dergelijke bepaling komt in de Code civil niet voor en werd ook niet door Franse juristen verdedigd. Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 656.

104 Memorie van Toelichting 13 maart 1833. Voorduin IV, p.635. Zie ook: Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 661.

105 Commentaar tweede afdeling, 18 april 1834, Voorduin IV, p.650.

‘te ver’ ging bij gedeeltelijke vervreemding, die verlening ook te ver ging bij gehele vervreemding.¹⁰⁶

V.3.6. Art. 1246: subrogatie

In art. 1246 werd een regeling opgenomen voor het geval er meer dan één derde-bezitter was en een van hen de schuld had voldaan. De betalende derde-bezitter werd gesubrogeerd in de rechten van de crediteur en kon de verdere hypothecaire rechten uitoefenen tegen de overige bezitters van bezwaarde zaken, na aftrek van het aandeel van (de waarde van) zijn eigen zaak in de hypotheekschuld.

Art. 1246 OBW: ‘De derde bezitter die, het zij bij uitwinning, het zij vrijwillig, de schuld heeft gekweten, is bevoegd, als daardoor uit kracht der wet, in de regten des schuldeischers zijnde getreden, om, na aftrek van zijn aandeel in evenredigheid tot de gezamenlijke waarde van de verbondene goederen, de verdere hypothecaire regten voor deze inschuld op de mede-verbondene goederen, of gedeelten van dezelve, te doen gelden.’

Een derde-bezitter is verhaalsaansprakelijk maar niet draagplichtig. Als er verschillende derden-bezitters zijn, leidt dat tot het probleem dat zij de schade op elkaar kunnen afwentelen totdat het risico bij de laatst aangesprokene blijft liggen, die zich slechts kan verhalen op de (wellicht insolvente) debiteur. Onder het oude Franse recht had Pothier de oplossing van art. 1246 al gesuggereerd.¹⁰⁷ Hoewel zij in de Code niet was opgenomen, werd (en wordt) zij gesteund door het merendeel der Franse juristen.

De wettekst impliceert dat een betalende derde-bezitter krachtens subrogatie slechts onder aftrek van zijn aandeel verhaal kan nemen op bezwaarde zaken onder de hoofdschuldenaar.¹⁰⁸ Daarnaast heeft de vraag of een betalende derde-bezitter wordt gesubrogeerd in de rechten tegen borgen,¹⁰⁹ en of een betalende borg wordt gesubrogeerd in de rechten tegen derden-bezitters,¹¹⁰ aanleiding gegeven tot interessante beschouwingen.¹¹¹ De verdere geschiedenis van art. 1246 OBW gaat het bestek van dit boek echter te buiten. Hier wordt slechts opgemerkt dat een betalende derde-bezitter werd gesubrogeerd. Deze vaststelling speelt, zo zal blijken, tevens een rol bij de behandeling van het voorrecht van uitwinning.¹¹²

106 Van Boneval Faure p.400.

107 Zie p.182. Ik wijs er overigens op dat de derde-bezitter voor het aandeel waarin hij niet werd gesubrogeerd, uiteraard regres had op de hoofdschuldenaar. Zie ook: Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 662.

108 Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 662.

109 HR 22 november 1940, *NJ* 1941, 728 nt. PS.

110 HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 469 nt. CJHB.

111 Zie vooral Eggens, ‘Art. 1438, 3^o B.W. en de derde-bezitter’, *WPNR* 3134, 1930, p.25-29; Pierson, *De subrogatie in het burgerlijk recht*, Utrecht 1941, p.106-122 en Van Oven, ‘Borg en derde-eigenaar I’, *NJB* 15, 1942, p.205-211; ‘Borg en derde-eigenaar II’, *NJB* 16, 1942, p.221-230.

112 Zie hieronder, p.286.

V.4. HET VOORRECHT VAN UITWINNING BIJ BORGTOCHT (1798-1838)

V.4.1. Inleiding

Hiervoor werd gememoreerd¹¹³ dat de wetgever van 1838 de band tussen het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters en het voorrecht van uitwinning voor borgen had doorgesneden. De Code civil heeft die band iets meer gehandhaafd door in art. 2170 Cc voor de *regeling* van het voorrecht van uitwinning te verwijzen naar de analoge regeling bij borgtocht.¹¹⁴ Nu werd het voorrecht in de Nederlandse ontwerpen tot 1834 niet toegekend aan derden-bezitters; het werd echter in ieder ontwerp toegekend aan borgen.

De verbinding tussen borgen en derden-bezitters was onder het Rooms-Hollandse recht al zwakker dan onder het oude Franse recht. Voor zover het 'beneficium excussionis' in Frankrijk werd toegekend, kon een derde-bezitter de crediteur verwijzen naar diens borgen. In Holland kende men sinds een Plakkaat van 1564 echter de regel, dat een tot betaling aangesproken borg zijn crediteur juist naar een derde-bezitter kon verwijzen.¹¹⁵

Tegen de tijd dat art. 1244 in het ontwerp voor het BW van 1838 werd opgenomen, was er geen enkele reden meer om het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters analoog te behandelen aan het voorrecht van uitwinning bij borgtocht. De twee waren niet alleen in het Rooms-Hollandse recht gescheiden geraakt, maar ook in alle ontwerpen die voorafgingen aan het BW van 1838. Het is in dit licht niet zinvol om uitgebreid stil te staan bij de ontwerpen voor het voorrecht van uitwinning bij borgtocht. Slechts voor de volledigheid wordt hier in het kort aandacht aan besteed.

V.4.2. Ontwerp-Farjon (1800)

In het ontwerp van de Commissie van Twaalf was het deel over borgtocht, dat gereed kwam in 1800,¹¹⁶ van de hand van Farjon, aangevuld met enig commentaar van het commissielid Wierdsma.¹¹⁷ Farjon had een systeem voor ogen waarin voor de aansprakelijkheid van 'eenvoudige' borgen de uitwinning van het gehele vermogen van de debiteur was vereist¹¹⁸ (art. IV.23), voor zover gelegen in het 'Bataafsch Gemeenebest' (art. IV.35), behalve bij faillissement

113 Zie p.237.

114 De *volgorde* van uitwinning van zakelijke en persoonlijke zekerheden is echter geheel gescheiden geraakt. Zie p.193.

115 Zie p.139.

116 Opgenomen in: Greuter-Vreeburg p.55-57.

117 Het commentaar van Wierdsma is opgenomen in: Greuter-Vreeburg p.49-52.

118 De bepalingen zijn van dwingend recht, zodat 'geene verdere renunciatiën van de zoo-genaamde beneficiën *ordinis* et *divisionis* noodig zijn, welke de meeste menschen toch niet verstaan en met het Romeinse regt verdwijnen.' Opstel-Farjon, opgenomen in: Greuter-Vreeburg p.49.

van de hoofdschuldenaar (art. IV.37) of onbekendheid van diens verblijfplaats gedurende twee jaar (art. IV.42). Een borg die zich 'in de eerste plaats' aansprakelijk had gesteld, kon echter worden aangesproken zodra de schuld opeisbaar was (art. IV.24), zelfs al was de hoofdschuldenaar solvent en nog niet tot betaling aangesproken.¹¹⁹

V.4.3. Ontwerp-Van der Linden (1808)

Het Ontwerp-Van der Linden¹²⁰ uit 1808 werd in dit opzicht duidelijk beïnvloed door de Code civil,¹²¹ al was het beter ingedeeld en kende het andere categorieën waarin een beroep op het voorrecht niet was toegestaan. De borg lijkt pas aansprakelijk te zijn indien de schuldenaar niet zelf zijn schuld voldoet (art. III.1.3.1). In het vervolg blijkt echter dat de borg wel degelijk onmiddellijk kon worden aangesproken, maar dat hij daartegen de eerdere uitwinning van het vermogen van de debiteur kon vorderen (art. III.1.3.23). Deze vorm van subsidiaire aansprakelijkheid gaat, via de Code civil, terug op het gemene recht. Het Ontwerp-Farjon had van die traditie uitdrukkelijk afstand genomen: in dat ontwerp werd de aansprakelijkheid van de borg pas geschapen door uitwinning van het vermogen van de hoofdschuldenaar. Van der Linden volgde het eerdere ontwerp te dien aanzien niet. Ook de latere (ontwerpen van) wetboeken, inclusief het oude BW, hebben de subsidiaire aansprakelijkheid van borgen niet opgevat als een voorwaardelijke aansprakelijkheid.

Het belang van het voorrecht van uitwinning voor de aansprakelijkheid van borgen moet echter niet worden overschat. Zoals in ieder stelsel dat de borg een volgorde van uitwinning toekent bij wijze van voorrecht, als verweermiddel dus, kon in het Ontwerp-Van der Linden uitdrukkelijk of stilzwijgend afstand worden gedaan van het voorrecht (art. III.1.3.24). De consequenties daarvan mogen inmiddels bekend worden verondersteld. Een beroep op het voorrecht was bovendien niet toegestaan wanneer de hoofdschuldenaar failliet was (art. III.1.3.25). De bepalingen uit het Ontwerp-Farjon omtrent afwezigheid van de hoofdschuldenaar waren weggelaten.

V.4.4. Wetboek Napoleon, ingerigt voor het koninkrijk Holland (1809)

Nog korter dan het Ontwerp-Van der Linden was het WNH uit 1809. Het systeem van de Code was daarin gecomprimeerd tot twee artikelen. De eis dat een borg goederen aanwijst voor verhaal werd, anders dan in de Code, niet gesteld. Een borg was pas aansprakelijk na uitwinning van het vermo-

119 Het laat zich raden dat, als het ontwerp ooit wet was geworden, iedere crediteur slechts borgen zou hebben aangenomen die zich 'in de eerste plaats' aansprakelijk stelden.

120 Van der Linden, *Ontwerp burgerlijk wetboek 1807/1808*, ed. De Smidt, Amsterdam 1967.

121 Greuter-Vreeburg p.XIV.

gen van de debiteur, tenzij hij afstand had gedaan van het voorrecht van uitwinning (art. 1764). De crediteur was, zo blijkt echter, niet tot uitwinning verplicht dan wanneer de borg die tot betaling was gesommeerd zulks vorderde (art. 1765). Het WNH suggereert aanvankelijk een voorwaardelijke aansprakelijkheid, in navolging van de Code en het Ontwerp-Van der Linden. Bij nadere beschouwing blijkt de borg onmiddellijk aangesproken te kunnen worden, zij het dat hij die vordering met een beroep op het voorrecht tijdelijk kan afweren.

V.4.5. Gewijzigd Ontwerp-Kemper (1820)

Het gewijzigde Ontwerp-Kemper van 1820¹²² verviel in het andere uiterste na de beknoptheid van het WNH; dat van het streven naar volledigheid. Een borg verbond zich om te voldoen bij gebreke van de schuldenaar (art. 2909) en was niet aansprakelijk dan na uitwinning van de goederen van de debiteur (art. 2930 lid 1), welk voorrecht hij echter uitdrukkelijk moest invoeren (art. 2932). Het ontwerp gaf bovendien in art. 2930 lid 2 een waslijst aan uitzonderingen: de borg kon onmiddellijk worden aangesproken als hij borg was voor de nakoming van een vonnis; als hij afstand van het voorrecht had gedaan of zich verbonden had als principale debiteur; als de hoofdschuld vanwege handelingsonbekwaamheid van de debiteur niet opeisbaar was; als de hoofdschuldenaar failliet was verklaard of diens vermogen was gesequestreerd; als de hoofdschuldenaar buiten het koninkrijk verkeerde en geen bekende vermogensbestanddelen binnen het rijk had; en tot slot als de borg zich aansprakelijk had gesteld voor de nakoming van een andere verbintenis dan een geldschuld en de hoofdschuldenaar in verzuim verkeerde. De bepaling van art. 2931, die in geen enkel ander ontwerp voorkomt,¹²³ stamde rechtstreeks uit het Rooms-Hollandse recht: de borg werd in dat artikel een tweede voorrecht toegekend, krachtens hetwelk hij de eerdere uitwinning van bezwaarde zaken onder derden kon vorderen.¹²⁴

V.4.6. Het oude BW (1838)

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 volgde betrekkelijk nauwgezet de Code civil in zijn bepalingen over het voorrecht van uitwinning voor borgen, al was de indeling iets logischer.¹²⁵ In art. 1868 werd bepaald:

122 De Bosch Kemper, *Ontwerp van het burgerlijk wetboek voor het koninkrijk der Nederlanden (1820)*, Leiden 1864.

123 Zelfs Farjon had de bepaling, op advies van Wierdsma, niet opgenomen. Zie de toelichting van Farjon en het commentaar van Wierdsma: Greuter-Vreeburg p.49.

124 Ik herinner eraan dat het Ontwerp-Kemper het voorrecht van uitwinning *niet* toekende aan derden-bezitters. Zie p.232.

125 Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 859 en 864; Van Hugenpoth tot den Beerenclauw, *De gevolgen van den borgtocht tusschen den schuldeischer en den borg*, Leiden 1890, p.4.

Art. 1868 OBW: 'De borg is jegens den schuldeischer niet tot betaling gehouden, dan bij gebreke van den schuldenaar, wiens goederen vooraf moeten uitgewonnen worden.'

Uit de daaropvolgende artikelen bleek echter dat de borg eerdere uitwinning van goederen onder de debiteur moest *vorderen*, en wel 'op de eerste geregtelijke tegen hem gerigte aanspraak' (art. 1870 OBW). De borg diende daarbij goederen van de hoofdschuldenaar aan te wijzen voor verhaal en de kosten van uitwinning voor te schieten (art. 1871 lid 1 OBW). Goederen waaromtrent 'geschil in regten'¹²⁶ bestond kwamen niet voor aanwijzing in aanmerking, evenmin als met hypotheek bezwaarde goederen die niet in het 'bezit' van de debiteur waren, of goederen buiten het koninkrijk¹²⁷ (art. 1871 lid 2 OBW). Een succesvol beroep op het voorrecht leidde tot de omslag van het risico (art. 1872 OBW). Het voorrecht kon echter niet worden ingeroepen (art. 1869 OBW) door een borg die daarvan afstand had gedaan of zich hoofdelijk had verbonden met de debiteur; evenmin wanneer de hoofdschuldenaar een verweermiddel tegen de crediteur kon inroepen dat niet toekwam aan de borg; noch bij faillissement van de debiteur; noch door een borg die zich aansprakelijk had gesteld voor de nakoming van een vonnis.

De meest opvallende vernieuwing die het Burgerlijk Wetboek van 1838 aanbracht, was de eis dat een borg goederen van de debiteur moest aanwijzen voor verhaal en de kosten van uitwinning moest voorschieten.¹²⁸ Bovendien werd het moment waarop het voorrecht van uitwinning moest worden ingeroepen nauwer omschreven. Beide vernieuwingen verraden de invloed van de Code civil. Onder vigeur van het Franse recht hadden beide regelingen ook invloed op het voorrecht van uitwinning van derden-bezitters, dankzij de schakelbepaling van art. 2170 Cc. De Nederlandse wetgever had een dergelijke bepaling niet opgenomen. Art. 1244 OBW ging echter eveneens uit van aanwijzing van bezwaarde goederen door een derde-bezitter. Hoewel de band tussen de twee voorrechten van uitwinning was doorgesneden, lag het daarom in de rede om de meer uitgebreide bepalingen omtrent borgtocht naar analogie toe te passen op derden-bezitters. De wetgever van 1838 liet zich daarover niet uit, zodat een blik op de rechtsontwikkeling tussen 1838 en 1992 één en ander zal moeten verhelderen.

126 Naar het Wetboek van 1830 konden geen goederen worden aangewezen die 'in geschil' waren. Het ontwerp van 1833 preciseerde dat tot 'geschil in regten', wat bij de latere interpretatie van het artikel een groter verschil zou uitmaken dan men zou vermoeden. Voorduin V, p.417. Zie verder p.270-271.

127 Deze beperking kwam niet voor in het Wetboek van 1830 en werd in 1833 toegevoegd aan het ontwerp. De beperking uit de Code civil tot goederen in het ressort van het gerechtshof van de plaats van betaling werd daarbij geschrapt. Voorduin V, p.417; Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 861.

128 Over deze vernieuwing, en over de geringe aandacht die de wetgever aan de gehele regeling gaf, werd reeds in 1828 (dus nog vóór de invoering van het oude BW) geklaagd: Frets, 'Bedenkingen omtrent de beneficiën van uitwinning en van schuldverdeling, aan borgen toekomende, vooral volgens de Fransche en Nederlandsche wetgeving', *Bijdragen tot regtsgeleerdheid en wetgeving* 3, 1828, p.100-108.

V.5. HET NEDERLANDSE RECHT ONDER HET OUDE BW (1838-1992)

V.5.1. 'Van de gevolgen der hypotheeken tegen derde bezitters'

Art. 1244 was geplaatst in boek twee ('van zaken'), titel twintig ('van onderzetting of hypotheek'), in de vierde afdeling met het opschrift 'van de gevolgen der hypotheeken tegen derde bezitters'. Het eerste artikel van de afdeling, art. 1242, kende aan de geldig gevestigde hypotheek het recht van zaaksgevolg toe.¹²⁹ De uitoefening van dat recht werd vervolgens geregeld in art. 1243.¹³⁰ Kort gezegd begon de executie van het hypotheekrecht onder een derde-bezitter door een bevel tot betaling te betekenen aan de debiteur.¹³¹ Dertig dagen nadien was de hypotheccaire crediteur gerechtigd beslag te leggen op de bezwaarde zaak teneinde die te doen verkopen. Naar het systeem van het oude BW behoefde de crediteur niet de derde-bezitter op de hoogte te stellen van de voorgenomen executie.¹³² Deze was in de ogen van de wetgever immers een derde en niet de schuldenaar van de verzekerde schuld, zodat de crediteur hem niet tot betaling kon sommeren.¹³³ De executie werd dus

129 Art. 1242 OBW: 'De schuldeischer die eene ingeschrevene hypotheek heeft, vervolgt zijn regt op het verbonden onroerende goed, in welke handen zich dat ook bevinde, om gerangschikt en betaald te worden volgens de orde van inschrijving.'

130 Art. 1243 OBW: 'De schuldeischer heeft het regt om, na gedaan bevel aan den schuldenaar, het verbonden onroerende goed onder den derden bezitter in beslag te nemen en te doen verkoopen. Hierbij, en bij de rangschikking op de opbrengst daarvan, tusschen de onderscheidene schuldeischers, moeten de formaliteiten worden in acht genomen ten opzichte van geregelijke uitwinning en rangschikking, in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering voorgeschreven.'

131 Art. 493 en 502 Rv (oud). Opzoomer, *Het burgerlijke wetboek verklaard IV*, Amsterdam/Den Haag 1879, p.648 nt.1; De Pinto/Teixeira de Mattos, *Handleiding tot het burgerlijk wetboek*, 6^e druk, Zwolle 1885, nr. 714; Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt VII*, Groningen 1886, p.459; Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht II*, 3^e druk, Zwolle 1896, p.381; Land, *Verklaring van het burgerlijk wetboek III*, 2^e druk, Haarlem 1902, p.398; Van Nierop, *Hypotheekrecht*, 2^e druk, Zwolle 1937, p.227; Asser/Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht II - Zakenrecht*, 8^e druk, Zwolle 1945, p.529; Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, 6^e druk, Groningen 1972, p.467; Asser/Van Oven, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-II - Zakenrecht: zekerheidsrechten*, 10^e druk, Zwolle 1978, p.212; Asser/Mijnssen/Van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-III - Zakenrecht: zekerheidsrechten*, 11^e druk, Zwolle 1986, nr. 348; Pitlo/Brahn, *Pitlo's Nederlands burgerlijk wetboek II: het zakenrecht*, 9^e druk, Arnhem 1987, p.555.

132 Om leerstellige redenen werd daarmee afgeweken van art. 2169 Cc, dat de betekening van een sommatie aan de derde-bezitter voorschrijft, om de schuld te betalen of de zaak af te staan voor executie. Het gevolg was echter dat een derde-bezitter wellicht pas van de executie vernam bij het beslag op zijn onroerende zaak. Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 657; De Pinto/Teixeira de Mattos t.a.p.; Diephuis t.a.p.; Land III, p.398 nt.1; Van Nierop p.228-229; Asser/Van Oven t.a.p.; Asser/Mijnssen/Van Velten t.a.p.

133 Zie ook: Diephuis VII, p.459. Het onderscheid dat in art. 1244 wordt gemaakt tussen een derde-bezitter en een 'oorspronkelijke' schuldenaar is daarom onzuiver, zoals Diephuis VII, p.460 nt.2 opmerkt.

jegens de derde-bezitter ingeleid door het executoriale beslag, waarna de derde tot aan de toewijzing ter veiling gelegenheid had zijn zaak te bevrijden door de schuld te voldoen (art. 1248).¹³⁴

V.5.1.1. Derden-verkrijgers

In art. 1244 werd, zoals eerder gezegd, het voorrecht van uitwinning toegekend aan de derde-bezitter van met hypotheek bezwaarde onroerende zaken. Voor de goede orde wordt het artikel nogmaals aangehaald.

Art. 1244 OBW: 'De derde bezitter kan zich tegen den verkoop verzetten, indien hij kan aanwijzen dat zich alsnog in het bezit van den oorspronkelijken schuldenaar bevinden een of meer onroerende goederen, mede hypothekair voor dezelfde schuld verbonden, en klaarblijkelijk voldoende om daaraan de schuld te verhalen. In zoodanig geval kan hij, met schorsing der uitwinning van zijn eigendom, de voorafgaande uitwinning van het mede-verbonden goed onder den oorspronkelijken schuldenaar vorderen.'

Omdat het voorrecht werd toegekend aan de 'derde bezitter', is het van belang vast te stellen wie onder de reikwijdte van die term vielen. De term was ontleend aan art. 2170 Cc, dat het voorrecht van uitwinning toekent aan de 'tiers détenteur'. De Code expliciteert in hetzelfde artikel wat daarmee wordt bedoeld: de derde-bezitter kan zich verzetten tegen uitwinning van de onroerende zaak 'qui lui a été transmis'. Naar Frans recht is het voorrecht van uitwinning dus slechts verleend aan de *derde-verkrijger*, dat wil zeggen: aan de *nieuwe eigenaar* van een met hypotheek bezwaarde zaak.¹³⁵

Het OBW gaf geen definitie van de term 'derde bezitter', noch werd die term in art. 1244 beperkt zoals dat in art. 2170 Cc gebeurt. Volgens art. 1249 wordt echter hetgeen de zaak bij executie meer opbrengt dan de hypotheekschuld en executiekosten uitgekeerd aan de derde-bezitter. Daaruit volgt reeds dat een derde-bezitter in de zin van art. 1244 *eigenaar* van de bezwaarde zaak is.¹³⁶ Die lezing wordt bevestigd door art. 1246, krachtens hetwelk een derde-bezitter na betaling of uitwinning wordt gesubrogeerd in de hypothecaire rechten van de crediteur, onder aftrek van zijn aandeel; en door art. 1252, dat de derde-bezitter een regresrecht tegen de hoofdschuldenaar toekent. Beide artikelen hebben met de derde-bezitter diegene voor ogen, die door de uitwinning in zijn vermogen wordt getroffen. Dat is in het bijzonder de eigenaar van de bezwaarde zaak.

134 Diephuis VII, p.460. De wetgever heeft in afdeling 2.20.4 OBW niet gedacht aan de verkoop krachtens onherroepelijke volmacht (art. 1223 lid 2 OBW), maar daarop werden de bepalingen van deze afdeling analoog toegepast. Asser, *Handleiding II*, p.380; Land III, p.398 nt.1; Asser/Scholten II, p.528; Völlmar, *Inleiding tot de studie van het Nederlands burgerlijk recht*, 5^e druk, Zwolle 1964, nr. 197; Pitlo, *Zakenrecht*, p.467; Asser/Van Oven 3-II, p.211; Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 346; Pitlo/Brahn II, p.555.

135 Zie boven, p.211-212.

136 Roes, *Hypotheek: een zakelijk recht*, Arnhem 1970, p.79.

Bij de parlementaire behandeling van art. 1244 is meer aandacht besteed aan de wenselijkheid van het artikel dan aan de inhoud ervan. De nadere vaststelling van de aanduiding 'derde-bezitter' werd overgelaten aan de praktijk. Men heeft uiteraard gepoogd om het onzorgvuldige gebruik van het woord 'bezitter' van een ratio te voorzien. Zo meende Land dat de term uit voorzichtigheid was geboren, aangezien er een gebrek kon kleven aan de overdracht van de bezwaarde zaak aan een derde, die in dat geval slechts bezitter was geworden.¹³⁷ Bovendien kon het recht van hypotheek ook worden uitgeoefend tegen een houder. Van Nierop nam op die gronden aan dat *iedere* derde werd bedoeld, 'onverschillig of hij eigenaar, bezitter of houder is'.¹³⁸ Gezien de interne samenhang van afdeling 2.20.4 OBW kan men dit standpunt alleen innemen, als men bereid is om het surplus bij executie (art. 1249) eveneens uit te keren aan iedere derde, onverschillig of hij eigenaar, bezitter of houder is. De afdeling draagt immers het algemene opschrift 'van de gevolgen der hypotheek tegen derde bezitters'. Daarnaast zou de opvatting van Land en Van Nierop aanleiding geven tot de wonderlijke gedachte dat de hoofdschuldenaar geen beroep op het voorrecht kon doen, maar diens bruiklener of de bezitter te kwader trouw wel, terwijl de bruiklener of bezitter te kwader trouw na uitwinning zou worden gesubrogeerd in de hypothecaire rechten van de crediteur.

V.5.1.2. De 'zakelijke borg'

Het recht van hypotheek kan weliswaar worden uitgeoefend tegen een bezitter of een houder, maar de uitwinning van een bezwaarde zaak raakt het vermogen van de *eigenaar* van die zaak.¹³⁹ Het lag daarom in de rede dat het voorrecht van uitwinning slechts ten goede kwam aan eigenaren. Vervolgens rees de vraag of slechts de *verkrijger* van een bezwaarde zaak zich op het voorrecht mocht beroepen, zoals naar Frans recht het geval is, of dat die bevoegdheid ook was toegekend aan eigenaren die de zaak niet in bezwaarde staat hadden verkregen. Bij dat laatste moet men denken aan de derde die hypotheek verleent voor een schuld die hijzelf niet is aangegaan, de zogenoemde 'zakelijke borg'.¹⁴⁰

137 Land III, p.397 nt.4.

138 Van Nierop p.228 nt.1. Vreemd genoeg bespreekt hij op dezelfde plaats de Franse herkomst van de term derde-bezitter. Asser/Van Oven 3-II, p.211 en Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 346 gaven de voorkeur aan een ruime opvatting en wilden onder de term ook houders verstaan: juist ten aanzien van art. 1244 meenden zij echter dat wettekst en strekking tot een beperktere uitleg dwongen.

139 Pierson p.108-109. Zulks blijkt ook uit de verwijzing naar 'eigendom' in de tweede volzin van art. 1244.

140 Na de invoering van het NBW is de term 'zakelijke borg' dubbelzinnig geworden. Van oudsher werd daarmee de zakelijke zekerheidsgever voor vreemde schuld bedoeld. In dat verband is de aanduiding minder gelukkig: de 'zakelijke borg' is immers geen borg want hij is niet persoonlijk aansprakelijk. Naar het nieuwe BW zou men hem bovendien 'goederenrechtelijke borg' moeten noemen. Desondanks heeft de term zich een plaats in het juridische vocabulaire verworven. Onder vigeur van het NBW wordt de 'zakelijke borg' ook wel geplaatst tegenover de 'particuliere borg' in de zin van afdeling 7.14.2 ('borgtocht, aangegaan buiten beroep en bedrijf'). Een 'zakelijke borg' is dan de borg waarop de bepalingen van afdeling 7.14.2 niet van toepassing zijn. Ik geef in dat geval de voorkeur aan de aanduiding 'professionele borg'. Blomkwist, *Borgtocht* (Mon.-NBW B78), 3^e druk, Deventer 2006, nr. 1.

Eerder werd vastgesteld dat de zakelijke borg naar Frans recht geen beroep op het voorrecht van uitwinning kan doen.¹⁴¹ Nog afgezien van de tekst van art. 2170 Cc, die slechts op verkrijgers betrekking heeft, verleent een zakelijke borg steeds een *conventionele* hypotheek. Aan de eigenaar van een met speciale hypotheek bezwaarde zaak (waaronder alle conventionele hypotheeken zijn te begrijpen), wordt een beroep op het voorrecht ontzegd in art. 2171 Cc. Een derde die van een zakelijke borg heeft verkregen, kan zich daarom evenmin op het voorrecht beroepen.

Nu gaf de tekst van art. 1244 aanleiding om bij derden-bezitters slechts aan verkrijgers te denken. Een derde-bezitter moest immers onroerende zaken aanwijzen die zich *'alsnog* in het bezit van den *oorspronkelijken* schuldenaar bevinden', zulks kennelijk afzettend tegen zaken die *niet meer* in het bezit van de schuldenaar waren. Twee artikelen uit dezelfde afdeling brachten bovendien een uitdrukkelijke beperking aan. Volgens art. 1245 was een beroep op het voorrecht uitgesloten als de hypotheek was gevestigd op één perceel en 'een of meerder gedeelten daarvan tot derde bezitters mogten zijn overgegaan'. Art. 1250 bepaalde voorts dat zakelijke rechten na executie herleefden als zij eerder waren teniet gegaan 'door den overgang aan den derden bezitter'. Uit de laatste twee artikelen kan echter geen algemene conclusie worden getrokken: zij behoeven de term 'derden-bezitters' niet noodzakelijk nader te bepalen, maar kunnen evenzeer een bijzonder soort derden-bezitters op het oog hebben, te weten derden-verkrijgers.¹⁴²

Dat was echter niet de visie die in de rechtspraak tot uitdrukking kwam.¹⁴³ In 1883 bepaalde de Amsterdamse rechtbank dat een zakelijke borg na uitwinning door de crediteur niet werd gesubrogeerd in de hypothecaire rechten tegen een andere zakelijke borg. Zij betrok in haar beschouwingen echter de gehele afdeling over derden-bezitters, zodat het vonnis een ruimere strekking kreeg.

'Tevens uit de feiten volgt, dat de gedaagden tijdens den executorialen verkoop van het verkochte goed, daarvan waren oorspronkelijke eigenaren en niet derde bezitters, als bedoeld bij de 4e afdeling titel 20 boek II B.W., daar hieronder, zooals de bewoordingen van artt. 1244, 1250 en 1251 duidelijk aantonen, slechts wordt begrepen degene aan wien na het vestigen eener hypotheek een hiermede verbonden onroerend goed is overgegaan.'¹⁴⁴

Het Amsterdamse Hof kon zich daarmee 'in hoofdzaak' verenigen en meende, in navolging van de rechtbank, dat er bovendien geen reden was voor analoge toepassing van de bepalingen op zakelijke borgen.¹⁴⁵ Die redenering

141 Zie boven, p.211-212.

142 Asser/Van Oven 3-II, p.211; Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 346

143 De wetgever had eveneens slechts de verkrijger van met hypotheek bezwaarde onroerende zaken voor ogen gehad: Memorie van Toelichting, 13 maart 1833. Voorduin IV, p.635.

144 Rov. 2, Rb. Amsterdam, 11 september 1883, W. 5006.

145 Hof Amsterdam, 30 november 1883, W. 5020.

werd in 1917 nog gevolgd door de Arnhemse rechtbank.¹⁴⁶ Subrogatie diende, als uitzondering op de regel dat verbintenissen door betaling tenietgaan, slechts bij uitzondering te worden toegekend. Naar een strikte lezing van de wet was er geen grond om een betalende zakelijke borg te laten *subrogeren* in de rechten tegen de debiteur.¹⁴⁷ Dat oordeel bleef in hoger beroep overeind, maar het vonnis werd desondanks vernietigd door het Hof omdat de rechtbank aan de betalende zakelijke borg geen *regresrecht* op de voet van art. 1252 had toegekend.¹⁴⁸ Het arrest stelde zakelijke borgen op deze wijze gelijk aan derden-bezitters als bedoeld in art. 1252. Dit is volkomen terecht, want er is geen reden om een betalende derde-verkrijger anders te behandelen dan een betalende zakelijke borg, voor wat het verhaal op de schuldenaar betreft. Beiden zijn verhaalsaansprakelijk maar niet draagplichtig. Het gevolg was echter, dat men geneigd was aan zakelijke borgen eveneens een beroep op het voorrecht van uitwinning toe te kennen.¹⁴⁹ Zulks geschiedde uitdrukkelijk in één van de weinige uitspraken waarin art. 1244 een directe rol speelde.¹⁵⁰

Gerard Derkenne had een schuld aan Maria Derkenne waarvoor hij een tweede hypotheek had verstrekt op een huis aan de Eendrachtsweg in Rotterdam. Voor dezelfde schuld had hij Johanna Derkenne bereid gevonden om ook een hypotheek te verlenen op haar huis. Kennelijk verkeerde Gerard in geldnood, want hij verleende op het huis aan de Eendrachtsweg later een recht van vierde hypotheek aan de bouwkundige Oprel. De eerste hypotheekhouder ging over tot executie en verkreeg een opbrengst die voldoende zou zijn om de tweede hypotheek eveneens te voldoen. Oprel bedacht daarop een list.¹⁵¹ Hij betaalde de vordering van Maria en werd zo gesubrogeerd in haar (oververzekerde) vordering op Gerard. Vervolgens deed hij afstand van zijn tweede hypotheek op het huis van Gerard en

146 Rb. Arnhem, 1 februari 1917, *NJ* 1917, 893.

147 Ik vermeld terzijde dat een betalende derde-bezitter naar de aanvankelijke interpretatie van de wet slechts werd gesubrogeerd in de *hypothecaire* rechten tegen andere derden-bezitters en de debiteur (art. 1246), en in het geheel niet tegen borgen. De Hoge Raad gaf pas in 1940 een uitbreiding aan de algemene subrogatie die was vervat in art. 1438 lid 3 OBW: HR 22 november 1940, *NJ* 1941, 728 nt. PS (Grondcrediet/Göppinger). Overigens betrof het in dat arrest juist een zakelijke borg.

148 Hof Arnhem, 4 juni 1918, *W.* 10303; *NJ* 1918, 1008.

149 Ik wijs erop dat de zakelijke borg naar Frans recht wel regres kan nemen op de hoofdschuldenaar, maar zoals vastgesteld geen beroep op het voorrecht van uitwinning kan doen.

150 Rb. Rotterdam, 13 februari 1922, *W.* 10880, bevestigd in Hof Den Haag, 21 december 1922, *W.* 11112 (Oprel/Derkenne). Zie ook: Van Nierop p.230; Van Vliet, 'Borg, garant, hoofdelijk mede-schuldenaar, derde bezitter', in: Droogleever Fortuyn (red.), *Jaarboekje van de vereeniging van directeuren van hypotheekbanken* 25, Amsterdam 1939, p.312; Asser/Scholten II, p.530; Pitlo, *Zakenrecht*, p.467; Asser/Van Oven 3-II, p.211 en 214; Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 349; Pitlo/Brahn II, p.555.

151 Men mag hier wel van een list (een 'kwalijske slimmigheid' volgens Pitlo, *Zakenrecht*, p.468) spreken. De hypotheek op het huis van Johanna en de vierde hypotheek op het huis van Gerard werden verleden voor notaris Hartong, die zelf hoogst toevallig een niet batig gerangschikte derde hypotheek op het huis van Gerard had. De machtiging tot doorhaling van de tweede hypotheek liet Oprel eveneens verlijden voor notaris Hartong.

liet zich uit de executieopbrengst uitkeren als de inmiddels batig gerangschikte derde hypotheekhouder.¹⁵² De vordering van Maria op Gerard, welke Oprel had voldaan, trachtte deze tot slot te verhalen op het huis dat Johanna voor die schuld had bezwaard.

De rechtbank legde een maatstaf aan die bij moderne juristen in goede aarde zou vallen. Johanna had als zakelijke borg een hypotheek verleend en wel, naar de rechtbank vaststelde, onder de bedoeling dat zij slechts verhaalsaansprakelijk zou zijn als het bezwaarde goed onder de debiteur onvoldoende verhaal bood. Door de subrogatie was Oprel ook aan die partijbedoeling gebonden, zodat zijn afstand van de tweede hypotheek in strijd kwam met de tussen partijen vereiste goede trouw. Door de afstand kon Johanna immers niet langer worden gesubrogeerd in de tweede hypotheek als zij zelf tot betaling wenste over te gaan. De hypotheek op het huis van Johanna was, zo meende de rechtbank, daarom teniet gegaan. Het Hof kwam met een andere redenering tot hetzelfde resultaat. Als Johanna onmiddellijk door Oprel was aangesproken, had zij zich kunnen beroepen op het voorrecht van uitwinning. Art. 1244 eist dat verhypothekerde goederen onder de debiteur worden aangewezen voor verhaal. De vervulling van die voorwaarde was door de crediteur onmogelijk gemaakt, door afstand te doen van zijn tweede hypotheek, zodat de voorwaarde als vervuld moest worden beschouwd.¹⁵³ Oprel diende dus eerst de tweede hypotheek onder Gerard uit te oefenen. Dat nu, was door de afstand onmogelijk geworden, zodat Johanna in het geheel niet meer kon worden aangesproken.¹⁵⁴

V.5.1.3. Beperkt genotsgerechtigden

Samenvattend kan worden vastgesteld dat het voorrecht van uitwinning onder vigeur van het oude BW was toegekend aan eigenaren van onroerende zaken die met hypotheek waren bezwaard voor een schuld waarvoor zij niet draagplichtig waren. De achtergrond hiervan wordt gegeven door het feit dat verhaal op de verhypothekerde goederen hen in het vermogen trof. Men heeft daarin wel aanleiding gezien om het voorrecht ook toe te kennen aan de gerechtigden tot een goederenrechtelijk genotsrecht, zoals erfpacht of vruchtgebruik.¹⁵⁵ Dit standpunt lijkt mij juist, maar het verdient enige toelichting.

De erfpachter of vruchtgebruiker had het bestaan van de hypotheek kunnen kennen door raadpleging van de openbare registers. Hij had dus steeds kunnen weten dat hij een recht verkreeg op een onroerende zaak die met hypotheek was bezwaard. Dit argument is echter niet doorslaggevend, want hetzelfde geldt voor de derde-verkrijger van een bezwaarde zaak, aan wie het voorrecht juist wel was toegekend.

152 Dankzij de afstand schoof notaris Hartong naar de tweede plaats, zodat hij eveneens volledige betaling verkreeg.

153 Naar analogie met art. 1296 OBW.

154 Het resultaat dat door rechtbank en Hof werd bereikt is niet redelijk. De hypotheek onder Johanna zou niet geheel teniet moeten gaan, maar slechts tot het bedrag dat door een correcte uitoefening van de tweede hypotheek onder Gerard zou zijn verkregen. Het resultaat is echter niet zo verwonderlijk als men bedenkt dat de Hoge Raad pas in 1972 ten aanzien van *borgen* definitief bepaalde, dat de verhinderende van subrogatie van de betalende borg door de crediteur niet noodzakelijk tot ontslag uit de borgtocht leidde. HR 14 april 1972, NJ 1972, 295 nt. GJS (De Zaan/Intercoal II).

155 Van Nierop p.228 nt.1; Asser/Scholten II, p.527 nt.1; Pitlo, *Zakenrecht*, p.467; Stein, *Zekerheidsrechten I: hypotheek*, 3^e druk, Deventer 1986, p.140; Pitlo/Brahn II, p.555.

De vestiging van een hypotheek op een onroerende zaak waarop reeds een beperkt genotsrecht rust, regardeert de beperkt genotsgerechtigde in het geheel niet. De hypotheekhouder verkrijgt immers een hypotheek op een vermogensrecht dat daarvoor al met een beperkt genotsrecht is bezwaard, zodat hij het beperkte recht dient te respecteren. Het probleem kon zich dus slechts voordoen bij vestiging van een *later* beperkt genotsrecht op de bezwaarde zaak. Toekenning van het voorrecht van uitwinning doet daarbij geen afbreuk aan het eerdere recht van de hypotheekhouder:¹⁵⁶ hij blijft bevoorrecht op de opbrengst van het goed in onbezwaarde staat, maar dient op vordering van de beperkt genotsgerechtigde zijn verhaal eerst te zoeken op andere medeverbonden goederen. Het is van belang om bij dit laatste stil te staan. De beperkt genotsgerechtigde kon *niet* vorderen dat eerst de bezwaarde eigendom onder de hoofdschuldenaar werd uitgewonnen en vervolgens zijn genotsrecht: als dat zou kunnen, dan zou de beperkt genotsgerechtigde door vestiging van het beperkte recht meer recht hebben verkregen, dan een derde-verkrijger door vervreemding van een gedeelte van de bezwaarde onroerende zaak had verkregen. Aan de laatstgenoemde was immers in art. 1245 een beroep op het voorrecht van uitwinning ontzegd.¹⁵⁷ Bovendien had de zekerheidscrediteur, wiens recht als eerste was gevestigd, het recht om zich te verhalen op de opbrengst van het *gehele* verbonden goed. Een beperkt genotsgerechtigde kon daarom slechts vorderen dat, wanneer de hoofdschuldenaar verschillende onroerende zaken met hypotheek had bezwaard en op één van die zaken nadien een beperkt genotsrecht was gevestigd, eerst verhaal werd gezocht op het goed dat niet met het genotsrecht was bezwaard.

Er is, voor zover mij bekend, nooit verdedigd dat het voorrecht van art. 1244 zich zou uitstrekken tot latere hypotheekhouders, in de zin dat zij kunnen vorderen dat de eerste hypotheekhouder zich eerst verhaalt op medeverbonden goederen die niet met een tweede hypotheek zijn bezwaard. Het standpunt dat Hartkamp innam in zijn conclusie onder het Rijkkaart-arrest,¹⁵⁸ dat art. 3:234 lid 2 BW reeds naar het oude recht gold, lijkt mij in dit licht onjuist. In de literatuur werd het voorrecht van uitwinning toegekend aan derden-*eigenaren*: dat wil zeggen, verkrijgers van bezwaarde zaken en zakelijke borgen.¹⁵⁹ Een minderheid der schrijvers breidde die groep uit tot de beperkt genotsgerechtigden.¹⁶⁰ De uitbreiding tot

156 Het voorrecht is echter steeds een inbreuk op de *ondeelbaarheid* van het hypotheekrecht. Zie hieronder, p.284-285.

157 Zie over art. 1245 hieronder, p.261-264.

158 HR 26 juni 1998, *RvdW* 1998, 142; *JOR* 1998, 126 (Aerts q.q./ABN AMRO; Rijkkaart); conclusie A-G Hartkamp sub 9, *JOR* 1998, 81. Zie meer uitgebreid hieronder, p.348.

159 Asser, *Handleiding II*, p.379 nt.1 en p.380; Land *III*, p.397-398; Eggens p.27; Van Vliet p.309-310; Pierson p.108-109; Van Oven, *NJB* 16, 1942, p.222; Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, 3^e druk, Groningen/Batavia 1944, p.507; Asser/Scholten *II*, p.528; Roes p.79; Asser/Van Oven *3-II*, p.211.

160 Van Nierop p.228 nt.1; Asser/Scholten *II*, p.527 nt.1; Stein, *Hypotheek*, 3^e druk, p.140.

latere hypotheekhouders (en zelfs tot latere pandhouders) moet volledig op het conto van de wetgever van het nieuwe BW worden geschreven.¹⁶¹

V.5.1.4. Geen persoonlijke aansprakelijkheid

In afwijking van art. 2170 Cc bepaalde art. 1244 OBW *niet* dat een derde-bezitter slechts een beroep op het voorrecht kan doen, als hij 'n'est pas personnellement obligé à la dette'. Daarmee rijst de vraag of een borg, die eveneens zakelijke zekerheid heeft gegeven, of die een onroerende zaak heeft verkregen welke voor de hoofdschuld is bezwaard, een beroep op het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters kan doen. Naar Frans recht wordt die vraag uiteraard ontkennend beantwoord.¹⁶² In Nederland is zij in de literatuur niet aan de orde geweest.¹⁶³ Er is mij slechts één procedure bekend waarin werd betoogd dat iemand die persoonlijk aansprakelijk is geen derde-bezitter kan zijn.¹⁶⁴ De rechtbank liet zich over die stelling echter niet uit en deed de zaak op een andere grondslag af.¹⁶⁵

De tekst van art. 1244 onderscheidt de derde-bezitter van de 'oorspronkelijke schuldenaar'. Hieraan kan geen argument worden ontleend voor de stelling dat derden-bezitters die tevens schuldenaar waren onder de reikwijdte van het voorrecht vielen, omdat zij wel schuldenaar, maar niet de 'oorspronkelijke' schuldenaar waren. Die lezing plaatst de 'oorspronkelijke schuldenaar' en de 'niet-oorspronkelijke schuldenaar' tegenover elkaar. Dit zou echter meebrengen dat derden-bezitters geen beroep op het voorrecht mochten doen als zij niet tevens schuldenaar waren, hetgeen zeer zeker niet is bedoeld. Het gebruik van de term 'oorspronkelijke schuldenaar' vindt zijn verklaring in een misvatting omtrent de aard van de aansprakelijkheid van een derde-bezitter. De wetgever van 1838 heeft geprobeerd om de Franse voorstelling te ecarteren, volgens welke een derde-bezitter op enigerlei wijze zelf aansprakelijk is, maar heeft dit niet overal even consequent gedaan.¹⁶⁶

De reden voor de beperking die art. 2170 Cc aanbrengt, wordt in Frankrijk gevonden in de vaststelling dat het niet zinvol zou zijn de zakelijke actie van een crediteur te verhinderen met een beroep op het voorrecht, wanneer deze

161 Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.212. Vgl. bijvoorbeeld nog Dekhuijzen, *Pand en hypotheek in het ontwerp B.W.*, Amsterdam 1965, p.148. Zie verder hieronder, p.297-301.

162 Zie boven, p.209.

163 Land (*III*, p.397 nt.4) raakt nog het dichtste aan dit probleem: maar hij meldt slechts dat 'derde' zelfstandig is gebruikt in de term 'derde bezitter'.

164 Rb. Dordrecht, 14 november 1923, *W.* 11160; daaraan voorafgaand Rb. Dordrecht (KG), 6 juli 1922, *NJ* 1923, 615. Zie ook: Van Vliet p.312.

165 Het ging om de vraag of een borg die ook zakelijke zekerheidsrechten had verleend en vervolgens de hoofdschuld had betaald, krachtens subrogatie *als borg* het gehele bedrag kon verhalen op een door de debiteur bezwaarde zaak; of dat hij *als derde-bezitter* was gesubrogeerd zodat hij op de voet van art. 1246 OBW slechts verhaal kon nemen onder aftrek van het aandeel dat zijn eigen zaak had in de verzekering van de hoofdschuld. De rechtbank stelde slechts vast dat de borg naar believen kon kwijten, waaraan zijn status als derde-bezitter, zo deze bestond, geen afbreuk deed.

166 Diephuis *VII*, p.460 nt.2; Asser, *Handleiding II*, p.380; Van Nierop p.229 nt.1; Asser/Scholten *II*, p.528.

zich op zijn hielen kan omkeren door een persoonlijke actie in te stellen.¹⁶⁷ Het gehele vermogen van de aangesprokene, inclusief de bezwaarde zaak, dient tot verhaal van de crediteur. Het zou vreemd zijn als de crediteur via de executie van een veroordelend vonnis uit een persoonlijke actie kan bereiken wat hij met zijn zakelijke actie niet vermocht. Deze redenering is even steekhoudend voor het Nederlandse recht. Met de aanduiding 'derde bezitter' in art. 1244 is dus niet de eigenaar van een bezwaarde zaak bedoeld die voor de schuld niet *draagplichtig* is, maar slechts de eigenaar van een bezwaarde zaak die voor de verzekerde schuld in het geheel niet *aansprakelijk* is.¹⁶⁸ Ten gevolge daarvan kan een borg zich nooit op art. 1244 beroepen, evenmin als een hoofdelijke schuldenaar dat kan.

Als de schuld over verschillende erfgenamen van de debiteur wordt verdeeld en één van die erfgenamen het deel heeft betaald waarvoor hij persoonlijk aansprakelijk is, dan kan deze nadien een beroep op het voorrecht doen: hij is 'derde' geworden ten aanzien van de schuld waarvoor zijn onroerende zaak is bezwaard.

V.5.2. De 'vordering' van uitwinning

Het voorrecht van uitwinning werd naar het systeem van art. 1244 aan derden-bezitters verleend als een recht om zich tegen executoriale verkoop van de bezwaarde zaak te verzetten. De derde moest, om gebruik te maken van zijn recht, de uitwinning van medeverbonden onroerende zaken onder de schuldenaar vorderen.¹⁶⁹ Een dergelijke vordering schorste de executie.

De volgorde van uitwinning werd aldus slechts toegepast op vordering van de derde-bezitter en niet van rechtswege. Dit is terecht, zoals vaker is gebleken. De volgorde van uitwinning is immers een afwijking van de hoofdregel dat aan de crediteur de keuze toekomt in de uitoefening van zijn zekerheidsrechten. Een uitzondering op die hoofdregel moet slechts worden toegepast indien degene die daarbij is gebaat, de derde-bezitter, zulks verlangt.¹⁷⁰

Vanwege de historische verwantschap tussen het voorrecht dat was toegekend aan borgen en het voorrecht dat was toegekend aan derden-bezitters, is men wel geneigd geweest om de vordering uit art. 1244 te behandelen alsof het dezelfde vordering zou zijn als in art. 1870 is bedoeld.¹⁷¹ Volgens dit laatste artikel kon een borg de eerdere uitwinning van het vermogen van de hoofdschuldenaar vorderen 'op de eerste geregtelijke tegen hem gerigte aan-

167 Zie boven, p.209.

168 Pierson p.121-122.

169 Asser/Van Oven 3-II, p.213; Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 349.

170 Schüller/Waller, *Burgerlijk wetboek met aantekeningen*, 4^e druk, Utrecht 1878, art. 1244 s.v. 'vorderen'; Diephuis VII, p.462.

171 Zo: Opzoomer IV, p.647 nt.3; Pelinck p.30-31; Land III, p.399 nt.2, die allen de vraag bespreken of de vordering uit art. 1244 een dilatoire of peremptoire *exceptie* is.

spraak'. Het voorrecht was dus *aan borgen* verleend bij wijze van exceptie. Daarbij rees de vraag of het hier een dilatoire of een peremptoire exceptie betrof.¹⁷²

De veronderstelling dat derden-bezitters over eenzelfde exceptie beschikten als borgen, berust echter op een misvatting. Anders dan de Franse wetgever, verwees de wetgever van het oude Burgerlijk Wetboek in het met art. 2170 Cc corresponderende art. 1244 *niet* naar de regels voor het inroepen van het voorrecht door borgen. Dit vindt, opnieuw, zijn verklaring in het gegeven dat een derde-bezitter onder vigeur van het oude BW en anders dan in de Code civil, niet werd *aangesproken*. De executie nam tegen hem een aanvang door executorial beslag op de bezwaarde zaak. Zijn vordering tot eerdere uitwinning was niet in de vorm van een exceptief verweer gegoten, want er was geen vordering ten principale tegen hem gericht. De vorm van een vordering tot eerdere uitwinning was onder vigeur van art. 1244 dus dagvaarding van de crediteur voor de rechtbank.¹⁷³ De derde-bezitter vorderde daarbij, onder schorsing van de uitwinning van zijn onroerende zaak, een gerechtelijk bevel tot voorafgaande uitwinning van bepaaldelijk aangewezen, medeverbonden onroerende zaken onder de schuldenaar.¹⁷⁴

Voor zover de vordering bij wijze van verweer als eis in reconventie aanhangig zou worden gemaakt,¹⁷⁵ moet men oordelen dat het dan een dilatoire exceptie zou zijn geweest, omdat een geslaagd beroep op het voorrecht de eis in de hoofdzaak zou schorsen.¹⁷⁶ In afwijking van de 'gewone' dilatoire exceptie zou een beroep op het voorrecht in dat geval steeds gedaan mogen worden wanneer het instellen van een eis in reconventie was geoorloofd, en daarom niet slechts vóór alle wren. Hierin blijkt opnieuw een verschil tussen het voorrecht dat aan borgen was toegekend en het voorrecht van derden-bezitters.

V.5.3. Goederen 'in het bezit van den oorspronkelijken schuldenaar'

Een derde-bezitter kon onder vigeur van art. 1244 slechts een beroep doen op het voorrecht van uitwinning als hij andere zaken aanwees voor verhaal. De onroerende zaken in kwestie moesten met hypotheek zijn bezwaard voor dezelfde schuld als waarvoor de zaak van de derde-bezitter werd uitgewonnen. Een derde-bezitter kon een hypothecaire crediteur dus niet in algemene zin verwijzen naar diens debiteur of borgen, stellend dat het vermogen van dezen eerst middels een persoonlijke actie uitgewonnen moest worden.

172 Zie, voor borgen, hieronder p.270-271.

173 Schüller/Waller, art. 1244 s.v. 'vorderen'; Wiersma e.a., *Van den Honert: formulierboek der onderscheidene akten behorende tot de burgerlijke rechtsvordering*, 10^e druk, Zwolle 1974, nr. 412.

174 Jurisprudentie hieromtrent is mij onbekend.

175 Hierover is mij evenmin jurisprudentie bekend.

176 Pelinck p.30-31; Land III, p.399 nt.2.

De reden daarvoor werd wel gezocht in het gegeven dat de crediteur bij het verhaal op die vermogens geen voorrang heeft.¹⁷⁷ Die redenering is niet overtuigend. Als men overtuigd is van de waarde van het voorrecht van uitwinning, dan doet de verwijzing naar een persoonlijke actie geen afbreuk aan de rechten van de crediteur. Zijn zakelijke actie tegen de derde-bezitter wordt slechts geschorst. Het executoriale beslag blijft daarmee op de bezwaarde zaak rusten. De derde-bezitter heeft er bovendien belang bij dat de crediteur poogt om (gedeeltelijke) betaling te verkrijgen van zijn debiteur of diens borgen. De reden voor de beperking van de aanwijzing tot medeverbonden onroerende zaken is veeleer gelegen in de gedachte dat het *onredelijk bezwarend* en *inefficiënt* is om de crediteur naar zijn persoonlijke acties te verwijzen.

De voor verhaal aangewezen onroerende zaken dienden niet alleen voor dezelfde schuld te zijn verhypothekerd, zij moesten zich bovendien 'in het bezit van den oorspronkelijken schuldenaar' bevinden. Een derde-bezitter kon dus niet verwijzen naar bezwaarde zaken onder een andere derde-bezitter om de eenvoudige reden dat deze laatste geen schuldenaar was.¹⁷⁸ Dit leidt echter noodzakelijk tot de vaststelling dat met 'het bezit' van de schuldenaar diens *eigendom* is bedoeld. Als een derde kon verwijzen naar een bezwaarde zaak die slechts in het *bezit* was van de debiteur, dan verwees hij daarmee noodzakelijk naar een zaak die *eigendom* was van een ander dan de debiteur; een aanwijzing, dus, van een bezwaarde zaak die eigendom was van een *derde*. Dit nu, zo is vooropgesteld, was onmogelijk. De tot verhaal aangewezen bezwaarde zaken dienden dus eigendom te zijn van de 'oorspronkelijken schuldenaar'.

Vervolgens rijst de vraag of onder de 'oorspronkelijken schuldenaar' in de zin van art. 1244 borgen begrepen moeten worden. Anders gezegd, kon een derde-bezitter de crediteur verwijzen naar medeverbonden onroerende goederen die eigendom waren van een borg?¹⁷⁹ Voor het Franse recht moet die vraag ontkennend worden beantwoord: art. 2170 Cc vereist een aanwijzing van goederen 'dans la possession du principal ou des principaux obligés'. De ongelukkige vertaling daarvan in art. 1244 met 'oorspronkelijken schuldenaar' is minder dwingend. Toch moet dezelfde regel worden aangehouden. Eén van de functies van het voorrecht van uitwinning is het voorkomen van regresvorderingen. Als een derde-bezitter de crediteur kon verwijzen naar de goederen van een borg, dan gaf het verhaal op die goederen aanleiding tot een regresvordering van de borg tegen de hoofdschuldenaar. Bovendien bestond de kans dat de crediteur door de borg voor verhaal werd verwezen naar de goederen van de hoofdschuldenaar. Zulks betekende een vertraging voor de crediteur bij de inning van zijn vordering, en een nave-

177 Schüller/Waller, art. 1244 s.v. 'mede'.

178 Rb. Amsterdam, 11 september 1883, W. 5006. Het voorrecht van art. 1244 blijft dus geheel buiten beschouwing als alle verhypothekerde zaken zich in handen van derden bevinden: Van Velten, 'Rechtsvragenrubriek: derdenhypothek op meer onderpanden', *WPNR* 5971, 1990, p.520.

179 In omgekeerde zin kan een borg in geen geval de bezwaarde onroerende zaken onder een derde-bezitter aanwijzen voor verhaal: art. 1868-1872 en in het bijzonder 1871 OBW. Zie verder p.271 nt.266.

nant lagere economische waarde van zijn zekerheidsrechten. Onder de 'oorspronkelijken schuldenaar' in de zin van art. 1244 moet daarom slechts de hoofdschuldenaar worden begrepen: een derde-bezitter mocht geen bezwaarde onroerende zaken aanwijzen voor verhaal, die eigendom waren van een borg.¹⁸⁰

V.5.4. De aanwijzing van 'klaarblijkelijk voldoende' goederen

Een derde-bezitter was slechts ontvankelijk in zijn vordering tot eerdere uitwinning wanneer hij medeverbonden goederen aanwees die 'klaarblijkelijk voldoende' waren tot verhaal van de schuld. Die eis werd ten aanzien van borgen niet gesteld in art. 1871. Zij dienden voor een beroep op het voorrecht slechts goederen in het algemeen, bezwaard of niet, aan te wijzen, die zich onder de hoofdschuldenaar leenden voor verhaal. Omgekeerd moesten borgen de kosten van uitwinning voorschieten. Bovendien zonderde art. 1871 voor borgen een aantal goederen van aanwijzing uit: goederen waarover geschil in rechte bestond, met hypotheek bezwaarde goederen onder derden, en goederen buiten het koninkrijk konden niet worden aangewezen. En tot slot verschoof krachtens art. 1872 het risico van uitwinning door het inroepen van het voorrecht, tot het beloop van de waarde van de aangewezen goederen. Waren dezelfde beperkingen nu analoog van toepassing op het voorrecht dat aan derden-bezitters toekwam, hoewel de wet daaromtrent niets bepaalde?

Die vraag moet, wat het voorschieten van kosten betreft, ontkennend worden beantwoord. Art. 1244 vereist slechts de aanwijzing van 'klaarblijkelijke voldoende' medeverbonden onroerende zaken. Als onvoldoende zaken tot verhaal werden aangewezen in de dagvaarding bij de vordering tot eerdere uitwinning, dan zou de derde-bezitter eenvoudigweg worden veroordeeld in de kosten van zijn vordering.¹⁸¹ Als hij echter 'klaarblijkelijk voldoende' zaken wist aan te wijzen, dan werden de kosten van uitwinning daarop verhaald.¹⁸² Het begrip 'klaarblijkelijk voldoende' tot verhaal omvatte dus niet alleen de hoofdschuld,¹⁸³ maar ook de kosten van uitwinning.¹⁸⁴ De achtergrond hiervan is opnieuw gelegen in het feit dat het voorrecht voor derden-bezitters onder vigeur van het oude BW geen exceptie was, maar een zelfstandige rechtsvordering. Ten gevolge daarvan hoefde een derde-bezitter

180 Schüller/Waller, art. 1244 s.v. 'schuldenaar'.

181 Schüller/Waller, art. 1244 s.v. 'aanwijzen'.

182 Schüller/Waller t.a.p.

183 En de door de hoofdschuldenaar verschuldigde renten en kosten: Hofmann, *Zakenrecht*, p.506; Holtman, 'Welke rente is bij derden-hypotheek door het hypotheekrecht gedekt?', *WPNR* 5685, 1984, p.107.

184 Antwoord Regering op Commentaar eerste afdeling, december 1833. *Voorduin IV*, p.649.

zijn vordering tot eerdere uitwinning niet vergezeld te doen gaan van een aanbod tot het voorschieten van de kosten.¹⁸⁵

Enige voorzichtigheid is geboden ten aanzien van de vraag of het risico van uitwinning bij de crediteur kwam te berusten na aanwijzing van 'klaarblijkelijk voldoende' goederen, zoals dit bij borgen het geval was. In de Code civil is zulks uitdrukkelijk wel het geval, op grond van de schakelbepaling van art. 2170 Cc. Bij de invoering van de Code werd echter al opgemerkt dat een crediteur ook jegens een borg aansprakelijk zou zijn, voor schade die voor de borg ontstaat als de crediteur de aangewezen goederen niet tijdig uitwint, wanneer er in het geheel geen wettelijke bepaling daaromtrent zou zijn.¹⁸⁶ De crediteur had immers een kostenvoorschot ontvangen van de borg, uit welk feit men een mandaatverhouding afleidde. Verschoof het risico, in dat licht bezien, nu ook als een derde-bezitter het voorrecht van art. 1244 inriep? Deze behoefde geen kosten van uitwinning voor te schieten. Hoewel een wettelijke bepaling ontbrak, meen ik dat analoge toepassing van art. 1872 hier in de rede had gelegen: zonder een dergelijke regel kan een crediteur executie onder de schuldenaar traineren en vervolgens terugkeren naar de derde-bezitter, met de mededeling dat de aangewezen goederen inmiddels klaarblijkelijk onvoldoende zijn voor verhaal.

Een derde-bezitter mocht de crediteur niet verwijzen naar een andere derde-bezitter. Een borg mocht dat evenmin. Die analogie kan aanleiding geven tot de gedachte dat een derde-bezitter, evenmin als een borg, de crediteur kon verwijzen naar medeverbonden goederen van de schuldenaar die buiten het koninkrijk waren gelegen, of waaromtrent geschil in rechte bestond. De beperking van de aanwijzingsbevoegdheid voor borgen in art. 1871 berustte, in navolging van het Franse recht maar zonder dat evenwel tot uitdrukking te brengen,¹⁸⁷ op de gedachte dat de aangewezen goederen gemakkelijk uit te winnen moesten zijn. Het zou onredelijk bezwarend zijn om de crediteur voor verhaal te verwijzen naar zaken waarvan de uitwinning zeer kostbaar of zeer tijdrovend, en de opbrengst zeer onzeker zou zijn. Dezelfde redenering moet men tot grondslag nemen van art. 1244. De wettekst sprak echter alleen van de aanwijzing van 'klaarblijkelijk voldoende' medeverbonden goederen. Daarmee werd aan het rechterlijk oordeel overgelaten in hoeverre in het buitenland gelegen onroerende zaken, of zaken waarvan de eigendom werd betwist, klaarblijkelijk voldoende waren voor verhaal.¹⁸⁸ Naar ik meen zou de aanwijzing van dergelijke medeverbonden onroerende zaken in beginsel onvoldoende zijn geweest voor een beroep op het voorrecht.

De eis dat een derde-bezitter voor een beroep op het voorrecht medeverbonden goederen aanwees die klaarblijkelijk voldoende waren voor verhaal, was ingevoerd in afwijking van de Code civil. Dat wetboek eist slechts de aanwijzing van medeverbonden goederen onder de schuldenaar en laat de

185 Van den Honert nr. 412.

186 Zie p.201.

187 De veel ruimere Franse term 'biens litigieux' uit art. 2023 lid 2 (oud) Cc was in art. 1871 OBW gepreciseerd als 'goederen, waarover geschil in regten bestaat'. Zie voor de interpretatie van 'biens litigieux' p.198.

188 Zoals eerder opgemerkt, is mij hieromtrent geen jurisprudentie bekend.

mogelijkheid open dat daaruit niet de gehele schuld kan worden voldaan, vanuit de gedachte dat de derde-bezitter tenminste is gebaat bij een relatief lagere hoofdschuld. Het vereiste van 'klaarblijkelijk voldoende' zijn werd gepresenteerd als een verbetering ten opzichte van de Code, waardoor de belangen van de crediteur beter werden gediend.¹⁸⁹ Het betrof bovendien 'eene daadzaak, die zonder vele formaliteiten kan worden onderzocht en bewezen.'¹⁹⁰

Bij de invoering waren sommigen beducht voor de 'kostbare en lastige procedures over het klaarblijkelijk voldoende zijn der overige goederen, welke zich nog in het bezit van den oorspronkelijken debiteur bevinden.'¹⁹¹ Die vrees bleek ongegrond te zijn: er werd in de praktijk in het geheel geen beroep op art. 1244 gedaan, waarschijnlijk omdat de situatie zich nooit voordeed dat een crediteur 'klaarblijkelijk voldoende' bezwaarde zaken onder de debiteur oversloeg om zich eerst op bezwaarde zaken onder een derde te richten.¹⁹²

V.5.4.1. Het alternatief van Pelinck: gezamenlijke veiling

In de 19^e-eeuwse literatuur woedde een – in het licht van bovenstaande betrekkelijk steriel – debat over het criterium dat de aangewezen zaken klaarblijkelijk voldoende moesten zijn voor verhaal. Het is nuttig om kort daarbij stil te staan, omdat de uitkomst van dat debat een voorstel tot wetswijziging was, dat pas een eeuw later de status van geldend recht verkreeg.

Opzoomer wees erop dat art. 1244 niet consistent was.¹⁹³ Als een derde-bezitter medeverbonden goederen aanwees die klaarblijkelijk voldoende waren voor verhaal, moest de uitwinning van diens goederen dan niet worden opgeheven in plaats van geschorst?¹⁹⁴ Wellicht had de wetgever de mogelijkheid verdisconteerd dat de aangewezen goederen later onvoldoende bleken te zijn voor volledig verhaal.¹⁹⁵ Maar dan mocht slechts worden geëist dat de derde-bezitter medeverbonden goederen aanwees die '*niet* klaarblijkelijk onvoldoende waren.'¹⁹⁶ De bewijslast dat de aangewezen goederen onvoldoende waren voor verhaal, zou daarmee op de crediteur komen te rusten. De wetgever had bij de invoering echter voor ogen gehad dat de bewijslast van het voldoende-zijn zou berusten bij de derde-bezitter, zoals de tekst van art. 1244 ook duidelijk maakte.¹⁹⁷ Alleen tegen dat licht is de verdediging

189 Van Rappard, Openbare beraadslagingen 21 april 1834. Voorduin IV, p.652.

190 Memorie van Toelichting, 13 maart 1833. Voorduin IV, p.635. Zie ook: Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 660. Het onderzoek geschiedt zo nodig door middel van een deskundigenrapport: Van Nierop p.231.

191 Commentaar tweede afdeling, 18 april 1834. Voorduin IV, p.649. Een halve eeuw later bestond deze vrees nog steeds, getuige het ontwerp voor een herziening van het hypotheekrecht, dat in 1887 werd gepresenteerd: Land, *Rechten op zaken, naar het ontwerp tweede boek B.W.*, Haarlem 1901, p.199.

192 Pelinck p.34; Land, *Rechten op zaken*, p.200; Van Nierop p.230.

193 Opzoomer IV, p.647 nt.3; Pelinck p.31-32.

194 Opzoomer t.a.p.; Land III, p.399 nt.2; Land, *Rechten op zaken*, p.200 nt.1.

195 Van Boneval Faure p.399; Diephuis VII, p.463-464; Land III, p.399 nt.2.

196 Opzoomer t.a.p. Cursivering in origineel.

197 Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 660; Pelinck p.32; Land III, t.a.p.

van het artikel door Van Rappard, bij de parlementaire behandeling, te begrijpen: hij meende dat de crediteur geen risico liep van kostbare en lastige procedures omtrent het voldoende-zijn, wat het geval zou zijn geweest als de bewijslast bij hem berustte, 'omdat hiervan steeds door den verkoop van het aangewezen pand blijkt, en het goed van den derden bezitter altijd nog voor het ontbrekende aansprakelijk blijft.'¹⁹⁸ Die gedachte impliceerde dat de derde-bezitter had gesteld en zo nodig bewezen dat de aangewezen goederen klaarblijkelijk voldoende waren voor verhaal.¹⁹⁹

Zoals Pelinck in zijn proefschrift uit 1882 opmerkte, roept een derde-bezitter het voorrecht niet lichtvaardig in.²⁰⁰ De bewijslast rust op hem; als hij er niet in slaagt voldoende goederen aan te wijzen voor verhaal, dan wordt hij bovendien in de kosten van zijn vordering veroordeeld. Er doen zich vervolgens twee mogelijkheden voor. Ofwel de medeverbonden goederen zijn evident voldoende tot verhaal, en dan zal de crediteur zich meestal uit vrije wil tot de schuldenaar richten, zodat het voorrecht niet ter sprake komt. Ofwel het bestaan van voldoende verhaalsobjecten onder de schuldenaar is twijfelachtig, en dan kan het voorrecht niet worden ingeroepen omdat de goederen niet 'klaarblijkelijk' voldoende zijn voor verhaal. Onder die omstandigheden werd het voorrecht zelden of nooit ingeroepen. Pelinck stelde daarom voor om de eis van aanwijzing van 'klaarblijkelijk voldoende' goederen enerzijds te laten vervallen. Het maakt voor de crediteur in beginsel geen verschil uit welke goederen hij executeert, zolang zijn verhaal geen vertraging oploopt. Anderzijds zou een beroep op het voorrecht daarom niet langer de executie moeten schorsen. Een derde-bezitter kon naar het voorstel van Pelinck slechts verlangen dat door hem aangewezen, medeverbonden onroerende zaken van de debiteur eveneens in de executie werden begrepen en ter veiling het eerst werden verkocht.²⁰¹ Zijn suggestie voor opeenvolgende verkoop ter veiling werd (meestal zonder bronvermelding) overgenomen door alle schrijvers.²⁰² De invoering zou echter tot 1992 duren, en geschiedde toen in een vorm die, vanwege de veel ruimere reikwijdte van art. 3:234 BW, meer problemen oproept dan erdoor worden opgelost.

V.5.5. De derde-bezitter van een gedeelte

Het voorrecht van uitwinning werd in art. 1245 niet van toepassing verklaard op de verkrijger van een gedeelte van een bezwaarde onroerende

198 Van Rappard, Openbare beraadslagingen 21 april 1834. Voorduin IV, p.652.

199 Van Boneval Faure t.a.p.; Diephuis VII, p.463; Land III, p.400. Anders: Pelinck p.32-33.

200 Pelinck p.34. Zo ook: Land III, p.399; Van Nierop p.229 nt.2; Hofmann, *Zakenrecht*, p.506.

201 Pelinck p.36-37.

202 Diephuis VII, p.462 nt.1; Asser, *Handleiding II*, p.382; Land III, p.400 nt.1; Land, *Rechten op zaken*, p.200-201; Van Nierop p.230; Asser/Van Oven 3-II, p.214; Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 349. Scholten liet de suggestie van Pelinck weg in zijn bewerking van de Asser-serie, maar Van Oven nam haar opnieuw op.

zaak.²⁰³ In dat geval, zo werd algemeen betoogd,²⁰⁴ hernam de hoofdregel zijn werking, krachtens welke aan de crediteur keuzevrijheid toekwam uit hoofde van de ondeelbaarheid van zijn hypotheekrecht. De crediteur kon niet worden gedwongen om het bezwaarde gedeelte onder de schuldenaar uit te winnen voordat hij het gedeelte onder de derde-verkrijger executeerde.

Het artikel was ingevoerd omdat de wetgever meende dat het 'te ver' zou gaan een voorrecht te verlenen tegen een hypotheek die slechts op één perceel rustte.²⁰⁵ De schuldenaar zou anders door willekeurige splitsingen en vervreemdingen het verhaal door de crediteur kunnen bemoeilijken.²⁰⁶ Bij de invoering werd erop gewezen dat die vrees ongegrond was, aangezien de derde-verkrijger van een gedeelte nog steeds 'klaarblijkelijk voldoende' goederen voor verhaal zou moeten aanwijzen onder de schuldenaar.²⁰⁷

De kritiek die de tweede afdeling bij invoering van art. 1245 uitoefende, valt te verklaren uit de wens van die afdeling om het gehele voorrecht van uitwinning geëcarteerd te zien.²⁰⁸ Naderhand is men die kritiek uit zijn oorspronkelijke verband gaan lezen, zodat de vraag rees waarom de derde-verkrijger van een gedeelte eigenlijk geen beroep op het voorrecht kon doen, indien hij 'klaarblijkelijk voldoende' goederen voor verhaal kon aanwijzen.²⁰⁹ Naar aanleiding daarvan stelde Pelinck voor om op dit geval eveneens zijn suggestie voor opeenvolgende verkoop ter veiling toe te passen:²¹⁰ eerst zou het gedeelte onder de schuldenaar worden geveild en slechts indien dat onvoldoende verhaal opleverde het gedeelte onder een derde-verkrijger.²¹¹

De tweede afdeling had zich echter vergaloppeerd in haar kritiek. Art. 1245 maakte het mogelijk om het bezwaarde perceel te executeren 'als of het verbodene zich nog onverdeeld in het bezit van den schuldenaar bevond'.

203 Art. 1245 OBW: 'In geval eene hypotheek is gevestigd op één onroerend goed, en een of meerdere gedeelten daarvan tot derde bezitters mogten zijn overgegaan, behoudt de schuldeischer de bevoegdheid om zijn regt op het verbodene goed, of op zoodanig gedeelte daarvan, als hij raadzaam of voldoende acht, voor het geheel te doen gelden, even als of het verbodene zich nog onverdeeld in het bezit van den schuldenaar bevond.'

204 Van Boneval Faure p.400; Schüller/Waller, art. 1244; Opzoomer IV, p.647 nt.3; Diephuis VII, p.464; Asser, *Handleiding II*, p.382; Van Nierop p.231; Asser/Scholten II, p.530; Asser/Van Oven 3-II, p.214; Stein, *Hypotheek*, 3^e druk, p.140; Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 349.

205 Memorie van Toelichting 13 maart 1833. Voorduin IV, p.635. Zie ook: Asser, *Het BW vergeleken*, nr. 661; Van Boneval Faure p.400; Diephuis VII, p.464.

206 Dit probleem doet zich het meest dringend voor bij onbebouwde grond. Diephuis t.a.p.; Land III, p.400 nt.2; Van Nierop p.231-232; Asser/Scholten t.a.p.; Pitlo, *Zakenrecht*, p.468; Asser/Van Oven t.a.p.; Asser/Mijnssen/Van Velten t.a.p.; Pitlo/Brahn II, p.556.

207 Commentaar tweede afdeling, 18 april 1834, Voorduin IV, p.650.

208 Zie p.237-239 en 241-242.

209 Opzoomer IV, p.647 nt.3; Land III, p.400 nt.2; Van Nierop p.231 nt.1.

210 Pelinck p.38-40.

211 Land t.a.p.

Anders dan algemeen werd geleerd,²¹² gaf deze toevoeging het artikel een veel ruimere reikwijdte dan het zou hebben gehad wanneer het slechts art. 1244 buiten werking stelde voor een bepaald geval. De crediteur bleef volgens art. 1245 immers gerechtigd tot executoriale verkoop van het gehele, onverdeelde perceel.²¹³ De veilingwaarde van het perceel als geheel is echter groter dan de waarde van de afzonderlijke gedeelten. Als de derde-verkrijger van een gedeelte onder vigeur van het voorrecht werd gebracht, kon dat schade toebrengen aan de crediteur, omdat aan deze de mogelijkheid werd ontnomen zijn recht uit te oefenen alsof er geen vervreemding had plaatsgevonden.

Het volgende cijfervoorbeeld mag als illustratie dienen. Albert heeft een recht van hypotheek op het perceel van Bernard voor een vordering van 100. Het perceel heeft in onverdeelde staat een executiewaarde van 100. Bernard vervreemdt een deel van zijn grond aan Cornelis tegen een marktconforme prijs van 20. Het gedeelte dat Bernard behoudt zal in de praktijk geen 80 meer waard zijn, maar minder: zeg 70. Onder vigeur van art. 1245 kan Albert zijn recht uitoefenen alsof er niet is vervreemd: de opbrengst ter veiling is 100 en Albert wordt volledig voldaan. Als art. 1245 niet bestond, dan zou Cornelis in het onderhavige geval nog steeds niet een beroep op art. 1244 kunnen doen, omdat het gedeelte onder Bernard onvoldoende verhaal biedt voor de gehele schuld. Albert zal beide gedeelten executeren voor een totale opbrengst van 90. Voor de restschuld van 10 heeft hij geen zekerheid. Men dient hierbij op te merken dat afschaffing van art. 1245 en vervanging van de regeling door opeenvolgende verkoop ter veiling, zoals Pelinck voorstelde, geen verbetering inhoudt van de positie van Cornelis (zijn gedeelte wordt nog steeds geveild), terwijl de positie van Albert slechter wordt (de executiewaarde van beide gedeelten is geringer dan de gezamenlijke executiewaarde).

Daarentegen moet worden toegegeven dat Pelincks volgorde een verbetering van de positie van derden-bezitters van een gedeelte betekent, indien de verzekerde schuld lager is dan de waarde van het gehele verbonden perceel.

Albert heeft nu een recht van hypotheek voor een vordering van 80. Het gehele perceel brengt 100 op als het wordt geveild op de voet van art. 1245. Na voldoening van Albert moet het surplus van 20 worden uitgekeerd. Vanwege de ondeelbaarheid van het recht van hypotheek wordt het surplus toegerekend aan het gehele verbonden goed.²¹⁴ Bernard krijgt 80% oftewel 16 en Cornelis krijgt 20% oftewel 4. Cornelis is echter niet draagplichtig voor de hypotheekschuld: hij verkrijgt een regresvordering van 16 op Bernard ex art. 1252. Als daarentegen de volgorde van Pelinck wordt aangehouden, dan wordt eerst het gedeelte van Bernard geveild (opbrengst 70) en vervolgens het gedeelte van Cornelis (opbrengst 20). De crediteur Albert wordt voldaan en het surplus van 10 wordt volledig uitgekeerd aan Cornelis, die daarnaast een regresvordering van 10 op Bernard verkrijgt.

212 Zie hierboven, nt.204.

213 Pelinck p.39; Asser, *Handleiding II*, p.382; Van Nierop p.231; Asser/Scholten *II*, p.530; Asser/Van Oven 3-*II*, p.214; Asser/Mijnssen/Van Velten 3-*III*, nr. 349.

214 HR 24 juni 1960, *NJ* 1960, 453.

Het nieuwe BW kent geen regeling die vergelijkbaar is met art. 1245 OBW. Bij vervreemding van een afgescheiden deel van een bezwaard goed mag de derde-verkrijger steeds een beroep doen op art. 3:234 en verlangen dat het bezwaarde goed onder de schuldenaar eerst wordt verkocht. De vervreemding van een gedeelte van een bezwaarde onroerende zaak kan daardoor een uitholling betekenen van de zekerheid van de crediteur.²¹⁵ Zoals Pelinck zelf opmerkte, moet dit echter voorop staan: 'wordt de crediteur benadeeld, dan moet het voorrecht vervallen, want deze heeft het recht om onmiddellijk de voldoening zijner schuld te vinden.'²¹⁶ Naar ik meen, bestaat daarom ook onder het nieuwe BW behoefte aan een regeling als art. 1245, die *gelijktijdige* verkoop ter veiling, in plaats van opeenvolgende verkoop, mogelijk maakt.²¹⁷ De crediteur zou daarvoor aannemelijk moeten maken dat hij niet volledige voldoening zal verkrijgen bij gescheiden executie. De ratio van een dergelijke regeling is steeds gelegen in het feit dat een debiteur het verhaal door zijn crediteur niet moet kunnen beperken, wanneer voor de schuld één zekerheidsrecht op één goed is gevestigd, door het goed te splitsen en bij gedeelten te vervreemden.

V.5.6. Het voorrecht van uitwinning bij borgtocht

In het voorgaande is gebleken dat het voorrecht van uitwinning voor derden-eigenaren van met zekerheid bezwaarde onroerende zaken reeds bij zijn invoering in 1838 aan kritiek onderhevig was.²¹⁸ In de praktijk werd er echter geen beroep op gedaan, hetgeen wellicht de geringe belangstelling in de literatuur verklaart. In tegenstelling daarmee werd in 1838 het voorrecht van uitwinning zonder kritiek aan *borgen* toegekend, in navolging van alle eerdere wetsontwerpen. Dit voorrecht heeft zich sindsdien in een ruime aandacht mogen verheugen. Er verschenen gedurende de negentiende eeuw drie proefschriften over de subsidiaire aansprakelijkheid;²¹⁹ in de jaren dertig van de twintigste eeuw behandelde Korthals Altes het onderwerp wat bondiger in zijn proefschrift;²²⁰ en in de jaren zestig verschenen twee preadviezen die eveneens op de materie ingingen, van de hand van Pels Rijcken en van de latere ontwerper van de regeling van borgtocht in het nieuwe BW,

215 De hypotheekschuld wordt daardoor onmiddellijk opeisbaar: art. 6:40c BW.

216 Pelinck p.35. Zo ook: Van Nierop p.232.

217 Het beding van art. 3:254 BW is aan art. 1245 verwant. Het ziet echter niet op vervreemding van een gedeelte van één goed. Zie verder over art. 3:254 hieronder, p.329-331.

218 Zie p.237-241.

219 Diemont, *Artikel 1883 burgerlijk wetboek*, Leiden 1860; Hugenhpoth, *De gevolgen van den borgtocht tusschen den schuldeischer en den borg*, Leiden 1890; Harders, *Eenige opmerkingen over den subsidiairen aard van den borgtocht*, Groningen 1895.

220 Korthals Altes, *Borgtocht naar hedendaagsch Nederlandsch recht*, Amsterdam 1933.

De Gaay Fortman.²²¹ In de praktijk deden borgen echter geen beroep op het voorrecht: niet omdat een beroep op het voorrecht aan voorwaarden was gebonden die slechts zelden werden vervuld (zoals de eis dat een derdebezitter 'klaarblijkelijk voldoende' goederen aanwijst voor verhaal), want dergelijke eisen werden ten aanzien van borgen niet of nauwelijks gesteld; maar omdat borgen in de praktijk nagenoeg altijd bij voorbaat *afstand* deden van het hun toegekende voorrecht van uitwinning.²²²

Borgen verbonden zich 'als borg en hoofdelijk medeschuldenaar' of 'onder afstand van alle voorrechten'. Een dergelijk beding kwam voor in nagenoeg alle akten van borgtocht. Hoewel men nooit zover is gegaan om er een bestendig gebruikelijk beding in te zien,²²³ dat kon worden ingelezen waar het was weggelaten, kan zonder meer worden vastgesteld dat borgen naar de normale vorm op gelijke voet met de hoofdschuldenaar tot betaling aangesproken konden worden.²²⁴

De wetgever heeft bij de invoering van het nieuwe BW het voorrecht voor borgen afgeschaft. In de plaats daarvan kwam in art. 7:855 lid 1 de bepaling dat borgen slechts tot nakoming zijn gehouden wanneer de hoofdschuldenaar in de nakoming is tekort geschoten. De 'subsidiare' aansprakelijkheid gaf als 'wezenskenmerk'²²⁵ van borgtocht echter aanleiding tot de gedachte dat een crediteur naar maatstaven van goede trouw gehouden is om eerst het nodige te doen teneinde vast te stellen dat de debiteur geen verhaal biedt, alvorens de borg aan te spreken. Dezelfde goede trouw kan onder omstandigheden meebrengen dat een crediteur eerst verhaal zoekt in zijn overige zekerheidsrechten voordat hij zich tot een borg wendt. Zo lijkt de volgorde van uitwinning, voor borgen afgeschaft in 1992, via de achterdeur van contractuele goede trouw een rentree te maken. Bovendien verleent art. 220 lid 1 Overgangswet NBW eerbiedigende werking aan borgtochten die onder het oude recht tot stand zijn gekomen. In dit licht is het nuttig enige

221 Pels Rijcken, 'Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?' (NJV prae-advies), *Handelingen der NJV 92-I*, Zwolle 1962, p.87-172; De Gaay Fortman, 'Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?' (NJV prae-advies), *Handelingen der NJV 92-I*, Zwolle 1962, p.175-219.

222 Schüller/Waller, art. 1869 s.v. 'wanneer'; Korthals Altes p.21 en 91; Van Vliet p.285; Völlmar, *Nederlands burgerlijk recht III*, 2^e druk, Zwolle 1952, p.938; Pels Rijcken p.103; De Gaay Fortman p.180; Asser/Kamphuisen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 5-II - Bijzondere overeenkomsten*, 4^e druk, Zwolle 1976, p.333; Asser/Kleijn, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 5-IV - Bijzondere overeenkomsten*, 5^e druk, Zwolle 1988, nr. 135 en 158; Stein, *Zekerheidsrechten II: zekerheidsoverdracht, pand en borgtocht*, Deventer 1970, p.184; Wessels, *Bijzondere contracten 3-15: borgtocht, artikelsgewijs commentaar* (GRS losbladig, Kluwer 1980-1992), aant. 1 bij art. 1868 en aant. 2 bij art. 1869.

223 Stein, *Zekerheidsoverdracht*, t.a.p.; Snijders, 'Rechtspraak: autohuurkoop', *NTBR* 7, 1993, p.169. Anders: Asser/Kamphuisen t.a.p.; Asser/Kleijn 5-IV, nr. 158; Du Perron/Haentjes, *Boek 7.14 artikelsgewijs commentaar* (GRS losbladig, Kluwer 2005), aant. 10 bij titel 7.14.

224 Hofmann, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht II*, Groningen/Batavia 1936, p.438; Völlmar t.a.p.

225 Van Vliet p.285; Asser/Kamphuisen 5-II, p.316.

aandacht te besteden aan de regeling die het oude BW gaf omtrent de aansprakelijkheid van de borg.

Het is belangrijk om hierbij te wijzen op de begripsverwarring rondom 'subsidiare aansprakelijkheid'. Korthals Altes merkte terecht op dat de stelling dat borgtocht 'subsidiar' is, ten minste vier verschillende dingen kan betekenen:²²⁶ 1) de borg is niet aansprakelijk voordat het vermogen van de schuldenaar is uitgewonnen; 2) de borg is aansprakelijk maar kan verlangen dat het vermogen van de schuldenaar eerst wordt uitgewonnen; 3) de borg is niet tot nakoming gehouden voordat de schuldenaar is tekort geschoten; 4) de borg kan onmiddellijk worden aangesproken, maar de crediteur heeft een rechtens niet afdwingbare fatsoensplicht om hem niet als eerste aan te spreken. In alle gevallen heeft de borg, zo hij tot betaling wordt gedwongen, regres op de hoofdschuldenaar. Het is dus misleidend om 'subsidiariteit' zonder nadere uitleg tot 'wezenskenmerk' van borgtocht te verheffen: als een dergelijk 'wezenskenmerk' al bestaat, is het gelegen in het *regresrecht* dat de borg door betaling verkrijgt, en niet in het moment waarop hij kan worden aangesproken.²²⁷ Het kenmerk bij uitstek van borgtocht is dat een borg niet draagplichtig is – maar hij kan zeer wel onmiddellijk aangesproken worden, zonder dat het iets afdoet aan zijn status als borg.

V.5.6.1. De aansprakelijkheid van de borg

Volgens art. 1857 was de borg tot nakoming van de hoofdschuld verplicht 'indien de debiteur niet zelf daaraan voldoet.' Het vermoeden rijst dan dat een voorwaardelijke verbintenis, een indemniteitsborgtocht, was bedoeld, zoals in Korthals Altes' optie 1. Dat vermoeden wordt versterkt door art. 1868, dat bepaalde dat de borg 'niet tot betaling is gehouden, dan bij gebreke van de schuldenaar, wiens goederen vooraf moeten uitgewonnen worden.' De daaropvolgende artikelen 1869 en 1870 maken echter duidelijk dat borgen de uitwinning van goederen van de hoofdschuldenaar dienden te *vorderen*. De borg was dus niet voorwaardelijk aansprakelijk, maar kon op dezelfde wijze als de hoofdschuldenaar tot nakoming worden aangesproken.²²⁸ Van de mogelijkheid om eerdere uitwinning te vorderen kon vervolgens, zoals gezegd, bij voorbaat afstand worden gedaan (art. 1870 1^o en 2^o).

226 Korthals Altes p.20. Vgl. Pels Rijcken p.89 en zie ook reeds: Frets p.96-97. In zijn proefschrift merkt Van Ransbeeck op dat het voorrecht van uitwinning een verschijningsvorm van subsidiare aansprakelijkheid is, maar zeker niet de enige wijze waarop subsidiariteit kan worden vormgegeven: Van Ransbeeck, *De zakelijke borgtocht naar Belgisch recht*, Antwerpen/Apeldoorn 2005, p.309.

227 Zo ook: Opzoomer *XI*, p.131; Diephuis *XIII*, p.327; Hugenpoth p.13; Korthals Altes p.22; De Gaay Fortman p.209-210; Asser/Kamphuisen *5-II*, p.317; Asser/Kleijn *5-IV*, nr. 135. Pels Rijcken (p.89) noemt subsidiariteit evenmin als 'wezenskenmerk'. Zie voor het Franse recht: Laurent *XXVIII*, nr. 203; voor het Belgische recht: Van Ransbeeck p.309.

228 Deze tegenstrijdigheid was in 1828 al opgevallen aan Frets (p.100). Zie ook: Schüller/Waller, art. 1868 s.v. 'betaling'; Opzoomer *XI*, p.130; Diephuis *XIII*, p.322; Hugenpoth p.4; Russell, *Verbintenissen- en contractenleer*, Zwolle 1926, p.425; Korthals Altes p.21; Hofmann, *Verbintenissenrecht II*, p.438; Pels Rijcken p.102; De Gaay Fortman p.180; Asser/Kamphuisen *5-II*, p.317 en 333; Asser/Kleijn *5-IV*, nr. 135 en 158.

Het systeem van het oude BW koos aldus voor Korthals Altes' optie 2. Het nieuwe BW kiest daarentegen in art. 7:855 lid 1 voor optie 3. Men kan die vorm van aansprakelijkheid best aanduiden als 'subsidiar', zolang men voor ogen houdt dat het een *lichtere* vorm van subsidiariteit is dan voorheen in de wet stond, en een *zwaardere* vorm van subsidiariteit dan voorheen in de praktijk gebruikelijk was.²²⁹

Naar aanleiding van art. 1857 en 1868 rees de vraag in hoeverre de subsidiaire aansprakelijkheid in stand bleef wanneer een borg afstand had gedaan van een beroep op het voorrecht. Was het noodzakelijk om vast te stellen dat de hoofdschuldenaar niet aan zijn verplichtingen voldeed? Het Brabantse Hof stelde reeds in 1844 vast dat een crediteur niet kon worden belast met het (negatieve) bewijs dat zijn schuldenaar *niet* had betaald.²³⁰ In cassatie werd geklaagd dat de crediteur ingevolge art. 1868 dan ten minste moest bewijzen dat de hoofdschuldenaar in gebreke bleef te betalen: de verbintenis van de borg zou niet opeisbaar zijn voordat betaling was gevraagd aan de hoofdschuldenaar, welk feit de crediteur diende te bewijzen. Nu gaf de wettekst van art. 1868 wel aanleiding tot die grief. Het artikel sprak immers van aansprakelijkheid 'bij gebreke van de schuldenaar'.²³¹ De Hoge Raad oordeelde echter dat er geen uitdrukkelijke wetsbepaling was die ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar vorderde alvorens de borg aan te spreken.²³² De tekst van art. 1868 had slechts op het oog dat de debiteur zijn verplichtingen niet was nagekomen: de woorden 'bij gebreke van de schuldenaar' in art. 1868 betekenden niets anders dan dat de borg kon worden aangesproken 'indien de debiteur niet zelf daaraan voldoet', zoals art. 1857 het verwoordde.²³³ Dienaangaande moest de crediteur het ontstaan van de hoofdschuld bewijzen, niet het voortbestaan ervan.²³⁴ Het (positieve) bewijs van betaling lag derhalve bij de borg.²³⁵ De borg was gehouden om aan zijn verbintenis te voldoen zodra voldoening van de hoofdschuldenaar kon worden geëist.²³⁶ De crediteur hoefde daarbij niet een eventueel faillissement van de hoofdschuldenaar af te wachten.²³⁷

229 Er kan (volgens art. 7:862a) bovendien niet ten nadele van de particuliere borg worden afgeweken van art. 7:855 lid 1: in zoverre is de positie van de crediteur dus door afschaffing van het voorrecht verslechterd.

230 Hof Noord-Brabant, 16 april 1844, *W.* 509.

231 Een gebrekkige vertaling van de woorden 'défaut du débiteur' in art. 2021 Cc: Diephuis *XIII*, p.323. Vgl. Hof Den Haag, 23 maart 1903, *W.* 7945.

232 HR 29 november 1844, *W.* 565. Eerder in gelijke zin: Rb. Den Bosch, 17 november 1843, *W.* 474.

233 Rb. Assen, 5 januari 1891, *W.* 6218.

234 Hof Zuid-Holland 21 december 1853, *W.* 1500; Hof Den Haag 27 januari 1896, *W.* 6839.

235 Rb. Rotterdam, 4 februari 1895, *W.* 6669.

236 Hof Den Bosch, 3 februari 1903, *W.* 7874; HR 9 januari 1931, *W.* 12256 nt. SB; *NJ* 1931, 378 nt. EMM. Zie ook: Hofmann, *Verbintenissenrecht II*, p.439; Völlmar *III*, p.941; De Gaay Fortman p.178-179; Asser/Kamphuisen 5-II, p.332; Asser/Kleijn 5-IV, nr. 157; Wessels, *Bijzondere contracten* 3-15, aant. 1 bij afd. 2.

237 Rb. Amsterdam, 30 januari 1931, *NJ* 1932, 568; Rb. Amsterdam, 8 januari 1932, *W.* 12443; Rb. Utrecht, 30 oktober 1935, *NJ* 1937, 555. Zie ook reeds: Rb. Groningen, 10 juni 1881, *W.* 4713.

Als een borg afstand had gedaan van zijn voorrecht, bevond men zich dus in de situatie van optie 4, om in het schema van Korthals Altes te blijven. De borg kon onmiddellijk worden aangesproken.²³⁸ Op de crediteur rustte ten hoogste een (rechtens niet afdwingbare) fatsoensplicht om de borg niet onmiddellijk aan te spreken.²³⁹ Het is opvallend hoeveel moeite het heeft gekost om dit standpunt ingang te doen vinden. In een constante stroom jurisprudentie werd gedurende de 19e eeuw steeds (en steeds tevergeefs)²⁴⁰ geklaagd dat de hoofdschuldenaar niet in gebreke was gesteld alvorens de borg werd aangesproken.²⁴¹ Kennelijk bestond het gevoelen dat de borg niet viel aan te spreken voordat de debiteur in de nakoming van zijn verplichtingen was tekort geschoten, welk feit dan bewezen diende te worden door ingebrekestelling.²⁴² Het nieuwe BW heeft zulks in art. 7:855 lid 1 tot uitgangspunt genomen. Ten onrechte, zoals de 19e-eeuwse literatuur reeds leerde.

Aanvankelijk werd wel verdedigd dat op een borg een verbintenis rustte onder de opschortende voorwaarde van niet-nakoming door de hoofdschuldenaar.²⁴³ De crediteur zou daarom de tekortkoming van de hoofdschuldenaar, het feit van diens niet-betaling, jegens de borg moeten bewijzen. De Hoge Raad besloot, in zijn eerder aangehaalde arrest,²⁴⁴ dat een dergelijke negatieve bewijslast niet aan de crediteur kon worden opgelegd. Daar werd tegenin gebracht dat een akte van ingebrekestelling nu juist het bewijs van niet-betaling zou opleveren.²⁴⁵ Diephuis maakte, in navolging van Franse auteurs, met dat argument korte metten.²⁴⁶ De ingebrekestelling bewijst op

-
- 238 Borg en crediteur kunnen uiteraard een voorwaardelijke aansprakelijkheid overeenkomen. Ik laat zulks verder buiten beschouwing. Zie: Opzoomer *XI*, p.133 nt.1; Coebergh, 'De zoogenaamde tweede borg', *WPNR* 2905, 1925, p.573-576; Hofmann, *Verbintenissenrecht II*, p.438. nt.1; Van Vliet p.302; Pels Rijcken p.89; Asser/Kamphuisen *5-II*, p.332. Zie ook: Hof Amsterdam, 5 december 1929, *W.* 12164.
- 239 Korthals Altes p.21-22; Pels Rijcken p.103 nt.29; De Gaay Fortman p.181 en 211; Asser/Kamphuisen *5-II*, p.317 en 333; Asser/Kleijn *5-IV*, nr. 135 en 158.
- 240 Uitzonderingen: Hof Den Bosch, 13 mei 1890, *W.* 5929 en Ktg. Rotterdam, 23 juni 1925, *W.* 11505. Beide zaken zijn evident verkeerd beslist. Zo ook: Land/Losecaat Vermeer, *Verklaring van het burgerlijk wetboek V*, 2^e druk, Haarlem 1915-1932, p.724 nt.2.
- 241 Bij wijze van overzicht: Rb. Den Bosch, 17 november 1843, *W.* 474; Hof Noord-Brabant, 16 april 1844, *W.* 509; HR 29 november 1844, *W.* 565; Hof Zuid-Holland 21 december 1853, *W.* 1500; Ktg. Den Haag, 29 september 1856, *W.* 1799; Rb. Den Haag, 23 februari 1858, *W.* 1985; Ktg. Groningen, 21 februari 1881, *W.* 4726; Rb. Amsterdam, 19 april 1889, *PvJ* 83, 1889; Rb. Amsterdam, 25 juni 1889, *W.* 5777; Hof Den Haag, 17 november 1890, *W.* 5952; Rb. Assen, 5 januari 1891, *W.* 6218; Rb. Amsterdam, 28 mei 1891, *PvJ* 78, 1891; Rb. Alkmaar, 10 maart 1892, *W.* 6164; Hof Amsterdam, 18 januari 1895, *W.* 6664; Rb. Rotterdam, 4 februari 1895, *W.* 6669; Hof Den Haag 27 januari 1896, *W.* 6839; Hof Den Bosch, 3 februari 1903, *W.* 7874; Hof Den Haag, 23 maart 1903, *W.* 7945; Rb. Amsterdam, 10 juni 1903, *W.* 8042; Rb. Amsterdam, 18 januari 1907, *W.* 8667; Rb. Amsterdam, 11 maart 1908, *W.* 8828; HR 9 januari 1931, *W.* 12256 nt. SB; *NJ* 1931, 378 nt. EMM.
- 242 Als voorbeeld moge het proefschrift van Diemont dienen: 'Welk onbevangen gezond menschenverstand zal er niet tegen opkomen, dat degene die zich tot borg heeft gesteld om een ander een dienst te bewijzen, kan aangesproken worden alvorens men zelfs de geringste poging hebbe aangewend om van hem, dien de schuld aangaat, voldoening te erlangen?' Diemont p.12.
- 243 Diemont p.16-18; Opzoomer *XI*, p.131 nt.1; De Pinto/Teixeira de Mattos nr. 1104.
- 244 HR 29 november 1844, *W.* 565.
- 245 Diemont p.18; De Pinto/Teixeira de Mattos t.a.p.
- 246 Diephuis *XIII*, p.322-324; Zie ook: Hugenpoth p.6-7.

zichzelf niets, want de crediteur kan ondanks betaling een ingebrekestelling verzenden; en bovendien kan er na het uitbrengen van de ingebrekestelling zijn betaald.²⁴⁷ Zolang er geen formele bewijskracht was verbonden aan een ingebrekestelling, kon de crediteur daarom met het bewijs van niet-nakoming niet worden belast. Als de borg bovendien slechts verbonden was onder de voorwaarde 'dat de schuldenaar niet zelf voldoet', dan zou hij pas aansprakelijk zijn indien het gehele vermogen van de hoofdschuldenaar was uitgewonnen.²⁴⁸ Het bestaan van het voorrecht van uitwinning bewees echter dat een dergelijke indemniteitsborgtocht door de wetgever niet was bedoeld. Opzomer, die aanvankelijk had verdedigd dat een borg slechts voorwaardelijk aansprakelijk was, bekeerde zich in de tweede druk tot het standpunt van Diephuis en de Hoge Raad.²⁴⁹ Het pleit was daarmee in de literatuur beslecht.²⁵⁰ De crediteur behoefde niet aan te tonen dat hij bij de hoofdschuldenaar geen verhaal kon vinden alvorens de borg aan te spreken.

Dit leidde geenszins tot de conclusie dat een borg die afstand had gedaan van het voorrecht van uitwinning, of zich had verbonden als 'borg en hoofdelijk medeschuldenaar', behandeld moest worden als willekeurig welke andere hoofdelijke debiteur. Hij bleef als borg accessoir en subsidiair verbonden.²⁵¹ Als zodanig kon hij een beroep doen op verweermiddelen van de hoofdschuldenaar (art. 1884) en op de exceptie van subrogatie (art. 1885). Er was, naar het gevoelen van de meeste schrijvers, geen reden om de borg te behandelen alsof hij een hoofdelijke schuldenaar zou zijn.²⁵² De wetgever heeft in 1992 echter een andere keuze gemaakt.

247 Dezelfde argumenten spelen een rol als een tijd voor de nakoming is bepaald.

248 Hugenpoth p.7-13; Korthals Altes p.21.

249 Opzomer *XI*, p.130-132.

250 z.n., 'Berichten', *W.* 5456, 1887, p.4 ('De aansprakelijkheid van den borg bij gebreke van den schuldenaar, art. 1868 B.W.', *Regtskundig blad voor het notarisambt* 559, 1887); Hugenpoth p.5; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.723; Russell p.425; Korthals Altes p.21; Hofmann, *Verbintenissenrecht II*, p.438-440; Van Vliet p.269-272; Völlmar *III*, p.941-942; Pels Rijcken p.102-103; De Gaay Fortman p.180; Stein, *Zekerheidsoverdracht*, p.209; Wessels, aant. 1 bij art. 1868.

251 HR 2 mei 1890, *W.* 5871 (bevestigend Hof Leeuwarden, 25 september 1889, *W.* 5822); HR 21 februari 1913, *W.* 9492; *NJ* 1913, 577; Hof Den Haag 23 april 1917, *W.* 10169; *NJ* 1917, 1143; Rb. Groningen, 20 februari 1925, *W.* 11484; *NJ* 1925, 917; Rb. Rotterdam, 11 februari 1926, *W.* 11532; Rb. Breda, 15 maart 1927, *NJ* 1927, 1327; Rb. Den Bosch, 20 mei 1927, *W.* 11876; *NJ* 1929, 25; Hof Den Haag 1 februari 1929, *W.* 11990; Hof Den Haag 16 juni 1930, *NJ* 1930, 1559; Hof Amsterdam, 24 november 1932, *W.* 12593; Rb. Amsterdam, 18 december 1945, *NJ* 1946, 757.

252 Opzomer *XI*, p.135; Diephuis *XIII*, p.330-331; Hugenpoth p.15-19; Russell p.427-428; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.728-729; Hofmann, *Verbintenissenrecht II*, p.441-443; Van Vliet p.286-288; Völlmar *III*, p.939-940; Pels Rijcken p.122-123; Korthals Altes, 'Borgtocht in Boek 7 Titel 14 Ontwerp B.W.', *NJB* 39, 1973, p.1253; Asser/Kamphuisen *5-II*, p.332; Asser/Kleijn *5-IV*, nr. 191; Wessels, aant. 3 en 4 bij art. 1869.

V.5.6.2. De wettelijke regeling van het voorrecht

Na het voorgaande kan het wettelijke voorrecht van uitwinning voor borgen summier worden behandeld.²⁵³ Dit voorrecht heeft immers slechts rechtshistorische waarde. Het is in 1992 afgeschaft en voordien werd er niet of nauwelijks een beroep op gedaan, omdat de toepassing steeds bij voorbaat werd uitgesloten. Art. 1869 voegde bovendien toe dat een borg zich niet op het voorrecht kon beroepen wanneer aan de hoofdschuldenaar jegens de crediteur een verweermiddel toekwam;²⁵⁴ wanneer de hoofdschuldenaar failliet was verklaard;²⁵⁵ en wanneer de borg zich tot zekerheid voor de nakoming van een veroordelend vonnis borg had gesteld.²⁵⁶ De reikwijdte van het voorrecht was dus zeer klein. Het voorrecht moest daarnaast worden ingeroepen 'op de eerste geregelijke aanspraak' (art. 1870). Als dilatoire exceptie²⁵⁷ diende de vordering tot eerdere uitwinning te geschieden vóór alle weren, dus bij conclusie van antwoord.²⁵⁸

Het voorrecht kon niet in hoger beroep en zelfs niet in dupliek worden ingeroepen.²⁵⁹ Als de borg het bestaan van de hoofdschuld of het bestaan van de borgtocht ontkende, diende

-
- 253 De regeling is bovendien grotendeels gelijk aan die in de Code civil. Zie verder p.195-201.
- 254 Het gaat hier om verweermiddelen van de hoofdschuldenaar waar de borg geen beroep op kon doen (art. 1884 lid 2). Daarbij valt te denken aan surséance van betaling, verleend aan de hoofdschuldenaar (art. 230 lid 1 en 241 Fw), maar bijvoorbeeld ook aan borgtocht voor een natuurlijke verbintenis. Diephuis *XIII*, p.332; Huguenpoth p.21-22; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.728; Hofmann, *Verbintenissenrecht II*, p.443; Völlmar *III*, p.941; Asser/Kamphuisen *5-II*, p.334; Asser/Kleijn *5-IV*, nr. 159; Wessels, aant. 5 bij art. 1869.
- 255 Van de crediteur kan niet worden verwacht dat hij eerst verificatie en uitdeling in het faillissement van de hoofdschuldenaar afwacht. Bovendien zijn er geen afzonderlijke goederen voor verhaal aan te wijzen in een faillissement. Diephuis t.a.p.; Huguenpoth p.22; Hofmann t.a.p.; Völlmar t.a.p.; Wessels, aant. 6 bij art. 1869. Volgens Asser/Kamphuisen t.a.p. en Asser/Kleijn t.a.p. zou de regel niet opgaan als de crediteur beschikt over goederenrechtelijke zekerheden die hij in het faillissement van de hoofdschuldenaar kan uitoefenen. Dit lijkt mij juist, gezien de ratio van de regel.
- 256 De wettekst ('geregelijken borgtocht') werd door alle schrijvers beperkt uitgelegd. Schüller/Waller, art. 1869 s.v. 'geregelijken'; Opzoomer *XI*, p.136; Diephuis *XIII*, p.333-334; Huguenpoth p.22-23; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.729; Hofmann, *Verbintenissenrecht II*, p.443-444; Völlmar t.a.p.; Asser/Kamphuisen t.a.p.; Asser/Kleijn t.a.p.; Wessels, aant. 7 bij art. 1869.
- 257 Opzoomer *XI*, p.137 nt.1; Diephuis *XIII*, p.335; Huguenpoth p.2 en 35; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.725; Asser/Kleijn *5-IV*, nr. 158; Sniijders, *NTBR* 7, 1993, p.164. Anders: De Pinto/Teixeira de Mattos nr. 1105.
- 258 Art. 141 lid 2 Rv (oud). Huguenpoth p.28; Hofmann, *Verbintenissenrecht II*, p.440; Völlmar *III*, p.937; Pels Rijcken p.102; Asser/Kleijn t.a.p.; Wessels, aant. 1 bij art. 1870. Zie ook: Ktg. Groningen, 21 februari 1881, *W*. 4726.
- 259 Schüller/Waller, art. 1870 s.v. 'eerste'; Diephuis *XIII*, p.337; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.725; Völlmar *III*, p.937; Asser/Kleijn *5-IV*, nr. 158. Zie ook: Hof Arnhem, 6 januari 1914, *NJ* 1914, 177, welke procedure echter op een andere grond werd afgedaan.

hij het voorrecht tezelfdertijd subsidiair in te roepen.²⁶⁰ Evenals in Frankrijk werd betoogd, wilden sommige schrijvers een uitzondering maken²⁶¹ als de voorwaarden voor het inroepen van het voorrecht pas later vervuld werden, bijvoorbeeld omdat de hoofdschuldenaar aanvankelijk geen goederen bezat voor verhaal. Onder de Code moest het voorrecht worden ingeroepen 'sur les premières poursuites' (art. 2022 Cc). Dat werd uitgelegd alsof de borg stilzwijgend afstand van het voorrecht had gedaan wanneer hij het niet onmiddellijk inriep. De afstand kon hem echter niet worden toegerekend als hij het voorrecht niet eerder had kunnen opwerpen. Het oude BW bepaalde daarentegen dat toepassing van het voorrecht gevorderd moest worden op de eerste 'geregtelijke' aanspraak (art. 1870) en werkte dus in het geheel niet met de fictie van stilzwijgende afstand. Het zou daarom regelrecht tegen de wettekst ingaan wanneer de vordering later alsnog werd toegestaan.²⁶² Mocht de hoofdschuldenaar later goederen verkrijgen die zich leenden voor verhaal, dan kwam dat de borg via diens regresrecht ten goede.

Op het moment van inroeping moest de borg krachtens art. 1871 goederen van de hoofdschuldenaar aanwijzen²⁶³ voor verhaal, en de kosten van uitwinning voorschieten.²⁶⁴

Er is mij slechts één geval bekend waarin een borg gelegenheid werd gegeven om naderhand aan die voorwaarden te voldoen. Wellicht speelde daar een rol dat de hoofdschuldenaar een huis had gehuurd bij de Apoort in Groningen, waarvan hij 'meer en meer tot de treurige overtuiging [had] moeten komen, dat zij in stede van rein, als 't ware was bezaaid met levend onrein of wandgedierte ... zoodat gedaagde met zijn gezin en have zich nergens veilig kon achten.'²⁶⁵ Het was, kortom, zeer de vraag of de crediteur wel iets te verdienen had. De gedaagde hoofdschuldenaar betoogde dat de huurovereenkomst inmiddels was ontbonden; de gedaagde borg beriep zich op het voorrecht van uitwinning. De kantonrechter gaf de eerstgenoemde gelegenheid om diens stelling te bewijzen, en de laatste een kans om zijn beroep op het voorrecht te ondersteunen middels aanwijzing en een kostenvoorschot. Niet onbillijk, maar rechtens niet juist.

De aanwijzing kon zich volgens art. 1871 lid 2 niet uitstrekken tot goederen waarover een geschil in rechte aanhangig was; met hypotheek bezwaarde

260 Opzoomer *XI*, p.137-138; Diephuis *XIII*, p.338; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.725 nt.1; Hofmann t.a.p.; Wessels, aant. 1 bij art. 1870. Zie ook: Rb. Maastricht, 31 oktober 1844, *W.* 560; Ktg. Groningen, 21 februari 1881, *W.* 4726. Anders: Hugenpoth p.29-32.

261 Russell p.426; Hofmann t.a.p.; Völlmar t.a.p.

262 Opzoomer *XI*, p.137-138; Diephuis *XIII*, p.336-339; Hugenpoth p.33-34; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.725 en 726 nt.1.

263 Het voorrecht kon niet worden ingeroepen onder bereidverklaring om op aanvraag goederen aan te wijzen en kosten voor te schieten. Diephuis *XIII*, p.340-341; Hugenpoth p.32-33; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.726. Zie ook: Rb. Maastricht, 31 oktober 1844, *W.* 560; Rb. Amersfoort, 6 april 1853, *W.* 1480; Ktg. Groningen, 21 februari 1881, *W.* 4726; Rb. Amsterdam, 18 januari 1907, *W.* 8667. Het geschil in Hof Den Haag, 3 januari 1941, *NJ* 1941, 451 (beroep van een duidelijk verkeerd gewezen vonnis van Rb. Rotterdam, 10 januari 1939, *NJ* 1939, 957) werd uiteindelijk op een andere grond beslist.

264 De bewijslast dat het voorgeschoten bedrag onvoldoende was, berustte bij de crediteur. Opzoomer *XI*, p.141 nt.2; Diephuis *XIII*, p.344-347; Hugenpoth p.40-44; Russell p.426; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.727; De Gaay Fortman p.214.

265 Ktg. Groningen, 13 februari 1882, *W.* 4806.

goederen onder derden;²⁶⁶ en goederen buiten het koninkrijk.²⁶⁷ Voorafgaande uitwinning van die goederen zou onredelijk bezwarend zijn voor de crediteur.

Anders dan een derde-bezitter was de borg niet verplicht om 'klaarblijkelijk voldoende' goederen aan te wijzen voor verhaal.²⁶⁸ Daardoor bestond de mogelijkheid dat de borg executie zou traineren door goederen aan te wijzen die moeilijk te executeren waren en bovendien geen volledig verhaal boden. In navolging van Franse schrijvers werd daarom wel voorgesteld om de vordering tegen de borg slechts te schorsen tot het beloop van de waarde van de aangewezen goederen.²⁶⁹ Dat was – ook in Nederland – een slecht idee: de waarde van de aangewezen goederen kan hoger of lager uitvallen dan verwacht, hetgeen in beide gevallen problemen oplevert als de vordering tegen de borg reeds ten dele doorgang heeft gevonden.

Een geslaagd beroep op het voorrecht schorste de vordering tegen de borg totdat de crediteur zich had verhaald op de aangewezen goederen onder de hoofdschuldenaar. De borg bleef uiteraard aansprakelijk voor een eventueel tekort. De crediteur droeg echter het risico voor de uitwinning van de aangewezen goederen (art. 1872) nadat het vonnis was gewezen waarin hem de verplichting tot uitwinning werd opgelegd (art. 1870).²⁷⁰

V.5.7. Borgtocht en goede trouw

In afwijking van de wettelijke regeling, werd in de praktijk steeds afstand van het voorrecht gedaan. De crediteur had in dat geval de vrije keuze tussen het aanspreken van borg en hoofdschuldenaar.²⁷¹ Aanvankelijk kon hij zijn keuze geheel naar eigen goeddunken bepalen. Borgtocht schiep, als éézijdige overeenkomst, alleen een verplichting voor de borg om zijn verbinte-

266 Dit vloeiende reeds voort uit de eis (in het eerste lid) dat de borg goederen van de hoofdschuldenaar aanwees voor verhaal. Opzoomer *XI*, p.140-141; Diephuis *XIII*, p.343; Hugenpoth p.36-38; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.726-727; De Gaay Fortman p.192. Daarentegen suggereert Wessels (aant. 1 bij art. 1871) dat de debiteur wellicht het bezit van de bewuste goederen door verpanding heeft verloren. Zulks staat echter op gespannen voet met de wettekst, die spreekt van goederen 'welke voor de schuld zijn verhypothekerd'.

267 Dat wil zeggen, het Rijk in Europa: Wessels t.a.p. Zie verder Diephuis *XIII*, p.344; Hugenpoth p.38.

268 Schüller/Waller, art. 1871 s.v. 'goederen'; Opzoomer *XI*, p.139; Diephuis *XIII*, p.328 en 341-342; Hugenpoth p.34; Russell p.426; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.726.

269 Völlmar *III*, p.937.

270 Opzoomer *XI*, p.142-143; Diephuis *XIII*, p.347; Hugenpoth p.46-49; Land/Losecaat Vermeer *V*, p.727; Hofmann, *Verbintenissenrecht II*, p.441; Wessels, aant. 1 bij art. 1872.

271 Afstand van het voorrecht impliceerde (uiteraard) niet dat de borg daarna als eerste moest worden aangesproken: Rb. Amsterdam, 22 februari 1926, *NJ* 1926, 1320. Zie ook: Wessels, aant. 2 bij art. 1869. De crediteur kon naar believen eerst de één en dan de ander of beiden tegelijk aanspreken: Hof Amsterdam, 25 mei 1888, *W.* 5590. Als hij de borg aansprak, was er geen enkele noodzaak om tevens de hoofdschuldenaar in het geding te roepen: Rb. Winschoten, 13 juli 1887, *W.* 5593.

nis te goeder trouw ten uitvoer te leggen.²⁷² Gedurende de tweede helft van de 20^e eeuw kwam daar verandering in. De Hoge Raad oordeelde in 1941 dat de eisen van maatschappelijke betamelijkheid een zorgplicht opleverden voor de crediteur jegens de borg.²⁷³ In het arrest ging het slechts om een plicht om controle uit te oefenen op de hoofdschuldenaar, opdat de hoofdschuld (en daarmee de aansprakelijkheid van de borg) niet door diens fraude zou toenemen. Naar aanleiding daarvan werd echter de leer ontwikkeld, dat een crediteur in redelijke mate rekening moet houden met de belangen van de borg.²⁷⁴ Dit gold niet alleen bij het aangaan van de borgtocht²⁷⁵ of bij groei van de hoofdschuld: de crediteur kon onder omstandigheden verplicht zijn om de borg op de hoogte te stellen van naderende wanprestatie door de hoofdschuldenaar.²⁷⁶ Zo werd het accent verlegd en diende een vordering tot nakoming jegens de borg getoetst te worden aan de goede trouw.²⁷⁷

Ongeveer tezelfdertijd werd de exceptie van subrogatie uit art. 1885 omgeduid als sanctie op de niet-nakoming van een *zorgplicht*.²⁷⁸ Krachtens dit artikel was een borg uit de borgtocht ontslagen als de crediteur had verhinderd dat de borg door betaling in de rechten van de crediteur zou worden gesubrogeerd.²⁷⁹ De Hoge Raad stelde echter in 1972 vast dat de borg door de verhinderende *schade* diende te lijden.²⁸⁰ Hij kon zijn verplichting uit de borgtocht vervolgens verrekenen tot het beloop van de schade.

Daarmee was vastgesteld dat een crediteur jegens zijn borg een zorgplicht in acht moest nemen, die zich ook uitstreekte tot de plicht om geen afbreuk te doen aan overige zekerheidsrechten waarin de borg door subrogatie zou

272 Vgl. bijvoorbeeld De Gaay Fortman p.198. Pels Rijcken (p.131-132) meende in 1961 nog dat de goede trouw in de verhouding tussen schuldeiser en borg van weinig betekenis was, en slechts invloed zou uitoefenen in zeer sterk sprekende gevallen.

273 HR 16 januari 1941, *NJ* 1941, 508 nt. PS.

274 HR 13 januari 1961, *NJ* 1961, 364; HR 13 maart 1964, *NJ* 1964, 188; *AA* 14, 1964, p.17 nt. G. Zie verder: Wessels, aant. 2 bij afd. 2.

275 HR 6 januari 1989, *NJ* 1989, 281; HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 nt. CJHB.

276 HR 13 maart 1964, *NJ* 1964, 188; *AA* 14, 1964, p.17 nt. G; HR 11 januari 1974, *NJ* 1974, 179. Zie ook: Wessels t.a.p.

277 HR 11 januari 1974, *NJ* 1974, 179; Hof Den Bosch, 16 november 1983, *NJ* 1984, 452.

278 Asser/Kamphuisen 5-II, p.339-343. Zie echter, voor de historische achtergronden van één en ander, reeds Harders p.67-69.

279 Een stuitend voorbeeld daarvan is te vinden in Hof Amsterdam, 9 december 1892, *Regtskundig blad voor het notarisambt* 759, 1893 (beroep van Rb. Utrecht, 11 november 1891, *Regtskundig blad voor het notarisambt* 730, 1892). Een crediteur had een recht van hypotheek uitgeoefend zonder zijn borg te waarschuwen. Deze klaagde dat zijn belang was geschonden om door betaling in de hypotheek te worden gesubrogeerd. De rechtbank stelde – terecht – vast dat de aansprakelijkheid van de borg was verminderd met de opbrengst van de geëxecuteerde hypotheek, zodat de borg geen schade had geleden. Het Hof meende echter dat de crediteur zijn borg had moeten waarschuwen: het gevolg was dat de borg geheel was bevrijd.

280 HR 14 april 1972, *NJ* 1972, 295 nt. GJS. In HR 9 januari 1930, *W.* 12089 was reeds beslist dat de exceptie van subrogatie niet kon worden ingeroepen indien de crediteur zijn zekerheidsrechten op normale wijze had uitgeoefend.

kunnen treden. Bij de uitoefening van zijn verhaalsmogelijkheden diende een crediteur dus rekening te houden met de belangen van de borg.²⁸¹ Het lag voor de hand om eveneens een zorgplicht jegens de borg aan te nemen voor wat de *volgorde* van uitoefening van verhaalsmogelijkheden betrof. De crediteur moest in die visie doen wat redelijkerwijs mogelijk was om de borg voor uitwinning van diens goederen te behoeden.²⁸² Kon dat nu leiden tot een op de contractuele goede trouw gefundeerde zorgplicht, om eerst verhaal te zoeken op goederen van de schuldenaar alvorens de borg aan te spreken?

Deze gedachtegang zou, in haar uiterste consequentie, tot wonderlijke resultaten voeren. Een crediteur had een borg aangenomen onder afstand van het voorrecht van uitwinning. De borg had daardoor het risico geaccepteerd dat hij onmiddellijk voor de hoofdschuld zou worden aangesproken; zulks geschiedde en de crediteur legde beslag op onroerende goederen van de borg. Deze crediteur was bovendien voorzien van een recht van hypotheek onder de hoofdschuldenaar. Was hij verplicht om eerst zijn hypotheek uit te oefenen alvorens goederen van de borg te executeren?²⁸³ Dan zou de contractuele afstand van het voorrecht illusoir worden gemaakt door de contractuele goede trouw. Bovendien leidde de borg in het onderhavige geval geen vermogensrechtelijke schade – hij werd na uitwinning van zijn goederen immers gesubrogeerd in de hypotheek van de crediteur. Daarnaast had de wetgever bewust verschillende voorrechten in het leven geroepen voor borgen en derden-bezitters. Het zou nogal ver voeren als een borg, die nota bene afstand van zijn voorrecht had gedaan, op grond van de goede trouw kon eisen dat eerst een hypotheek onder de debiteur werd uitgeoefend, terwijl een derde-bezitter zulks slechts kon doen indien hij voldoende goederen aanwees voor verhaal.

Een dergelijke zorgplicht om eerst verhaal te zoeken op andere zekerheden werd wel aangenomen als de crediteur beschikte over goederen die hem ten titel van zekerheid waren overgedragen.²⁸⁴ De crediteur diende zich, aldus de rechtbank in Zwolle, te verhalen op fiduciaire zekerheden alvorens de borg aan te spreken.²⁸⁵ Dit vonnis valt echter te verklaren uit het gegeven dat de borg niet van rechtswege gesubrogeerd zou worden in de fiduciaire

281 HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 493 nt. CJHB; Hof Den Bosch, 1 november 1984, *NJ* 1985, 438.

282 Vgl. Brunner in zijn noot onder het aangehaalde arrest. Zie ook: Asser/Kamphuisen 5-II, p.338; Stein, *Hypotheek*, 3^e druk, p.138-139. Men merke op dat dit het uitgangspunt was van het klassieke Romeinse recht, zij het dat de crediteur daar niet zozeer jegens de borg, als wel jegens zijn debiteur verplicht was om de borg voor uitwinning te behoeden. Zie p.24-25.

283 Ontkennend: Hof Amsterdam, 28 april 1937, *NJ* 1937, 937. Zie ook: Van Vliet p.285 nt.1 en 305-308. De crediteur was evenmin verplicht om eerst verhaal te zoeken op de borg alvorens verhaal te zoeken op een hypothecair verbonden goed: Rb. Zutphen (KG), 14 maart 1990, *KG* 1990, 163.

284 Wessels, aant. 3 bij afd. 2.

285 Rb. Zwolle, 4 februari 1953, *NJ* 1954, 167.

zekerheden, omdat die – als eigendomsrechten – niet accessoir aan de vordering waren.²⁸⁶ Hij had derhalve belang bij een volgorde van uitwinning, te meer daar de fiduciaire zekerheden voldoende verhaal boden voor de hoofdschuld. Ik meen echter dat de zaak anders zou zijn beslist (en de borg tot betaling veroordeeld) als de crediteur zekerheid had gesteld voor het verhaal van de borg op de fiduciaire zekerheden.

V.5.7.1. Heidenreich/Alcredis

Zo was, aan de vooravond van de invoering van het nieuwe BW, een onoverzichtelijke situatie ontstaan. Afstand van het voorrecht van uitwinning door borgen was dermate gemeengoed geworden, dat de wetgever van zins was het voorrecht af te schaffen. Het was duidelijk dat crediteuren niet verplicht waren om eerst de *hoofdschuldenaar* aan te spreken (of zelfs maar in gebreke te stellen) alvorens de borg aan te spreken. Waren zij echter uit hoofde van hun zorgplicht gehouden om *eerst andere zekerheidsrechten* uit te oefenen alvorens de borg aan te spreken? Men dient daarbij te bedenken dat borgen volgens het hun toekomende voorrecht de crediteur niet mochten verwijzen naar goederen van derden-bezitters (art. 1871). Omgekeerd konden derden-bezitters de crediteur niet verwijzen naar bezwaarde goederen onder een borg (art. 1244). Derhalve had een crediteur de vrije keuze tussen het aanspreken van een borg en het uitoefenen van goederenrechtelijke zekerheidsrechten onder een derde-bezitter.²⁸⁷ De invloed van de goede trouw bleef dus beperkt tot de vraag of een crediteur, die contractueel de verplichting had uitgesloten om op vordering van de borg eerst de hoofdschuldenaar aan te spreken, *desondanks* op grond van de goede trouw verplicht kon zijn om zijn zekerheidsrechten *onder de hoofdschuldenaar* uit te oefenen, alvorens de borg aan te spreken. Kort na invoering van het nieuwe BW kreeg de Hoge Raad gelegenheid om zich over dit onderwerp uit te spreken.²⁸⁸

De taxiondernemer De Neuve kocht enige auto's onder huurkoopcondities van Heidenreich. De koopprijs werd gefinancierd door de Alcredis bank, die zich tot meerdere zekerheid van haar vorderingen op De Neuve de eigendom van de taxi's liet overdragen. De verkoper Heidenreich stelde zich daarnaast borg voor dezelfde schuld. Nadat De Neuve failliet was gegaan, sprak Alcredis de borg Heidenreich aan tot betaling. Deze verweerde zich met een beroep op het voorrecht van uitwinning. Het Hof stelde echter vast dat, zelfs als afstand van het voorrecht niet een bestendig gebruikelijk beding zou zijn, de borg niet had voldaan aan de eisen die art. 1871 OBW stelde door geen goederen aan te wijzen voor

286 De zekerheidseigendom valt (door inwerkingtreding van een ontbindende voorwaarde) door de voldoening terug in het vermogen van de zekerheidsgever. Het absolute karakter van het eigendomsrecht verhindert een overgang naar de betalende borg, anders dan door eigendomsoverdracht door de zekerheidsgever. Zie HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 (Nijverdal ten Cate/Wildervank q.q.).

287 Diephuis XIII, p.343.

288 HR 24 april 1992, NJ 1992, 463 (Heidenreich/Alcredis).

verhaal en geen kosten van uitwinning voor te schieten.²⁸⁹ Heidenreich had echter een tweede pijl op zijn boog: hij stelde dat Alcredis eerst de zekerheidseigendom diende uit te winnen, zodat de bank niet te goeder trouw handelde door hem als borg aan te spreken tot betaling.

Het Hof passeerde de fundamentele vraag of een crediteur gehouden was eerst andere zekerheden uit te winnen alvorens de borg aan te spreken, door vast te stellen dat als een dergelijke zorgplicht al bestond, de crediteur *in dit geval* daaraan had voldaan doordat uitwinning van de zekerheidseigendom feitelijk onmogelijk was.²⁹⁰ Heidenreich kwam daartegen op met enige grieven omtrent de oordeelsvorming door het Hof, menend dat Alcredis feitelijk had gehandeld in strijd met de goede trouw. De Hoge Raad stelde evenwel vast dat de beslissing van het Hof voldoende was gemotiveerd en dat daarmee de kous af was.

Interessanter dan het arrest van de Hoge Raad is de conclusie van A-G Hartkamp. Het Hof had in het midden gelaten of een borg kon verlangen dat de schuldeiser die ook over andere zekerheden beschikt, eerst die andere zekerheden uitwint alvorens de borg aan te spreken. Hartkamp stelde vast dat die regel in een dergelijke algemene formulering *niet* gold.²⁹¹ Er is, zo merkte hij onder verwijzing naar het toen recent ingevoerde BW op, voor borgen geen pendant van art. 3:234 (het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters), terwijl de wetsbepalingen omtrent regres en subrogatie althans de mogelijkheid impliceren dat de borg als eerste wordt aangesproken. Hartkamp voegde daar onmiddellijk aan toe:

'Wel kan het in de omstandigheden van het geval zo zijn, dat de schuldeiser in strijd met de goede trouw handelt indien hij de borg aanspreekt zonder eerst een poging te hebben gedaan die andere zekerheden uit te winnen.'²⁹²

In het onderhavige geval ging het niet om de verhouding tussen borgtocht en beperkte goederenrechtelijke zekerheidsrechten, maar om de verhouding tussen borgtocht en fiduciaire eigendom. De borg zou door betaling niet in de zekerheidseigendom worden gesubrogeerd, aangezien deze zou toeval- len aan de (failliete) hoofdschuldenaar. Bovendien kan een crediteur die is

289 Rov. 4 Hof, aangehaald in Heidenreich/Alcredis. Het beroep op het voorrecht had ook afgedaan kunnen worden op het faillissement van De Neuve (art. 1869), ware het niet dat het faillissement inmiddels was opgeheven vanwege gebrek aan baten. Zie: Snijders, *NTBR* 7, 1993, p.164.

290 Rov. 6-10 Hof, aangehaald in Heidenreich/Alcredis. Het Hof liet zijn oordeel aldus rusten op de overweging dat Alcredis de andere zekerheden niet *kon* uitwinnen. Zoals A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 7) overwoog, voer het Hof daarmee een hachelijke koers, want de (on)mogelijkheid van uitwinning was geen onderwerp geweest van partijdebat. Hij concludeerde daarom tot vernietiging en verwijzing, waarna een ander Hof zich zou moeten buigen over de vraag of Alcredis niet *hoefde* uit te winnen. De Hoge Raad bevestigde echter de uitspraak van het Hof.

291 Conclusie A-G Hartkamp, sub 5.

292 Hartkamp t.a.p.

voorzien van zekerheidseigendom, zich in zekere zin 'onder zichzelf' verhalen, zodat een behandeling naar analogie met de verrekening van art. 6:139 in de rede lag. Bestond er onder die omstandigheden een plicht om eerst de zekerheidseigendom uit te winnen? Niet noodzakelijk: als het object van de zekerheidseigendom sterk in waarde is gedaald, of onvindbaar is, heeft de crediteur voldoende belang om onmiddellijk de borg aan te spreken.²⁹³ Alles, zo verzuchtte Hartkamp, zal afhangen van de omstandigheden van het geval.²⁹⁴

De regel van A-G Hartkamp heeft zijn waarde behouden onder het nieuwe BW. In een grote hoeveelheid lagere jurisprudentie is invulling gegeven aan de vraag wanneer een crediteur in strijd met de goede trouw handelt door onmiddellijk een borg aan te spreken. De Hoge Raad heeft zich (nog) niet over de geldigheid of de inhoud van die regel uitgelaten. Het ligt echter voor de hand dat de Raad zich te zijner tijd de regel zal eigen maken, dat een crediteur in beginsel de keuze heeft tussen het aanspreken van een borg en de uitoefening van andere zekerheidsrechten, behoudens bijzondere omstandigheden van het geval.²⁹⁵ De verdere uitwerking hiervan zal in het volgende deel worden behandeld.

De wetgever had onder vigeur van het oude BW geen exceptie van subrogatie toegekend aan derden-bezitters, zoals die in art. 1885 was toegekend aan borgen. In de literatuur stond men, in het voetspoor van Pelinck, afwijzend tegenover uitbreiding naar analogie.²⁹⁶ De Hoge Raad oordeelde echter in 1989, vooruitlopend op invoering van het nieuwe BW (art. 6:154), dat een crediteur ook rekening moest houden met het belang dat een derde-zekerheidsgever had bij subrogatie.²⁹⁷ Aangezien de exceptie van subrogatie sinds 1972 wordt gezien als sanctie op de niet-nakoming van een zorgplicht,²⁹⁸ leidt dit tot de conclusie dat de crediteur een zorgplicht in acht moet nemen jegens een zakelijke borg. Het voor-

293 Snijders (NTBR 7, 1993, p.164) voegde in zijn bespreking van het arrest nog toe dat het bezwaarde goed kan zijn tenietgegaan, of het onderwerp zijn van een retentierecht.

294 Hartkamp, sub 6: 'Wat in dit soort situaties van de schuldeiser kan worden gevergd, is afhankelijk van de tussen schuldeiser en borg in acht te nemen maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het licht van de omstandigheden van het geval.' *Cursivering in origineel.*

295 Bij dat laatste moet men denken aan een uitoefening die onverhaalbare vermogensschade voor de borg teweegbrengt, terwijl een andere (juiste) uitoefening die schade niet of veel minder bij de borg neerlegt. De normale executie van een zekerheidsrecht zal – vanwege de mogelijkheid van subrogatie – welhaast nooit onredelijk zijn: zie reeds HR 9 januari 1930, W. 12089. Het belang van een crediteur om zijn zekerheden te bewaren totdat hij volledige betaling heeft verkregen, moet bovendien niet worden onderschat.

296 Pelinck p.47-50. Zie ook: Diephuis VII, p.470; Van Nierop p.235; Pierson p.107.

297 HR 9 juni 1989, NJ 1990, 236 nt. CJHB. Ik wijs erop dat de exceptie van subrogatie naar Frans recht bewust *niet* werd toegekend aan derden-bezitters als bedoeld in art. 2170 Cc. Het motief daarvoor was gelegen in het gegeven dat een borg zich wellicht verbindt met het oog op de andere zekerheden die de debiteur heeft verschaft, terwijl dat van een derde-bezitter niet kan worden gezegd. Men moet daarbij echter beseffen dat het voorrecht van 2170 Cc slechts is toegekend aan derden-*verkrijgers*. Analoge toepassing van de exceptie van subrogatie op derden-zekerheidsgevers (zakelijke borgen) stuit niet op bezwaren.

298 HR 14 april 1972, NJ 1972, 295 nt. GJS.

gaande, inclusief het arrest Heidenreich/Alcredis, heeft daarom een ruimere reikwijdte dan de verhouding tussen schuldeiser en borg. In het volgende deel zal hieraan meer aandacht worden besteed. Daar²⁹⁹ wordt eveneens de vraag behandeld of op een crediteur een zorgplicht kan rusten jegens andere crediteuren, bij de uitoefening van zijn goederenrechtelijke zekerheid.

V.5.8. Uitbreiding van art. 1244 naar analogie

Het oude BW verleende in art. 1244 het voorrecht van uitwinning, in navolging van de Code civil en om dezelfde redenen, slechts aan derden-bezitters van met *hypothek* bezwaarde onroerende zaken. De derde-bezitter van een verpand goed kon, anders gezegd, niet een beroep doen op het voorrecht. De crediteur had steeds de keuze tussen uitoefening van een pandrecht onder een derde en uitoefening onder de schuldenaar. Het pandrecht was immers ondeelbaar (art. 1206) zodat het voor de gehele schuld even zwaar drukte op ieder verbonden goed. Bestond er nu aanleiding om de bepalingen van art. 1244 analoog toe te passen op pandrechten? Om die vraag te beantwoorden zal eerst worden nagegaan in welke situaties een pandcrediteur rechten uitoefende tegen een ander dan de schuldenaar zelf. Het verdient daarbij opmerking dat het oude BW alleen het recht van *vuistpand* kende op roerende zaken.³⁰⁰

Een pandcrediteur kon op verschillende wijzen worden geconfronteerd met een derde-eigenaar van de aan hem verpande zaak. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is een zekerheidsgever voor de schuld van een ander, een 'zakelijke borg'.

Naast de 'gewone' derde-zekerheidsgever moet hier worden gewezen op het fenomeen van 'prolongatie': de herverpanding van effecten. Bij deze constructie verleende de pandgever aan de eerste pandnemer de bevoegdheid om tot herverpanding over te gaan.³⁰¹ Krachtens art. 23 lid 4 van de Algemene Bankvoorwaarden waren banken bevoegd tot prolongatie van de aan hen in pand gegeven effecten.³⁰² Het *bevoegd* gevestigde tweede pandrecht kwam tot stand door de stukken in de macht van de tweede pandnemer te brengen, die ten aanzien van de eerste pandnemer fungeerde als 'overeengekomen derde'. De eerste pandnemer stond door herverpanding zijn executiebevoegdheid af aan de tweede pandnemer; als deze laatste tot executie overging, dan verhaalde hij zich op het goed van een derde (de oorspronkelijke pandgever) die voor de verzekerde schuld slechts verhaalsaansprakelijk was.³⁰³

299 Zie p.364-367.

300 Art. 1198 lid 2; art. 1210; art. 1213.

301 Een onbevoegde herverpanding leidde weliswaar tot de vestiging van een geldig pandrecht (art. 1198 lid 5), maar het eerste pandrecht ging daarbij teniet omdat de zaak uit de macht van de crediteur was geraakt (art. 1198 lid 3). Asser/Mijnssen/Van Velten nr. 129.

302 Asser/Mijnssen/Van Velten nr. 130.

303 Asser/Mijnssen/Van Velten nr. 128 en 130.

Daarnaast kon de schuldenaar de door hem verpande zaak in eigendom overdragen aan een derde.³⁰⁴ Wanneer de crediteur de macht over de verpande zaak door diefstal of verlies had verloren,³⁰⁵ en een derde te goeder trouw vervolgens de zaak om baat had verkregen van een beschikkingsonbevoegde, dan bleef het pandrecht rusten op de eigendom van de verkrijger.³⁰⁶ En tot slot kon een crediteur te goeder trouw een onaantastbaar pandrecht verkrijgen op een zaak die hem door een beschikkingsonbevoegde was verpand, zolang de eigenaar de macht over het goed niet had verloren door verlies of diefstal.³⁰⁷ In al deze gevallen verhaalde de pandcrediteur zich op een zaak die toebehoorde aan iemand die voor de verzekerde schuld niet draagplichtig was.³⁰⁸ De vraag rees nu of een derde kon vorderen dat eerst pandrechten onder de schuldenaar werden uitgeoefend.³⁰⁹

De wetgever is zich bewust geweest van het feit dat een ander dan de schuldenaar pandrechten kan vestigen (art. 1196) en had te dien aanzien bepaald dat de crediteur na verloop van een termijn of na sommatie gerechtigd was tot executie, indien de schuldenaar of de pandgever niet aan zijn verplichtingen voldeed (art. 1201 lid 1). Daaruit kan niets worden afgeleid omtrent analoge toepassing van het voorrecht van uitwinning. Het voorrecht ziet immers niet op de vraag of een crediteur kan executeren, maar op de vraag in welke volgorde een crediteur dient te executeren, gegeven dat hij daartoe bevoegd is: het is een 'bene-

-
- 304 Onder vigeur van het oude BW bleef het pandrecht daardoor bestaan. De verpande zaak moest immers in de macht worden gebracht van de crediteur of een overeengekomen derde (art. 1198 lid 1); als gevolg daarvan kon de schuldenaar het bezit van de verpande zaak slechts aan de verkrijger verschaffen door middel van een *constitutum possessorium* dat aan de pandcrediteur of overeengekomen derde werd medegedeeld: zie HR 1 november 1929, NJ 1929, p.1745 nt. PS (Proehl & Gutmann/Schöck). De verkrijger werd in dit geval niet beschermd tegen het bestaan van het pandrecht: art. 2014 lid 1 vereiste immers, naar zijn gewoonlijke interpretatie, dat het reële bezit was verkregen.
- 305 Het pandrecht ging teniet wanneer het verpande goed op andere wijze uit de macht van de crediteur geraakte (art. 1198 lid 3). Het pandrecht ging derhalve eveneens teniet wanneer een 'overeengekomen derde' overging tot onbevoegde vervreemding. Zie Asser/Mijnssen/Van Velten nr. 134.
- 306 De verkrijger te goeder trouw en om baat was op de voet van art. 2014 lid 1 eigenaar geworden van de verpande zaak. De pandcrediteur aan wie de macht was ontvallen door diefstal of verlies, was echter gedurende drie jaren bevoegd om de macht over de zaak op te vorderen bij de nieuwe eigenaar: art. 1198 lid 4 j° 2014 lid 2. Tegen deze vordering stond uiteraard geen beroep op het voorrecht open: de crediteur kon zeer wel de macht over de zaak vorderen om de termijn van art. 2014 lid 2 te stuiten en behoefde geenszins over te gaan tot executie. De vraag is echter of een beroep op het voorrecht was toegelaten nadat de pandcrediteur de macht over de verpande zaak had herkreten, en *vervolgens* over wilde gaan tot executie.
- 307 Art. 1198 lid 5 j° 2014 lid 2 j° 1198 lid 3.
- 308 Ik behandel hier slechts de derden-eigenaren van een verpand goed. Als het voorrecht van uitwinning op deze groep analoog van toepassing is, dan dient dat eveneens te gelden voor latere gerechtigden tot een beperkt genotsrecht op het verpande goed, zoals eerder (p.252-253) ten aanzien van hypotheke vastgesteld.
- 309 Het lijkt mij uitgesloten dat de derde-eigenaar van een verpande zaak door uitbreiding naar analogie zou kunnen vorderen, dat eerst *hypotheke* onder de schuldenaar worden uitgewonnen. Onder het nieuwe BW is dat *op grond van de wet* wel het geval: zie p.306-307.

ficium *ordinis*'. Uit art. 1202 lid 2 blijkt echter dat de crediteur slechts verplicht was om de pandgever *naderhand* van executie op de hoogte te stellen. Naar het systeem der wet kon het dus gebeuren dat een derde-pandgever pas na executie van die gebeurtenis vernam. Uiteraard was het dan te laat voor een beroep op het voorrecht van uitwinning. De uitwerking van het recht van parate executie onder het oude BW impliceerde dus, dat daarbij niet aan een voorrecht van uitwinning was gedacht.

V.5.8.1. Pandrechten

Er is mij slechts één uitspraak bekend over de vraag of het voorrecht naar analogie toegepast moest worden op pandrechten. Mevrouw Steins had enige aandelen in bewaring gegeven bij een notaris T., die de aandelen vervolgens onbevoegd in pand gaf aan een bank, het Noordhollandsch Landbouwcrediet. De revindicatie, ingesteld door Steins, stuitte af op de vaststelling dat de bank te goeder trouw een geldig pandrecht had verkregen krachtens art. 1198 lid 5.³¹⁰ Bij pleidooi rees echter de vraag of de bank eerst haar pandrechten moest uitoefenen op aandelen van de notaris zelf, die inmiddels was gefailleerd, alvorens verhaal te zoeken op de aandelen van Steins. Daarom-trent overwoog de rechtbank te Den Haag:

'dat het beginsel der wet, hetwelk aan art. 1244 B.W. ten grondslag ligt, en volgens hetwelk een derde slechts wordt uitgewonnen, wanneer het mede-verbonden, aan den schuldenaar zelf toebehoorend goed blijkt niet voldoende te zijn, om daarop de schuld te verhalen, medebrengt dat, gaat 1e gedaagde tot tenuitvoerlegging van haar pandrecht over, zij hare vordering op bovenbedoelde aandeelen slechts zal behooren te verhalen, voor zoover zij zulks niet kan doen op ander, onder haar ter zake berustend onderpand, hetwelk onbetwist het eigendom van den faillieten boedel is'.³¹¹

De rechtbank bracht aldus pandrechten *niet* onder vigeur van art. 1244, maar poneerde een daaraan ten grondslag liggend 'beginsel der wet' dat eveneens op pandrechten van toepassing was. Die benadering had het voordeel dat Steins geen medeverbonden goederen onder de schuldenaar hoefde aan te wijzen, laat staan dat deze 'klaarblijkelijk voldoende' moesten zijn voor verhaal, en evenmin de kosten van uitwinning hoefde voor te schieten. De crediteur 'behoorde' zich eenvoudigweg eerst op verpande goederen van de schuldenaar te verhalen. De rechtbank verliet daarmee het pad van analoge interpretatie en aansluiting bij in de wet geregelde gevallen teneinde zelfstandig recht te scheppen; en slecht recht bovendien. Het voorrecht van uitwinning is sinds Justinianus altijd als *voorrecht*, uit billijkheid, verleend. Omdat het inbreuk maakt op de keuzevrijheid die voortvloeit uit de ondeel-

310 De in pand gegeven effecten waren (na herverpanding door de bank) niet langer individualiseerbaar. Dit vonnis werd echter gewezen ruim vóór de arresten Teixeira de Mattos (HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274; AA 1968, p.144) en Nieuwe Matex (HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338; AA 1978, p.512); de rechtbank nam aan dat Steins eigenaar was gebleven van de onbevoegd verpande effecten. Zie, over individualisatie: Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 131.

311 Rb. Den Haag, 5 juni 1929, NJ 1929, 1297, rov. 6.2.

baarheid van het zekerheidsrecht, is een beroep op het voorrecht steeds aan regels gebonden geweest: de crediteur heeft het *recht* om te executeren onder een derde, en hij is slechts tot een andere volgorde gehouden als zulks kan geschieden zonder nadelige gevolgen voor zijn verhaal. Een 'beginsel der wet' als door de rechtbank geponoerd, bestond (en bestaat) derhalve niet.³¹² Dit laat de vraag echter onverlet, of de toepassing van art. 1244 op pandrechten wenselijk was. Het lijkt mij dat daartegen geen principiële bezwaren konden bestaan.³¹³ Ik stel echter vast dat zulks onder het oude BW nooit is geschied.

V.5.8.2. Voorrechten

Het vonnis van de Haagse rechtbank uit 1929 werd met instemming aangehaald door Pitlo. Hij ging zelfs een stap verder en wilde de volgorde van uitwinning toepassen, als algemene regel van billijkheid, op *alle* gevallen waarin een crediteur rechten kan laten gelden op goederen van een derde die voor de schuld niet draagplichtig is.³¹⁴ Een crediteur met een privilege of retentierecht op goederen van een derde, diende eerst verhaal te zoeken op goederen van de schuldenaar.³¹⁵ Pitlo beperkte die regel onmiddellijk tot gelijksoortige rechten: een crediteur had zijns inziens het recht om zich met voorrang te verhalen op een goed onder een derde, zonder eerst als concurrente crediteur tegen de schuldenaar op te moeten treden. In de literatuur of rechtspraak heeft Pitlo's opvatting geen navolging gekregen; zijn suggestie werd door Brahn in de latere drukken geschrapt.³¹⁶ Dat lijkt mij terecht. Een verplichte volgorde van uitwinning zou te veel afbreuk doen aan de belangen van een bevoorrechte crediteur en zo diens privilege uithollen. Als de crediteur gedwongen is om zich eerst onder de schuldenaar te verhalen, dan bestaat het risico dat hij niet volledige betaling verkrijgt en, terugkerend naar de derde, bemerkt dat deze in de tussentijd is gefailleerd. Dit probleem wordt weliswaar ondervangen door de derde 'klaarblijkelijk voldoende'

312 Stel, bijvoorbeeld, dat notaris T. enige vorderingen in pand had gegeven aan de bank. Het valt niet in te zien waarom de bank zich eerst had moeten verhalen op de verpande vorderingen, die wellicht zeer moeilijk inbaar waren, alvorens het geldige pandrecht op de aandelen van Steins uit te oefenen.

313 Er zijn tal van bezwaren in te brengen tegen het voorrecht van uitwinning; maar gegeven dat het nu eenmaal aan derden-bezitters van met hypotheek bezwaarde goederen was toegekend, had het ook aan derden-bezitters van met pand bezwaarde goederen toegekend moeten zijn. Daar was zelfs meer reden toe, omdat het bestaan van hypotheeken kon blijken uit de openbare registers, terwijl dit voor pandrechten niet het geval was. Pitlo, *Zakenrecht*, p.343 en 468; Pitlo/Brahn II, p.409 en 556.

314 Pitlo t.a.p.

315 Ik wijs er terzijde op dat de toepassing van een volgorde van uitwinning ten aanzien van het privilege van de fiscus op grote ouderdom kan bogen: zie D. 49,14,47,pr., waarover hierboven, p.52-59.

316 Vgl. Pitlo/Brahn II, p.409-410. Brahn heeft over het hoofd gezien om Pitlo's suggestie later in het boek ook te schrappen: Pitlo/Brahn, a.w. p.556.

goederen onder de schuldenaar aan te laten wijzen, ten aanzien waarvan de crediteur is geprivilegieerd; maar dat vereiste werd algemeen bekritiseerd en bovendien door Pitlo niet voorgesteld.

V.5.8.3. Zekerheidseigendom

De eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid werd in 1929 als een geldige constructie door de Hoge Raad geaccepteerd.³¹⁷ Sindsdien werd praktisch geen gebruik meer gemaakt van pandrechten op roerende zaken.³¹⁸ Anders dan bij pandrechten, lag analoge toepassing van het voorrecht van uitwinning op *zekerheidseigendom* niet in de rede, in de zin dat een crediteur gedwongen zou zijn om eerst verhaal te zoeken op zekerheidseigendom die hem door de schuldenaar was verschaft alvorens zich te verhalen op zekerheidseigendom onder een derde. Enerzijds ging de zekerheidseigendom teniet zodra een derde het reële bezit van de roerende zaak te goeder trouw en onder bezwarende titel had verkregen (art. 2014 lid 1).³¹⁹ Een verkrijger te kwader trouw, om niet, of middels een *constitutum possessorium*³²⁰ was anderzijds nooit eigenaar geworden, zodat executie door de crediteur de verkrijger niet in diens vermogen trof. Alleen al daarom had deze laatste geen behoefte aan een voorrecht van uitwinning. Analoge toepassing van art. 1244 op derden die fiduciaire zekerheid geven voor eens anders schuld, zou voorts niet erg nuttig zijn. Evenals bij borgen en 'zakelijke borgen' het geval was, zou de crediteur onmiddellijk bedingen dat de fiduciaire zekerheidsgever bij voorbaat afstand deed van een beroep op het voorrecht.³²¹

Een analoge toepassing van het voorrecht van uitwinning op zekerheidseigendom was derhalve niet zinvol.³²² Dat wil overigens niet zeggen dat een crediteur zich naar willekeur op de zekerheidseigendom kon verhalen. Als hij over verschillende zekerheidsrechten beschikte, diende hij bij de uitoefening daarvan te handelen naar maatstaven van goede trouw. Dit gold uiteraard niet slechts in zijn verhouding tot de schuldenaar en zekerheidsgever,³²³ maar a fortiori ook tegenover derden-zekerheidsgevers.

317 HR 25 januari 1929, W. 11951; NJ 1929, p.616 (Bierbrouwerij); HR 21 juni 1929, W. 12010; NJ 1929, p.1096 (Autobussen). Pos p.208-209.

318 Verpanding bleef echter de normale manier om een zekerheidsrecht te vestigen op in bewaring gegeven effecten.

319 Pos p.216.

320 Een schuldenaar die een zaak *constitutum possessorio* ten titel van zekerheid had overgedragen aan zijn crediteur, was niet in staat om het bezit van die zaak nogmaals door een *constitutum possessorium* te verschaffen. HR 29 september 1961, NJ 1962, 14; AA 11, 1962, p.104. Pos p.217-219.

321 Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 349.

322 De derde die een later beperkt genotsrecht heeft verkregen op de zekerheidseigendom, heeft overigens evenmin behoefte aan een voorrecht van uitwinning.

323 Bijv. Rb. Zutphen (KG), 21 maart 1983, KG 1983, 161.

Samenvattend stel ik vast dat het voorrecht van uitwinning uit art. 1244 onder vigeur van het oude BW *niet* naar analogie werd toegepast. Bij zekerheidseigendom kon zich de feitelijke constellatie niet voordoen en voor de wettelijke privileges was analoge toepassing niet gewenst. Ten aanzien van pandrechten (en beperkte genotsrechten op verpande goederen) was een voorrecht wenselijk geweest; maar de enige schrijver die dat heeft bepleit, Pitlo, liet zich meeslepen door een singulier en zwak gemotiveerd vonnis van een lagere rechter. Hij bepleitte de noodzaak van uitoefening van *alle* zekerheidsrechten onder de hoofdschuldenaar, alvorens verhaal te zoeken op zakelijke zekerheden onder derden. Het is opvallend dat de wetgever van het nieuwe BW op de valreep, door uitbreiding van de bepaling van art. 3:234 bij het Gewijzigd Ontwerp, en in afwijking van Meijers' ontwerp, de leer van Pitlo heeft gevolgd.³²⁴

V.6. EEN BEOORDELING VAN ART. 1244 OBW

V.6.1. Gering praktisch belang

Eerder³²⁵ is duidelijk geworden dat de bepaling van art. 1244 inderdaad 'niet zonder tegenspraak in onze wet [is] opgenomen', zoals Asser schreef.³²⁶ Hij liet daar onmiddellijk op volgen dat zij 'ook later van verschillende zijden [werd] afgekeurd'. Zelf verenigde hij zich

'veeleer met hen, die haar in bescherming nemen, en het niet wenschelijk achten de billijkheid op te offeren aan de zucht om met de uiterste consequentie een eenmaal gesteld beginsel in alle voorkomende gevallen toe te passen; door de bepaling van art. 1244 toch wordt geen nadeel toegebracht aan de belangen van den schuldeischer, terwijl de derde eigenaar er op kan vertrouwen dat zijn goed onverkocht blijft, indien de mede verbonden goederen den schuldenaar voldoende waarborg blijken op te leveren.'³²⁷

Die opvatting is illustratief voor de behandeling van art. 1244 onder vigeur van het oude BW. Zo werd Assers beroep op de billijkheid boven leerstellige consequenties (vrijwel) letterlijk overgenomen door iedere bewerker van zijn handboek, zelfs nog in de dertiende druk uit 2003.³²⁸ Zelf had hij het ontleend aan de parlementaire geschiedenis³²⁹ en aan Diephuis,³³⁰ die de bepaling verdedigde tegen aanvallen door Van Boneval Faure en Opzoomer.³³¹ Andere

324 Zie hieronder, p.303-307.

325 Zie p.237-241.

326 Asser, *Handleiding II*, p.381.

327 Asser a.w., p.382.

328 Zie: Asser/Scholten *II*, p.529; Asser/Van Oven *3-II*, p.213; Asser/Mijnssen/Van Velten *3-III* (11^e druk, 1986), nr. 349; Asser/Van Velten *3-III* (13^e druk, 2003), nr. 334.

329 Memorie van Toelichting, 13 maart 1833. Voorduin *IV*, p.635. Zie boven, p.237.

330 Diephuis *VII*, p.461.

331 Van Boneval Faure p.395-400; Opzoomer *IV*, p.647 nt.3.

schrijvers wezen eveneens, vaak terloops, op de billijkheid van het voorrecht van uitwinning.³³²

Het merendeel der schrijvers besteedde meer aandacht aan de (vermeende) billijkheid van het voorrecht, dan aan een *inhoudelijke* bespreking van art. 1244 OBW. Enerzijds was dat te wijten aan de formulering van art. 1244, die een beroep op het voorrecht praktisch onmogelijk maakte door de aanwijzing van 'klaarblijkelijk voldoende' goederen te vereisen; anderzijds, daarmee samenhangend, werd in de praktijk niet of nauwelijks een beroep op het voorrecht gedaan. Er is mij geen jurisprudentie bekend waarin een vordering tot voorafgaande uitwinning werd ingesteld en toegewezen.³³³ Land schreef daarom in 1902 over het debat tussen voor- en tegenstanders van de bepaling:

'Ik zou veeleer meenen, dat de bepaling al bijzonder weinig beteekent, en dat de schuldeischer dus weinig reden van klagen heeft.'³³⁴

Die praktische vaststelling moet niet uit het oog worden verloren, maar er zijn ten minste twee redenen om er geen genoegen mee te nemen. In de eerste plaats verdient het geen aanbeveling om een slechte wetsbepaling te sauveren met het argument dat de praktijk zich er toch niets van aantrekt; en in de tweede plaats kan een 'dode letter' op enig moment een onvermoede actualiteit krijgen. Gezien de forse uitbreiding die het voorrecht van uitwinning in het nieuwe BW heeft gekregen, lijkt het raadzaam stil te staan bij de beoordeling van het voorrecht onder het oude BW.

V.6.2. Inbreuk op de ondeelbaarheid

Krachtens art. 1209 was het recht van hypotheek ondeelbaar.³³⁵ Dit betekent dat iedere bezwaarde onroerende zaak en elk deel daarvan voor het gehele verschuldigde bedrag was verbonden en dat de crediteur iedere bezwaarde

332 De Pinto/Teixeira de Mattos nr. 715; Hofmann, *Zakenrecht*, p.506; Pitlo, *Zakenrecht*, p.343; Pitlo/Brahn II, p.409; De Grooth, 'De bedongen zekerheidsrechten in het Ontwerp-Meijers', *RM Themis* 1954, p.531.

333 Van den Honert (nr. 412) heeft wel een formulier voor een vordering uit 1244 OBW opgenomen.

334 Land III, p.399. Instemmend aangehaald bij Van Nierop, p.229 nt.2; Hofmann, *Zakenrecht*, p.506; Asser/Scholten II, p.530; Asser/Van Oven 3-II, p.212 en 214. Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 349 wijst er echter met recht op dat de verlening van zekerheidsrechten door een derde meer en meer voorkomt: men denke aan zekerheidstelling in concernverhoudingen, of de verlening van zekerheidsrechten door een directeur in privé voor schulden van de vennootschap.

335 Art. 1209 OBW: 'Dat regt [hypotheek] is uit deszelfs aard ondeelbaar en gevestigd op alle de verbundene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en op ieder gedeelte van dezelve. De goederen blijven daarmede belast, in welke handen dezelve ook overgaan.'

onroerende zaak voor het gehele verschuldigde bedrag kon uitwinnen.³³⁶ Uit de ondeelbaarheid van de hypotheek werd in het tweede lid van art. 1209 het zaaksgevolg afgeleid: de hypotheek drukte even zwaar op iedere verbonden zaak, ook wanneer de zaak aan een derde was vervreemd.³³⁷ De schuldeiser had voorts het recht om de verbonden onroerende zaak te vervolgen, 'in welke handen zich dat ook bevinde' (art. 1242). Uit het beginsel van ondeelbaarheid vloeide daarom voort dat de crediteur *naar zijn keuze* iedere verbonden zaak voor het gehele verschuldigde bedrag mocht uitwinnen, ongeacht of de zaak toebehoorde aan een derde. Zo bezien maakte het voorrecht van uitwinning van art. 1244 een inbreuk op het beginsel van ondeelbaarheid, zoals door welhaast iedere schrijver is vastgesteld.³³⁸

De enige uitzondering lijkt hier Diephuis te zijn, die betoogde dat art. 1244 geen inbreuk maakt op art. 1209. Het voorrecht van uitwinning, zo stelde hij, erkent ten volle dat de zaak verbonden blijft voor de gehele schuld.³³⁹ De executie kon immers onmiddellijk worden ingezet tegen een derde-bezitter, en een beroep op het voorrecht schorste slechts de uitwinning. De voor de hand liggende tegenwerping is dat verhaal op de executieopbrengst van een zaak onder de debiteur aanzienlijk gemakkelijker is dan verhaal op de executieopbrengst van een zaak onder een derde, zodat er, hoe men verder ook over het voorrecht moge denken, in ieder geval een inbreuk werd gemaakt op het beginsel van ondeelbaarheid. Diephuis hanteerde die opvatting zelf ook bij zijn bespreking van art. 1245.³⁴⁰

Er is wel betoogd dat het beginsel van ondeelbaarheid van regeland recht is.³⁴¹ Dat lijkt mij juist, maar het is opvallend dat ter ondersteuning van dit oordeel een beroep werd gedaan op art. 1244. Het voorrecht toonde aan dat de hoofdregel niet in alle gevallen opging, zodat kennelijk van de hoofdregel kon worden afgeweken. Die redenering kan niet worden omgekeerd. Anders gezegd: het betoog dat het beginsel van ondeelbaarheid van regeland recht is, zodat het voorrecht van uitwinning er geen inbreuk op maakt, behelst een cirkelredenering. De vaststelling dat het voorrecht van uitwinning inbreuk maakt op het algemene beginsel van ondeelbaarheid, veroordeelt het voorrecht nog niet. Zoals Diephuis vaststelde, kan een wetgever zeer wel afwijken van een algemeen beginsel ten behoeve van de billijkheid.³⁴² Omdat het voorrecht inging tegen het systeem van het recht, kon een beroep op de 'billijkheid' echter niet voor zichzelf spreken.

336 Stein, *Hypotheek*, 3^e druk, p.28.

337 Asser, *Handleiding II*, p.381; Van Nierop p.227; Asser/Scholten *II*, p.529; Stein, *Hypotheek*, 3^e druk, p.140.

338 Van Boneval Faure p.396; Opzoomer *IV*, p.647 nt.3; Pelinck p.33; Diephuis *VII*, p.464; Asser, *Handleiding II*, p.380-381; Land *III*, p.399; Van Nierop p.231; Hofmann, *Zakenrecht*, p.506; Asser/Scholten t.a.p.; Völlmar, *Inleiding*, nr. 197; Pitlo, *Zakenrecht*, p.468; Dekhuijzen p.63; Asser/Van Oven *3-II*, p.211 en 213; Asser/Mijnssen/Van Velten *3-III*, nr. 349; Stein t.a.p.; Pitlo/Brahn *II*, p.556.

339 Diephuis *VII*, p.461-462.

340 Diephuis *VII*, p.464.

341 Dekhuijzen p.63; Pitlo, *Zakenrecht*, p.468; Pitlo/Brahn *II*, p.556.

342 Diephuis *VII*, p.461.

V.6.3. 'Eene hoogst billijke bepaling'

Tijdens de parlementaire behandeling van art. 1244 werd door het Kamerlid Van Rappard opgemerkt dat de wetgever zich had beijverd om de belangen van crediteur en derde te verzoenen. Hij wees er bij die gelegenheid op dat de derde van uitwinning gevrijwaard diende te blijven '*wanneer zulks buiten schade van den schuldeischer mogt kunnen plaats hebben*'.³⁴³ Die gedachte werd in de literatuur algemeen gevolgd: het voorrecht van uitwinning was billijk omdat het de crediteur geen schade toebrengt.³⁴⁴ Het maakte voor hem geen verschil uit of hij zijn verhaal eerst zocht onder een derde of eerst onder de hoofdschuldenaar; althans zolang de executiewaarde van zijn zekerheden niet afnam.³⁴⁵ Hierbij wordt uit het oog verloren dat, als die situatie zich voordeed, de derde-bezitter *evenmin* vermogensrechtelijke schade ondervond wanneer hij als eerste werd aangesproken. Deze werd immers na uitwinning van de bezwaarde zaak of na betaling gesubrogeerd in de overige hypothecaire rechten van de crediteur. Als de bezwaarde zaak onder de hoofdschuldenaar te weinig opbracht om de crediteur te voldoen, zodat deze genoodzaakt was terug te keren naar de derde, dan verkreeg de derde na uitwinning voor het restant van de schuld een onverzekerd regresrecht op de hoofdschuldenaar. Die situatie verschilt niet van het geval waarin de derde als eerste is aangesproken tot verhaal, waarna de zekerheidsobjecten onder de schuldenaar zijn uitgewonnen. En als de bezwaarde goederen onder de hoofdschuldenaar voldoende zijn voor verhaal door de crediteur, dan zijn ze dat ook voor het verhaal krachtens subrogatie door de derde. De derde had dus, welbeschouwd, dankzij de werking van subrogatie *geen vermogensrechtelijk relevant belang* bij het voorrecht van uitwinning.³⁴⁶

Het is uiteraard denkbaar dat zekerheidsrechten onder de schuldenaar tussentijds in waarde verminderden. Dan had de derde-bezitter er belang bij dat zijn goederen niet als eerste werden verkocht. Het was echter evenzeer denkbaar dat zekerheidsrechten onder de derde in waarde verminderden, en dan had de crediteur er juist belang bij dat hij *niet* eerst tegen de schuldenaar moest optreden.³⁴⁷ Het oude BW hield slechts in beperkte mate rekening met deze complicatie.³⁴⁸ Onder het nieuwe BW kan zij zich niet langer voordoen, aangezien de verbonden goederen tezelfdertijd in executie worden gebracht en opeenvolgend verkocht.

343 Van Rappard, openbare beraadslagingen van 21 april 1834. Voorduin IV, p.652. Cursive-
ring in origineel.

344 Asser, *Handleiding II*, p.382; Asser/Scholten II, p.529; Asser/Van Oven 3-II, p.213; Asser/
Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 349.

345 Pelinck p.35.

346 Anders: Asser, *Handleiding II*, p.380; Asser/Scholten II, p.528; Asser/Van Oven 3-II, p.212;
Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 347.

347 Pelinck p.35.

348 Art. 1251 gaf de crediteur een (persoonlijke) rechtsoverdracht tot schadeloosstelling als de
waarde van de zekerheidsobjecten door de schuld van de derde-bezitter was gedaald.
Een positieve wetsbepaling over de risicoverdeling na het invoeren van het voorrecht
van uitwinning ontbrak echter voor derden-bezitters. Zie boven, p.259.

Eén en ander impliceert dat een derde-bezitter onder vigeur van het nieuwe BW nooit vermogensschade zal lijden door het feit dat zijn verbonden goederen het eerste worden uitgewonnen. Het voorrecht van uitwinning impliceert (in zijn moderne, niet-Romeinse gedaante) immers het bestaan van andere zekerheidsrechten onder de schuldenaar, waarin een uitgewonnen derde door subrogatie kan treden.

Uitgaande van een economisch georiënteerd schadebegrip, kan een derde-bezitter belangen hebben bij het behoud van het bezwaarde goed, die verder reiken dan een zuiver vermogensrechtelijk belang.³⁴⁹ Dan rijst opnieuw de gedachte dat een derde-bezitter het uit billijkheid ‘verdient’ om met rust te worden gelaten. Al bij de invoering van art. 1244 liepen enige parlementsleden hiertegen te hoop. Een hypotheccair stelsel met ‘geheime’ hypothecken, zoals het Franse, had wellicht behoefte aan een voorrecht van uitwinning, zodat derden niet geconfronteerd werden met zekerheidsrechten wier bestaan zij niet konden vermoeden. Maar in een stelsel dat was gegrondvest op de publiciteit en specialiteit van hypothecken, bestond aan het voorrecht geen behoefte.³⁵⁰ De derde-verkrijger van een bezwaarde zaak kon immers steeds door raadpleging van de registers weten van het bestaan van de hypotheek.³⁵¹ Zijn verhaalsaansprakelijkheid had hij tot uitdrukking kunnen brengen in de koopprijs, als hij al niet – zoals vrijwel steeds – de koopprijs aanwendde voor aflossing van de hypotheccaire schuld.³⁵² Een derde-zekerheidsgever, bovendien, verdiende niet meer bescherming dan een borg. Hij verbond willens en wetens zijn goed voor andermans schuld, en hij kon uiteraard er voor kiezen om geen beroep te doen op het voorrecht dat hem slechts in zijn eigen belang, uit billijkheid, was verleend. De toekenning van het voorrecht aan zakelijke borgen leidde – evenals bij reguliere borgen – slechts tot afstand bij voorbaat, zoals in de praktijk ook geschiedde.³⁵³

Bij de invoering van art. 1244 vreesde de wetgever dat het belang van de crediteur, om snel en gemakkelijk volledig verhaal te vinden, in het gedrang zou komen. Een beroep op het voorrecht werd om die reden aan dermate

349 Het argument dat de derde zich moeite moet getroosten om zijn regresvordering te verhalen, komt in laatste instantie neer op een argument van proceseconomie. Dit argument moet immers worden afgewogen tegen de moeite die de crediteur zich moet getroosten om zijn vordering te verhalen. Zie hieronder, p.288-290.

350 Opzoumer IV, p.647 nt.3; Pelinck p.33; Land III, p.399 nt.1; Van Oven, *NJB* 16, 1942, p.226. Anders: De Pinto/Teixeira de Mattos nr. 715.

351 Van Boneval Faure p.399; Van Oven, *NJB* 16, 1942, p.225.

352 Pitlo, *Zakenrecht*, p.466-467; Asser/Van Oven 3-II, p.212; Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 347; Pitlo/Brahn II, p.554. Een veilingkoper van de onroerende zaak beschikte bovendien over de mogelijkheid om een ‘vordering tot ontlasting’ in te stellen (de Franse ‘purge’): art. 1254. Ten aanzien van andere dan executoriale verkoop werd een beroep op die bepaling veelal uitgesloten in de hypotheekakte.

353 Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III, nr. 349. Anders: Pitlo, *Zakenrecht*, p.468; Pitlo/Brahn II, p.556.

strengere eisen onderworpen, dat het in de praktijk niet voorkwam.³⁵⁴ Art. 1245 sloot bovendien een geval uit waarin een beroep op het voorrecht in de ogen van de wetgever 'te ver' zou gaan. Daaruit sprak reeds de gedachte dat het voorrecht een inperking was van de rechten van de crediteur.³⁵⁵ Diens verhaal kwam niet in gevaar door zich eerst tot de schuldenaar te wenden, te meer daar de executiekosten in geval van onvolledige betaling alsnog verhaald konden worden op het bezwaarde goed onder de derde – maar zulks betekende nog steeds een vertraging bij de inning van de schuld.³⁵⁶ Dit klemde te meer aangezien de crediteur geen invloed kon uitoefenen op het ontstaan van derden-bezit.³⁵⁷ Hij kon een vervreemding door de schuldenaar immers niet verhinderen. En zelfs afstand van het voorrecht door een zakelijke borg kon worden doorkruist door vervreemding van de bezwaarde zaak. In dit licht lijkt het voorrecht van uitwinning uit art. 1244 mij niet verdedigbaar met een beroep op vermeende billijkheid.

V.6.4. Proceseconomie

Behalve met een beroep op de billijkheid, is het voorrecht eveneens verdedigd met een beroep op de proceseconomie.³⁵⁸ Als de crediteur volledige betaling kan verkrijgen onder de schuldenaar (en slechts in dat geval), dan wordt een regresvordering vermeden door eerst de schuldenaar in plaats van de derde aan te spreken. Daar tegenover staat dat het voorrecht tot een toename van het aantal vorderingen leidt wanneer het verbonden goed onder de schuldenaar niet voldoende is voor verhaal, terwijl het verbonden goed onder de derde dat wel is.

Albert heeft een vordering van 20 op Bernard. De verbonden zaak onder Bernard is 20 waard; Cornelis heeft als derde zekerheid voor de schuld gegeven en de executiewaarde van zijn zaak is 5. Als het voorrecht *niet* bestaat kan Albert zich verhalen op Bernard; of hij kan zich verhalen op Cornelis en vervolgens op Bernard. In het laatste geval zal Cornelis zich bovendien op Bernard verhalen. Dankzij het voorrecht van uitwinning wordt een regresvordering van Cornelis op Bernard vermeden. Maar wanneer de verbonden zaak

354 Men kan allicht betogen dat het voorrecht praktisch belang miste omdat crediteuren hun verhaal eerst zochten onder de hoofdschuldenaar, met de geest der wet in het achterhoofd. Dit zal inderdaad een rol hebben gespeeld, maar het is nog geen reden om een fatsoensplicht (die ook zonder het artikel zou bestaan) te codificeren als positieve verplichting, zij het op vordering van de derde.

355 Van Boneval Faure p.400.

356 Van Boneval Faure p.398; Pelinck p.35.

357 Van Boneval Faure p.397; Land III, p.399 nt.1. In hypotheekakten werd vaak bedongen dat de hypotheekgever slechts met instemming van de hypotheeknemer het goed mocht bezwaren of vervreemden. Het behoeft geen betoog dat een dergelijk beding geen zakelijke werking had (en heeft). Stein, *Hypotheek*, 3^e druk, p.141-142.

358 Diephuis VII, p.461 en XIII, p.327; De Pinto/Teixeira de Mattos nr. 1105; Hugenpoth p.14-15. Dit argument gaat terug op de gemeenrechtelijke hoogleraar Faber (1557-1624): zie p.173-174.

onder Bernard 10 waard is, zal Albert twee procedures moeten voeren om (gedeeltelijke) betaling te verkrijgen, terwijl Cornelis met een onverzekerde regresvordering achterblijft – ongeacht de volgorde waarin Albert verhaal zoekt.³⁵⁹ De toekenning van een voorrecht is hierop niet van invloed. Als de verbonden zaak onder Cornelis bovendien 20 waard is en de zaak onder Bernard 5, dan werkt een voorrecht juist meer procedures in de hand. Zonder voorrecht verhaalt Albert zich voor het volledige bedrag op Cornelis, die zich vervolgens op Bernard verhaalt: krachtens subrogatie voor 5 en krachtens regres voor de resterende 15. Het voorrecht dwingt Albert echter om eerst het verbonden goed onder Bernard uit te winnen, alvorens Cornelis voor het restant van 15 aan te spreken, die vervolgens voor deze 15 regres neemt op Bernard.

Vanuit het oogpunt van proceseconomie kan het vereiste dat de wetgever van 1838 invoerde, de aanwijzing van ‘klaarblijkelijk voldoende’ goederen, een gelukkige trouvaille worden genoemd. De reikwijdte van het voorrecht werd daardoor beperkt tot de gevallen waarin, naar het rechterlijk oordeel, volledig verhaal op zekerheden onder de hoofdschuldenaar mogelijk was; dat wil zeggen, tot de gevallen waarin het voorrecht leidde tot grotere proceseconomie. Het wekt in dit licht echter verbazing dat inroeping van het voorrecht juist geschiedde door het instellen van een rechtsvordering.³⁶⁰ Per saldo bleef het aantal procedures daardoor gelijk, in vergelijking met de situatie dat eerst tegen een derde-bezitter werd geprocedeerd terwijl deze geen beroep op het voorrecht kon doen. Aan het proceseconomische argument ten faveure van het voorrecht kan derhalve geen doorslaggevende betekenis worden gehecht.

De eis dat een derde-bezitter ‘klaarblijkelijk voldoende’ medeverbonden goederen aanwees, vond sinds Pelincks proefschrift geen genade meer in de literatuur. Zijn alternatief was om de vordering tegen een derde-bezitter doorgang te laten vinden, maar ter veiling eerst goederen van de hoofdschuldenaar te verkopen. Op die wijze ontstond een regresvordering van derde-bezitter tegen hoofdschuldenaar slechts wanneer de verbonden goederen onder de hoofdschuldenaar onvoldoende verhaal boden. Omdat de executie van het verbonden goed onder de derde-bezitter in die situatie onmiddellijke doorgang kon vinden, bleef het aantal procedures voor de crediteur bovendien beperkt. Uit een oogpunt van proceseconomie was Pelincks systeem daarom verkieslijk boven dat van art. 1244. De wetgever heeft het in het nieuwe BW terecht overgenomen. Maar men moet daarbij beseffen dat opeenvolgende verkoop alleen leidt tot een afname van het aantal vorderingen, indien het verbonden goed onder de hoofdschuldenaar voldoende verhaal biedt.

359 De gesubrogeerde derde-bezitter stond onder het oude BW ten achter bij de crediteur, bij verhaal op de opbrengst van diens zekerheidsrecht tegen de schuldenaar: art. 1247. Onder het nieuwe BW nemen zij een gelijke plaats in, hetgeen aanleiding geeft tot geheel nieuwe vragen. Zie verder p.361-367.

360 Diephuis *XIII*, p.334.

Tegenover het argument van efficiëntie, dat slechts in een nauw omschreven geval opgaat, staat een ander argument. In Frankrijk werd bij invoering van de Code reeds opgemerkt dat een derde-bezitter na een beroep op het voorrecht verhaals aansprakelijk bleef voor de gehele schuld. Die schuld omvatte ook de kosten van executie onder de schuldenaar. Aangezien de crediteur steeds kon terugkeren naar de derde, als hij geen volledige betaling kon verkrijgen onder de hoofdschuldenaar, was er voor hem geen reden om de kosten van executie te beperken. Voor een derde-bezitter was betaling aan de crediteur derhalve de beste manier om te voorkomen dat de waarde van zekerheidsobjecten onder de schuldenaar door kosten werd 'opgegeten'. Na subrogatie was hijzelf meester over het zekerheidsrecht. Dit argument houdt echter bij nadere beschouwing geen stand. De derde kan er voor kiezen om zich niet op het voorrecht te beroepen als hij meent dat zijn belang meer is gediend bij subrogatie. Bovendien verkeert hij met voorrecht te dien aanzien niet in een andere positie dan zonder voorrecht. In het laatste geval bestaat eveneens het risico dat een crediteur hoge kosten maakt bij het verhaal op zekerheden onder de schuldenaar, en die kosten vervolgens verhaal op het goed van de derde-bezitter. Naar Pelincks voorstel van opeenvolgende verkoop ter veiling werden, tot slot, de kosten van executie onder de schuldenaar juist beter beheersbaar en meer inzichtelijk.

Het systeem van Pelinck, dat tevens het systeem van het nieuwe BW is, droeg echter een risico in zich. Als de veilingverkoop werd afgebroken omdat het bezwaarde goed onder de schuldenaar voldoende verhaal bood, dan stond daarmee nog niet vast dat de crediteur volledige betaling zou verkrijgen.³⁶¹ De veilingkoper had zich weliswaar verbonden tot betaling van de koopprijs, maar daarmee was de crediteur nog niet voldaan. Het ter veiling niet verkochte goed van de derde-bezitter bleef derhalve – voorlopig – bezwaard. Was de crediteur nu gehouden om eerst tegen de veilingkoper te procederen tot betaling van de koopprijs, alvorens zijn zakelijke zekerheidsrecht uit te oefenen tegen een derde-bezitter? Het antwoord moet welhaast bevestigend luiden: anders kan de crediteur op zijn schreden terugkeren, na verkoop ter veiling van het bezwaarde goed onder de schuldenaar, en als nog de derde-bezitter aanspreken. Het is echter – mede uit een oogpunt van proceseconomie – niet wenselijk dat een crediteur zijn verhaal moet zoeken onder een veilingkoper (en wellicht ten tweeden male het bezwaarde goed moet executeren)³⁶² alvorens gebruik te kunnen maken van zijn zekerheidsrecht onder een derde-bezitter. Pelincks verbetering van art. 1244 versloeg daar zichzelf. De crediteur was beter af geweest wanneer hij onder art. 1244 kon terugkeren naar een derde-bezitter die zich op het voorrecht had beroepen, stellend dat de aangewezen goederen bij nader inzien niet 'klaarblijkelijk voldoende' verhaal boden. Een beroep op het voorrecht moet leiden tot een inspanningsverplichting van de crediteur om zich te verhalen op de aangewezen, medeverbonden goederen; niet tot een resultaatsverplichting.

361 Van Nierop p.231.

362 Het proces-verbaal van veiling diende slechts als koopovereenkomst: het geëxecuteerde goed werd getransporteerd door inschrijving van een afschrift van de akte van kwijting, als transportakte. Voordien bleef de eigendom in bezwaarde staat bij de geëxecuteerde berusten. Asser/Mijnssen/Van Velten nr. 340-341.

Als het voorrecht al wordt toegekend, dan slechts 'wanneer zulks', in de woorden van het Kamerlid Van Rappard, 'buiten schade van den schuldeischer mogt kunnen plaats hebben'.

Het voorrecht van uitwinning uit art. 1244 OBW heeft in art. 3:234 van het nieuwe BW een belangrijke uitbreiding gekregen. Naar mijn inzicht werd onder het oude BW reeds een inbreuk gemaakt op het beginsel van ondeelbaarheid, en op het belang van de crediteur om spoedige voldoening van zijn gehele vordering te verkrijgen, zonder dat daar zwaarwegende argumenten van billijkheid of proceseconomie tegenover stonden. De wetgever had er, zo meen ik, beter aan gedaan het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters af te schaffen, zoals dat ten aanzien van het aan borgen toegekende voorrecht inderdaad is gebeurd. Aangezien een crediteur bij de uitoefening van zijn zekerheidsrechten dient te handelen naar maatstaven van goede trouw, had de aldus ontstane lacune opgevuld kunnen worden door jurisprudentie in de lijn van Heidenreich/Alcredis. Het keuzerecht van de crediteur had daarbij voorop kunnen staan. Bij de invoering van het nieuwe BW is echter een andere keuze gemaakt. In het navolgende zal daarom aan de *wenselijkheid* van het voorrecht van uitwinning geen aandacht meer worden besteed.

DEEL VI

HET NEDERLANDSE RECHT ONDER HET NIEUWE BW (VANAF 1992)

VI.1. Inleiding	295
VI.2. Het voorrecht van uitwinning bij pand en hypotheek: invoering	296
VI.3. Het voorrecht van uitwinning bij pand en hypotheek: toepassing	312
VI.4. Borgtocht: art. 7:855 BW	348

VI.1. INLEIDING

De wetgever heeft het voorrecht van uitwinning voor derden-eigenaren en beperkt gerechtigden neergelegd in art. 3:234 BW. Ten aanzien van borgens is het voorrecht daarentegen afgeschaft bij de invoering van het nieuwe BW. De geschiedenis herhaalt zich: de positie van borgens onder het Nederlandse recht is sindsdien, zoals later duidelijk zal worden, goed vergelijkbaar geworden met de positie van borgens onder het Romeinse recht vóór de Justiniaanse hervorming van 535 na Christus. Aan die vaststelling is echter geen waardeoordeel te verbinden. Het is goed mogelijk dat afschaffing van het voorrecht van uitwinning juist een stap voorwaarts is, zoals in Frankrijk wordt betoogd.¹ Door de toegenomen aandacht voor, en doorwerking van, maatschappelijke plichten in het rechtsverkeer, kan bovendien, voor zover gewenst, materieel hetzelfde effect worden bereikt als met een voorrecht van uitwinning.²

De geschiedenis herhaalt zich in het nieuwe BW ook in een ander opzicht. Ondanks zijn hoge ouderdom heeft het voorrecht van uitwinning zich ten onzent nooit in een ruime belangstelling mogen verheugen. Het laatste proefschrift over het onderwerp dateert van 1882.³ Sinds die tijd is er in handboeken slechts mondjesmaat aandacht aan besteed; en op een handvol artikelen na⁴ is dat beeld voor het nieuwe recht ongewijzigd gebleven. Het grote aantal procedures waartoe het voorrecht aanleiding zou geven, een gevaar waarvoor men in 1834 nog was beducht,⁵ is niet alleen uitgebleven onder het oude BW. Er is mij geen gepubliceerde jurisprudentie bekend waarin werd beslist op een verzoek krachtens het derde lid van art. 3:234. Verschillende factoren spelen daarin een rol. Er wordt vaak bij voorbaat afstand gedaan van een beroep op het voorrecht; crediteuren zijn geneigd om zich eerst te verhalen op bezwaarde goederen van draagplichtige debi-

1 Zie hierboven, p.217-220.

2 Zie voor de rol die de goede trouw speelt in de verhouding tussen schuldeiser en borg hierboven, p.275-277 en hieronder, p.357-364.

3 Pelinck, *Eenige opmerkingen over art. 1244, 1245 en 1246 B.W.*, Leiden 1882, p.36-37. Recenter verscheen een Belgisch proefschrift over de zekerheidsverlening door derden: Van Ransbeeck, *De zakelijke borgtocht naar Belgisch recht*, Antwerpen/Apeldoorn 2005. Maar zoals de titel al aangeeft, beperkt de schrijver zich vooral tot het positieve Belgische (en Franse) recht, en van de 582 pagina's besteedt hij er slechts 12 aan de vraag of zakelijke borgtocht leidt tot een subsidiaire aansprakelijkheid van de derde-zekerheidsgever.

4 Zie vooral: De Groot, 'Samenloop van hypotheek- en pandhouders', *WPNR* 5953, 1990, p.187-189; Zwitser, 'Misbruik van executiebevoegdheid ten aanzien van derden', *NTBR* 9, 1994, p.208-214; Zwolve, 'Over het voorrecht van uitwinning bij stille verpanding van vorderingen', *RM Themis* 7, 1996, p.245-252.

5 Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken IV*, Utrecht 1838, p.649. Zie boven, p.238.

teuren alvorens een derde aan te spreken;⁶ en wellicht is een zekere onbekendheid met het voorrecht ook van invloed.

Het is niet mijn bedoeling om het voorrecht van uitwinning als zodanig nieuw leven in te blazen. Het doel van dit onderzoek is geweest om de historische wortels van het positieve recht bloot te leggen, teneinde vanuit zijn oorsprong beter te kunnen reflecteren op het moderne recht dienaangaande. Voor zover de juridische praktijk baat kan hebben bij deze – uit de aard der zaak normatieve – benadering, is dat een prettige bijkomstigheid. Aangezien het voorrecht van uitwinning welbeschouwd een regel van executierecht is, wil ik, in het licht van de economische omstandigheden op het tijdstip van schrijven, het praktische belang van onderstaande echter niet uitsluiten.⁷

VI.2. HET VOORRECHT VAN UITWINNING BIJ PAND EN HYPOTHEEK: INVOERING

VI.2.1. De invoering van art. 3:234 BW

In het voorgaande deel is uiteengezet hoe het voorrecht van uitwinning, in navolging van het Franse recht, in art. 1244 OBW werd toegekend aan ‘derde bezitters’. Ten opzichte van art. 2170 Cc had het oude BW, zo bleek, twee belangrijke wijzigingen aangebracht. In de eerste plaats werd het voorrecht niet slechts toegekend aan derden-*verkrijgers* van met hypotheek bezwaarde goederen, maar ook aan de hypotheekgever voor vreemde schuld, de zogenoemde zakelijke borg.⁸ En in de tweede plaats kon de derde-eigenaar van een met hypotheek bezwaard goed slechts een beroep op het voorrecht doen als hij met hypotheek bezwaarde goederen onder de schuldenaar aanwees, die ‘klaarblijkelijk voldoende’ waren voor verhaal. Ondanks aanvankelijk parlementair verzet, beoordeelde de literatuur de strekking van het voorrecht in het algemeen positief.⁹ Beperkt genotsgerechtigden, zoals de vruchtgebruiker van een met hypotheek bezwaarde zaak, werden daarom wel onder het bereik van het voorrecht van uitwinning gebracht.¹⁰ Een enkele

6 Niet eens zozeer uit moraal of fatsoen, maar omdat de derde wiens goed is uitgewonnen wordt gesubrogeerd in de overige zekerheidsrechten van de crediteur, en daardoor een rang verwerft die gelijk is aan die van de schuldeiser. Zie p.365. Vgl. Spinath, *Achtergestelde vorderingen*, p.42 nt.78.

7 Ik wijs bijvoorbeeld op de verwickelingen rond het 17^e-eeuwse schilderij ‘De bocht van de Herengracht’ van Berckheyde, dat door het Rijksmuseum met gemeenschapsgeld werd aangekocht in 2008. De Amerikaanse bank JP Morgan stelde dat de vorige eigenaar haar een zekerheidsrecht op het doek had verleend, welk recht de bank onder het Rijksmuseum wenste te effectueren. Vervolgens bleek dat ook ten behoeve van de ABN AMRO bank een zekerheidsrecht was gevestigd door de vorige eigenaar. De affaire is indertijd breed uitgemeten in de pers.

8 Zie p.249-251.

9 Zie echter hierboven, p.283-291.

10 Zie p.252-253.

schrijver, zoals Pitlo,¹¹ was zelfs genegen om de bepaling analoog toe te passen op pandrechten en privileges. De eisen die werden gesteld aan een beroep op het voorrecht, in het bijzonder de eis van aanwijzing van 'klaarblijkelijk voldoende' medeverbonden goederen onder de hoofdschuldenaar, waren echter sinds het verschijnen van Pelincks proefschrift in 1882 onderwerp van commentaar.¹² Diens voorstel om de uitwinning niet langer te schorsen, maar een volgorde aan te brengen in de verkoop ter veiling, was met instemming begroet. Het zou echter ruim een eeuw duren voordat zijn ideeën werden gecodificeerd door de wetgever van het nieuwe BW.

VI.2.2. Ontwerp-Meijers: uitbreiding tot jongere zekerheidsnemers

Voor het Ontwerpartikel 3.9.4.13,¹³ dat was bedoeld ter vervanging van art. 1244 OBW, putte Meijers grotendeels uit de literatuur over het voorrecht, wat gezien de geringe hoeveelheid jurisprudentie niet verwonderlijk was. Hij stelde in de toelichting vast dat de eis van aanwijzing van 'klaarblijkelijk voldoende' goederen, evenals de schorsing der uitwinning, ertoe hadden geleid dat van art. 1244 OBW in de praktijk geen gebruik werd gemaakt.¹⁴ Meijers koos daarom voor het alternatief dat Pelinck had voorgesteld. De derde-eigenaar van een met hypotheek bezwaard goed kon vorderen (lid 1) dat voor dezelfde schuld met hypotheek bezwaarde goederen van de schuldenaar eveneens werden verkocht en als eerste werden geveild. Als er bezwaren rezen tegen deze vordering, dan konden partijen, en ook de notaris van executie, zich wenden tot de president van de rechtbank (lid 3). De uitwinning werd in dat geval geschorst totdat de president had beslist, waartegen geen hogere voorziening openstond.

11 Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, 6^e druk, Groningen 1972, p.343 en 468.

12 Pelinck p.36-37. Zie boven, p.260-261.

13 OM art. 3.9.4.13: '[lid 1] Indien voor eenzelfde schuld meerdere goederen hypothecair verbonden zijn, waarvan een of meer de schuldenaar en een of meer een derde toebehooren, kan, in geval van verkoop door de hypotheekhouder, de derde vorderen dat de verbonden goederen die de schuldenaar toebehooren, mede in de verkoop worden begrepen en het eerste in veiling worden gebracht. [lid 2] Hij die op een van meerdere tezamen hypothecair verbonden goederen een jonger beperkt recht dan dat van de eerste hypotheekhouder heeft verkregen, heeft een gelijke bevoegdheid als in het eerste lid is vermeld ten aanzien van de mede-verbonden goederen. [lid 3] Indien tegen de vordering bezwaar wordt gemaakt, kunnen partijen benevens de notaris zich onverwijld verwoegen voor de president van de rechtbank, binnen welker gebied de veiling geschiedt, om over dit bezwaar te doen beslissen. De uitwinning blijft zolang geschorst. Tegen de beslissing van de president is generlei voorziening toegelaten.'

14 PG Boek 3, TM, p.742. Het buitengewoon geringe gebruik dat heden ten dage van het voorrecht van art. 3:234 wordt gemaakt, doet vermoeden dat andere factoren een rol spelen, dan de eisen die aan een beroep op het voorrecht worden gesteld.

In het tweede lid van het ontwerpartikel introduceerde Meijers een novum¹⁵ dat *niet* aan de literatuur was ontleend. De bevoegdheid uit het eerste lid werd toegekend aan de gerechtigde die een ‘jonger beperkt recht dan dat van de eerste hypotheekhouder’ had verkregen.¹⁶ Nu waren er stemmen opgegaan om het voorrecht van uitwinning ook toe te kennen aan de gerechtigde tot een beperkt *genotsrecht* op een met hypotheek bezwaard goed;¹⁷ maar de uitbreiding van het voorrecht tot jongere *hypotheekhouders* was door niemand bepleit.¹⁸ Meijers motiveerde zijn keuze slechts met een nogal lapidaire stelling, ‘in lid 2 vindt men een uitbreiding van het in lid 1 bepaalde’, zonder duidelijk te maken of deze uitbreiding alleen op jongere genotsrechten, of ook op jongere zekerheidsrechten betrekking had.¹⁹ Maar tenzij men Meijers een onkarakteristieke slordigheid wil verwijten, moet hij het tweede voor ogen hebben gehad.²⁰

Het valt niet goed in te zien met welk motief het voorrecht van uitwinning toegekend moest worden aan lager gerangschikte zekerheidsnemers. Het voorrecht is van oudsher bedoeld om derden, die wel verhaalsaanspra-

-
- 15 De redenering die A-G Hartkamp gaf in zijn conclusie voor het Rijkzaart-arrest, houdt geen stand: Hartkamp sub 9 (17 april 1998, *JOR* 1998, 81) bij HR 26 juni 1998, *RvdW* 1998, 142; *JOR* 1998, 126 (Rijkzaart). Teneinde het bezitloze pandrecht op bodemzaken onder het bereik van het voorrecht te brengen, bediende hij zich van enige doelmatige, maar verder onjuiste argumenten. Anders dan hij stelt, gold de regel van art. 3:234 lid 2 niet onder het oude BW (zie p.253-254; zie ook: Rb. Zutphen (KG), 14 maart 1990, *KG* 1990, 163). Art. 1244 OBW werd ook niet, op grond van jurisprudentie die zekerheidseigendom gelijkvorming probeerde te behandelen aan beperkte zekerheidsrechten, analoog toegepast op fiduciaire eigendom (zie p.282). Het moge waar zijn dat de wetgever het verhaalsrechtelijke regime zo min mogelijk wilde wijzigen, zoals Hartkamp aangeeft, maar dit leidt slechts tot de conclusie dat art. 1244 OBW logischerwijze *niet* werd toegepast op het bodemrecht, welk fiscaal verhaalsrecht overigens pas later is ingevoerd.
- 16 Het ‘jonger beperkt recht’ werd later gewijzigd in een ‘beperkt recht dat de schuldeiser bij de executie niet behoeft te eerbiedigen’. Onder omstandigheden kan immers ook een ouder beperkt recht door executie vervallen: art. 3:238 lid 2. Zie PG Boek 3, MvA II, p.743.
- 17 Zie boven, p.252-253.
- 18 Anders: Conclusie A-G Hartkamp sub 9 bij het Rijkzaart-arrest. De Groot (*WPNR* 5953, 1990, p.188) tracht aannemelijk te maken dat een lager gerangschikte hypotheekhouder zich onder het oude BW onder omstandigheden jegens de executerende hypotheekhouder kon beroepen op misbruik van executiebevoegdheid. Dat is echter een interpretatie van het oude recht naar het recht van 1990, dat wil zeggen naar het recht na de vaststelling, en aan de vóóravond van invoering, van het nieuwe BW.
- 19 PG Boek 3, TM, p.742. Zie ook: Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.213.
- 20 De parlementaire geschiedenis geeft slechts het voorbeeld van een recht van vruchtgebruik dat tenietgaat door de uitoefening van een pandrecht: PG Boek 3, MvA II, p.743. Een van de eerste commentatoren van het Ontwerp, De Grooth, dacht bij de bepaling ook alleen aan genotsrechten. Hij stelde (*RM Themis* 1954, p.532) dat de reden voor het tweede lid lag in het feit dat het jongere beperkte recht werd bedreigd met omzetting in schadevergoeding – iets dat zich slechts voordoet bij beperkte genotsrechten (art. 3:282). In gelijke zin en eveneens op basis van het Ontwerp: Dekhuijzen, *Pand en hypotheek in het ontwerp B.W.*, Amsterdam 1965, p.148. Vgl. De Groot, *WPNR* 5953, 1990, p.187; Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.213; Stein, *Boek 3.9 artikelsgewijs commentaar* (GRS losbladig, 2008), aant. 6.2 bij art. 3:234.

kelijk maar niet draagplichtig zijn, te beschermen tegen verhaal door de crediteur zolang deze zich nog gemakkelijk door andere zekerheidsrechten op het vermogen van zijn schuldenaar kan verhalen. Een lager gerangschikte zekerheidsnemer is in het geheel niet verhaalsaansprakelijk: het is niet *zijn* goed, dat door de crediteur wordt uitgewonnen.²¹ Voor zover men wil betogen dat de jongere zekerheidsnemer belang heeft bij het behoud van het goed in verband met diens eigen verhaalsmogelijkheden, en daarom bescherming verdient, moet men beseffen dat zulks ten koste gaat van concurrente creditoren.²² De executie van het tweemaal verhypothekerde goed onder de schuldenaar zou hun positie hebben verbeterd, omdat de oudste hypotheekhouder wellicht betaling had verkregen terwijl het jongere hypotheekrecht door de executie teniet zou zijn gegaan. Maar als de eerste hypotheekhouder wordt gedwongen tot executie van het alleen aan hem bezwaarde goed, dan blijft het jongere hypotheekrecht op het andere goed in stand en blijft dat goed buiten het verhaal door de concurrente creditoren. De toekenning van het voorrecht van uitwinning aan jongere zekerheidsnemers impliceert dus een benadeling van concurrente creditoren. Deze bevoordeling van de jongere zekerheidsnemer kan niet worden gegrond op het aan hem verstrekte zekerheidsrecht, en de verwachting van verhaal die daaraan is verbonden.²³ Dat argument houdt immers geen stand tegen de vaststelling dat de jongere hypotheekhouder door raadpleging van de openbare registers de omvang van zijn verhaalsmogelijkheden te voren had kunnen bepalen.

Het tegenargument luidt uiteraard dat de jongere zekerheidsnemer wellicht juist uit de registers heeft begrepen dat de oudere zekerheidsnemer nog over andere zekerheden beschikte, en daar zijn verwachtingen omtrent verhaal op heeft gebaseerd. Dit argument houdt evenmin stand. Als de debiteur en zekerheidsgever tot vervreemding van het niet aan de tweede zekerheidsnemer verbonden goed overgaat, een handeling waarop de laatste geen invloed kan uitoefenen, dan neemt de verhaalsmogelijkheid van de jongere zekerheidsnemer eveneens af. De oudere hypotheekhouder zal zich immers in dat geval – juist krachtens het voorrecht van uitwinning – moeten verhalen op het resterende medeverbonden goed onder de schuldenaar, zodat het jongere zekerheidsrecht teniet gaat. De jongere zekerheidsnemer mag er, anders gezegd, niet van uitgaan dat de oudere hypotheekhouder zich eerst zal verhalen op diens overige zekerheden.

Hieraan moet nog worden toegevoegd dat het voorrecht van uitwinning, als een uitzondering op de ondeelbaarheid van zekerheidsrechten (art. 3:230), een inperking behelst van de rechten van de crediteur.²⁴ De crediteur die is voorzien van verschillende hypotheeken voor één schuld, is in beginsel vrij

21 Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.212.

22 Zo reeds: Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, 6^e druk, Groningen 1972, p.343 en Pitlo/Brahn, *Pitlo's Nederlands burgerlijk wetboek II: het zakenrecht*, 9^e druk, Arnhem 1987, p.410. Zie ook: De Groot, *WPNR* 5953, 1990, p.188; Zwitser t.a.p.

23 Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.212. Anders: De Groot t.a.p.

24 De Groot, *WPNR* 5953, 1990, p.187; Reehuis nr. 154; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp nr. 750.

om te kiezen welk zekerheidsobject hij executeert. Als de schuldenaar het goed in bezwaarde staat vervreemdt – een handeling waarop de crediteur geen invloed kan uitoefenen – dan wordt daardoor het recht van de crediteur niet aangetast. Het voorrecht van uitwinning maakt een inbreuk op die regel vanwege het zwaarwegende belang dat wordt toegekend aan de verhaalsaansprakelijke, niet-draagplichtige derde, om het bezwaarde goed te behouden.²⁵ De executie van een tweemaal verbonden goed door de oudere hypotheekhouder raakt de jongere hypotheekhouder echter niet in diens vermogen; deze laatste verkrijgt door de uitwinning van het goed ook geen regresvordering op de schuldenaar. De jongere zekerheidsgerechtigde heeft bovendien de mogelijkheid, als hij tijdig van het voornemen tot executie op de hoogte wordt gesteld, zoals de wet voorschrijft, om de oudere crediteur te voldoen en aldus door subrogatie in diens rechten te treden (art. 6:150 sub c). Zijn verhaalsmogelijkheden zijn zodoende beveiligd. Onder die omstandigheden valt niet in te zien waarom de jongere zekerheidsnemer een beroep op het voorrecht van uitwinning toegekend moet worden. De tekst van het Ontwerp (en van art. 3:234 lid 2) leidt echter dwingend tot de vaststelling dat een crediteur met een lager gerangschikt zekerheidsrecht een beroep kan doen op het voorrecht van uitwinning.²⁶

Ik heb de indruk dat Meijers voor deze aanvulling op het voorrecht van uitwinning teruggreep op het Romeinse recht, en meer in het bijzonder op C. 8,13(14),2.²⁷ In dit rescript is het 'beneficium excussionis realis' neergelegd, zoals het onder het gemene recht werd aangeduid: het recht van een latere zekerheidscrediteur om te vorderen dat de eerdere crediteur met een speciaal *en* een generaal zekerheidsrecht zich eerst zou verhalen op de speciaal verbonden goederen die *niet* aan de latere crediteur waren verbonden. Meijers was een goed kenner van de rechtsgeschiedenis, zodat het verband zeker niet vergezocht is. Als dit vermoeden juist is, dan moet hij ook, als expert in de Middeleeuwse rechtsgeschiedenis, hebben geweten dat de verbinding tussen C. 8,13(14),2 en het voorrecht van uitwinning uit Novelle 4 niet zo evident is als zij lijkt.²⁸ Voor zover een latere zekerheidsnemer onder de bepalingen van het persoonlijke voorrecht van uitwinning viel, was dit slechts omdat hij een recht van *vuistpand* had verkregen, zodat hij naar de voorstellingen van het gemene recht als *derde-bezitter* had te gelden in de zin van Novelle 4,2. De Franse wetgever beperkte het voorrecht daarentegen tot derden-*eigenaren* van bezwaarde goederen, omdat de uitwinning hun alleen in het vermogen trof. In die zin is de moderne toekenning van het

25 Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.212.

26 Heuff, *Hypotheek* (Mon.-NBW 12b), Deventer 1986, p.67; Reehuis nr. 154; De Groot, *WPNR* 5953, 1990, p.188; Rodriques Lopes, 'De nieuwe zekerheidsrechten en de landbouw', *Agrarisch Recht* 5, 1995, p.259; Van den Honert (Thunnissen e.a.), *Formulierboek der onderscheidene akten behorende tot de burgerlijke rechtsvordering*, 12^e druk, Deventer 1997, nr. 358 nt.6; Molenaar, *Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen* (Mon.-NBW B11), 3^e druk, Deventer 1999, nr. 24; Asser/Mijnssen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-III - Zakenrecht: zekerheidsrechten*, 13^e druk, Deventer 2003; nr. 23; Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid*, Deventer 2000, p.241 nt.46; Stein, aant. 6.11 bij art. 3:234. Anders: Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.214.

27 Zie daarover hierboven, p.48-50. Vgl. Zwolve, 'Tekst & uitleg XI: C. 8,13(14),2', *Gr.O.M.* 26, 2009 [in druk].

28 Zie boven, p.105-107.

voorrecht aan latere zekerheidsnemers een stap terug in de rechtsontwikkeling, zonder dat de moverende reden voor de eerdere toekenning – de jongere crediteur was pandbezitter – nog enige rol speelt. Naar Romeins recht kon een latere zekerheidsnemer bovendien slechts verlangen dat de crediteur zich eerst op zijn speciale hypotheek onder de schuldenaar verhaalde, alvorens krachtens zijn *generale* hypotheek goederen uit te winnen die aan derden waren bezwaard.²⁹ Met de afschaffing van generale hypotheken is het motief voor die regel verdwenen.

VI.2.3. Gewijzigd Ontwerp: (1) vordering van eerdere uitwinning

Naar aanleiding van het Ontwerp-Meijers voor het latere art. 3:234, rezen in 1958 enige vragen bij de behandeling in de vaste commissie voor justitie uit de Tweede Kamer. Volgens het ontwerp kon een derde-eigenaar ‘vorderen’ dat de schuldeiser zich eerst zou verhalen op medeverbonden goederen onder de schuldenaar, door die goederen eveneens in veiling te brengen en als eerste te verkopen. De commissie leidde daaruit af dat de vordering ook mondeling kon geschieden, al merkte zij op dat een exploit de voorkeur zou verdienen ten behoeve van het bewijs.³⁰ Bovendien leek het derde lid van het ontwerpartikel te impliceren dat partijen en de notaris van executie zich gezamenlijk moesten vervoegen bij de rechter, om over een bezwaar tegen de vordering van eerdere uitwinning te laten beslissen.³¹ Tot slot rees de vraag, opgeworpen door De Grooth in een artikel in *Themis*,³² of de executie werd geschorst door het uitbrengen van de vordering. In antwoord op de vragen beaamde minister Polak in 1971, bij gelegenheid van de Memorie van Antwoord, dat het voorrecht op iedere wijze kon worden ingeroepen. Een eenvoudige mededeling aan de executerende schuldeiser was voldoende. Om dat duidelijker tot uitdrukking te brengen, werd de term ‘vorderen’ vervangen door het neutralere ‘verlangen’.³³ De redactie van het derde lid werd gewijzigd om buiten twijfel te stellen dat een verzoek door de ‘meest gerede partij’³⁴ voldoende was om een rechterlijke beslissing te vragen op een bezwaar tegen eerdere uitwinning. Ten aanzien van het vraagpunt omtrent de schorsende werking van het inroepen van het voorrecht, verwees de minister eenvoudig naar de wettekst. Er is slechts reden tot schorsing van de voorgenomen uitwinning als de schuldeiser weigert om aan het verlangen tot eerdere uitwinning te voldoen, en één der partijen zich vervolgens bij de rechter heeft vervoegd.³⁵ Een schuldeiser kan, anders gezegd, de voor-

29 Zo heeft ook de Middeleeuwse traditie het ‘beneficium excussionis realis’ opgevat: zie boven, p.105. Zie ook: Zwalve, *Gr.O.M.* 26, 2009 [in druk].

30 PG Boek 3, VV II, p.742.

31 De Grooth, ‘De bedongen zekerheidsrechten in het Ontwerp-Meijers’, *RM Themis* 1954, p.531.

32 Ibid.

33 PG Boek 3, MvA II, p.742. Zie ook: Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 24.1.

34 Zoals door De Grooth (*RM Themis* 1954, p.531) was voorgesteld. Zie ook: Molenaar, *Pandrecht* (Mon.-NBW B12a), 2^e druk, Deventer 1991, nr. 6.

35 PG Boek 3, MvA II, p.743. Anders: Gerver, *Het recht van hypotheek*, Deventer 2001, p.85.

genomen executie voortzetten ondanks een verlangen tot eerdere uitwinning, totdat de derde wiens goed wordt uitgewonnen (of de notaris van executie) zich tot de rechter wendt. Voor alle duidelijkheid werd de redactie van het derde lid ook hieraan aangepast. De rechtsgang staat open als de schuldeiser weigert om te voldoen aan het verlangen tot eerdere uitwinning, bijvoorbeeld door de executie gewoonweg voort te zetten, en niet pas wanneer hij bezwaar maakt tegen het verlangen tot eerdere uitwinning.³⁶

Naar het wettelijke systeem is de hypotheek- of pandhouder die zich wil verhalen op een goed dat aan een derde toebehoort, of op een goed waarop een derde een beperkt recht heeft dat bij executie zal tenietgaan, dus gerechtigd om de executie van het bezwaarde goed door te zetten. Hij is zelfs daartoe gerechtigd wanneer de derde of lagere beperkt gerechtigde hem vraagt om zich eerst te verhalen op medeverbonden goederen die zich nog onder de schuldenaar bevinden, door die goederen ter veiling als eerste te verkopen.³⁷ De rechtsgang naar de voorzieningenrechter³⁸ schorst echter de executie. Aangezien de wetgever een bijzondere ingang middels een verzoekschriftprocedure heeft geschapen, kan een vergelijkbare vordering niet in kort geding aanhangig worden gemaakt.³⁹ De voorzieningenrechter dient vervolgens te beslissen op de weigering om aan het verlangen van de geëxecuteerde gehoor te geven. Tegen de beslissing is geen hogere voorziening toegelaten.⁴⁰

De rechter zal moeten beoordelen of de executerende schuldeiser in redelijkheid⁴¹ kon weigeren om gehoor te geven aan het verzoek van de derde-eigenaar of de beperkt gerechtigde. Als dat niet het geval is, dan heeft de crediteur misbruik willen maken van de hem toekomende verhaalsbevoegdheid.⁴² De plicht om geen misbruik te maken van de verhaalsbevoegdheid (art. 3:13) wordt geconcretiseerd in art. 3:234, zo wordt veelal aangenomen.⁴³ Dit impliceert een afweging van de belangen van de executerende schuldeiser en de derde die zich beroept op het voorrecht. Aangezien de derde-eigenaar of beperkt gerech-

36 PG Boek 3, MvA II, p.743.

37 Bakkerus p.243.

38 Blijkens het derde lid van art. 3:234 is de verzoekschriftprocedure van toepassing. De relatieve bevoegdheid wordt geregeld door art. 438a Rv en niet door art. 262 Rv, zoals Stein (aant. 7 bij art. 3:234) stelt. Zie ook: PG Boek 3 (Inv. 3,5,6), VV I Inv. en MvA I Inv., p.1327.

39 Stein, aant. 8 bij art. 3:234. Anders: De Grooth, *RM Themis* 1954, p.531; Loesberg, noot bij Rb. Breda (KG), 2 juli 2003, *JOR* 2003, 271.

40 De beslissing betreft immers slechts een ordemaatregel en niet een definitieve vaststelling van rechten en plichten tussen partijen. De mogelijkheid van appèl zou de executie bovendien te zeer vertragen. Zie: Hovens, 'Het rechtsmiddelverbod en de doorbreking daarvan', in: Hendrikse en Jongbloed (red.), *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer 2004, p.210-211. Vanwege het appèlverbod is er geen noodzaak om de beschikking uitvoerbaar bij voorraad te laten verklaren: Van den Honert nr. 358 nt.5.

41 Zie voor een nadere uitwerking hieronder, p.331-338.

42 Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.214.

43 Bakkerus p.241. Vgl. De Groot, *WPNR* 5953, 1990, p.188. In het Belgische recht (dat het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters heeft afgeschaft) wordt dezelfde toets van misbruik van executiebevoegdheid aangelegd: Van Ransbeecq p.315-317.

tigde zich beroept op een wettelijke bevoegdheid (art. 3:234 lid 1), zal de executerende schuldeiser feiten en omstandigheden moeten stellen die tonen dat het redelijk was om aan het verzoek geen gehoor te geven. Het belang van de derde-eigenaar of beperkt gerechtigde wordt, met andere woorden, door de wet voorondersteld. Als de bezwaren tegen het verzoek tot eerdere uitwinning voldoende zwaarwegend blijken te zijn, dan zal de schorsing worden opgeheven zodat de voorgenomen executie doorgang kan vinden. Maar als de crediteur onvoldoende belang heeft bij een afwijkende volgorde, dan zal de rechter bevelen, desnoods ondersteund door een dwangsom, dat medeverbonden goederen onder de schuldenaar het eerst in veiling worden gebracht.⁴⁴ Mocht dat niet mogelijk zijn, of niet logisch – men denke bijvoorbeeld aan door de schuldenaar verpande vorderingen – dan dient dit in een eerder stadium reeds tot uitdrukking te komen, dat wil zeggen bij de beantwoording van de vraag of de crediteur in redelijkheid mocht weigeren gehoor te geven aan het verzoek tot eerdere uitwinning.

Er bestaat geen belang meer bij een gang naar de voorzieningenrechter wanneer de executie, ondanks een verzoek tot eerdere uitwinning, eenmaal is voltrokken. De derde-eigenaar of beperkt gerechtigde die door de executie schade heeft geleden, zal deze schade kunnen verhalen met een vordering uit onrechtmatige daad.⁴⁵ De derde wiens goed is uitgewonnen zal echter moeten stellen dat hij *schade* heeft geleden doordat de schuldeiser aan zijn verzoek geen gehoor heeft gegeven. Dit bewijs is niet zo gemakkelijk te leveren. Aangezien de derde-eigenaar wiens goed is uitgewonnen wordt *gesubrogeerd* in de rechten van de crediteur tegen de schuldenaar, inclusief diens zekerheidsrechten, staat de vermogensschade zeker niet bij voorbaat vast. Men kan denken aan de schade die wordt geleden doordat het verbonden goed onder de derde wordt geëxecuteerd op een dusdanige wijze of tijdstip, dat de opbrengst veel lager is dan men zou mogen verwachten. Maar als het goed van de derde en het goed van de schuldenaar beide geëxecuteerd kunnen worden voor een marktconforme prijs, dan valt moeilijk in te zien welke schade de derde lijdt, als de crediteur aan zijn verzoek tot eerdere uitwinning geen gehoor geeft.

VI.2.4. Gewijzigd Ontwerp: (2) uitbreiding tot pandrechten

In een betrekkelijk laat stadium kreeg het voorrecht van uitwinning nog een belangrijke uitbreiding. Ter gelegenheid van de Memorie van Antwoord, in 1971, werd het ontwerpartikel overgebracht van de vierde afdeling van titel negen (rechten van hypotheek) naar de eerste afdeling van titel negen (algemene bepalingen pand en hypotheek). Zodoende werd de reikwijdte van het voorrecht uitgebreid tot pandrechten. 'Daarbij kan zich', aldus de Memorie van Antwoord, 'immers een gelijke problematiek voordoen.'⁴⁶ Een tweede argument voor de uitbreiding werd gevonden in het nieuwe artikel 3.9.2.14a

44 Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 24.1.

45 Bakkerus p.243.

46 PG Boek 3, MvA II, p.742.

(thans art. 3:254), dat het mogelijk maakt om verpande roerende zaken die, kort gezegd, ten dienste staan van een onroerende zaak waarop hypotheek is gevestigd, tezamen met de verhypothekerde zaak naar de regels van het hypotheekrecht te executeren. Deze verbondenheid maakte, aldus opnieuw de Memorie van Antwoord, 'ook hier een gelijkvormige regeling van pand en hypotheek gewenst.'⁴⁷

De uitbreiding van het voorrecht van uitwinning tot pandrechten is interessant vanuit een rechtshistorisch oogpunt. Onder invloed van het lokale gewoonterecht was in Holland (en Frankrijk) al vroeg het zaaksgevolg ontnomen aan de hypotheek op roerende zaken.⁴⁸ Het voorrecht van uitwinning, dat door Justinianus ook aan pandhouders was toegekend, had daardoor veel van zijn belang verloren. De meest relevante ontstaansgrond van derden-bezit, overdracht van de zaak in bezwaarde staat, kon zich immers niet meer voordoen. Zodoende werd het voorrecht van uitwinning in de Franse en Nederlandse codificaties van de negentiende eeuw beperkt tot rechten van hypotheek. Als die rechten bovendien kenbaar waren voor derden, ten gevolge van de beginselen van publiciteit en specialiteit, dan bestond er naar het gevoelen van velen geen behoefte meer aan een voorrecht van uitwinning. Om die reden heeft de Belgische wetgever het voorrecht reeds in 1851 afgeschaft voor hypotheeken; tegen pandrechten was het daar nooit verleend. Het nieuwe BW kent echter bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken die *niet* worden geregistreerd in een openbaar register. Als gevolg van deze herinvoering van de gemeenrechtelijke 'hypotheek' op roerende zaken, kan het gebeuren dat derden-verkrijgers worden geconfronteerd met pandrechten wier bestaan zij niet kennen.⁴⁹ Men kan zich voorstellen dat 'geheime hypotheeken' de toekenning van het voorrecht van uitwinning opnieuw wenselijk maken.⁵⁰ Daar tegenover staat echter dat het executoriaal beslag tot afgifte (art. 496 Rv)⁵¹ op bezitloos verpande goederen (art. 3:237) nogal wat vertraging en risico's meebrengt, die nog worden vergroot door de crediteur naar medeverbonden goederen te verwijzen. Het voorrecht van uitwinning leent zich, anders gezegd, naar zijn aard niet erg voor roerende goederen, die gemakkelijk in de handel circuleren en bovendien gemakkelijk verplaatsbaar zijn – zelfs over landsgrenzen heen.

47 PG Boek 3, MvA II, p.742.

48 Zie hierboven, p.133-134 (Holland) en p.168-169 (Frankrijk).

49 Ik wijs echter onmiddellijk op de bescherming die art. 3:86 lid 2 biedt aan de verkrijger te goeder trouw en om baat die de roerende zaak anders dan door constitutum possessorium (art. 3:90 lid 2) geleverd heeft gekregen. Dat artikel beschermt echter niet, bij wijze van voorbeeld, de cessionaris tegen een ouder pandrecht op de aan hem gecedeerde vordering.

50 Zwolve, *RM Themis* 7, 1996, p.251. Uiteraard voor zover men geneigd is het voorrecht van uitwinning in zijn algemeenheid positief te beoordelen.

51 Reehuis nr. 129-130.

Het is in dit licht opvallend dat de wetgever korte tijd na de uitbreiding van het voorrecht tot pandrechten (in 1971), een geheel andere keuze heeft gemaakt in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, waarvan de eerste drie hoofdstukken in 1979 werden vastgesteld. Krachtens art. 8:207 lid 2 is het voorrecht van uitwinning niet van toepassing op de hypotheek op een zeeschip. Vergelijkbare bepalingen gelden ten aanzien van binnenschepen (art. 8:797 lid 2) en teboekstaande luchtvaartuigen (art. 8:1314). Volgens de toelichting werd het voorrecht van uitwinning bewust uitgesloten omdat het de ontwikkeling van 'fleet mortgages' in de weg zou staan,⁵² waaronder men kennelijk de hypotheekverlening op verschillende schepen voor één schuld dient te begrijpen.⁵³ De ontwikkeling van 'real estate mortgages' zou een mooie reden zijn geweest om het voorrecht van uitwinning in het algemeen af te schaffen.⁵⁴ De wetgever besloot echter tot een onderscheid tussen de hypotheek op beweeglijke registergoederen en de hypotheek op onroerende zaken (en daarmee verbonden rechten). Het motief daartoe valt goed te begrijpen: schepen varen en vliegtuigen staan niet stil. De uitwinning van een schip dat nog aan de schuldenaar toebehoort, op verlangen van een derde-eigenaar van een ander medebezwaard schip, kan zeer moeilijk en kostbaar zijn, terwijl de opbrengst bovendien niet goed valt te voorspellen.⁵⁵ De uitbreiding van het voorrecht van uitwinning naar pandrechten, die steeds op beweeglijke zaken zijn gevestigd, doet echter een deel van deze keuze teniet.⁵⁶ Het was consequenter geweest om het voorrecht niet toe te kennen tegen zekerheidsrechten op beweeglijke zaken (en dan ook niet tegen de pandhouder), vanuit het motief dat het voorafgaande verhaal op dergelijke zaken onder de schuldenaar zeer verdragend is voor de crediteur; of om het niet toe te kennen tegen zekerheidsrechten waarvan het bestaan uit de openbare registers blijkt (en dan ook niet tegen de hypotheekhouder), vanuit het motief dat derden met een later recht steeds kennis kunnen nemen van het bestaan van eerdere zekerheidsrechten.

Omdat het voorrecht is toegekend aan beperkt gerechtigden wier recht bij executie zal tenietgaan, brengt de uitbreiding van het voorrecht tot pandrechten de jongere pandhouder ook onder de vigeur van art. 3:234 lid 2. Hier wreekt zich het late tijdstip waarop de wetgever de bepaling heeft gewijzigd.

52 PG Boek 8, TS en MvT (WvK) (11 709), p.740-741.

53 'Bij dit instituut wordt voor de gehele schuld zowel elk luchtvaartuig afzonderlijk als de gehele vloot als zekerheid gesteld. Hypothecair gezein maakt in dat geval elk luchtvaartuig onderdeel van een groot onderpand uit.' Wet teboekgestelde Luchtvaartuigen, MvT, Handelingen II, Zitting 1955/1956, 4143, nr. 6, p.12. Het behoeft geen betoog dat naar Nederlands recht geen zekerheidsrecht gevestigd kan worden op een algemeenheid van goederen, krachtens het specialiteitsbeginsel. Voor zover met 'een groot onderpand' het beginsel van ondeelbaarheid wordt aangeduid (elk zekerheidsobject strekt tot verhaal van de gehele schuld), geldt dat evenzeer bij andere goederen die allen voor één schuld zijn verbonden.

54 Rosendaal, 'Het zeeschip als registergoed in boek 8 BW', in: Van Bakelen (red.), *Zeerecht in het licht van boek 8 nieuw burgerlijk wetboek*, Zwolle 1983, p.69.

55 PG Boek 8, TS en MvT (WvK) (11 709), p.740-741. Zie ook: Rosendaal p.69.

56 Stel, bijvoorbeeld, dat twee schepen zijn verhypothecerd en hun lading is verpand, en één dier schepen is met zijn lading vervreemd. De hypothecaire schuldeiser kan niet gedwongen worden om zich eerst te verhalen op het schip van de schuldenaar. Maar als hij *als pandhouder* verhaal wil nemen op de lading van het schip van de derde-eigenaar, dan kan hij gedwongen worden om eerst de lading te verkopen van het schip dat aan de schuldenaar toebehoort. Dit geldt – naar de letter van de wet – zelfs als het schip van de derde-eigenaar in de haven van Rotterdam ligt en het schip van de schuldenaar in Sjang-hai.

De indruk lijkt gerechtvaardigd dat de wetgever slechts heeft gedacht aan het inroepen van het voorrecht door derden-eigenaren en beperkt genotsgerechtigen tot bezwaarde goederen, en daarom geen reden zag pandrechten en hypotheekverschillen te behandelen. Het gevolg van art. 3:234 lid 2 is echter dat een jongere pandhouder, bijvoorbeeld, mag vorderen dat de oudere pandhouder eerst zijn hypotheekrecht uitoefent onder de schuldenaar alvorens het pandrecht te executeren. Omgekeerd kan een tweede hypotheekhouder verlangen dat de eerste hypotheccaire crediteur zich eerst verhaalt op de opbrengst van aan hem verpande vorderingen alvorens het hypotheekrecht uit te oefenen.⁵⁷ De wet geeft geen enkele maatstaf om vast te stellen wanneer een dergelijke vordering niet gedaan zou mogen worden.⁵⁸ Rechten van pand en rechten van hypotheek zijn wat dat betreft vrij inwisselbaar.⁵⁹ Sterker nog, nu de bevoegdheid uitdrukkelijk in de wet is neergelegd, kan niet te snel worden aangenomen dat een jongere pandhouder of hypotheekhouder misbruik maakt van zijn recht door toepassing van de bepaling te verlangen. Naar de letter van de wet kan een jongere zekerheidsgerechtigde verlangen dat de oudere zekerheidsgerechtigde zich eerst verhaalt op goederen die niet aan de jongere gerechtigde zijn verbonden, ook als de uitwinning van die goederen kostbaar is of veel tijd zal kosten – men denke aan zaken die zich in het buitenland bevinden, of verpande vorderingen op dubieuze debiteuren – en ook als er een aanzienlijk waardeverschil bestaat tussen de verbonden goederen.

De indruk dat de wetgever niet heeft gedacht aan de verhouding tussen jongere en oudere zekerheidsrechten wordt nog bevestigd door het volgende. Het tweede motief dat de Memorie van Antwoord noemt voor de uitbreiding van het voorrecht tot pandrechten, is dat verpande roerende zaken die ten dienste staan van een verhypotheceerde onroerende zaak naar de regels van hypotheek tezamen geëxecuteerd kunnen worden, als dat is bedongen. Er zou daarom behoefte bestaan aan een gelijkvormige regeling van pand en hypotheek ten aanzien van het voorrecht.⁶⁰ Naar de letter van art. 3:234 lid 2 mag een jongere zekerheidsgerechtigde met een pandrecht op, bijvoorbeeld, een machine echter verlangen dat de oudere zekerheidsgerechtigde die is voorzien van een pandrecht op dezelfde machine en een hypotheek op de bedrijfshal, zich eerst verhaalt op de bedrijfshal – zelfs als deze oudere zekerheidsgerechtigde het beding van art. 3:254 heeft gemaakt. Aldus gezien, leidt de toepassing van art. 3:234 lid 2 op pandrechten niet tot een 'gelijkvormige regeling' met art. 3:254, maar juist tot evidente strijd met dit artikel.

57 Vgl. Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.213.

58 Men dient echter te beseffen dat de voorzieningenrechter, als het verzoek van art. 3:234 lid 3 wordt ingesteld, moet beslissen 'op deze weigering' van de crediteur. Een dergelijke beslissing impliceert een toetsing van de redenen voor weigering, en derhalve een belangenafweging. Zie verder hierboven, p.302-303 en hieronder, p.331-338.

59 Rodriques Lopes, *Agrarisch Recht* 5, 1995, p.259; Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 24.1; Asser/Mijnssen 3-III, nr. 23; Stein, *Zekerheidsrechten I: Hypotheek*, 4^e druk, Deventer 2004, p.140; Stein, aant. 6.1 en 6.5 bij art. 3:234,

60 PG Boek 3, MvA II, p.742.

Zelfs ten aanzien van de verhouding tussen pandhouders en derden-eigenaren lijkt de wetgever zich weinig rekenschap te hebben gegeven van de gevolgen van uitbreiding van het voorrecht. Art. 3:234 stelt in lid 1 immers voorop dat goederen 'van de schuldenaar mede in de verkoop worden begrepen en het eerst worden verkocht'. Het artikel heeft, gegeven zijn achtergrond in het hypotheekrecht, in eerste instantie de openbare verkoop voor ogen (art. 3:268 lid 1; art. 546 j^o 519 Rv). Er bestaat daarnaast geen bezwaar tegen toepassing van het voorrecht bij de onderhandse verkoop van art. 3:268 lid 2, want deze verkoop kan ook opeenvolgend geschieden.⁶¹ Nu valt de regeling zonder meer uit te breiden tot de openbare of onderhandse verkoop van verpande goederen (art. 3:250 lid 1, 3:251 lid 1). Maar ten aanzien van pandrechten zijn ook nog *andere* vormen van executoriaal verhaal mogelijk dan door verkoop van het verpande goed. Men denke bijvoorbeeld aan het verhaal op een geldpand (art. 3:255 lid 1), wat een belangrijke rol speelt bij het verhaal op een verpande vordering na inning, of aan de executie van met een hypotheek verbonden verpande goederen (art. 3:254). In het eerste geval voldoet de pandhouder zich uit het verpande geld; in het tweede geval executeert hij 'de verpande en verhypothekerde goederen tezamen'. Maar in beide gevallen is er geen sprake van een verkoop die opeenvolgend kan plaatsvinden. Door zijn plaatsing in de eerste afdeling (algemene bepalingen) van titel negen (rechten van pand en hypotheek), is art. 3:234 echter ook op deze gevallen van toepassing. De wetgever heeft, zo moge duidelijk zijn geworden, door de invoering en uitbreiding van art. 3:234 meer vragen opgeworpen dan hij in de parlementaire geschiedenis heeft beantwoord.

VI.2.5. Invoeringswet: verduidelijking

De tekst van boek 3, inclusief art. 3:234, werd in 1980 bij wet vastgesteld. Op het allerlaatste moment greep de regering nog de gelegenheid van de Invoeringswet van 1989 aan om enige wijzigingen door te voeren. Ten aanzien van art. 3:234 leidde dit tot een licht gewijzigde redactie van lid 3. In de Eerste Kamer rees vervolgens de vraag hoe het 'verlangen' (lid 1) tot eerdere uitwinning zich verhield tot het 'verzoek' aan de rechter, om te oordelen over een weigering aan dat verlangen tegemoet te komen (lid 3).⁶² De regering stelde nogmaals buiten twijfel dat het verzoek tot de voorzieningenrechter moet worden gericht, in een verzoekschriftprocedure, en schorsende werking ten aanzien van de executie heeft; terwijl het daaraan voorafgaande 'verlangen' van eerdere uitwinning is gericht tot de executerende schuldeiser.⁶³ Krachtens Koninklijk Besluit van 20 februari 1990 trad het nieuwe

61 PG Boek 3, MvA II, p.825. Zie ook: Van Straaten, 'Executie door een hypothecaire schuldeiser (II)', *Notarisklerk* 1306, 1993, p.140.

62 PG Boek 3 (Inv. 3,5,6), VV I Inv., p.1327.

63 PG Boek 3 (Inv. 3,5,6), MvA I Inv., p.1327.

Burgerlijke Wetboek, zoals bekend, op 1 januari 1992 in werking. Art. 3:234 verkreeg daarbij werking voor alle executies die na de inwerkingtreding een aanvang namen.⁶⁴ Het derde lid van art. 3:234 is sindsdien tekstueel gewijzigd om tegemoet te komen aan de herziening van het burgerlijke procesrecht in 2001. De strekking van het lid is echter gelijk gebleven. In de huidige formulering luidt art. 3:234 als volgt:

Art. 3:234 BW: '[lid 1] Indien voor een zelfde vordering zowel goederen van de schuldenaar als van een derde zijn verpand of verhypothekend, kan de derde, wanneer de schuldeiser tot executie overgaat, verlangen dat die van de schuldenaar mede in de verkoop worden begrepen en het eerst worden verkocht. [lid 2] Zijn voor een zelfde vordering twee of meer goederen verpand of verhypothekend en rust op een daarvan een beperkt recht dat de schuldeiser bij de executie niet behoeft te eerbiedigen, dan heeft de beperkt gerechtigde een overeenkomstige bevoegdheid als in het eerste lid is vermeld. [lid 3] Indien de schuldeiser weigert aan een op lid 1 of op lid 2 gegrond verlangen te voldoen, kan de voorzieningenrechter van de rechtbank op verzoek van de meest gereede partij of, in geval van een hypotheek, de notaris ten overstaan van wie de verkoop zal geschieden, op deze weigering beslissen. Het verzoek schorst de executie. Tegen een beschikking krachtens dit lid is geen hogere voorziening toegelaten.'

VI.2.6. Samenhang met andere wettelijke regelingen: verplichting tot aanwijzing

In het bovenstaande is erop gewezen dat de wetgever in Boek 8 de toepassing van het voorrecht van uitwinning heeft uitgesloten ten aanzien van de hypotheek op zeeschepen, binnenvaartschepen en teboekstaande luchtvaartuigen.⁶⁵ De redenen die de parlementaire geschiedenis daarvoor geeft, zijn reeds uiteengezet.⁶⁶ Daarnaast heeft de wetgever zich op enige andere plaatsen uitgelaten over de strekking van art. 3:234, door dit artikel bij wijze van verduidelijking in verband te brengen met andere regelingen. Kennelijk, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van art. 1:96 lid 2 BW, alsmede uit art. 497 lid 3 en 736 lid 3 Rv, betreft het 'vergelijkbare bepalingen',⁶⁷ met welke term de wetgever tot uitdrukking wil brengen dat deze bepalingen uitgaan van éénzelfde beginsel. Het is om die reden dienstig de 'vergelijkbare bepalingen' in oenschouw te nemen.

Voor de gemeenschapsschuld van een echtgenoot kan verhaal worden genomen op diens goederen of op goederen van de gemeenschap (art. 1:95). De goederen van de gemeenschap kunnen echter ook worden uitgewonnen als de schuld *niet* in de gemeenschap is

64 PG Overgang (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.230.

65 Zie boven, p.304-305.

66 PG Boek 8, TS en MvT (WvK) (11 709), p.740-741.

67 PG Wijziging Rv (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.218; PG Aanpassing BW (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.56.

gevallen.⁶⁸ In dit geval, zo bepaalt art. 1:96 lid 1, kan de andere echtgenoot eigen goederen van de schuldenaar aanwijzen waarop de crediteur zich eerst moet verhalen. In art. 497 Rv wordt de ingewikkelde situatie behandeld dat door twee crediteuren beslag tot afgifte is gelegd. In het algemeen zal het sterkere recht op afgifte vóórgaan. Dit brengt het gevaar mee dat de zwakkere beslaglegger executoriaal beslag legt tot verhaal van zijn vordering tot schadevergoeding, welke juist is ontstaan doordat de zaak niet aan hem zal worden afgegeven. Krachtens art. 497 lid 3 Rv kan de sterkere beslaglegger tot afgifte het beslag tot verhaal voorkomen, door andere goederen van de beslagene aan te wijzen die voldoende verhaal bieden. Voor conservatoire beslagen is een vergelijkbare regeling opgenomen in art. 736 lid 3 Rv.

Het beginsel dat aan art. 1:96 lid 1 ten grondslag ligt komt overeen met het beginsel achter art. 3:234 lid 1. Een goed dat (gedeeltelijk) aan een derde toebehoort wordt uitgewonnen voor een schuld waarvoor de derde niet aansprakelijk is. Weliswaar dient de schuldenaar dit bedrag aan de gemeenschap te vergoeden (art. 1:96 lid 2), maar, zo is de gedachte, als goederen van de schuldenaar zelf voldoende verhaal bieden, is het verhaal op gemeenschapsgoederen niet nodig. De andere echtgenoot zal de eerstgenoemde goederen moeten aanwijzen. Art. 497 lid 3 Rv berust daarentegen *niet* op hetzelfde beginsel: het vertoont eerder verwantschap met het tweede dan met het eerste lid van art. 3:234, zodat hooguit sprake is van familieverwantschap. Twee partijen hebben belang (vanwege een potentieel verhaalsrecht) bij een goed dat aan geen van beide toebehoort; beide verlangen afgifte of, als dat niet kan, verhaal voor schadevergoeding. De 'tussenoplossing'⁶⁹ die wordt gekozen is dat het beslag tot afgifte doorgang kan vinden als het beslag tot verhaal is veiliggesteld door de aanwijzing van andere goederen. Wat deze bepalingen nu interessant maakt voor de interpretatie van art. 3:234 is niet zozeer het achterliggende motief (dat immers verschilt), maar het feit dat voor dezelfde techniek is gekozen: de partij die zich op een volgorde van uitwinning beroept, dient voldoende goederen aan te wijzen die zich lenen voor verhaal.

Hier valt onmiddellijk op dat de vergelijking van de aangehaalde artikelen met art. 3:234 op één essentieel punt mank gaat. De formulering van het voorrecht van uitwinning was juist aangepast uit algemene onvrede met de eis die art. 1244 OBW stelde, te weten dat een derde-eigenaar medeverbonden goederen onder de schuldenaar moest aanwijzen die 'klaarblijkelijk voldoende' waren voor verhaal.⁷⁰ In de plaats daarvan kan een derde volgens art. 3:234 verlangen dat medeverbonden goederen van de schuldenaar 'mede in de verkoop worden begrepen en het eerst worden verkocht'. Daarom is het des te opvallender dat de wetgever een algemene beschouwing geeft over de vraag wat voldoende verhaal is, en daarbij art. 3:234 zonder meer betreft.

68 Zwitser (NTBR 9, 1994, p.211) maakt de vergelijking met borgtocht: de gemeenschap staat borg voor een schuld van één der echtgenoten.

69 PG Wijziging Rv (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.218.

70 Zie boven, p.258-261 en 297.

'De redactie van deze bepaling [art. 497 lid 3 Rv] is ontleend aan die van artikel 96 lid 1 Boek 1 B.W. en artikel 3.6.1.5b [art. 3:234] Nieuw B.W., waar vergelijkbare bepalingen zijn te vinden. Bij de vraag of een goed *in het kader van deze bepalingen* voldoende verhaal biedt, moet niet alleen worden gelet op de te verwachten opbrengst, maar ook op de vraag of het goed aan verhaal door andere schuldeisers blootstaat en of de uitwinning op eenvoudige wijze te realiseren is, hetgeen bij voorbeeld in de regel niet het geval zal zijn als het aangewezen goed zich buiten Nederland bevindt.'⁷¹

Gezien de voorgeschiedenis kan de wetgever niet hebben bedoeld dat een derde die zich op het voorrecht van uitwinning beroept, *voldoende* goederen moet aanwijzen voor verhaal. Het voorrecht baat hem ook wanneer de executerende crediteur slechts een deel van diens vordering weet te verhalen op de aangewezen goederen. Uit de samenhang tussen de verschillende regelingen vloeit, blijkens de parlementaire geschiedenis, echter voort dat de derde verplicht is om medeverbonden goederen *aan te wijzen*⁷² voor verhaal.⁷³ Deze constatering is van belang omdat de rechter in redelijkheid zal moeten oordelen over een weigering door de crediteur om gehoor te geven aan een verlangen tot eerdere uitwinning. De crediteur mag derhalve een eerdere uitwinning onder de schuldenaar weigeren als de derde *geen* goederen aanwijst, of goederen aanwijst die *ongeschikt* zijn voor verhaal.

Het is enigszins ironisch dat het nieuwe BW daarmee terugkeert naar het recht zoals dit vóór 1838 in Nederland gold, dat wil zeggen naar het recht van de Franse Code civil. De eis dat een derde-eigenaar onder het oude BW 'klaarblijkelijk voldoende' medeverbonden goederen aanwees voor verhaal, was bij de invoering van dat wetboek nog geprezen als een verbetering van het Franse recht.⁷⁴ Naar de Code kan een derde-verkrijger het voorrecht van uitwinning slechts inroepen onder aanwijzing van medeverbonden goederen, met dien verstande echter, dat 'biens litigieux' zich niet voor aanwijzing lenen.⁷⁵ Die term wordt in Frankrijk zeer ruim opgevat.⁷⁶

De zekerheidscrediteur heeft belang bij een spoedige voldoening van zijn gehele vordering, waarvoor ook de goederen van de derde zijn bezwaard. Hij moet zich gemakkelijk en snel kunnen verhalen krachtens zijn zeker-

71 PG Wijziging Rv (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.218. Cursivering toegevoegd.

72 De vraag rijst hoe de inroeper van het voorrecht moet weten dat zich nog medeverbonden goederen onder de schuldenaar bevinden. Een derde wiens recht door executie tenietgaat zal de executerende crediteur mogen vragen om een opgaaf van diens overige zekerheidsrechten voor dezelfde schuld. Als de crediteur hem vervolgens niet, of niet volledig, informeert zodat het beroep op het voorrecht van uitwinning niet kan worden gedaan, dan lost de niet-nakoming van deze mededelingsplicht zich op in een vordering tot schadevergoeding.

73 De aanwijzing behoeft niet in één keer te geschieden. Zolang het goed van de derde nog niet is geëxecuteerd kan deze – uiteraard – steeds opnieuw verlangen dat medeverbonden goederen van de schuldenaar ook in de verkoop worden begrepen. Maar naarmate de vastgestelde verkoopdatum nadert, zal de aanwijzing van nieuwe goederen die voorafgaand verkocht moeten worden, steeds bezwaarlijker worden.

74 Voorduin IV, p.652. Zie boven, p.241.

75 Art. 2170 Cc (art. 2465 nieuw) en 2023 Cc (art. 2300 nieuw).

76 Zie boven, p.197-199.

heidsrecht, zonder veel tijd te verliezen aan een rechtsstrijd met de schuldenaar of met andere crediteuren, waarvan hij de kosten in eerste instantie moet dragen. Het voorrecht is immers slechts als gunst verleend omdat het verhaal onder de schuldenaar toereikend en gemakkelijk is; het moet niet bezwarend worden voor de crediteur, die het volste recht heeft op voldoening van zijn vordering.

De aangehaalde regels uit de parlementaire geschiedenis moeten, in dit licht bezien, niet worden geduid als een beperkende opsomming. De te verwachten opbrengst, het gevaar van verhaal door andere schuldeisers op het aangewezen goed, de vraag of uitwinning van het aangewezen goed eenvoudig is – het zijn gezichtspunten die een rechter kan hanteren bij de beantwoording van de vraag of een crediteur in redelijkheid kan weigeren gehoor te geven aan een verlangen tot eerdere uitwinning.⁷⁷ Naar zal blijken, kunnen aan deze opsomming nog enige gezichtspunten worden toegevoegd.⁷⁸

In de toelichting bij art. 497 lid 3 Rv wordt opgemerkt dat de uitwinning in het algemeen niet op eenvoudige wijze valt te realiseren als het aangewezen goed zich in het buitenland bevindt.⁷⁹ Art. 96 lid 1 was – in zijn oorspronkelijke formulering – veel explicieter. De bevoegdheid tot aanwijzing werd opgenomen bij gelegenheid van de Invoeringswet voor Boek 1 van 1969, maar onmiddellijk ingeperkt door de zinsnede: ‘goederen waarover een rechtsgeschil bestaat of die buiten Nederland zijn gelegen, komen niet voor aanwijzing in aanmerking’.⁸⁰ Bij de Invoeringswet voor Boeken 3, 5 en 6 van 1989 werd de bewuste zinsnede geschrapt omdat zij, in de woorden van de Memorie van Toelichting, ‘te ver gaat’:⁸¹ de schuldeiser woont bijvoorbeeld zelf buiten Nederland, of het geschil tast de waarde van het verhaalsobject niet aan. Maar door die uitzonderingen te noemen, overigens volkomen terecht, geeft de wetgever zelf aan dat de oorspronkelijke formulering van het artikel zijn gelding niet verliest: niet als een rechtsregel, maar als een gezichtspunt.⁸² Het verband met art. 3:234 wordt hier bovendien bevestigd. Omdat de zinsnede als regel ‘te ver gaat’ ontbreekt deze ‘dan ook’ bij de vergelijkbare artikelen 3:234 BW, 497 lid 3 Rv en 736 lid 3 Rv.⁸³

In het bovenstaande is gekozen voor een benadering waarbij de verplichting, om medeverbonden goederen onder de schuldenaar aan te wijzen voor verhaal, is ‘ingelezen’ in art. 3:234 op grond van de parlementaire geschiedenis van ‘vergelijkbare bepalingen’. Hetzelfde resultaat kan langs andere weg worden bereikt. Een derde-eigenaar of beperkt gerechtigde die geen medeverbonden goederen aanwijst voor verhaal, of goederen aanwijst waarvan de executie zeer bezwaarlijk is voor de crediteur (door hoge kosten, grote vertraging of om andere redenen), maakt misbruik van een hem toekomende

77 Het Franse recht hanteert overigens dezelfde gezichtspunten, in navolging van het Middeleeuwse Franse gemene recht: zie boven, p.181-183 en 196-198.

78 Zie verder p.332-338.

79 PG Wijziging Rv (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.218.

80 PG Boek 1 (Inv.), p.1187-1188.

81 PG Aanpassing BW (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.56-57.

82 Zo ook: Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.211.

83 PG Aanpassing BW (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.56-57.

de bevoegdheid (art. 3:13).⁸⁴ Dergelijk misbruik moet sneller worden aangenomen wanneer de executerende crediteur het verlangen tot eerdere uitwinning gemotiveerd heeft verworpen, en de derde vervolgens een verzoek tot de voorzieningenrechter richt op de voet van art. 3:234 lid 3, zonder dit verzoek verder met redenen te omkleden.⁸⁵ De wet vooronderstelt dat een derde belang heeft bij eerdere uitwinning onder de schuldenaar; maar als de belangen van de crediteur in de gegeven omstandigheden van het geval zwaarder moeten wegen (art. 3:13 lid 2), dan maakt een derde misbruik van zijn bevoegdheid door onverkort vast te houden aan de volgorde van uitwinning. Dat zal steeds het geval zijn als de derde weigert om medeverbonden goederen aan te wijzen die eerder moeten worden verkocht.⁸⁶

De crediteur is niet *verplicht* tot eerdere uitwinning van de medeverbonden goederen die zijn aangewezen voor verhaal. Op een weigering zal, zoals gezegd, de voorzieningenrechter beslissen. Eén en ander brengt bovendien mee dat de crediteur mag besluiten om zich te verhalen op medeverbonden goederen onder de schuldenaar die *niet* zijn aangewezen, en zelfs, zo hij dat wil, krachtens zijn persoonlijke recht onder de schuldenaar verhaal mag nemen.⁸⁷ Deze (verder nogal evidente) vaststelling zal later een rol spelen, bij de behandeling van het pandrecht op vorderingen.⁸⁸

VI.3. HET VOORRECHT VAN UITWINNING BIJ PAND EN HYPOTHEEK: TOEPASSING

VI.3.1. Inleiding

In het voorgaande is behandeld hoe het voorrecht van uitwinning in art. 3:234 is toegekend tegen pand- en hypotheekhouders ten behoeve van derden-eigenaren van bezwaarde goederen en beperkt gerechtigden wiens recht door executie teniet gaat. Onder die laatste groep zijn tevens lagere pandhouders en andere hypotheekhouders te begrijpen. De derde kan de voorafgaande verkoop van medeverbonden goederen onder de schuldenaar verlangen. Hij dient de bewuste goederen aan te wijzen, en de uitwinning daarvan moet niet zeer bezwaarlijk zijn voor de schuldeiser. Zo nodig beslist de voorzieningenrechter in een verzoekschriftprocedure op een weigering om aan het verlangen te voldoen. Het verzoek schorst de executie. Na deze vaststellingen rijst de vraag, wanneer een executerende crediteur in redelijkheid kan weigeren om aan het verlangen van eerdere uitwinning te voldoen. Voordat die vraag kan worden beantwoord, is het dienstig eerst aandacht te

84 Vgl. Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.211.

85 Van den Honert (nr. 358 en nt.4) geeft daarom een formulier waarin ruimte is gelaten voor een opgave van de redenen waarom de verzoeker eerdere uitwinning verlangt.

86 Het formulier bij Van den Honert (nr. 358) bevat een aanwijzing van medeverbonden goederen.

87 Bij dit laatste moet men echter beducht zijn op art. 521 Rv.

88 Zie hieronder, p.344.

besteden aan de vraag in welke feitelijke situaties het voorrecht een rol speelt. Omdat het voorrecht, 'het verlangen' in de wettelijke formulering, van eerdere uitwinning niet van rechtswege wordt toegepast maar *als voorrecht* moet worden ingeroepen, moet vervolgens worden vastgesteld hoe de executie onder een derde (of onder de schuldenaar, in het geval van art. 3:234 lid 2) wordt voltrokken. Daar zal blijken dat een beroep op het voorrecht niet tegen iedere executie vrijstaat.

VI.3.2. Het ontstaan van 'derdenbezit'

Het voorrecht van uitwinning veronderstelt, in zijn normale gedaante (art. 3:234 lid 1), steeds dat een crediteur is voorzien van een zekerheidsrecht op goederen die toebehoren aan zijn schuldenaar⁸⁹ en daarnaast van een zekerheidsrecht op goederen die toebehoren aan een derde. Deze toestand wordt van oudsher aangeduid als 'derden-bezit', hoewel art. 3:234 lid 1 slechts betrekking heeft op eigendomsrechten onder derden. Gewoonlijk worden drie categorieën van gevallen onderscheiden, waarin deze feitelijke situatie zich voordoet.⁹⁰ In de eerste plaats kan een derde-eigenaar een pand- of hypotheekrecht hebben verleend voor een schuld waarvoor hij niet aansprakelijk is: de zogenoemde zakelijke borg. In de tweede plaats kan de pand- of hypotheekhouder een zekerheidsrecht hebben verkregen van een schuldenaar (of een derde) die niet bevoegd is over het goed te beschikken, terwijl de zekerheidsnemer tegen deze beschikkingsonbevoegdheid wordt beschermd. En in de derde plaats kan een derde-eigenaar het goed in

89 In navolging van het Franse recht (zie p.210) en het oude BW (zie p.256-257), geeft art. 3:234 lid 1 BW slechts de bevoegdheid om de executerende crediteur te verwijzen naar de voorafgaande uitwinning van *medeverbonden* goederen. De achtergrond van deze regel wordt wel gevonden in de vaststelling dat de crediteur is voorzien van een *goederenrechtelijk* zekerheidsrecht tegen de derde. Het zou zijn zekerheidsrecht te veel aantasten als de derde hem zou kunnen verwijzen naar onbezwaarde goederen van de schuldenaar, waarop hij zich slechts krachtens zijn persoonlijke recht kan verhalen. Dergelijk verhaal kan lang duren terwijl de opbrengst zeer onzeker is. Dat art. 3:234 slechts spreekt van medeverbonden goederen wordt nog wel eens over het hoofd gezien. Zo schrijft Gerver (p.85) bijvoorbeeld: 'de bedoeling van de bepaling is duidelijk: de schuldeiser behoort zich eerst tot de echte schuldenaar te wenden en daarna pas tot degene die zich garant heeft gesteld.' Noch het eerste, noch het tweede is – zoals het er staat – waar. De vergissing in Van den Honert (nr. 358 nt.3) is ernstiger: de medeverbonden goederen mogen, anders dan daar is aangegeven, *niet* door een derde in pand zijn gegeven, behoudens het zeer uitzonderlijke geval dat ze daarna aan de schuldenaar zijn vervreemd. Vgl. Stein, *Hypotheek*, 4^e druk, p.141; Stein, aant. 6 en 6.6 bij art. 3:234.

90 Rank-Berenschot, *Verpanding van vorderingen*, Amsterdam 1997, nr. 1.8.4 (= Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, 4^e druk, Deventer 2007, nr. 513); Asser/Mijnssen en Asser/Van Velten 3-III, nr. 26a en 332; Stein, *Hypotheek*, 4^e druk, p.135; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp nr. 757; Stein, aant. 3 bij art. 3:233-234. Een vierde categorie is schuldovername: de voormalige schuldenaar en pandgever wordt daardoor een derde-zekerheidsgever. Zie daarvoor: Van Rijssen, *Contractsovername*, Deventer 2006, p.267-268.

bezwaarde staat hebben verkregen, terwijl hij juist tegen het bestaan van het pand- of hypotheekrecht niet wordt beschermd. In alle drie de gevallen is de derde-eigenaar met zijn verbonden goed verhaalsaansprakelijk, maar niet draagplichtig voor de schuld.

Het is de moeite waard om er bij voorbaat op te wijzen dat de derde wiens goed wordt uitgewonnen, door subrogatie in de rechten van de executerende crediteur treedt (art. 6:150 sub a). De lager gerangschikte zekerheidsnemer wordt door voldoening van de verzekerde schuld eveneens gesubrogeerd (art. 6:150 sub c). De schuldeiser is gehouden om geen afbreuk te doen aan de rechten waarin de derde mag verwachten door subrogatie te zullen treden (art. 6:154). Bovendien kan de verhaalsaansprakelijke derde de crediteur dwingen om eerst gebruik te maken van diens mogelijkheid van verrekening met de schuldenaar (art. 6:139), op straffe van bevrijding uit zijn aansprakelijkheid.⁹¹

VI.3.2.1. Zakelijke borgtocht

De goederenrechtelijke zekerheidsverlening door derden voor schulden waarvoor zij niet aansprakelijk zijn (vgl. art. 3:231 lid 1), schijnt zich in een wisselende populariteit te verheugen. Deze 'zakelijke borgtocht',⁹² zoals de figuur van oudsher wordt genoemd, doet zich bijvoorbeeld voor in familieverhoudingen, ook wel in concernverhoudingen,⁹³ maar men kan ook denken aan de verlening van zekerheidsrechten door een directeur en grootaandeelhouder op goederen die hem in privé toebehoren voor schulden van zijn onderneming.⁹⁴ Wat het motief voor de zakelijke borgtocht ook moge zijn, het voorrecht van uitwinning is hier meestal niet relevant.⁹⁵ Bij de zekerheidsstelling zal een crediteur in voorkomende gevallen verlangen dat de derde-zekerheidsgever bij voorbaat afstand doet van een beroep op het voorrecht. Een dergelijk beding is uiteraard geldig; het voorrecht moet immers, als een door de wetgever verleende gunst, door de derde-eigenaar worden ingeroepen. Van die bevoegdheid kan bij voorbaat afstand worden gedaan.⁹⁶ Ik meen bovendien dat een dergelijk beding in de algemene voorwaarden⁹⁷

91 Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 24.1 en 29; Faber, *Verrekening*, p.37-41.

92 De derde-zekerheidsgever is uiteraard geen mede-schuldenaar, noch een hoofdelijke schuldenaar, noch een borg. Asser/Mijnssen 3-III, nr. 26a.

93 Zie, over het gevaar van doeloverschrijding: Winter, *Concernfinanciering*, p.157-169. Molenaar (*Algemene bepalingen*, nr. 20) en Stein (aant. 4 bij art. 3:233-234) geven een meer algemene behandeling van zekerheidsverlening voor derden.

94 Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 20; Gerver p.83; Asser/Van Velten 3-III, nr. 332; Stein, aant. 4 bij art. 3:233-234.

95 Er is geen debat mogelijk over de vraag of slechts derden-zekerheidsgevers een beroep op het voorrecht zouden mogen doen. Dat is uiteraard niet het geval. Ik meen dat zulks in de literatuur ook niet wordt verdedigd. Schrijvers die het voorrecht bespreken, doen dit vaak in het kader van de zakelijke borgtocht; maar dat is een stilistische keuze waaraan geen verschil in opvatting moet worden toegekend. Vgl. Fesevur, 'Pand en hypotheek in het NBW', *Advocatenblad* 10, 1983, p.213 en 219; Asser/Mijnssen 3-III, nr. 26b.

96 Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.211; Gerver p.85; Asser/Van Velten 3-III, nr. 334.

97 Zie voor een voorbeeld: Bruisten-Dijkhof e.a., *Pandrecht in de notariële praktijk* (Ars notarius 136), Deventer 2007, p.19.

niet als onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt – te minder daar de derde-zekerheidsgever na uitwinning wordt gesubrogeerd in het zekerheidsrecht dat de crediteur nog niet heeft uitgeoefend onder diens schuldenaar.⁹⁸ Als partijen niets zijn overeengekomen omtrent het voorrecht van uitwinning, dan mag de zakelijke borg zich in het algemeen daarop beroepen, ook al heeft hij zelf zijn goed ten volle verbonden voor de schuld. Zulks vloeit eenvoudigweg voort uit de wet. Er zal echter veel afhangen van de partijbedoelingen. Als partijen hebben beoogd dat de zekerheidsnemer zich desgewenst eerst mag verhalen op het goed van de derde, dan komt een later beroep op het voorrecht al snel in strijd met de goede trouw.

Het kan voorkomen dat een derde (aanvullende) zekerheid geeft voor een schuld waarvoor hij persoonlijk aansprakelijk, maar niet draagplichtig is. Dit bijzondere geval van zakelijke borgtocht doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een borg goederenrechtelijke zekerheid geeft voor de hoofdschuld.⁹⁹ Het ligt voor de hand om het voorrecht van uitwinning ook hier toe te passen.¹⁰⁰ De borg is als zekerheidsgever immers een derde ten aanzien van de hoofdschuld. Toch is voorzichtigheid geboden. Het heeft weinig zin om de borg-zekerheidsgever een beroep op het voorrecht toe te kennen. De borg heeft immers geen voorrecht van uitwinning wanneer hij *als borg* wordt aangesproken. Als de hoofdschuldenaar daarom in verzuim verkeert (hetgeen steeds het geval is als de crediteur executiemaatregelen tegen een derde onderneemt, art. 3:248 lid 1 en art. 3:268 lid 1), dan leidt een beroep op het voorrecht er slechts toe, dat de crediteur zich krachtens zijn *persoonlijke* recht onder de borg zal verhalen, uiteindelijk zelfs door executoriaal beslag op de goederen die jegens hem met zekerheidsrechten zijn bezwaard.¹⁰¹ Naar ik meen zou een dergelijke handelswijze geen misbruik van recht opleveren.¹⁰² De borg heeft zich immers aansprakelijk gesteld voor de gehele schuld, en de crediteur heeft het volste recht om te bepalen met welk rechtsmiddel hij hem wenst aan te spreken tot verhaal van zijn vordering. Als de crediteur zich, in het bovenstaande geval, onmiddellijk tot de borg *als borg* had gewend, zou deze de vordering niet kunnen afweren met een beroep op het voorrecht van art. 3:234, dat voor een dergelijk geval immers niet is geschreven. Hier moet de regel gelden die ook in het Franse recht wordt toegepast,¹⁰³ te weten dat geen beroep op het voorrecht van uitwinning kan worden gedaan door

98 Het lijkt mij nauwelijks denkbaar dat een beroep op de overeengekomen afstand van het voorrecht, zijdens de schuldeiser, misbruik van recht oplevert. Anders: Asser/Van Velten 3-III, nr. 334; Bruisten-Dijkhof p.19.

99 De borg die goederenrechtelijke zekerheidsrechten verleent voor zijn eigen verbintenis, kan buiten beschouwing worden gelaten.

100 Zo, mijns inziens onjuist: Snijders, 'Rechtspraak: autohuurkoop', *NTBR* 7, 1993, p.165.

101 De hypothecaire crediteur moet eerst zijn hypotheekrecht uitoefenen voordat hij zich door executoriale verkoop op *andere* onroerende zaken mag verhalen: 521 Rv. Ten aanzien van de verhypothecarde onroerende zaak heeft hij echter de keuze tussen zijn rechtsmiddelen en kan hij daarom 'gewoon' executoriaal beslag leggen.

102 De Groot, *WPNR* 5953, 1990, p.188.

103 Zie boven, p.209.

een partij die op enige wijze persoonlijk aansprakelijk is voor de verzekerde schuld.¹⁰⁴ Deze is, in de terminologie van art. 3:234, geen 'derde'.

VI.3.2.2. Beschikkingsonbevoegde zekerheidsgever

De tweede ontstaansgrond van derden-eigendom van bezwaarde goederen is de vestiging van een zekerheidsrecht door een beschikkingsonbevoegde. In beginsel komt daardoor geen geldig zekerheidsrecht tot stand. De zekerheidsnemer wordt echter onder omstandigheden beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de zekerheidsgever. In eerste instantie valt hierbij te denken aan de bescherming die art. 3:238 lid 1 de pandhouder te goeder trouw biedt, wanneer een verpande roerende zaak, niet-registergoed, of een recht aan toonder of order, in de macht van de pandhouder of van een derde is gebracht.¹⁰⁵ Voor zekerheidsrechten op andere goederen dan de genoemde, bijvoorbeeld hypotheeken en pandrechten op vorderingen, geldt art. 3:88 lid 1, dat de pand- of hypotheekhouder te goeder trouw beschermt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever, zij het slechts voor zover deze voortvloeit uit een gebrek in de titel of leveringsvorm van een eerdere overdracht aan de zekerheidsgever. Men denke bijvoorbeeld aan vernietiging van de verkrijgingstitel van de zekerheidsgever nadat deze een geldig zekerheidsrecht heeft gevestigd. Krachtens art. 3:239 lid 4 wordt voor bescherming van de pandhouder op een vordering een aanvullende eis gesteld: hij wordt slechts beschermd als de verpanding is medegedeeld aan de debiteur van de verpande vordering, terwijl de pandhouder te goeder trouw was op het tijdstip van mededeling. In deze gevallen komt een zekerheidsrecht tot stand op een goed dat niet toebehoort aan de zekerheidsgever. De gerechtigde tot het bewuste goed is dan (in de regel) verhaalsaansprakelijk maar niet draagplichtig, en kan een beroep doen op het voorrecht van uitwinning.

Het voorrecht van uitwinning is in deze situatie nog het meeste op zijn plaats. De gerechtigde heeft immers op geen enkele wijze ingestemd met de vestiging van het zekerheidsrecht, zoals een zakelijke borg dat doet, noch heeft hij met het bestaan van het zekerheidsrecht rekening kunnen houden, zoals de hierna te behandelen verkrijgers van goederen in bezwaarde staat.

VI.3.2.3. Verkrijging in bezwaarde staat

De goederenrechtelijke zekerheidsrechten gaan in beginsel niet teniet door vervreemding van het bezwaarde goed. Zij hebben zaaksgevolg. De verkrij-

104 Dezelfde redenering geldt als, bijvoorbeeld, een borg een goed van de schuldenaar verkrijgt in bezwaarde staat; of als mede-erfgenamen bij een verdeling zijn overeengekomen dat het bezwaarde goed aan één van hen wordt toegedeeld terwijl de andere deelgenoot draagplichtig zal zijn voor de verzekerde schuld.

105 De eigenaar die het bezit van een roerende zaak (anders dan geld) door diefstal heeft verloren, heeft echter drie jaar de tijd om de zaak onder de pandhouder te revindiceren (art. 3:238 lid 3 jo 3:86 lid 3 aanhef en b).

ger van een bezwaard goed kan daarom worden geconfronteerd met een zekerheidsrecht tot verhaal van een schuld waarvoor hij niet aansprakelijk is. Hij mag daartegen een beroep doen op het voorrecht van eerdere uitwinning. Het belang van deze vaststelling is echter betrekkelijk gering. In de eerste plaats gaat het zekerheidsrecht regelmatig teniet door vervreemding van het bezwaarde goed; en in de tweede plaats is de verkrijger, in die gevallen dat het zekerheidsrecht op het goed blijft rusten, veelal op de hoogte van het bestaan van het zekerheidsrecht. In de praktijk neemt hij daarom maatregelen om zichzelf tegen het zekerheidsrecht te beveiligen.¹⁰⁶

Het eerste, het tenietgaan van het zekerheidsrecht door vervreemding, doet zich voor als een pandrecht is gevestigd op een roerende zaak of een recht aan toonder of order, en het verpande goed wordt om baat vervreemd aan een verkrijger te goeder trouw (art. 3:86 lid 2).¹⁰⁷ Pandrechten, zelfs de bezitloze pandrechten van art. 3:237, worden niet geregistreerd in een openbaar register, hetgeen ertoe leidt dat de goede trouw van een verkrijger van een verpand goed mag worden voorondersteld. Nog afgezien van deze beschermingsbepaling is het in de praktijk zeer gebruikelijk om het pandrecht te vestigen onder de ontbindende voorwaarde van vervreemding van het verpande goed ('machtiging tot vervreemding').¹⁰⁸ Op deze manier kan de zekerheidsgever beschikken over het goed in onbezwaarde staat, in de uitoefening van zijn bedrijf. De feitelijke situatie waarin een beroep op het voorrecht kan worden gedaan, doet zich in deze omstandigheden niet voor.

Als het pandrecht bij vervreemding van het bezwaarde goed in stand blijft, dan mag de derde-verkrijger naar het systeem van de wet zonder twijfel een beroep doen op het voorrecht van uitwinning. Een geheel andere vraag is of bij die verlening van het voorrecht het juiste uitgangspunt is gekozen. Het voorrecht beschermt in deze gevallen de verkrijger om niet tegen eerste uitwinning, evenals de verkrijger die wist of had moeten weten van het bestaan van het pandrecht, en de verkrijger aan wie het reële bezit niet is verschaft.¹⁰⁹ In een eerder deel is gebleken dat het Rooms-Hollandse recht geneigd was in deze gevallen, voor zover het zekerheidsrecht in stand bleef, juist *niet* een beroep op het voorrecht toe te kennen.¹¹⁰ De redenen daarvoor zijn evident: door de vervreemding wordt de crediteur in een relatief slechtere positie gebracht – het voorrecht van uitwinning maakt immers

106 Geen van beide doet zich echter voor, bijvoorbeeld, bij het leegat van een bezwaard goed.

107 Als een roerende zaak echter in handen van de vervreemder blijft en derhalve constituto possessorio wordt geleverd, dan blijft het pandrecht op de zaak rusten totdat deze in handen van de verkrijger is gekomen (art. 3:90 lid 2). Dit artikel moet analoog worden toegepast bij de overdracht middels een levering longa manu (art. 3:115 sub c) van een zaak die in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht (art. 3:236 lid 1). Het is immers niet wenselijk dat een vuistpandhouder, met macht over de verpande zaak, zijn recht zou verliezen door een overdracht middels een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling. Zie ook: Asser/Mijnssen 3-III, nr. 77 en 78.

108 Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 7^e druk, Zwolle 1991, p.71-73 en 92; Asser/Mijnssen 3-III, nr. 79.

109 Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 20.

110 Zie hierboven, p.138 e.v.

inbreuk op zijn keuzevrijheid, die voortvloeit uit het beginsel van ondeelbaarheid – zonder dat hij daarop invloed kan uitoefenen. Een verkrijger om niet heeft geen offer gebracht voor de verwerving van het bezwaarde goed; een verkrijger die bekend moest zijn met het zekerheidsrecht heeft maatregelen daartegen kunnen nemen;¹¹¹ een verkrijger zonder het reële bezit laat de schijn van kredietwaardigheid bij zijn rechtsvoorganger in stand. In dergelijke gevallen is er grond om de rechten van de crediteur te laten prevaleren. Vergelijkbare gedachten liggen ten grondslag aan de keuze om het pandrecht, naar het huidige Nederlandse recht, te laten voortbestaan op het vervreemde goed. Het is in dit licht opmerkelijk dat de wetgever met de ene hand geeft (het pandrecht blijft intact) en met de andere hand neemt (de verkrijger kan zich beroepen op het voorrecht van uitwinning), maar dat is ontegenzeggelijk de keuze die is gemaakt.

Ten aanzien van vorderingen liggen de zaken iets anders.¹¹² De cessionaris wordt in het geheel niet beschermd tegen pandrechten op de aan hem geceedeerde vordering, ook niet als het om stille pandrechten gaat die voor hem niet kenbaar zijn.¹¹³ Door de cessie bevindt het object van het zekerheidsrecht, de verpande vordering, zich in het vermogen van een ander dan de pandgever, en derhalve in de regel in het vermogen van een ander dan de debiteur van de verzekerde schuld. Als er nog medeverbonden goederen onder de schuldenaar zijn, staat het voorrecht van uitwinning de cessionaris – in beginsel – ten dienste.¹¹⁴

De regeling van zekerheidsrechten op onverdeelde aandelen en op goederen die aan deelgenoten in gemeenschap toebehoren, komt later aan bod.¹¹⁵

De verkrijger van een met hypotheek bezwaarde onroerende zaak¹¹⁶ heeft geen beroep op een beschermingsbepaling zoals art. 3:86 lid 2. Hij wordt weliswaar beschermd door art. 3:88 lid 1 tegen beschikkingsonbevoegdheid van zijn voorganger die voortvloeit uit een gebrek in een eerdere verkrijgingstitel of leveringsvorm, maar dat artikel beschermt hem niet tegen hypotheek die reeds op de zaak waren gevestigd. Hij heeft echter ook geen behoefte aan dergelijke bescherming. Door raadpleging van de openbare

111 Hij had bijvoorbeeld kunnen bedingen dat de koopprijs werd aangewend voor aflossing van de verzekerde schuld, of dat de pandhouder het goed vrijgaf voor vervreemding. Het tegenargument luidt dat de verkrijger wellicht juist rekening heeft gehouden met het bestaan van het voorrecht. Zoals eerder tegen een vergelijkbaar argument is betoogd (p.299), houdt dit argument geen stand tegen de vaststelling dat de verkrijger daarmee geen rekening *mag* houden. De schuldenaar kan immers buiten de verkrijger om overgaan tot vervreemding van de overige medeverbonden goederen, in welk geval het voorrecht van uitwinning weer vervalt.

112 Het navolgende geldt overigens ook voor de verkrijger van een gestolen, verduisterd of verloren goed aan wie het goed middels een akte is geleverd (art. 3:95).

113 Brahn p.120-121; Rank-Berenschot nr. 6.5.

114 Zie echter hieronder, p.328 en 343.

115 Zie p.339-340.

116 De overige registergoederen blijven hier buiten beschouwing. Het voorrecht van uitwinning is uitgesloten ten aanzien van zeeschepen, binnenvaartschepen en teboekstaande luchtvaartuigen: zie p.304-305.

registers had hij van te voren kennis kunnen nemen van het bestaan van zekerheidsrechten op de onroerende zaak, zodat de verkrijger, als hij wordt geconfronteerd met een ouder zekerheidsrecht, zichzelf moet verwijten dat hij geen maatregelen daartegen heeft genomen.

Gelet op dit uitgangspunt mag de verkrijger vertrouwen op de volledigheid (art. 3:24) en juistheid (art. 3:25 en 3:26) van de registers. Een nog niet of onjuist ingeschreven hypotheek kan daarom niet aan de verkrijger worden tegengeworpen. De feitelijke constellatie waarin het voorrecht van uitwinning een rol speelt, doet zich in die gevallen niet voor. Hier kan daarom worden volstaan met de constatering dat een derde-verkrijger die wordt geconfronteerd met een oudere hypotheek op zijn onroerende zaak steeds kennis heeft gehad, of heeft moeten hebben, van het bestaan van het zekerheidsrecht.

In de praktijk komt vervreemding van een verhypothekerde zaak in bezwaarde staat niet of nauwelijks voor. De verkoper is verplicht om de zaak vrij van lasten over te dragen, tenzij de koper de lasten uitdrukkelijk heeft aanvaard (art. 7:15 lid 1). De notaris zal bovendien er voor zorg dragen dat de hypotheekschuld in voorkomende gevallen uit de koopprijs wordt afgelost, omdat hij anders het risico loopt zelf aansprakelijk te worden gesteld voor de incorrecte levering.¹¹⁷ Als het geval zich daarentegen voordoet dat de koper de zaak in bezwaarde staat heeft aanvaard, zal er meestal sprake zijn van overneming van de hypotheekschuld.¹¹⁸ Het voorrecht van uitwinning speelt dan geen rol omdat de verkrijger geen derde meer is ten aanzien van de schuld. Meer in het algemeen wordt een hypothecaire crediteur in de praktijk vaak bij de vervreemding betrokken, bijvoorbeeld omdat de verzekerde schuld krachtens contract direct opeisbaar wordt door vervreemding van de bezwaarde zaak zonder toestemming van de crediteur. De crediteur zal dan haast altijd bedingen, als voorwaarde voor de toestemming tot vervreemding, dat de verkrijger bij voorbaat afstand doet van het voorrecht van uitwinning. Deze praktische toepassingen terzijde latend, moet worden vastgesteld dat het voorrecht van uitwinning in art. 3:234 is toegekend zonder enige clausulering. Een derde-verkrijger van een verhypothekerde zaak kan zich dus, naar het wettelijke systeem, steeds op het voorrecht beroepen: ook als hij de hypotheek kende en deze uitdrukkelijk heeft aanvaard, en zelfs wanneer met de bezwaarde staat rekening is gehouden in de vaststelling van de koopprijs.

117 Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 20; Asser/Mijnssen en Asser/Van Velten 3-III, nr. 26a en 332; Stein, *Hypotheek*, 4^e druk, p.136; Stein, aant. 5 bij art. 3:233-234.

118 De hypotheek gaat door de schuldoverneming niet teniet: art. 6:157 lid 2. Zoals Van Rijssen (p.267 nt.947) opmerkt, verandert de overdrager door schuldoverneming in een derde-zekerheidsgever aan wie een beroep op het voorrecht van uitwinning toekomt. In de praktijk zal de zekerheidscrediteur daarom slechts met de schuldoverneming instemmen als de schuldoverdrager afstand doet van een beroep op het voorrecht.

VI.3.2.4. Beperkt recht dat de schuldeiser niet behoeft te eerbiedigen

In het tweede lid van art. 3:234 wordt het voorrecht van uitwinning toegekend aan de gerechtigde tot een beperkt recht dat de schuldeiser bij executie niet behoeft te eerbiedigen. De wetgever heeft daarbij vooral gedacht aan het jongere beperkte recht, zo blijkt uit de formulering van het Ontwerp.¹¹⁹ Bij de Memorie van Antwoord werd echter een wijziging van het artikel geïntroduceerd, omdat 'ook een oudere beperkt gerechtigde de bescherming van dit tweede lid kan behoeven'.¹²⁰ De Memorie geeft als voorbeeld dat een ouder recht van vruchtgebruik lager in rang komt te staan dan een jonger recht van vuistpand, als de pandnemer het oudere recht niet kende noch behoefde te kennen op het tijdstip dat hij macht over de zaak verkreeg (art. 3:238 lid 2). In dit licht rijst de vraag wat een beperkt recht is 'dat de schuldeiser bij de executie niet behoeft te eerbiedigen'. Daarmee kan niet *ieder* beperkt recht zijn bedoeld dat door executie teniet gaat. Een dergelijke regel zou gelding kunnen hebben ten aanzien van pandrechten, aangezien de executie door de lager gerangschikte pandhouder geen verandering brengt in de rechten van de hogere pandhouders (art. 3:248 lid 3). Maar ten aanzien van hypotheek geldt dat door de levering en betaling na executoriale verkoop *alle* hypotheek tenietgaan (art. 3:273 lid 1), ook als een lager gerangschikte hypotheekhouder overgaat tot executie. Toepassing van de regel zou vervolgens meebrengen dat de *hogere* hypotheekhouder zich met een beroep op het voorrecht van uitwinning tegen de executie zou mogen verzetten, aangezien de lagere hypotheekhouder zijn recht bij executie 'niet behoeft te eerbiedigen'. Dit kan niet de bedoeling zijn: het is niet een aan de hogere hypotheekhouder toebehorend goed dat wordt uitgewonnen, noch komt diens verhaal in gevaar door executie. Bovendien is er geen reden pandrechten en hypotheek te dien aanzien verschillend te behandelen.¹²¹

Eén en ander leidt tot de constatering dat met een beperkt recht 'dat de schuldeiser bij de executie niet behoeft te eerbiedigen' is bedoeld: een beperkt recht dat tenietgaat bij executie en een lagere rang heeft ten aanzien van de opbrengst dan het recht van de executerende schuldeiser.¹²² Het jongere beperkte recht springt dan vooral in het oog. Zoals de Memorie van Antwoord al aangeeft, ontstaat dezelfde situatie door de rangwisseling van art. 3:238 lid 2; een ander voorbeeld wordt gegeven door art. 3:262. Ook bij herverpanding vindt in het algemeen (contractuele) rangwisseling plaats.¹²³

119 PG Boek 3, OM, p.741.

120 PG Boek 3, MvA II, p.743.

121 De Groot, *WPNR* 5953, 1990, p.187-188.

122 De Groot t.a.p.; Rank-Berenschot nr. 1.8.4 (= Snijders/Rank-Berenschot nr. 513).

123 Asser/Mijnssen 3-III, nr. 38a.

In het voorgaande is betoogd dat onder de term 'beperkt recht' in art. 3:234 lid 2 ook de beperkte zekerheidsrechten zijn te verstaan. Een andere interpretatie is wellicht wenselijk, maar verdraagt zich niet met de wettekst.¹²⁴ De bepaling kan niet worden 'weggeredeneerd' met een lapmiddel als een 'redelijke wettoepassing': het tweede lid van art. 3:234 kan op een voorgeschiedenis bogen die terugvoert tot C. 8,13(14),2, een wet van keizer Septimius Severus uit het jaar 204 na Christus. De hoge ouderdom doet reeds vermoeden dat de wetgever zich bewust naar deze juridische traditie heeft willen voegen. Men mag het daarmee oneens zijn, maar men heeft er mee te leven.

VI.3.2.5. Relatieve rechten van derden

De wetgever verleent het voorrecht van uitwinning in art. 3:234 slechts *tegen* de executerende pand- of hypotheekhouder en *ten behoeve van* eigenaren en beperkt gerechtigden. Het werkingsgebied van het voorrecht is daarmee uitdrukkelijk beperkt tot de goederenrechtelijke sfeer. Derden kunnen echter, afgezien van absolute rechten, nog andere belangen hebben bij het bezwaarde goed. Daarbij valt te denken aan een persoonlijk gebruiksrecht als huur of pacht, maar bijvoorbeeld ook aan het recht van een beslaglegger, een retentor, of een bevoorrecht schuldeiser. De vraag rijst of het voorrecht van uitwinning voor dergelijke gevallen een uitbreiding naar analogie verdient.

Ten aanzien van de eerstgenoemde groep is het duidelijk dat het voorrecht geen toepassing moet vinden.¹²⁵ Het verhaal door de zekerheidscrediteur treft de huurder of pachter niet in diens vermogen. Bovendien zou een beroep op het voorrecht ertoe leiden dat de gebruiksgerechtigde een betere positie wordt toegekend dan andere crediteuren, die de zekerheidscrediteur immers niet van executie van het bezwaarde goed kunnen afhouden. Die betere positie is niet in strijd met de gelijkheid van schuldeisers, want de omvang van de verhaalsmogelijkheid voor concurrente crediteuren wordt door de verwijzing naar een medeverbonden goed niet geraakt. Zij is echter wel in strijd met de aard van het persoonlijke recht. De persoonlijk gebruiksgerechtigde heeft geen recht op de zaak verkregen dat bij executie door de zekerheidsgerechtigde tenietgaat. Hij heeft, integendeel, een recht tegen de schuldenaar dat in stand blijft ondanks de uitwinning van het bezwaarde goed.

124 Zwitser (*NTBR* 9, 1994, p.212-213) doet een moedige poging om art. 3:234 lid 2 door restrictieve interpretatie te beperken tot beperkte genotsrechten. Daar zijn goede argumenten voor te geven, die hij ook allemaal noemt, maar de wetgever heeft duidelijk een andere keuze gemaakt, en de wettekst laat zich niet zo gemakkelijk opzij schuiven. Zie hierboven, p.300-301.

125 Zwitser (*NTBR* 9, 1994, p.210) is geneigd om het leerstuk van misbruik van executiebevoegdheid zeer ruim toe te passen, bijvoorbeeld ook op genotsgerechtigden en tegen alle crediteuren van een geldschuld, vanuit de gedachte dat het voor de verhaalzoekende schuldeiser in beginsel niet uitmaakt op welk goed van de schuldenaar hij zich verhaalt. Dit uitgangspunt lijkt mij juist (vgl. art. 435 lid 1 Rv), maar ik zou een dergelijke algemene toepassing niet goedkeuren. Niet omdat het de crediteur veel uitmaakt op welk goed hij zich verhaalt, maar omdat de genotsgerechtigde niet in enige bijzondere rechtsbetrekking staat tot de zaak. Deze heeft slechts een recht tegen zijn eigen contractspartij, zodat het *ook voor hem* vanuit vermogensrechtelijk oogpunt niet veel uitmaakt op welk goed de crediteur zich verhaalt.

Het is niet goed denkbaar dat een derde die in geen enkele rechtsbetrekking staat tot het verbonden goed (omdat hij slechts is voorzien van een persoonlijk recht), een crediteur die juist wel in een rechtsbetrekking staat tot dat goed, van de executie daarvan kan afhouden. Er is derhalve geen motief voor analoge toepassing van het voorrecht van uitwinning.¹²⁶

Ditzelfde argument speelt een rol bij analoge toepassing van het voorrecht van uitwinning op de tweede groep, crediteuren met een persoonlijk verhaalsrecht. De crediteur met een persoonlijk recht staat niet in een rechtsbetrekking tot het bezwaarde goed, maar kan zijn vordering verhalen op het gehele vermogen van zijn schuldenaar (art. 3:276). Hij staat daarbij op gelijke hoogte als alle andere crediteuren (art. 3:277 lid 1). Op het eerste gezicht is er derhalve geen reden om deze crediteur de mogelijkheid te geven om de executie van een bepaald goed af te wenden, wanneer een crediteur daartoe wenst over te gaan die, dankzij diens absolute zekerheidsrecht, in een bijzondere rechtsbetrekking staat tot het verbonden goed. Die vaststelling verliest echter aan kracht wanneer de persoonlijk gerechtigde crediteur beslag heeft gelegd op het verbonden goed, of een bijzonder voorrecht heeft op de opbrengst van dat goed, of zijn vordering daarop met voorrang kan verhalen. Hij heeft dan immers een belang om zich op *dit* goed te verhalen en niet op andere goederen van de schuldenaar. Derhalve heeft hij er ook belang bij dat de zekerheidscrediteur zich juist niet op dat goed verhaalt, maar op andere, medeverbonden goederen onder de schuldenaar. Het is daarom de vraag waarom het voorrecht wel onderling toegekend moet worden aan crediteuren die zijn voorzien van een goederenrechtelijk zekerheidsrecht, en niet tegen schuldeisers die zich krachtens een persoonlijk (voor)recht op een goed willen verhalen.

De jongere beslaglegger heeft een recht dat de oudere zekerheidsgerechtigde bij executie niet behoeft te eerbiedigen. Het beslag hoeft ook niet te worden geëerbiedigd als de zaak is afgegeven aan een jongere pandhouder die op dat tijdstip het beslag niet kende, noch behoefde te kennen (art. 453a lid 2 Rv). De voorrechten worden in het algemeen ten achter gesteld bij het pand- of hypotheekrecht (art. 3:279). Het voorrecht wegens kosten tot behoud (art. 3:284) gaat weliswaar boven een ouder zekerheidsrecht, maar niet boven een jonger zekerheidsrecht.¹²⁷ Het voorrecht uit bearbeiding (art. 3:285) heeft voorrang op een bezitloos pandrecht, maar als het pandrecht na de bearbeiding is gevestigd en de zaak in de macht van de pandhouder is gebracht, vindt er rangwisseling plaats en gaat het pandrecht vóór. Een retentor, tot slot, kan zijn retentierecht niet inroepen tegen een oudere pandhouder als de schuldenaar niet bevoegd was om de overeenkomst aan te gaan waaruit het retentierecht voortspuit, en de retentor reden had om aan de bevoegdheid te twijfelen (art. 3:291 lid 2).

126 Dit ligt anders als de crediteur van een persoonlijk recht in een bijzondere rechtsbetrekking staat tot het goed dat met een zekerheidsrecht is bezwaard. Stein (aant. 6.2 bij art. 3:234) is geneigd het voorrecht analogo toe te passen op het conservatoir beslag tot afgifte (art. 730 Rv) dat na de vestiging van het zekerheidsrecht is ingeschreven, en ook op de later ingeschreven vooraantekening van de koop van een registergoed (art. 7:3). Dit lijkt mij terecht.

127 Zij het dat een jonger pandrecht slechts aan de schuldeiser kan worden tegengeworpen als de zaak of het toonderpapier in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht: art. 3:284 lid 2.

In bovenstaande gevallen gaat het persoonlijke verhaalsrecht teniet door executie van de bezwaarde zaak, terwijl de crediteur van het verhaalsrecht ten achter staat bij de zekerheidscrediteur voor het verhaal op de opbrengst.¹²⁸ Moet de crediteur met een dergelijk verhaalsrecht kunnen verlangen dat de zekerheidscrediteur eerst verhaal zoekt op andere, medeverbonden goederen onder de schuldenaar? Mijns inziens bestaat er geen bezwaar tegen een dergelijke analoge uitbreiding van het *tweede* lid van art. 3:234.¹²⁹ De bezwaren daartegen zijn ongetwijfeld sterk – toekenning van het voorrecht leidt tot een feitelijke achterstelling van concurrente creditoren – maar dezelfde argumenten kunnen *in het algemeen* worden aangevoerd tegen toekenning van het voorrecht aan beperkt zekerheidsgerechtigden. De wetgever heeft in het tweede lid van art. 3:234 zijn keuze bepaald, en derhalve geen groot gewicht aan dergelijke argumenten toegekend. In dit licht bezien is er geen reden om aan persoonlijke creditoren met voorrang op het bezwaarde goed een beroep op het voorrecht te ontzeggen. Omgekeerd zou ik menen dat een zekerheidscrediteur met een recht dat aan de bevoorrechte persoonlijke schuldeiser niet kan worden tegengeworpen,¹³⁰ ook kan verlangen dat deze crediteur zich eerst verhaalt op andere, daarvoor geschikte goederen van de schuldenaar. De grond voor deze analoge interpretatie kan worden gevonden in het leerstuk van misbruik van bevoegdheid.¹³¹ De belangenafweging die moet worden gemaakt wanneer de bevoorrechte crediteur, of de zekerheidsgerechtigde, een beroep doet op misbruik van executiebevoegdheid (art. 3:13 lid 2), dient tot gelijke resultaten te leiden als de belangenafweging ten aanzien van het voorrecht van uitwinning.¹³²

128 Zwitser (NTBR 9, 1994, p.210) meent hier een element van toestemming of eigen schuld te bespeuren van degene wiens recht door executie zal vervallen; ik kan dat er niet in herkennen.

129 Bakkerus (p.242) veronderstelt hetzelfde als hij stelt dat de lagere zekerheidsgerechtigde de executerende crediteur niet mag verwijzen naar medeverbonden goederen waarop een bevoorrecht verhaalsrecht door executie teniet zou gaan. Een pagina later (p.243) meent hij echter dat het voorrecht niet kan worden uitgebreid tot creditoren met een persoonlijk verhaalsrecht, zonder uitdrukkelijke wetsbepaling. Zie over de aanwijzing hierboven, p.310-312.

130 Vgl. bijvoorbeeld art. 453a lid 1 en 505 lid 2 Rv.

131 Zwitser, NTBR 9, 1994, p.211.

132 Zo, in het algemeen: De Groot, WPNR 5953, 1990, p.188. Anders: Bakkerus (p.241-244), die eerst stelt dat art. 3:234 in het verlengde ligt van de regeling omtrent misbruik van bevoegdheid, vervolgens aanneemt dat het belang van de crediteur in het geval van art. 3:234 niet opweegt tegen het belang van de derde, om tot slot, buiten de gevallen die het voorrecht bestrijkt, enige omstandigheden te noemen waaronder executie onder de derde geen misbruik van bevoegdheid oplevert. Het is eenvoudiger om dergelijke omstandigheden te betrekken in de afweging of een beroep op het voorrecht mag worden gedaan, zoals hieronder, p.331-338. Het maakt overigens wel enig verschil uit of men de executie benadert vanuit art. 3:234 of vanuit art. 3:13, zoals Bakkerus ook aangeeft. In het eerste geval moet de schuldeiser stellen dat hij redelijkerwijs mocht weigeren om aan het verlangen te voldoen, in het tweede geval moet de derde aannemelijk maken dat de schuldeiser redelijkerwijs niet mag executeren.

Van deze analoge uitbreiding zou ik de jongere beslaglegger willen uitzonderen. Diens recht behoeft bij executie door de oudere pand- of hypotheekhouder niet te worden geëerbiedigd. Maar als het voorrecht van uitwinning hier zou worden toegekend, dan zou een persoonlijk gerechtigde crediteur de uitoefening van een goederenrechtelijk zekerheidsrecht kunnen frustreren door eenvoudigweg beslag te leggen. Zo zou hij de pand- of hypotheekhouder kunnen 'sturen' naar de uitwinning van het door hem gewenste medeverbonden goed. Dat lijkt mij te veel aanleiding geven tot chicanes, nog geheel afgezien van de inbreuk die het zou maken op de rechten van de zekerheidscrediteur.

Tot slot rijst nog de vraag of het voorrecht van uitwinning geheel uit de goederenrechtelijke sfeer kan worden getrokken. Stein geeft het voorbeeld van een retentierecht op een goed dat niet aan de schuldenaar toebehoort maar wel door deze is afgestaan (art. 3:291 lid 2).¹³³ Kan de eigenaar van dat goed nu verlangen dat de retentor zich eerst verhaalt op goederen van de schuldenaar?¹³⁴ Moet, anders gezegd, het *eerste* lid van art. 3:234 naar analogie worden toegepast tegen geprivilegieerde crediteuren?¹³⁵ Dat lijkt mij, met Stein, niet het geval, maar om andere redenen dan hij aanvoert. Hij ziet een nauwe band tussen het voorrecht van uitwinning en de bedongen zekerheidsrechten. In voorgaande delen is echter gebleken dat het voorrecht historisch gezien juist werd toegepast bij legale hypotheeken; de grootvaders, zo men wil, van de moderne voorrechten. De afschaffing van het voorrecht van uitwinning bij borgtocht levert, anders dan Stein meent, geen argument op om het voorrecht van art. 3:234 restrictief te hanteren. Die afschaffing was immers ingegeven door de vaststelling dat er in de praktijk steeds afstand van werd gedaan – afgezien van de zakelijke borgtocht komt afstand van het voorrecht van art. 3:234 uit de aard der zaak niet of nauwelijks voor. Het laatste argument dat Stein noemt, te weten dat de wetgever de reikwijdte van het voorrecht heeft uitgebreid tot pandrechten en bewust niet verder is gegaan, lijkt mij juist. Maar als men uit respect voor de wettekst het voorrecht niet wenst uit te breiden tot het door Stein beschreven geval, dan staat het de derde nog vrij om jegens de retentor een beroep te doen op misbruik van executiebevoegdheid. Een dergelijk beroep maakt niet veel indruk – *tenzij* de derde goederen van de schuldenaar kan aanwijzen waarop de retentor zich even gemakkelijk kan verhalen.¹³⁶ Dit impliceert dat de retentor even gemakkelijk verhaal moet kunnen nemen op de aangewezen goederen, derhalve krachtens een tweede retentierecht. Die situatie zal zich in de praktijk wel niet voordoen. Aldus beschouwd maakt het niet veel verschil, behalve

133 Stein, aant. 6.4 bij art. 3:234.

134 Zie, voor enige andere voorbeelden van verhaal krachtens overeenkomst en verhaal krachtens de wet op goederen die niet aan de schuldenaar toebehoren: Asser/Van Mierlo 3-III, nr. 378-379.

135 Pitlo had zulks betoogd onder het oude BW, zonder evenwel navolging te krijgen. Zie p.281.

136 Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.210. Ik wijs bovendien op het gevaar dat de derde-eigenaar in staat van faillissement komt te verkeren gedurende de uitwinning onder de schuldenaar. Vgl. verder p.215.

ten aanzien van de bewijslast, of men de afweging van belangen bij executie beziet vanuit het voorrecht van uitwinning of vanuit het leerstuk van misbruik van executiebevoegdheid.¹³⁷

VI.3.3. Het ‘verlangen’ van eerdere ‘verkoop’

Het voorrecht van uitwinning wordt niet van rechtswege toegepast. Uit hoofde van de ondeelbaarheid van de rechten van pand en hypotheek (art. 3:230) kan de zekerheidscrediteur zich op ieder verbonden goed voor het volledige bedrag verhalen, in wiens handen zich dat goed ook moge bevinden.¹³⁸ Het voorrecht maakt daar slechts bij wijze van gunst een uitzondering op. Een ‘derde-bezitter’ moet daarom steeds verlangen dat aan het voorrecht toepassing wordt gegeven, dat wil zeggen, dat medeverbonden goederen onder de schuldenaar eveneens in de executie worden begrepen en als eerste worden verkocht. De derde-bezitter mag dit verlangen op iedere gewenste manier kenbaar maken aan de schuldeiser. Als deze weigert om aan het verlangen te voldoen, staat krachtens het derde lid van art. 3:234 de gang naar de voorzieningenrechter open, waardoor de voorgenomen executie wordt geschorst. Deze gang van zaken leidt tot twee nauw met elkaar verbonden gevolgtrekkingen. De eerste is dat een beroep op het voorrecht slechts kan worden gedaan als de executie de vorm heeft van *verkoop* van de verbonden goederen; en dat moet zowel gelden voor het goed onder de schuldenaar als voor het goed onder de derde. De tweede conclusie, uiteraard daaraan voorafgaand, is dat de ‘derde-bezitter’ het verlangen tot eerdere uitwinning zal moeten uiten vóórdát de executie van zijn goed een aanvang heeft genomen. Uit de aard der zaak kan hij dat slechts doen wanneer hij vooraf op de hoogte is gesteld van de voorgenomen executie.

VI.3.3.1. Wetenschap van executie

De pand- of hypotheekhouder is slechts bevoegd tot executie wanneer de schuldenaar van de verzekerde vordering in verzuim is (art. 3:248 lid 1, art. 3:268 lid 1).¹³⁹ De pandhouder die wil overgaan tot executoriale verkoop is verplicht, voor zover redelijkerwijze mogelijk, om ten minste drie dagen te voren de schuldenaar, de pandgever, beperkt gerechtigden en beslagleggers van de voorgenomen verkoop op de hoogte te stellen (art. 3:249 lid 1).¹⁴⁰ De wetgever noemt vreemd genoeg niet met zoveel woorden de eigenaar van het verbonden goed, kennelijk in de veronderstelling dat deze met de ter-

137 De Groot (*WPNR* 5953, 1990, p.188) komt tot dezelfde conclusie.

138 Pitlo/Reehuis/Heisterkamp nr. 750.

139 In die zin is de verhaalsaansprakelijkheid van een derde-eigenaar – ook zonder het voorrecht van uitwinning – altijd subsidiair, of althans even subsidiair als men geneigd is toe te schrijven aan de aansprakelijkheid van een borg. Zie over dat laatste p.356.

140 Reehuis nr. 157.

men 'schuldenaar' en 'pandgever' wel is gedekt.¹⁴¹ Het lijkt mij dat er geen bezwaar bestaat tegen uitbreiding van de mededelingsplicht tot eigenaren van het verbonden goed die geen van beide zijn. De pandhouder die zijn recht heeft verkregen van een beschikkingsonbevoegde en daartegen wordt beschermd, is dus verplicht mededeling te doen aan de echte eigenaar. Hetzelfde geldt jegens een eventuele verkrijger van het verbonden goed in bezwaarde staat. Uiteraard geldt dat slechts 'voor zover redelijkerwijze mogelijk': de pandhouder kan niet verplicht zijn om mededeling te doen aan een derde-eigenaar van wiens bestaan hij geen weet heeft. Na afloop van de executoriale verkoop dient de pandhouder de betrokken partijen opnieuw op de hoogte te stellen, ditmaal van de verkoop zelf (art. 3:252). Beide artikelen zijn van regelend recht.

De executoriale verkoop kan nog steeds doorgang vinden en is geldig als de pandhouder zijn mededelingsplichten niet is nagekomen. De niet-nakoming lost zich op in een verbintenis tot schadevergoeding als zij aan de schuld van de pandhouder is te wijten.¹⁴² Door de executie vervalt de mogelijkheid van een beroep op art. 3:234. Het verval van het recht om voorafgaande verkoop te verlangen levert op zichzelf genomen geen schade op, omdat de derde wiens goed is geëxecuteerd van rechtswege wordt gesubrogeerd in de rechten op medeverbonden goederen onder de schuldenaar (art. 6:150 sub a of b).¹⁴³ De lager gerangschikte zekerheidsnemer heeft eveneens de mogelijkheid om door voldoening van de verzekerde schuld te worden gesubrogeerd in de vordering (art. 6:150 sub c), en daarmee in de overige zekerheidsrechten van de executerende crediteur (art. 6:142 lid 1).¹⁴⁴ Uit de aard der zaak doet deze vorm van subrogatie zich slechts voor als de vordering wordt voldaan voordat de executie is voltrokken. De niet-nakoming van de mededelingsplicht gevolgd door executie leidt daarom onmiddellijk tot schade voor de lager gerangschikte zekerheidsnemer.¹⁴⁵

De hypotheekhouder is verplicht om de executie in te leiden door een aanzegging per deurwaardersexploot aan de hypotheekgever, de schuldenaar en iedere ingeschreven gerechtigde of beslaglegger wiens recht zal vervallen (art. 544 lid 1 Rv). Gerekend vanaf het moment van aanzegging (art. 547 lid 1 Rv) stelt de notaris van executie binnen veertien dagen de dag van verkoop vast (art. 515 lid 1 Rv). De voorgenomen verkoop moet vervolgens worden

141 Deze lacune werd al in 1954 opgemerkt door De Grooth (*RM Themis* 1954, p.529-530).

142 Reehuis nr. 158.

143 De derde treedt door de subrogatie *niet* in de zekerheidsrechten op medeverbonden goederen onder andere derden-eigenaren, aangezien deze derden niet draagplichtig zijn voor de verzekerde schuld op grond van art. 6:151 lid 2. Hij kan, na verhaal op de schuldenaar, het onbetaalde deel van zijn vordering echter omslaan over zichzelf en de andere derden krachtens art. 6:152 lid 1. Deze omslag wordt niet door zekerheden gedekt. Zie verder: Hartkamp, 'Het hypotheekrecht in het nieuw BW', in: Van Velten (red.), *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, Deventer 1991, p.19-20.

144 De crediteur mag de aangeboden betaling niet weigeren, op straffe van schuldeisersverzuim (art. 6:73). Door het schuldeisersverzuim wordt de crediteur onbevoegd om executiemaatregelen te nemen (art. 6:62) en kan de derde vorderen dat hij van zijn verhaalsaansprakelijkheid wordt bevrijd (art. 6:60). Zie ook: Hartkamp t.a.p.

145 Bakkerus p.243.

bekendgemaakt en kan voor het eerst dertig dagen na de bekendmaking plaatshebben (art. 516 lid 1 Rv). De notaris deelt het tijdstip van verkoop mede aan iedere belanghebbende bij de executieopbrengst (art. 515 lid 2 Rv).¹⁴⁶ Anders dan de derde wiens recht wordt bedreigd door uitoefening van een pandrecht, heeft de derde-bezitter van een met hypotheek bezwaarde zaak dus een ruime tijd om het voorrecht van uitwinning in te roepen. Als hij verlangt dat goederen van de schuldenaar als eerste worden verkocht, die voor dezelfde schuld met *hypotheek* zijn bezwaard, dan zal de executerende schuldeiser zich op die goederen niet kunnen verhalen zonder het gehele pad opnieuw te doorlopen. De voorgenomen verkoop moet dan worden afgelast en een nieuwe datum gezocht. Om die reden is, mede gezien de oplopende kosten en de vertraging die verschuiving van de executiedatum meebrengt, de verwijzing van de crediteur naar andere, hypothecair medeverbonden, goederen onder de schuldenaar niet redelijk, wanneer de datum van voorgenomen executie zeer dichtbij is gekomen. De derde-bezitter moet zich bijtijds op het voorrecht beroepen. Een redelijke termijn zou, naar analogie, de termijn voor een verzoek tot onderhandse verkoop zijn (art. 548 lid 1 Rv), dat tot één week vóór de voor de verkoop bepaalde dag kan worden ingediend.

De niet-naleving van de verplichting tot aanzegging van de verkoop tast de geldigheid van de executie niet aan.¹⁴⁷ Door de executie vervalt de mogelijkheid om een beroep te doen op art. 3:234.

VI.3.3.2. Pandrecht op geld (art. 3:255)

Openbare verkoop is de normale wijze van executie van een recht van pand of hypotheek. Een andere wijze van verkoop, met verlof van de voorzieningenrechter of tussen partijen overeengekomen, zal voor de toepassing van het voorrecht van uitwinning niet tot problemen leiden. De executie blijft immers het karakter behouden van een verkoop.¹⁴⁸ Dat is uitdrukkelijk niet het geval bij het executoriaal verhaal op verpande valuta. De executie van een pandrecht op geld vindt krachtens art. 3:255 lid 1 niet door verkoop plaats, maar doordat de pandhouder het hem verschuldigde bedrag van het geld 'afhoudt' (art. 3:253 lid 1). Aangezien er geen verkoop plaatsvindt, kan een derde die is gerechtigd tot het geld ook niet verlangen dat medeverbonden goederen onder de schuldenaar 'mede in de verkoop worden begrepen'. Het voorrecht van uitwinning vindt hier derhalve geen toepassing.

146 Met de 'geëxecuteerde' is in art. 515 lid 2 Rv de eigenaar bedoeld, die heel wel een ander kan zijn de schuldenaar, en evenmin de hypotheekgever behoeft te zijn. Dit schijnt tot verwarring te kunnen leiden: vgl. Gräler, 'Veilingprocedure en derdenhypotheek', *JBN* 4, 1996, p.8.

147 Van Straaten, 'Executie door een hypothecaire schuldeiser (I)', *Notarislerk* 1305, 1993, p.118.

148 PG Boek 3, MvA II, p.825.

Geheel in lijn daarmee bepaalt art. 3:255 lid 1 dat de pandhouder zich mag verhalen zonder voorafgaande aanzegging,¹⁴⁹ al dient hij krachtens lid 2 de pandgever, de schuldenaar, beslagleggers en derden met een beperkt recht na afloop van het executoriale verhaal op de hoogte te stellen.

Het pandrecht op geld lijkt weinig praktische betekenis te hebben.¹⁵⁰ Dat beeld verandert snel wanneer men het leerstuk beziet in samenhang met het pandrecht op geldschulden.¹⁵¹ Naar de heersende leer is de inning van een verpande vordering immers geen daad van executie. Na inning door de pandhouder komt het pandrecht waarmee de vordering was bezwaard op het geïnde te rusten (art. 3:246 lid 5). Het pandrecht op een geldschuld wordt, door inning van die vordering, dus van rechtswege omgezet in een pandrecht op geld. De inning van de verpande vordering, gevolgd door verhaal op de opbrengst, is de normale methode om over te gaan tot executie van het pandrecht op een geldschuld. Een derde die (beperkt) is gerechtigd tot de verpande vordering zal zich daarom in de praktijk niet van het voorrecht van uitwinning kunnen bedienen: hij kan de inning niet verhinderen want zij is geen executie,¹⁵² en hij kan de executie niet verhinderen want zij is geen verkoop. Alleen wanneer de verpande vordering wordt verkocht, zal het voorrecht van uitwinning een rol spelen. De wetgever is zich hiervan niet bewust geweest, zo lijkt het, toen het voorrecht werd verplaatst¹⁵³ naar de titel met algemene bepalingen over pand en hypotheek.¹⁵⁴

VI.3.3.3. Gezamenlijke executie van onroerende zaken (art. 520 Rv)

Als verschillende medeverbonden onroerende zaken gezamenlijk worden geëxploiteerd, dan kan een hypothecaire crediteur er belang bij hebben om deze zaken ook gezamenlijk te verkopen. Zo wordt een hogere opbrengst gerealiseerd dan door separate verkoop. Een dergelijke gezamenlijke executie kan door alle belanghebbenden bij de opbrengst worden overeengekomen, maar zij kan ook het resultaat zijn van een beschikking van de voorzieningenrechter (art. 520 Rv). Niets verzet zich er tegen dat een derde-eigenaar of beperkt gerechtigde medeverbonden goederen onder de schuldenaar aanwijst, die *niet* in de gezamenlijke executie zijn begrepen, om als eerste te worden verkocht. Het voorrecht van uitwinning kan echter niet worden toegepast binnen de groep van goederen die juist wel gezamenlijk zal worden geëxecuteerd. De derde-eigenaar of beperkt gerechtigde heeft zijn recht verwerkt om zich op het voorrecht te beroepen, door toestemming te geven voor gezamenlijke verkoop. Hij kan vervolgens niet aan zijn toestemming alle kracht ontnemen door te vorderen dat binnen deze groep bepaalde goederen als eerste worden verkocht. Als het verlot tot gezamenlijke executie door de voorzieningenrechter is gegeven, moet hetzelfde gelden. Tegen een

149 Rodriques Lopes, *Agrarisch Recht* 5, 1995, p.271.

150 Reehuis nr. 137 en 168.

151 Zie daarover hieronder, p.342-343.

152 Struycken, 'De aanspraken van de pandgever en de pandhouder op het geïnde', in: Nieskens-Ispording e.a. (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer 1997, p.145.

153 Zie hierboven, p.303-307.

154 Zwolve, *RM Themis* 7, 1996, p.252.

dergelijke beschikking staat geen hogere voorziening open (art. 520 lid 3 Rv). Het is niet logisch om die bepaling te laten omzeilen door uitoefening van het voorrecht van uitwinning, hetgeen zou leiden tot een tweede procedure voor de voorzieningenrechter.

VI.3.3.4. Gezamenlijke executie van pand en hypotheek (art. 3:254)

De bovenstaande argumenten kunnen geen rol spelen als het beding van art. 3:254 is gemaakt. Dan ontbreekt immers een rechterlijk verlov of toestemming van de belanghebbende bij de executieopbrengst. Krachtens een dergelijk beding tussen zekerheidsgever en zekerheidsnemer mag de schuldeiser bezitloze pandrechten op roerende zaken die aan een onroerende zaak dienen, of op werktuigen en machines die in een fabriek of werkplaats zijn opgesteld ten behoeve van een bedrijf, tezamen met de medeverbonden onroerende zaak executeren naar de regels van het hypotheekrecht. Zo kan een hogere opbrengst bij executie worden behaald.¹⁵⁵ Het beding kan worden ingeschreven in de openbare registers (art. 3:254 lid 3), al is dat voor zijn gelding niet vereist. Er doen zich opnieuw geen problemen voor ten aanzien van het voorrecht van uitwinning, als zich medeverbonden goederen onder de schuldenaar bevinden die *buiten* het beding vallen. De zaak ligt echter anders als derden (beperkt) gerechtigd zijn tot goederen die begrepen zijn in het beding. Het beroep op het voorrecht van uitwinning, dat hun in beginsel toekomt, doorkruist het beding en dwingt de crediteur tot opeenvolgende verkoop in plaats van gezamenlijke verkoop.

Het spreekt vanzelf dat een zakelijke borg, dat wil zeggen een derde-zekerheidsgever, zich tegenover het beding niet op het voorrecht van uitwinning kan beroepen. Hij is wel een derde ten aanzien van de verzekerde schuld, maar heeft bij de verlening van (één van) de zekerheidsrechten toestemming gegeven tot gezamenlijke executie. Een beroep op het voorrecht zou aan de toestemming tot het beding iedere kracht ontnemen. Een dergelijke vanzelfsprekendheid is er niet ten aanzien van andere derden met een zakenrechtelijk belang. Voor de vraag of het voorrecht toegepast moet worden op verkrijgers van één der verbonden zaken in bezwaarde staat en jongere beperkt gerechtigden tot één der zaken, meen ik dat een andere vraag beslissend moet zijn, te weten of het beding van art. 3:254 is ingeschreven in de openbare registers. Zonder dat hiervoor een basis is te vinden in de wet of de parlementaire geschiedenis, lijkt het mij onredelijk om een beroep op het voorrecht te doen (en daarmee het beding te doorkruisen) als men te voren kennis had kunnen nemen van het bestaan van het beding. Een andere opvatting zou overigens meebrengen dat het beding van art. 3:254 gemakkelijk zijn waarde verliest door vervreemding of bezwaring van één der verbonden zaken. Het geval kan zich daarnaast voordoen, dat de zekerheidsnemer één of meer van de zekerheidsrechten die onder het beding vallen heeft

155 Reehuis nr. 167.

verkregen van een beschikkingsonbevoegde, terwijl hij tegen deze beschikkingsonbevoegdheid wordt beschermd. Men denke bijvoorbeeld aan een hypotheek die door een schuldenaar wordt gevestigd op een fabriek, onder gelijktijdige vestiging van pandrechten op de (roerende) machines met het beding van art. 3:254, waarna de verkrijgingstitel van de fabriek wordt vernietigd. In dit geval moet aan de echte eigenaar van de bezwaarde zaken een beroep op het voorrecht van uitwinning toekomen, ook als het beding van gezamenlijk executie is ingeschreven in de openbare registers. Hij heeft zijn zaak niet zelf verbonden, noch toestemming verleend tot de gezamenlijke verkoop, noch behoefde hij rekening te houden met het beding. Bij de toekenning van een beroep op het voorrecht dient het verschil in executiewaarde tussen opeenvolgende (dat wil zeggen, afzonderlijke) en gezamenlijke executie in de belangenafweging te worden betrokken.¹⁵⁶

De Memorie van Antwoord merkt op dat 'de mogelijkheid van nauw aaneen verbonden rechten van hypotheek en pand als bedoeld in het nieuwe artikel 3.9.2.14a [art. 3:254] ook hier [art. 3:234] een gelijkvormige regeling van pand en hypotheek gewenst [maakt]'.¹⁵⁷ In het licht van bovenstaande getuigt dat van enige ironie.

VI.3.3.5. Overneming van de executie (art. 544 lid 3 Rv)

Naar het stelsel van de wet mag iedere hypotheekhouder ongeacht zijn rang overgaan tot uitoefening van zijn hypotheekrecht. Een oudere hypotheekhouder is echter gerechtigd om de executie van een jongere hypotheekhouder over te nemen en zelf voort te zetten (art. 544 lid 3 Rv). Bij die executie behoeft de oudere hypotheekhouder het recht van de jongere hypotheekhouder niet te eerbiedigen. In beginsel is daarmee voldaan aan de eis die art. 3:234 lid 2 stelt voor een beroep op het voorrecht van uitwinning. Ik merk, wellicht ten overvloede, op dat de jongere hypotheekhouder zich in dit geval niet op het voorrecht van eerdere uitwinning mag beroepen, nog daargelaten dat hij bij een dergelijk beroep in de praktijk geen belang zal hebben. Hij heeft zelf de executie gezocht van het verhypothekeerde goed, wetende dat er op het goed nog een oudere hypotheek rustte. Zodoende heeft hij zijn recht verwerkt om zich, na overneming van de executie, te beroepen op een verhaalsbelang dat door die executie wordt geschaad. Door de overneming wordt de jongere hypothecaire crediteur niet in een andere positie gebracht dan als de executie *niet* was overgenomen. Een beroep op het voorrecht van uitwinning zal onder de gegeven omstandigheden onredelijk zijn, en kan als zodanig door de overnemende hypothecaire crediteur terzijde worden gesteld.

156 Zie hierboven, p.309-310. Vgl. De Groot, *WPNR* 5953, 1990, p.188.

157 PG Boek 3, MvA II, p.742.

VI.3.3.6. Hernieuwde verkoop (art. 527 Rv)

De veilingkoper (of onderhandse koper) kan na de executie tekort schieten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst. In dit geval is de executant gerechtigd om het goed opnieuw aan executie te onderwerpen. Krachtens art. 527 Rv (j^o art. 546 Rv) moet daarvoor de gehele executieprocedure nogmaals worden doorlopen. Het betreft derhalve een nieuwe executie. Als een derde eerder een beroep op het voorrecht van uitwinning mocht doen, maar dit heeft nagelaten, dan is hij in de gelegenheid alsnog het verlangen tot eerdere uitwinning kenbaar te maken. Als de derde eerder geen beroep op het voorrecht mocht doen, dan mag hij dat nog steeds niet. De hernieuwde verkoop die het gevolg is van een executie krachtens een geslaagd beroep op het voorrecht van uitwinning, brengt evenmin verandering in de bestaande toestand. In het bijzonder geeft een tekortkoming door de koper jegens de executant niet het recht om een executie te ondernemen van het goed dat toebehoort aan, of bezwaard is jegens, de derde die zich op het voorrecht heeft beroepen.

VI.3.4. Bezwaar door de crediteur

De executerende pand- of hypotheekhouder heeft het in zijn macht om niet te voldoen aan het verlangen tot eerdere uitwinning, door de voorgenomen executie eenvoudigweg voort te zetten.¹⁵⁸ Zoals enige malen eerder is vastgesteld, staat de gang naar de voorzieningenrechter in dat geval open krachtens het derde lid van art. 3:234. De voorzieningenrechter moet beslissen 'op deze weigering', hetgeen wil zeggen dat hij de redenen voor de weigering dient te onderzoeken. Hij zal daartoe de weigerachtige crediteur als belanghebbende oproepen (art. 279 lid 1 Rv) teneinde diens motieven te vernemen. Omdat het voorrecht van uitwinning is verleend als een wettelijke bevoegdheid, ligt het in de sfeer van de crediteur en niet in die van de verzoeker, om feiten en omstandigheden te stellen waaruit blijkt dat zijn weigering om aan het verlangen tot eerdere uitwinning gehoor te geven redelijk is. De wet geeft geen verdere maatstaven voor de totstandkoming van het rechterlijk oordeel. De voorzieningenrechter zal zijn oordeel derhalve moeten steunen op een afweging van de belangen van executant en verzoeker, gemeten naar hetgeen de redelijkheid en billijkheid in de omstandigheden van het geval vereist. De rechterlijke oordeelsvorming wordt een stuk concreter als men aan wil nemen, zoals eerder is betoogd, dat degene die het voorrecht inroept, verplicht is om medeverbonden goederen aan te wijzen die *geschikt* zijn voor verhaal. Vervolgens vallen dan categorieën te onderscheiden van goederen die daaraan meer, of minder, tegemoet komen. Daarbij dient ment in het

158 PG Boek 3, MvA II, p.743.

achterhoofd te houden dat de crediteur een zwaarwegend belang heeft bij de spoedige en volledige voldoening van zijn vordering.

Men zou met die vaststelling kunnen volstaan. Omdat het voorrecht slechts als gunst, uit billijkheid, is verleend, dient het buiten toepassing te blijven wanneer de toepassing in een concreet geval tot onbillijkheid zou leiden. In de voorgaande delen is echter gebleken dat juristen door de eeuwen heen tal van dergelijke situaties hebben onderscheiden. Deze traditie kan nog steeds gezichtspunten opleveren voor een moderne rechter, bij de beoordeling of het in een concreet geval redelijk is om te weigeren aan een verlangen tot eerdere uitwinning te voldoen. Te dien einde volgt hier een overzicht van dergelijke gezichtspunten, deels overlappend, dat gezinszins uitputtend bedoelt te zijn.

VI.3.4.1. Rechtsverwerking

Eerder is gebleken dat een derde-eigenaar of beperkt gerechtigde zijn recht kan verwerken om zich te beroepen op het voorrecht van uitwinning. Hij kan bij voorbaat afstand hebben gedaan van het voorrecht, of zijn toestemming hebben verleend aan de executie. Naar ik meen kan de rechtsverwerking ook door stilzwijgen en nalaten ontstaan, bijvoorbeeld door het voorrecht niet tijds in te roepen tegen een executerende hypotheekhouder.¹⁵⁹ Hoe meer tijd de inroeper heeft gehad en hoe dichterbij de datum van voorgenomen executie is, des te sneller moet worden aangenomen dat de inroeper zijn recht heeft verwerkt om zich nog op het voorrecht te beroepen. Het recht om eerdere uitwinning te verlangen is eveneens verwerkt als de derde de feitelijke situatie heeft geschapen, waarin de executerende crediteur zijn recht niet behoeft te eerbiedigen. Dit doet zich voor als een derde met een beperkt genotsrecht dat aanvankelijk tegen de executerende hypothecaire schuldeiser kan worden ingeroepen (en dus niet door zuivering teniet gaat, art. 3:273 lid 1), vervolgens heeft verlangd dat de onroerende zaak vrij van rechten zal worden verkocht (art. 526 lid 2 j° art. 546 Rv).

VI.3.4.2. Moeizame executie

De wet stelt dat slechts medeverbonden goederen van de schuldenaar voor eerdere verkoop in aanmerking komen. Er kunnen daarom slechts goederen worden aangewezen die in eigendom toebehoren aan de schuldenaar. Een derde-eigenaar kan niet verwijzen naar bezwaarde goederen die toebehoren aan derden.¹⁶⁰ Hij kan echter wel verwijzen naar medeverbonden goederen onder de schuldenaar die zijn bezwaard met beperkte rechten welke de crediteur niet behoeft te eerbiedigen: het betreft immers medeverbonden goederen van de schuldenaar. Als er nog andere medeverbonden goederen onder de schuldenaar zijn, kan de beperkt gerechtigde in dit geval eveneens een voorrecht inroepen.

159 Bakkerus p.242-243.

160 Stein, aant. 6.7 bij art. 3:234.

Het tweede lid van art. 3:234 schept te dien aanzien een probleem. Als op het door een beperkt gerechtigde aangewezen goed eveneens een beperkt recht rust dat de crediteur niet behoeft te eerbiedigen, dan bestaat het gevaar van wederzijdse voorrechten van uitwinning. Er zijn dan twee keuzes mogelijk.¹⁶¹ Ofwel het eerst ingeroepen voorrecht is van kracht en de beperkt gerechtigde tot het aangewezen goed kan diens voorrecht niet meer inroepen; ofwel de beperkt gerechtigden kunnen in het geheel niet verwijzen naar medeverbonden goederen die zijn bezwaard met rechten die de executerende schuldeiser niet behoeft te eerbiedigen. Het tweede verdient de voorkeur, omdat de toevallige volgorde waarin een crediteur zijn zekerheidsrechten uitoefent anders bepalend zou zijn voor de vraag of het voorrecht kan worden ingeroepen. Deze lezing vindt bovendien steun in de wet. Een beperkt gerechtigde kan slechts verlangen dat de schuldeiser zich eerst verhaalt op medeverbonden goederen die alleen aan deze zijn bezwaard ('en rust op een daarvan een beperkt recht'). Een beperkt gerechtigde kan derhalve niet verwijzen naar medeverbonden goederen onder de schuldenaar wanneer er tegen de uitwinning van die goederen eveneens een voorrecht openstaat.¹⁶² Een derde-eigenaar kan daarentegen, zoals hierboven aangegeven, verwijzen naar een dergelijk goed.¹⁶³ Dit leidt tot de conclusie dat er een volgorde van voorrechten bestaat. De wetgever verleent aan beperkt gerechtigden slechts een *overeenkomstige* bevoegdheid (die bovendien is geclausuleerd) als in het eerste lid van art. 3:234, wat iets anders is dan verlening van *dezelfde* bevoegdheid.¹⁶⁴ Het argument dat de crediteur daardoor van het kastje naar de muur wordt gestuurd, als de beperkt gerechtigde zich eveneens op het voorrecht beroept, is niet overtuigend. De beperkt gerechtigde kan immers alleen goederen aanwijzen voor verhaal waartegen geen voorrecht van uitwinning openstaat. Niet alleen geeft deze verwijzing dus een eindpunt, maar ook kan de crediteur er voor kiezen om meteen bij dat eindpunt te beginnen, zelfs al zijn die goederen *niet* aangewezen voor verhaal. Zodoende kan hij het als tweede ingeroepen voorrecht zelf vermijden.

-
- 161 De Groot (WPNR 5953, 1990, p.188) suggereert een derde mogelijkheid, te weten dat het voorrecht van de oudste beperkt gerechtigde vóórgaat. In de feitelijke situatie die hier wordt beschreven rusten er echter op *verschillende* medeverbonden goederen onder de schuldenaar nog *verschillende* zekerheidsrechten: het lijkt mij dat toepassing van het beginsel van prioriteit om de onderlinge verhouding tussen deze zekerheidsrechten vast te stellen, zoals De Groot zelf al aangeeft, niet in de rede ligt. Het argument dat hij aanvoert, dat de jongste beperkt gerechtigde weet heeft van de voorafgaande bezwaring, is in ieder geval niet voldoende voor toepassing van een prioriteitsregel. De jongste beperkt gerechtigde weet wellicht van de bezwaring aan de executerende crediteur, maar behoeft in het geheel geen rekening te houden met, of op de hoogte te zijn van, de bezwaring van een *ander* goed aan een *andere* crediteur dan hijzelf.
- 162 Fesevur, *Advocatenblad* 10, 1983, p.219; Bakkerus p.241-242; Asser/Mijnssen 3-III, nr. 23.
- 163 Anders: Fesevur, *Advocatenblad* 10, 1983, p.219; Bakkerus p.241-242; Stein, aant. 6.13 bij art. 3:234.
- 164 In het Rijkzaart-arrest lijkt de Hoge Raad hetzelfde tot uitgangspunt te nemen. HR 26 juni 1998, *RvdW* 1998, 142; *JOR* 1998, 126, rov. 4.1.2: 'De in deze bepalingen [uit de Leidraad Invordering] opgenomen regel strookt met de aan de art. 1:96 lid 1 en art. 3:234 lid 1 BW, en de aan art. 497 lid 3 en 736 lid 3 Rv. ten grondslag liggende gedachte, dat indien een schuldenaar [lees: schuldeiser] zich wenst te verhalen op een goed dat aan een derde toebehoort, of op een goed dat aan de schuldenaar toebehoort maar waarvan de uitwinning rechten van een derde zou aantasten, de derde kan verlangen dat de goederen van de schuldenaar, *onderscheidenlijk* de goederen van de schuldenaar die niet met het recht van de derde zijn belast, het eerst in de executie worden betrokken.' Cursivering toegevoegd.

De aangewezen goederen moeten eigendom zijn van de schuldenaar. Daaruit volgt dat het goed onbetwist moet toebehoren aan de schuldenaar. Van de schuldeiser kan niet worden verlangd dat hij de uitkomst van een procedure over de eigendomsvraag, tussen de schuldenaar en een derde, afwacht voordat hij zijn vordering kan beginnen te verhalen. Meer in het algemeen geeft rechtsstrijd over het aangewezen goed aanleiding tot de overweging dat het verhaal op dit goed aan een vertraging is blootgesteld, die onevenredig kan zijn in vergelijking met verhaal op het goed ter zake waarvan het voorrecht is ingeroepen.¹⁶⁵ Die afweging moet naar de concrete omstandigheden worden gemaakt: als het geschil de verhaalswaarde van het goed niet of nauwelijks aantast, zal een aanwijzing voor eerdere uitwinning sneller gehonoreerd moeten worden.¹⁶⁶

Tot slot kan de uitwinning van aangewezen medeverbonden goederen onder de schuldenaar op praktische bezwaren stuiten, vooral als de uitwinning van het aangewezen goed veel moeilijker is dan de uitwinning van het goed van de derde.¹⁶⁷ Men denke aan het geval waarin voor een hypotheekschuld ook een groot aantal vorderingen is verpand, terwijl het verhypotheceerde goed vervolgens in bezwaarde staat op een derde is overgegaan. In die omstandigheden moet het belang van de crediteur om gemakkelijk en snel volledige betaling te verkrijgen zwaar wegen. De verwijzing naar verpande vorderingen is op zichzelf niet onjuist – de verpande vorderingen kunnen immers mede in de verkoop worden begrepen en als eerste worden verkocht – maar praktisch gezien dwingt het de crediteur tot inning van alle verpande vorderingen, gevolgd door verhaal op het geïnde, alvorens het hypotheekrecht uit te oefenen. Als de vorderingen ieder een betrekkelijk geringe omvang hebben in verhouding tot de waarde van de verhypotheceerde zaak, of als de debiteuren van die vorderingen niet bereidwillig zijn te betalen, dan zal een beroep op het voorrecht het al snel moeten afleggen tegen de belangen van de executerende crediteur.¹⁶⁸ Dezelfde argumenten spelen een rol wanneer de medeverbonden goederen nog toebehoren aan de schuldenaar maar onvindbaar zijn: bijvoorbeeld door een vervreemding zonder toestemming van bezitloos verpande goederen aan verkrijgers te kwader trouw of om niet.¹⁶⁹

VI.3.4.3. Vertraging

Hierboven kwam reeds aan de orde dat een rechtsstrijd over het aangewezen goed onder omstandigheden een onevenredige vertraging kan opleveren in het verhaal door de executerende schuldeiser. Die vertraging doet zich

165 PG Boek 1 (Inv.), MvT Inv., p.1188; Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.211.

166 PG Aanpassing BW (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.56.

167 PG Wijziging Rv (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.218; Snijders, *NTBR* 7, 1993, p.169; Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.213; Stein, *Hypotheek*, 4^e druk, p.140. Anders: Bakkerus p.242.

168 Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.210. Anders: Stein, aant. 6.5 bij art. 3:234.

169 Conclusie A-G Hartkamp sub 6, HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 463.

ook voor als het aangewezen medeverbonden goed in het buitenland is gelegen; maar zoals de parlementaire geschiedenis al aangeeft, betreft het hier geen wetmatigheid. De executerende schuldeiser kan bijvoorbeeld in hetzelfde buitenland woonachtig zijn.¹⁷⁰ In het algemeen zal een verwijzing naar buitenlandse medeverbonden goederen van de schuldenaar echter te veel afbreuk doen aan het gerechtvaardigde belang van de crediteur bij spoedige voldoening.¹⁷¹ Een ander voorbeeld van onevenredige vertraging is gelegen in de verwijzing van een pandrecht naar een recht van hypotheek. De verwijzing door een derde-gerechtigde tot een verpand goed naar een met hypotheek bezwaard goed onder de schuldenaar, zal ten minste een vertraging betekenen van dertig dagen. Veel meer dan dat kan van de schuldeiser niet worden gevraagd. De verwijzing van een hypotheek naar een bezitloos pandrecht kan ook tot vertraging leiden, omdat de pandhouder eerst de feitelijke macht over het goed zal moeten vorderen van de pandgever. Ook deze potentiële vertraging kan een rol spelen bij de afweging van de belangen van de executerende schuldeiser en degene die het voorrecht inroept.¹⁷²

VI.3.4.4. Kosten van uitwinning

De kosten van executiemaatregelen ten aanzien van het aangewezen goed, voorafgaand aan de gelijktijdige verkoop, worden in eerste instantie gedragen door de executerende schuldeiser. Anders dan onder het oude BW bestaat er geen rechtsplicht om de kosten van voorafgaande uitwinning voor te schieten. Uiteindelijk kan de schuldeiser deze kosten zo nodig later verhalen op het goed ten aanzien waarvan het voorrecht is ingeroepen, maar in eerste instantie draagt hij de lasten. Deze kosten kunnen voorafgaande aan de executie sterk oplopen: men denke bijvoorbeeld aan de kosten van onderhoud, bewaking en herstel van een vliegtuig. Als de verzekerde schuld (nagenoeg) volledig kan worden verhaald op het goed ten aanzien waarvan het voorrecht is ingeroepen, dan zal het belang van de crediteur om spoedig volledige voldoening te krijgen al snel zwaarder wegen, tenzij degene die het voorrecht inroept bereid is de kosten van de executiemaatregelen voor te schieten. Meer in het algemeen moet bij dit oogpunt ook het belang van de concurrente crediteuren worden betrokken. Hun verhaal wordt uitgehold door oplopende executiekosten ten aanzien van goederen onder de schuldenaar.

170 PG Aanpassing BW (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.56.

171 PG Boek 1 (Inv.), MvT Inv., p.1188; PG Wijziging Rv (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.218; Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.21-211; Bakkerus p.244.

172 Anders: Stein, aant. 6.5 bij art. 3:234.

VI.3.4.5. Discrepantie in waarde

Bij de belangenafweging tussen de schuldeiser en een derde die het voorrecht inroept, speelt de executiewaarde van de verbonden goederen een rol.¹⁷³ Het goed waartoe de derde (beperkt) is gerechtigd en het aangewezen goed onder de schuldenaar zijn beide verbonden tot verhaal van de gehele schuld. Een groot onderling verschil in waarde kan echter aanleiding zijn om een beroep op het voorrecht niet toe te kennen.

Dit gezichtspunt kan op twee manieren nader worden bepaald. Het aangewezen goed kan veel minder waard zijn dan het goed waartoe de derde is gerechtigd: na executorialer verkoop van het eerste goed zal dan toch het goed van de derde worden verkocht. Door de eerdere verkoop van het aangewezen goed wordt het regresrisico voor de derde evenwel verkleind, want hij hoeft voor een lager bedrag regres te nemen op de schuldenaar dan wanneer zijn goed als eerste wordt verkocht.¹⁷⁴ Om deze reden hoeft hij niet goederen aan te wijzen die *voldoende* verhaal bieden om uit de opbrengst de verzekerde schuld te voldoen.¹⁷⁵ Aldus bezien moet een beroep op het voorrecht niet te snel worden afgewezen wanneer een gerechtigde tot een relatief waardevol goed (bijvoorbeeld een latere hypotheekhouder) de eerdere executie van een relatief waardeloos goed (bijvoorbeeld een verpande zaak) verlangt.¹⁷⁶ Maar als de opbrengst van het aangewezen goed naar verwachting marginaal zal zijn, bijvoorbeeld omdat het aangewezen goed zeer zwaar is belast met zekerheidsrechten met een hogere rang, dan is er geen goede reden, mede vanuit het oogpunt van vertraging, om het voorrecht van uitwinning toe te kennen.¹⁷⁷ Er is eveneens een discrepantie in waarde als het aangewezen goed veel waardevoller is dan het goed waartoe een derde is gerechtigd. De eerdere verkoop van het waardevolle goed kan in dit geval zeer bezwaarlijk zijn voor de schuldenaar, zeker als de verzekerde schuld veel lager is en verhaald kan worden op de opbrengst van het andere goed. De toekenning van het voorrecht van uitwinning impliceert echter dat met een dergelijk belang geen rekening mag worden gehouden. De goede trouw tussen schuldeiser en schuldenaar kan niet meebrengen dat de schuldenaar zich eerst moet verhalen op goederen waartoe derden zijn gerechtigd, om aldaar geconfronteerd te worden met het voorrecht van uitwinning.¹⁷⁸

173 PG Wijziging Rv (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.218. Vgl. Conclusie A-G Hartkamp sub 6, HR 24 april 1992, NJ 1992, 463; Anders: Bakkerus p.242.

174 Ik wijs echter onmiddellijk op de invloed van het leerstuk van subrogatie in dezen. Zie p.285-286.

175 Rank-Berenschot nr. 1.8.4 (= Snijders/Rank-Berenschot nr. 513).

176 Anders: Bakkerus p.244.

177 PG Wijziging Rv (Inv. 3,5,6), MvT Inv., p.218; Zwitser, NTBR 9, 1994, p.211; Bakkerus p.244. Anders: Stein, aant. 6.5 bij art. 3:234.

178 Na inroeping van het voorrecht lijkt het mij derhalve onmogelijk dat de *schuldenaar* zich nog beroept op misbruik van executiebevoegdheid, wanneer de crediteur overgaat tot executie van een aangewezen medeverbonden goed. Vgl. Van Straaten, 'Korte beschrijving van het hypotheekrecht', in: Van Everdingen e.a., *Zekerheden en uitwinning*, Deventer 1990, p.18.

Opnieuw moet het voorrecht van uitwinning vanuit dit oogpunt bezien niet te snel worden afgewezen.

Zolang de verkoop van het goed onder de schuldenaar, of van het goed waartoe een derde is gerechtigd, plaatsvindt tegen een marktconforme prijs, moet er geen rekening worden gehouden met het argument dat executie van één van beide goederen op een ongelegen moment geschiedt – bijvoorbeeld door een inzakkende huizenmarkt of een dalende beurs. Dit is weliswaar van invloed op de waarde van de verbonden goederen (en derhalve op hun onderlinge discrepantie in waarde), maar aan het argument komt geen zelfstandige betekenis toe. Een beroep op het voorrecht kan niet worden afgewezen met de stelling dat het verhaal op het medeverbonden goed op dit tijdstip minder zal opleveren dan op een later tijdstip; want als dat waar mocht zijn, dan ligt het toch in de sfeer van de derde om het voorrecht van uitwinning *niet* in te roepen en zelf krachtens subrogatie verhaal te nemen op dat latere tijdstip.¹⁷⁹ Het argument kan op zichzelf genomen ook geen reden zijn voor *toewijzing* van een beroep op het voorrecht, wanneer dit beroep om andere redenen niet toegekend moet worden. De crediteur heeft immers het recht om zijn vordering te verhalen op het goed waartoe een derde is gerechtigd, op het tijdstip waarop het hem schikt.

VI.3.4.6. Andersoortige belangen

Naast de genoemde gezichtspunten spelen nog andere overwegingen een rol bij de beantwoording van de vraag of een crediteur in redelijkheid kan weigeren toepassing te geven aan het verlangen tot eerdere uitwinning. De belangrijkste daarvan is de vraag of degene die zich op het voorrecht beroept, wordt gesubrogeerd in de rechten op het medeverbonden goed als het beroep op het voorrecht *niet* wordt toegekend en zijn goed als eerste wordt uitgewonnen.¹⁸⁰ Een omvangrijke bespreking van het instituut van subrogatie, waarmee het voorrecht van uitwinning nauw samenhangt, is node gewenst maar gaat het bestek van dit boek te buiten.

Ik geef slechts de situatie als voorbeeld waarin het medeverbonden goed, dat door een derde wordt aangewezen voor eerdere executie, ook nog eens jegens dezelfde executerende crediteur is bezwaard met een tweede zekerheidsrecht tot verhaal van een *andere* schuld. De crediteur die wordt gedwongen om dit goed eerst te verkopen, terwijl de opbrengst onvoldoende is om beide verzekerde vorderingen te voldoen, holt zijn eigen verhaal uit. Vanwege de subrogatie in het oudere zekerheidsrecht, bij eerste uitwinning van het goed onder de derde, wordt dat verhaal eveneens uitgehold als er geen voorrecht van uitwinning wordt toegekend. Als de derde echter *niet* wordt gesubrogeerd in het medeverbonden goed, dan is de crediteur beter af wanneer hij zijn executie mag beginnen bij het goed van de derde. In het laatste geval meen ik dat er voldoende grond is om een beroep op het voorrecht inderdaad af te wijzen: het voorrecht is er om eerdere uitwinning onder de schuldenaar te bewerkstelligen waar dit *zonder nadeel* voor de crediteur kan geschieden.

Een andere, voor de hand liggende overweging is om de rechten van de overige crediteuren in de belangenafweging te betrekken. Buiten faillissement spelen hun belangen geen grote rol, aangezien zij zelf de goederen kunnen

179 Reehuis nr. 141.

180 Vgl. Conclusie A-G Hartkamp sub 6, HR 24 april 1992, NJ 1992, 463.

uitzoeken, waarop zij hun vordering door beslaglegging wensen te verhalen. Na het faillissement van de schuldenaar ligt dit anders. Er is in de literatuur wel verdedigd dat voor toepassing van art. 3:234 lid 2 in het faillissement van de schuldenaar geen plaats is.¹⁸¹ Een beperkt gerechtigde die een zekerheidscrediteur kan verwijzen naar een ander medeverbonden goed, vergroot daardoor zijn eigen verhaalsmogelijkheden ten koste van de concurrente crediteuren. In zekere zin schept hij aldus voor zichzelf een preferentie op de opbrengst van een goed dat niet jegens hem is verbonden, vergeleken met de situatie waarin de zekerheidscrediteur zich eerst verhaalt op het goed dat met het beperkte recht is bezwaard. Een dergelijke hiërarchie is in strijd met het systeem van het goederenrecht.¹⁸² Naar ik meen kan daarom inderdaad in faillissement geen beroep worden gedaan op art. 3:234 lid 2. Dit brengt uiteraard niet mee, in omgekeerde richting, dat concurrente crediteuren mogen verlangen dat de zekerheidscrediteur zich eerst verhaalt op het goed dat met een beperkt recht is bezwaard. Met het verval van het voorrecht van uitwinning herkrijgt de zekerheidscrediteur zijn keuzevrijheid tussen de medeverbonden goederen.

In het bovenstaande is geenszins gepoogd om een volledige opsomming te geven van de gezichtspunten, die een rechter kan hanteren bij de beantwoording van de vraag, of een crediteur in redelijkheid kan weigeren aan het verlangen tot eerdere uitwinning te voldoen. Ik meen echter dat voldoende gezichtspunten zijn gegeven om, tezamen genomen, tot een afgewogen oordeel te leiden.

VI.3.5. Enige bijzondere gevallen

Het mag inmiddels duidelijk zijn geworden dat het voorrecht van uitwinning aanleiding geeft tot enige complicaties. Dat is meer nog het geval bij de hierna te behandelen rechtsfiguren, die op zichzelf al behoren tot de meer complexe onderwerpen van het goederenrecht. Zij zijn hier slechts bijeengebracht, niet uitputtend, omdat de behandeling elders te veel ruimte zou hebben gevergd. Tot slot maak ik de lezer attent op de Leidraad Invordering 2008, die weliswaar strikt genomen niet samenhangt met het voorrecht van uitwinning, maar daarmede voldoende verwantschap vertoont om een bespreking te wettigen.

VI.3.5.1. Aandelen bij bijzondere gemeenschap (art. 3:190)

De vestiging van zekerheidsrechten op een goed door de gezamenlijke gerechtigden tot dat goed behoeft geen bijzondere bespreking: de gevolgen

181 Bakkerus p.242.

182 Ibid.

zijn hetzelfde als bij vestiging door één zekerheidsgever.¹⁸³ Als slechts één deelgenoot de schuldenaar is van de verzekerde schuld, dan zijn de anderen ten aanzien van die schuld derden. Het zekerheidsobject behoort hun weliswaar niet in eigendom toe, noch zijn zij er krachtens een beperkt recht toe gerechtigd, maar zij zijn wel verhaalsaansprakelijk in hun goederenrechtelijk belang voor een schuld waarvoor zij niet draagplichtig zijn. Het ligt voor de hand aan hen een beroep op het voorrecht toe te kennen. In dat geval is iedere deelgenoot die niet tevens schuldenaar is, bevoegd om de eerdere uitwinning van een medeverbonden goed te verlangen (art. 3:170 lid 1); en is iedere deelgenoot (die niet tevens schuldenaar is) bevoegd om zich tot de voorzieningenrechter te wenden als de schuldeiser weigert aan dat verlangen te voldoen, tenzij een beheersregeling is overeengekomen (art. 3:171).

De regel die eerder is opgesteld vindt overeenkomstige toepassing, te weten dat degene die op enige wijze persoonlijk aansprakelijk is voor de verzekerde schuld geen beroep op het voorrecht van uitwinning mag doen. De achtergrond van die regel was gelegen in de vaststelling dat een crediteur zich ook krachtens zijn persoonlijke recht kan verhalen op alle goederen van zijn debiteur. Als de crediteur zich echter krachtens zijn persoonlijke recht verhaalt op één der deelgenoten, zijn schuldenaar, dan kan hij zich slechts verhalen op diens aandeel in het verbonden gemeenschappelijke goed. De aandelen van de overige deelgenoten blijven aldus buiten schot. Nu de mogelijkheid niet bestaat dat de crediteur op zijn schreden terugkeert, na een beroep op het voorrecht, en zich op hetzelfde goed verhaalt middels executoriaal beslag, kan het voorrecht van uitwinning zonder gevaar aan de niet-aansprakelijke deelgenoten worden toegekend.

De vestiging van een zekerheidsrecht op een *aandeel* in een gemeenschappelijk goed leidt, in tegenstelling tot het bovenstaande, tot enige problemen. In beginsel is iedere deelgenoot bevoegd om over zijn aandeel te beschikken en derhalve om daarop zekerheidsrechten te vestigen (art. 3:175 lid 1). Er doen zich hier geen incidenten voor.¹⁸⁴ Ten aanzien van de bijzondere gemeenschappen van art. 3:189 lid 2 geldt echter dat een deelgenoot niet kan beschikken over zijn aandeel in een gemeenschapsgoed zonder toestemming van de overige deelgenoten (art. 3:190 lid 1). Hij kan daarentegen wel zekerheidsrechten vestigen op een dusdanig aandeel (art. 3:190 lid 2), zij het dat de zekerheidscrediteur niet tot executie mag overgaan zonder de toestem-

183 Zie voor een aardig voorbeeld: Rb. Almelo, 6 augustus 2008, *JOR* 2008, 350.

184 Volgens Prinsen (*Rekenplicht en aansprakelijkheid*, Zwolle 1995, p.104-107) kan een schuldeiser het aandeel wel uitwinnen, maar moet hij daarbij rekening houden met de belangen van de overige deelgenoten, hetgeen de schrijver afleidt uit art. 3:180 lid 1 j° 3:178 lid 3, zodat de schuldeiser zich eerst zou moeten verhalen op overige goederen van de deelgenoot, zijn schuldenaar. Dat is onjuist. Als een schuldeiser *verdeling* vordert, dient hij rekening te houden met de belangen van overige deelgenoten, maar niet als hij het bewuste aandeel door executoriale verkoop te gelde wil maken. De veilingkoper, zo die te vinden is, zal vervolgens *als deelgenoot* rekening moeten houden met de belangen van andere deelgenoten, als hij tot verdeling wenst over te gaan: art. 3:178 lid 3. Juist omdat de belangen van de overige deelgenoten niet worden geraakt door de executoriale verkoop, en omdat zij bij een eventuele vordering tot verdeling voldoende zijn beschermd, is er geen reden voor analoge toepassing van het voorrecht van uitwinning.

ming van de overige deelgenoten.¹⁸⁵ Een derde-gerechtigde tot het verbonden aandeel, of een beperkt gerechtigde tot het aandeel met een recht dat de crediteur niet behoeft te eerbiedigen, kan verlangen dat de crediteur zich eerst verhaalt op medeverbonden goederen onder de schuldenaar. Dit geldt echter *niet* voor de deelgenoot in een bijzondere gemeenschap die zelf een beperkt recht op het aandeel in het gemeenschapsgoed heeft. Deze heeft toestemming gegeven voor de executie¹⁸⁶ en daarmee zijn recht verwerkt om zich op het voorrecht van uitwinning te beroepen.

De tekst van de tweede zin van art. 3:190 lid 2 is niet geheel duidelijk. Uit het verband met de eerste zin volgt dat met de 'overige deelgenoten' die toestemming moeten geven de deelgenoten zijn bedoeld die geen zekerheidsgevers zijn. Een dergelijke lezing lijkt mij echter onjuist. Dat zou impliceren dat de schuldenaar-deelgenoot de executie van het verbonden aandeel kan verhinderen, in geval een andere deelgenoot zekerheid heeft gegeven op diens aandeel in het gemeenschapsgoed. Ik houd het er voor dat de deelgenoten die toestemming tot executie moeten geven diegenen zijn, wier aandeel niet is verbonden, en die bovendien niet de schuldenaar zijn van de verzekerde schuld. Als dit juist is, dan mag een derde-verkrijger van het bezwaarde aandeel in beginsel een beroep op het voorrecht doen, omdat hij geen toestemming heeft verleend voor de executie.

VI.3.5.2. Pandrecht op vorderingen (art. 3:239)

In het bovenstaande is al enige malen gerefereerd aan de bijzondere rol die het pandrecht op vorderingen inneemt ten opzichte van het voorrecht van uitwinning. De normale wijze van executie van een pandrecht op een vordering is niet executorialer verkoop van de verpande vordering (art. 3:248 lid 1), maar inning van de verpande vordering gevolgd door executie van het pandrecht op het geïnde (art. 3:246 lid 5). Het voorrecht van uitwinning veronderstelt echter een executorialer verkoop, waarin medeverbonden goederen worden betrokken en als eerste worden verkocht. Het voorrecht staat derhalve op gespannen voet met pandrechten op vorderingen. Om die relatie te verkennen is het dienstig enige aandacht te besteden aan de wijze waarop een pandrecht op een vordering wordt geëxecuteerd.

De pandcrediteur is gerechtigd tot executorialer verkoop van de verpande vordering wanneer zijn schuldenaar in verzuim verkeert (art. 3:248 lid

185 Het artikel bevat dwingend recht: Asser/Perrick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-IV - Goederenrecht: gemeenschap*, Deventer 2007, nr. 49.

186 Dit ligt iets gecompliceerder voor de deelgenoot die krachtens art. 3:190 lid 1 toestemming heeft gegeven voor de *vestiging* van het zekerheidsrecht. In dat geval behoeft de crediteur niet opnieuw toestemming te verkrijgen voor *executie*: Asser/Perrick t.a.p. Maar als de toestemming in vestiging een toestemming in executie impliceert, dan is dezelfde redenering van toepassing als hierboven is gegeven. Een deelgenoot die toestemming heeft gegeven tot vestiging van een zekerheidsrecht op een aandeel in een gemeenschappelijk goed, krachtens art. 3:190 lid 1, kan derhalve geen beroep doen op het voorrecht van uitwinning.

1).¹⁸⁷ Hij behoeft daarvoor geen mededeling van de verpanding te doen aan de schuldenaar van de verpande vordering, als het een stil pandrecht betreft, noch hoeft hij deze op de hoogte te brengen van de executie. Evenmin is het nodig dat de schuldenaar van de verpande vordering in verzuim is. Door de executoriale verkoop wordt de verpande vordering immers niet geïnd, zodat er aan de positie van de schuldenaar niets verandert. De executoriale verkoop vindt plaats zoals bij ieder ander verpand goed; en als een derde (beperkt) is gerechtigd tot de verpande vordering, dan kan deze zonder bezwaar de executerende schuldeiser verwijzen naar medeverbonden goederen van de schuldenaar die als eerste moeten worden verkocht.

De wetgever heeft de bevoegdheid tot executoriale verkoop niet uitgesloten. Maar de executoriale verkoop van een vordering zal vaak minder opbrengen dan haar nominale waarde. Als het verschil tussen de nominale waarde en de verwachte executiewaarde zeer groot is, en de vordering vrij gemakkelijk door inning te gelde gemaakt kan worden, lijkt het mij zelfs misbruik van executiebevoegdheid om de executoriale verkoop van een vordering door te zetten. In dat geval wordt immers door de gekozen methode van executie een onevenredig nadeel toegebracht aan de schuldeiser van de verpande vordering.

Omdat de waarde van een vordering door executoriale verkoop slechts ten dele wordt gerealiseerd, heeft deze vorm van executie weinig praktisch belang.¹⁸⁸ Zij is niet de normale wijze van executie van het pandrecht op een vordering. In de praktijk geschiedt de executie steeds door inning van de verpande vordering,¹⁸⁹ gevolgd door executoriaal verhaal op het geïnde. Tot zover zijn alle schrijvers het eens. Er bestaat echter enig debat over de vraag hoe (en daarmee ook, wanneer) het executoriale verhaal op het geïnde zich voltrekt. Naar de wet komt er door inning van de verpande vordering een pandrecht op het geïnde te rusten (art. 3:246 lid 5).¹⁹⁰ Dit levert geen moeilijkheden op als het pandrecht op het geïnde vervolgens door executoriale verkoop te gelde kan worden gemaakt.¹⁹¹ Men kan denken aan inning van een vordering tot levering, gevolgd door executie van het pandrecht op het geleverde goed. Het pandrecht op een geldschuld geeft daarentegen enige problemen.

187 Struycken p.144; Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen*, Deventer 2007, p.19; Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer 2008, p.26 en 44.

188 Executoriale verkoop kan echter goede diensten bewijzen als de verpande vordering nog niet opeisbaar is.

189 Dit veronderstelt dat de pandhouder inningsbevoegd is. Slechts de hoogst gerangschikte pandhouder met een openbaar pandrecht heeft de bevoegdheid betalingen in ontvangst te nemen (art. 3:246 lid 3). De houder van een stil pandrecht op een vordering kan inningsbevoegdheid verkrijgen door mededeling van de verpanding te doen aan de schuldenaar van de verpande vordering, en aldus zijn pandrecht omzetten in een openbaar pandrecht (art. 3:246 lid 1). Verdaas p.43-44.

190 Het geïnde wordt eigendom van de schuldeiser van de verpande vordering: Reehuis nr. 403-404.

191 Daarvoor dient de schuldenaar van de pandhouder in verzuim te zijn: Verdaas p.44.

Het is niet geheel duidelijk hoe de wetgever zich heeft voorgesteld dat een pandrecht op het geïnde geld komt te rusten. Door een betaling in chartaal geld aan de pandcrediteur wordt het geïnde vermengd met het vermogen van de schuldeiser, zodat het pandrecht op het geïnde eveneens teniet gaat door vermenging.¹⁹² Een girale betaling op een rekening waartoe de pandhouder is gerechtigd, is een betaling aan de schuldenaar van de pandhouder (de bank) waardoor de vordering van de pandhouder op de bank toeneemt.¹⁹³ Ook in dit geval vindt vermenging plaats en gaat een pandrecht op het geïnde onmiddellijk teniet. Zwolve heeft, mede om deze redenen, in een serie artikelen betoogd dat *de inning zelf* de wijze is waarop een pandhouder zich verhaalt op de verpande geldschuld, zodat de inning in dit geval als een executie moet worden gezien.¹⁹⁴ Deze gedachte is vanuit systematisch en leerstellig oogpunt juist,¹⁹⁵ ware het niet dat de formulering van art. 3:246 lid 5 zich ertegen verzet. Zwolves stelling heeft daarom weinig bijval gekregen.¹⁹⁶ Naar de heersende leer voltrekt de executie van een pandrecht op een geldschuld zich op een nogal omslachtige wijze: door inning, gevolgd door executie van het vervangende pandrecht op geld (art. 3:255 lid 1). Als de vordering van de pandhouder opeisbaar is, dan mag hij zich zonder voorafgaande aanzegging verhalen.¹⁹⁷ Voor een niet-opeisbare vordering¹⁹⁸ geldt dat vermenging van het geïnde met het vermogen van de pandhouder moet worden vermeden door het geïnde afgescheiden te houden.¹⁹⁹ In de literatuur is nog niet duidelijk geworden hoe men zich dat moet voorstellen, zonder het bestaan van een aan de Engelse 'trust' gelijkende constructie aan te nemen.²⁰⁰

192 Reehuis nr. 168; Rank-Berenschot nr. 3.6.

193 Rank-Berenschot t.a.p.; Wibier p.43-46. Anders: Reehuis nr. 403, 417 en 425-426. De constructie van betaling op een afzonderlijke rekening is nuttig, maar een leerstellige stoplap. De vraag rijst immers wie is gerechtigd tot die afzonderlijke rekening. Zie ook: Struycken p.146-147; Asser/Mijnssen 3-III, nr. 116. Om dit probleem op te lossen zal men ten minste moeten aannemen, zoals Struycken ook doet, dat een pandhouder in staat is om vóór betaling een kwaliteitsrekening te creëren.

194 Zwolve, 'Enige opmerkingen over het pandrecht op vorderingen I', *WPNR* 5674, 1983, p.713-718; 'Enige opmerkingen over het pandrecht op vorderingen II', *WPNR* 5723, 1985, p.1-5. Zie ook: Zwolve, *RM Themis* 7, 1996, p.252.

195 De Romeinse juristen waren deze gedachte reeds toegedaan. Vgl. Kaser, 'Zum pignus nominis', *IURA* 20, 1969, p.185-186. Zoals Zwolve aangeeft, ziet het moderne Duitse recht inning eveneens als een vorm van executie.

196 Reehuis nr. 420; Brahn p.122.

197 Reehuis nr. 168 en 422; Rank-Berenschot nr. 3.6; Asser/Mijnssen 3-III, nr. 115; Wibier p.18 en 42; Verdaas p.44-45. De schuldenaar van de pandhouder behoeft hiervoor *niet* in verzuim te zijn.

198 Hier doet zich een relevant verschil voor met de leer van Zwolve: als de inning van de verpande geldschuld zelf een daad van executie is, dan zal de schuldenaar van de verzerde vordering in verzuim moeten zijn voordat de pandhouder tot inning mag overgaan. Zwolve, *WPNR* 5723, p.4; Struycken p.146.

199 Reehuis nr. 416 en 421; Rank-Berenschot t.a.p.; Asser/Mijnssen 3-III, nr. 116; Wibier p.19.

200 Reehuis' oplossing (nr. 426) dat het pandrecht na inning en girale betaling op de vordering op de bank komt te rusten, lijkt mij onhoudbaar. De pandcrediteur is immers gerechtigd tot die rekening, zodat het pandrecht door vermenging teniet gaat, terwijl het geld nooit het vermogen van de pandgever is gepasseerd, zodat geen geldig pandrecht kan zijn verstrekt: Rank-Berenschot nr. 3.6. Struycken (p.147 nt.15) maakt uitdrukkelijk de vergelijking met 'trusts'. De Hoge Raad gaat, zoals bekend, erg voorzichtig om met de mogelijkheid om kwaliteitsrekeningen te openen, juist omdat deze rekeningen zijn onttrokken aan het verhaal door overige crediteuren.

Voor welke leer men ook wenst te kiezen, in beide gevallen vindt de executie plaats zonder dat de pandcrediteur is gehouden om de (beperkt) gerechtigde tot de geldschuld daarvan op de hoogte te stellen. Deze zal het voorrecht van uitwinning daarom praktisch gezien niet kunnen inroepen. Maar zelfs als hij op enige wijze kennis heeft verkregen van de naderende executie, bijvoorbeeld doordat de schuldenaar aan de cessionaris heeft bericht dat de pandhouder tot inning en (daaropvolgende) executie wenst over te gaan, lijkt een beroep op het voorrecht van uitwinning mij uitgesloten.²⁰¹ Art. 3:234 lid 1 stelt immers dat de cessionaris, om dat voorbeeld aan te houden, slechts kan verlangen dat medeverbonden goederen *mede in de verkoop* worden begrepen.²⁰² Een verkoop vindt hier niet plaats en het voorrecht is derhalve niet van toepassing. Deze vaststelling laat de cessionaris overigens niet zonder rechtsmiddelen. Hij mag zich beroepen op misbruik van executiebevoegdheid (art. 3:13) waarna een afweging van de belangen van cessionaris en executerende schuldeiser moet worden gemaakt. Op de cessionaris rust dan wel een stelplicht, hetgeen niet het geval is als het voorrecht van uitwinning wordt ingeroepen.

Als men de cessionaris een beroep op het voorrecht van uitwinning wil toekennen, dan moet deze de pandcrediteur tevens kunnen dwingen tot een andere wijze van executie dan inning van de geldschuld gevolgd door verhaal. Dat wil zeggen, de cessionaris moet de pandcrediteur kunnen dwingen tot executoriale verkoop. Dit komt in strijd met de belangen van de pandcrediteur en de debiteur van de verzekerde schuld, en zelfs met het belang van de cessionaris, op een zo hoog mogelijke opbrengst. Een uitbreiding van het voorrecht tot gevallen waarin *niet* wordt 'verkocht', is echter, in het licht van de totstandkoming van dat voorschrift,²⁰³ uit den boze.

Zojuist is de vraag behandeld of een (beperkt) gerechtigde tot een vordering zich tegen de executie daarvan kan verzetten via het voorrecht van uitwinning. Het spiegelbeeldige geval kan zich eveneens voordoen: de eerdere uitwinning wordt verlangd van vorderingen van de schuldenaar die voor dezelfde schuld zijn verpand. Gelet op de tekst van art. 3:234 lid 1 verlangt degene die het voorrecht inroept in dit geval dat verpande vorderingen mede in de verkoop worden begrepen. Eerder kwam ter sprake dat deze wijze van executie minder oplevert dan inning, gevolgd door executoriaal verhaal; zij is evenwel niet onmogelijk. De lagere opbrengst zou een argument kunnen zijn om de verwijzing naar pandrechten op vorderingen niet te accepteren. Dit argument is echter niet afdoende. De schuldeiser is niet *verplicht* om het aangewezen goed te executeren op de wijze die de derde-gerechtigde verlangt, dat wil zeggen door verkoop. Derhalve kan de schuldeiser, hoewel het voorrecht is ingeroepen, overgaan tot inning van de aangewezen verpande vordering, gevolgd door verhaal op de opbrengst. Het zou vervolgens al te

201 Anders: Zwolve, *RM Themis* 7, 1996, p.252 nt.41.

202 Zie voor de achtergronden van dit criterium hierboven, p.260-261.

203 Zie p.260-261 en 289-290.

rigide zijn om de schorsing van de eerdere uitwinning niet op te heffen als de crediteur geen volledige voldoening heeft verkregen, te meer daar degene die het voorrecht heeft ingeroepen zelf is gebaat bij de relatief hogere executieopbrengst die na inning is verkregen. Er staan daarom geen bezwaren in de weg tegen verwijzing naar een medeverbonden vordering, in het kader van een beroep op het voorrecht van uitwinning. Zoals eerder is betoogd, moet bij de belangenafweging echter wel een rol spelen of de medeverbonden vordering gemakkelijk te innen is.

De inningsbevoegde pandhouder op een vordering is, zo wordt algemeen aangenomen,²⁰⁴ bevoegd om de accessoire rechten uit te oefenen die aan de vordering zijn verbonden, als de crediteur van de vordering dat ook zou kunnen doen. Het is wellicht goed om erop te wijzen dat het voorrecht op een dergelijke verhouding *niet* moet worden toegepast. Om een voorbeeld te geven: een door hypotheek versterkte vordering is in pand gegeven en de pandhouder wenst het hypotheekrecht uit te oefenen. De (beperkt) gerechtigde tot het verhypothekerde goed kan daartegen niet het voorrecht van uitwinning inroepen, stellend dat de pandhouder zich eerst onder de schuldenaar dient te verhalen krachtens zijn pandrecht. Daar vallen vele redenen voor aan te voeren, maar het meest elegante argument is dat de verpande vordering niet is *medeverbonden* voor dezelfde schuld als de hypotheek, die immers is gevestigd voor een schuld *aan*, en niet *van*, de schuldenaar. De eis die art. 3:234 stelt, is dus niet vervuld.

De schuldenaar van een verpande vordering komt, zoals men sinds de Middeleeuwen al weet, nooit een beroep toe op het voorrecht van uitwinning. Het is immers niet een hem toebehorend goed dat wordt uitgewonnen, maar een goed dat in het vermogen van zijn crediteur (de schuldenaar van de pandhouder) valt, te weten de vordering die is verpand.

VI.3.5.3. Herverpanding (art. 3:242)

Een bijzondere vorm van zakelijke borgtocht doet zich voor bij de herverpanding door een eerdere pandhouder, aan wie de bevoegdheid tot herverpanding ondubbelzinnig is toegekend (art. 3:242).²⁰⁵ Door de herverpanding komt een tweede zekerheidsrecht tot stand op het verbonden goed, deze maal tot zekerheid van de schuld van de eerste pandhouder aan de tweede pandhouder. De oorspronkelijke pandgever van het herverpande goed is ten aanzien van die schuld een derde. Hij kan derhalve, zo lijkt het, verlangen

204 Rank-Berenschot nr. 3.4; Verdaas p.278-287. Het leerstellige fundament hiervoor is – naar Nederlands recht – nog niet zo eenvoudig te vinden. Zie: Vriesendorp, 'Enige opmerkingen over het lot van afhankelijke (zekerheids)rechten bij verpanding van vorderingen naar NBW', *WPNR* 6025, 1991, p.767-772; reactie Heyman en naschrift, *WPNR* 6048, 1992, p.345-348; reactie Molenaar en naschrift, *WPNR* 6048, 1992, p.349-350; reactie Blomkwist en naschrift, *WPNR* 6072, 1992, p.906-908. Vgl. ook HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 nt. HJS (Rabobank/erven Hengstmengel); Rb. Amsterdam, 13 mei 2009, *LJN* BI4291.

205 Ik wijs er ten overvloede op dat herverpanding iets anders is dan de vestiging van een pandrecht op een met pandrecht versterkte vordering: Brahn p.121.

dat de tweede pandhouder zich eerst verhaalt op medeverbonden goederen onder de eerste pandhouder, alvorens het herverpande goed uit te winnen – zelfs al is hij jegens de eerste pandhouder aansprakelijk. Deze laatste toevoeging wekt enige bevreemding zodra men bedenkt dat de oorspronkelijke pandgever zich *niet* op het voorrecht mag beroepen wanneer niet zijn zaak, maar zijn schuld door de eerste pandhouder is verpand. Het geval kan zich immers voordoen dat het verpande goed is herverpand, terwijl tezelfdertijd een pandrecht is gevestigd op de vordering tot zekerheid waarvan het verpande goed strekt.²⁰⁶ De tweede pandhouder die zich beroept op zijn pandrecht op het herverpande goed mag worden afgeweerd met het voorrecht van uitwinning. Maar diezelfde crediteur kan vervolgens op zijn schreden terugkeren en het goed alsnog uitwinnen krachtens zijn pandrecht op de vordering. Vreemder nog is de gedachte dat de pandgever, die zich in deze situatie beroept op het voorrecht, de eerdere uitwinning van het medeverbonden goed onder de schuldenaar (de herverpander) kan verlangen – dat wil zeggen, de eerdere uitwinning van zijn eigen schuld aan de herverpander. Na deze vaststellingen moet de positie van de oorspronkelijke pandgever opnieuw worden gezien. Zelfs als zijn schuld aan de herverpander *niet* is bezwaard jegens de tweede pandhouder, kan deze laatste zich krachtens diens persoonlijke recht middels beslaglegging verhalen op het gehele vermogen van zijn schuldenaar, de herverpander. Daaronder valt ook de vordering op de oorspronkelijke pandgever. Door beslag te leggen op die vordering is de tweede pandhouder bovendien gerechtigd om de accessoire rechten uit te oefenen tegen de debiteur van de beslagen vordering. Dat wil zeggen dat hij het eerste pandrecht kan uitoefenen, waartegen geen voorrecht van uitwinning openstaat. Deze bedenkingen geven opnieuw aanleiding tot de stelling dat de wetgever de uitbreiding van het voorrecht tot pandrechten niet goed heeft overdacht. Ik houd het er voor, dat een beroep op het voorrecht van uitwinning in geval van herverpanding niet is toegestaan.

Bij de herverpanding vindt meestal een contractuele rangwisseling plaats,²⁰⁷ zodat de pandnemer op het herverpande goed zijn vordering mag verhalen boven de herverpander. De laatste heeft in dit geval een beperkt recht dat de schuldeiser bij uitwinning niet hoeft te respecteren. De herverpander voldoet daarmee aan de eis die art. 3:234 lid 2 stelt en mag zich daarom op het voorrecht van uitwinning beroepen. Dit leidt tot de enigszins gewrongen conclusie dat hij medeverbonden goederen van de schuldenaar moet aanwijzen voor verhaal, en dat wil zeggen: onder zichzelf. Toch heeft hij er belang bij dat de pandnemer zich eerst op andere medeverbonden goederen dan het herverpande goed verhaalt. Zijn verhaalsmogelijkheden krachtens zijn eigen zekerheidsrecht nemen daardoor immers toe. Dit argument houdt echter geen stand tegen de vaststelling dat de vermogenspositie van de schuldenaar, de herverpander, gelijk blijft, ongeacht welke volgorde van uitwinning wordt gekozen. Tegenover de toegenomen verhaalsmogelijkheid staat immers de uitwin-

206 Vgl. Zwolve, 'Enige opmerkingen over art. 3:242 BW', in: *CJHB Brunner-Bundel*, Deventer 1994, p.445-446.

207 Brahn p.121; Asser/Mijnssen 3-III, nr. 38a.

ning van andere goederen. Het voorrecht zou daarom slechts worden ingeroepen om de schuldeiser naar de uitwinning van bepaalde goederen te 'sturen', en daarvoor is het niet bedoeld. Het lijkt mij dat een herverpander daarom, in geval van contractuele rangwisseling, nooit een beroep op het voorrecht van uitwinning mag doen.

VI.3.5.4. Het bodemrecht van de fiscus (§ 14.1.4 Leidraad Inv. 2008)

Tot besluit van dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan een figuur die strikt genomen niets van doen heeft met het voorrecht van art. 3:234, maar daar – juist vanuit rechtshistorisch perspectief – voldoende verwantschap mee vertoont om een bespreking te rechtvaardigen. Het betreft de uitoefening van het bodemrecht van de fiscus.

In een eerder deel is uiteengezet²⁰⁸ hoe onder het klassieke Romeinse recht, dat geen voorrecht van uitwinning kende, de fiscale praktijk was gegroeid om verhaalsaansprakelijke derden uit billijkheid niet aan te spreken, dan nadat het vermogen van de fiscale debiteur was uitgewonnen.²⁰⁹ Juist deze praktijk was van invloed op de totstandkoming van het voorrecht van uitwinning voor derden-bezitters. Het is opvallend, en enigszins verheugend, dat de moderne Ontvanger zichzelf uit vergelijkbare overwegingen aan banden heeft gelegd.

Krachtens art. 21 lid 1 Invorderingswet (Iw) heeft de fiscus een voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige. Om te voorkomen dat het verhaal door de fiscus wordt uitgehold door bezitloze zekerheidsrechten op goederen van de belastingschuldige (die krachtens art. 3:279 in rang gaan boven het voorrecht), bepaalt art. 21 lid 2 Iw dat het fiscale voorrecht in rang gaat boven ieder pandrecht dat rust op een zaak die zich 'op de bodem van de belastingschuldige' bevindt.²¹⁰ Het gaat daarbij om verhaal voor belastingschulden op zaken als bedoeld in art. 22 lid 3 Iw, kort gezegd op de bedrijfsinventaris (art. 22.1 Leidraad).²¹¹ Het bodemvoorrecht wordt buiten faillissement door beslaglegging geldend gemaakt. Een derde-eigenaar of beperkt gerechtigde die door het beslag wordt getroffen kan daartegen in beginsel niet in verzet komen (art. 31 lid 3 Iw). Het gevolg daarvan is dat de fiscus zich op goederen van derden kan verhalen voor de belastingschuld. Voor de uitoefening van deze verhaalsmogelijkheid heeft de Ontvanger zichzelf enige regels gesteld, die zijn vastgelegd in de Leidraad Invordering 2008.²¹²

De fiscus voert een terughoudend beleid ten aanzien van het verhaalsbeslag onder derden. Als deze derden 'reële eigendom' (in fiscale zin) hebben, wordt hun recht zoveel mogelijk ontzien (art. 22.8.10 Leidraad). Dat terughoudend beleid krijgt gestalte in art. 14.1.4 Leidraad. Krachtens dit artikel hanteert de Ontvanger een volgorde van uitwinning als er

208 Zie boven, p.52-59.

209 D. 49,14,47,pr. (de lex Moschis).

210 Schutte, 'De pandhouder buitenspel', *O&F* 54, 2002, p.2.

211 Schutte p.3; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp nr. 932.

212 Een door de Minister van Financiën opgesteld beleidsdocument, en recht in de zin van art. 79 lid 1 sub b RO. Bakkerus p.233 nt.24.

naast zaken van de belastingschuldige ook zaken zijn getroffen door het beslag, waartoe derden (beperkt) zijn gerechtigd. De volgorde is van zaken van de belastingschuldige, naar zaken waar derden een beperkt recht op hebben, naar zaken waar derden eigenaar van zijn. De volgorde vervalt als aantasting van de rechten van derden wegens de hoogte van de belastingschuld onvermijdelijk is, of, meer algemeen, als het belang van de invordering dat vergt. Bij de uitoefening van het bodembeslag dat rust op goederen van derden, moet de Ontvanger zich aan deze volgorde van uitwinning houden (art. 22.4 Leidraad). Het beslag op goederen van derden wordt, naar zijn aard, niet opgeheven door het faillissement van de belastingschuldige. Het faillissementsbeslag treft immers slechts goederen die de belastingschuldige toebehoren, en niet de goederen van derden.²¹³ De derde kan echter zekerheid stellen voor de belastingschuld, of goederen aanwijzen die voldoende verhaal bieden, waarna de Ontvanger het bodembeslag op goederen van de derde zal opheffen (art. 22.5 Leidraad).

Een pandhouder kan, buiten faillissement, overgaan tot executie van de goederen waarop de fiscus bodembeslag heeft gelegd. De Ontvanger heeft in dit geval een hogere rang ten aanzien van de executieopbrengst (art. 21 lid 1 Iw), maar hij zal zijn voorrecht uitoefenen naar de eerder geschetste volgorde van uitwinning (art. 21.3 Leidraad). Door het faillissement van de belastingschuldige vervalt het bodembeslag op diens goederen, zoals ieder verhaalsbeslag (art. 33 lid 2 Fw). De fiscus moet zich verifiëren en gaat bij het verhaal op de opbrengst boven de bezitloze pandhouder (art. 21 lid 2 Iw); hij kan echter ook gebruik maken van de hoge rang die zijn algemene voorrecht hem geeft ten aanzien van de opbrengst van alle goederen van de debiteur. De vraag rijst derhalve wat de verhouding is tussen het verhaal krachtens bodembeslag op een verpande bodemzaak, en het verhaal krachtens het algemene voorrecht.²¹⁴

In het Rijkzaart-arrest²¹⁵ had de Hoge Raad de vraag te beantwoorden of de Ontvanger in faillissement eveneens de volgorde van uitwinning diende te hanteren bij het verhaal op de opbrengst van bodemzaken. Hij stelde vast dat de curator in faillissement, als belangeneharter van de fiscus (art. 57 lid 3 Fw), zich aan de Leidraad diende te houden bij de uitkering van de executieopbrengst. Dit leidde tot de conclusie dat de curator de fiscus zoveel mogelijk moest voldoen uit het vrije actief, dat wil zeggen uit de opbrengst van goederen die niet met bezitloze pandrechten waren bezwaard.²¹⁶ Aldus schiet er meer over voor de pandhouder, al moet gezegd worden dat deze oplossing ten nadele komt van de concurrente crediteuren.²¹⁷

Het Rijkzaart-arrest is voor dit onderzoek interessant, omdat het één van de zeer weinige keren is dat de Hoge Raad zich, zijdelings, over art. 3:234 heeft uitgelaten. De Raad brengt de bepalingen uit de Leidraad in verband met de

213 Schutte p.3.

214 Schutte p.4.

215 HR 26 juni 1998, *RvdW* 1998, 142; *JOR* 1998, 126 (Aerts q.q./ABN AMRO; Rijkzaart).

216 Bevestigend Rb. Arnhem, 7 november 1996, *JOR* 1997, 10 nt. Kortmann en Hof Arnhem, 19 augustus 1997, *JOR* 1997, 121 nt. Van Hees. Zie ook: Zwolve, *Gr.O.M.* 26, 2009 [in druk].

217 Conclusie A-G Hartkamp sub 7 en 8, 17 april 1998, *JOR* 1998, 81; zie ook de noot van Kortmann bij Rb. Arnhem, 7 november 1996, *JOR* 1997, 10.

'gedachte' die ten grondslag ligt aan art. 1:96 lid 1 en art. 3:234 lid 1 BW en art. 497 lid 3 Rv en 736 lid 3 Rv. Dit verband, dat door de wetgever ook al was gesignaleerd,²¹⁸ is gelegen in de mogelijkheid om te verlangen dat de crediteur zich eerst verhaalt op goederen die niet toebehoren aan de derde, of met diens recht zijn bezwaard.²¹⁹ Met deze ietwat cryptische en algemene vaststelling, die bovendien is beperkt tot goederenrechtelijke belangen van derden, moet men het vooralsnog doen. Het is niet duidelijk of verhaalsaanprakelijke niet-draagplichtige derden zonder goederenrechtelijk belang, zoals borgen, onder het bereik van deze gedachte vallen. Het voorrecht van uitwinning is ten aanzien van borgen afgeschaft. Brengt de goede trouw, of de regel omtrent misbruik van executiebevoegdheid, nu mee dat een verhaalsaanprakelijke, niet-draagplichtige derde in het algemeen kan verlangen dat de crediteur zich eerst verhaalt op goederen die niet toebehoren aan de derde? Teneinde deze, en soortgelijke, vragen te beantwoorden is het dienstig aandacht te besteden aan de borgtocht. Sinds de conclusie van A-G Hartkamp bij het arrest Heidenreich/Alcredis²²⁰ is op dit terrein, met enige regelmaat, in lagere jurisprudentie invulling gegeven aan de 'collisie' van zekerheidsrechten.

VI.4. BORGTOCHT: ART. 7:855 BW

VI.4.1. De afschaffing van het voorrecht van uitwinning

Toen Meijers in 1928 een lijst publiceerde van honderd onderwerpen waaromtrent het oude BW verbetering behoefde, kwam een 'betere regeling van de voorrechten der borgen' op die lijst nog voor.²²¹ In de daaropvolgende jaren verschenen twee invloedrijke herzieningen van buitenlandse wetboeken, te weten de wijziging van het Zwitserse Obligationenrecht (1941) en de Italiaanse Codice civile (1942).²²² De Zwitserse wetgever had de gelegenheid te baat genomen om de positie van borgen door middel van dwingend recht te versterken, juist ten aanzien van hun subsidiaire aansprakelijkheid. De Italiaanse wetgever nam daarentegen tot uitgangspunt dat het contract van borgtocht aantrekkelijk diende te blijven voor de kredietverlening. Hij behandelde de aansprakelijkheid van de borg daarom als gelijk aan die van de hoofdschuldenaar. Juist door hun verschillende benadering waren beide regelingen van grote invloed op de gedachtevorming in Nederland.

218 Zie hierboven, p.308-309.

219 Rijkaart, rov. 4.1.2.

220 HR 24 april 1992, NJ 1992, 463. Zie over dit arrest p.275-277 en p.359-361.

221 Meijers, 'Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek', WPNR 3031, 1928, p.51.

222 Pels Rijcken, 'Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?' (NJV prae-advies), in: *Handelingen der NJV 92-I*, Zwolle 1962, p.104; De Gaay Fortman, 'Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?' (NJV prae-advies), in: *Handelingen der NJV 92-I*, Zwolle 1962, p.201-206; PG Boek 7 (Inv. 3,5,6), TM, p.417.

Het is in dit verband haast een gemeenplaats om erop te wijzen dat borgtocht een gevaarlijk contract is voor borgen en eveneens een belangrijk instrument voor kredietverlening, zodat een wetgever de belangen van borgen en crediteuren goed dient af te wegen.²²³ Dat moge waar zijn, maar de juridische realiteit is dat crediteuren liever een borg aannemen die zij onmiddellijk tot betaling kunnen aanspreken. Derhalve is ieder systeem dat subsidiaire aansprakelijkheid voorschrijft bij wijze van regelend recht, als voorrecht of anderszins, gedoemd om een dode letter te blijven. De bescherming die het Zwitserse recht borgen dwingendrechtelijk biedt, wordt op slag illusoir zodra men beseft dat het Zwitserse wetboek naast 'gewone' borgen ook 'hoofdelijke' borgen kent. Hun verbintenis wordt opeisbaar door het verzuim en de vruchteloze aanmaning van de hoofdschuldenaar, en door diens insolventie, en niet pas, zoals geldt voor 'gewone' borgen, na het verhaal op de hoofdschuldenaar.²²⁴ Als men in aansluiting daarop vaststelt, dat dwingendrechtelijk voorgeschreven subsidiariteit te bezwarend is voor het kredietverkeer,²²⁵ en daarom onwenselijk, dan blijft slechts één alternatief over: het Italiaanse. Krachtens art. 1944 Codice civile is een borg hoofdelijk aansprakelijk met de debiteur, tenzij partijen het voorrecht van uitwinning zijn overeengekomen. Het behoeft geen betoog dat het laatste in de praktijk niet geschiedt.

In twee preadviezen voor de NJV, die in 1962 verschenen, werd op bovenstaande gronden gepleit voor afschaffing van het voorrecht van uitwinning.²²⁶ Het voorontwerp voor Boek 7 BW, vervaardigd door één der preadviseurs, De Gaay Fortman,²²⁷ kwam gereed in 1972. Het bevatte geen bepaling omtrent de subsidiaire aansprakelijkheid van borgen. In de toelichting werd vastgesteld dat borgen steeds afstand deden van het voorrecht van uitwinning. Afschaffing van dit voorrecht was daarom niet meer dan codificatie van een reeds bestaande praktijk.²²⁸ 'Het subsidiaire karakter', zo merkt de toelichting op, 'is in feite verdwenen.'²²⁹ Wat overbleef kon hooguit als een niet-afdwingbare fatsoensplicht worden aangemerkt.

De twee preadviseurs meenden daarnaast dat geen behoefte bestond aan een regeling als in het Zwitserse recht, waar de (hoofdelijke) borg slechts na aanmaning van de hoofdschuldenaar kan worden aangesproken.²³⁰ Het verzuim van de hoofdschuldenaar kan ook zonder ingebrekestelling ontstaan; en een (dwingendrechtelijk voorgeschreven) aanmaning van de hoofdschuldenaar is veelal een nutteloze formaliteit, juist in de gevallen waarin een crediteur de borg wil aanspreken. In een reactie op het Ontwerp

223 Pels Rijcken p.87; PG Boek 7 (Inv. 3,5,6), TM, p.417; Pitlo/Croes, *Pitlo's Nederlands burgerlijk wetboek VI: bijzondere overeenkomsten*, 9^e druk, Gouda 1995, nr. 850; Tjittes, 'Verplichtingen van de schuldeiser jegens de borg', *TPR* 2000, p.1448-1149; Du Perron/Haentjens, *Boek 7.14 artikelsgewijs commentaar* (GRS losbladig, Kluwer 2005), aant. 1 bij titel 7.14; Blomkwist, *Borgtocht* (Mon.-NBW B78), 3^e druk, Deventer 2006, nr. 1; Schelhaas, 'De overeenkomst van borgtocht', in: Wessels/Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer 2006, nr. 269.

224 § 496 OR. Vgl. De Gaay Fortman p.203.

225 Pels Rijcken p.103.

226 Pels Rijcken p.103-104; De Gaay Fortman p.209.

227 PG Boek 7 (Inv. 3,5,6), Inleiding, p.XV.

228 Knol, 'Bewaarneming en borgtocht in het nieuwe BW', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 4, 1984, p.138.

229 PG Boek 7 (Inv. 3,5,6), TM, p.419.

230 § 496-1 OR. Pels Rijcken p.105; De Gaay Fortman p.209.

betoogde Korthals Altes echter dat wel degelijk behoefte bestond aan een dwingende wetsbepaling.²³¹ Zonder een bepaling omtrent subsidiariteit, zo meende hij, was borgtocht niet te onderscheiden van hoofdelijkheid. Bovendien was een weinig effectieve bescherming van de borg verkieslijk boven het ontbreken van iedere bescherming: de borg diende daarom in navolging van het Zwitserse recht slechts aangesproken te kunnen worden, indien de hoofdschuldenaar in verzuim verkeerde en diens aanmaning zonder resultaat bleef, of indien de hoofdschuldenaar notoir insolvent was.

Het eerste argument was niet sterk. Geheel afgezien van de vaststelling dat het beginsel van accessoriëteit de verbintenis van een borg voldoende onderscheidt van een 'gewone' hoofdelijke verbintenis,²³² is achtergestelde aansprakelijkheid een vertaling van de gedachte dat een borg niet draagplichtig is. Regres en subrogatie zijn vertalingen van diezelfde gedachte. Als een borg dus onmiddellijk kan worden aangesproken, maar zijn verhaal op de hoofdschuldenaar behoudt, dan bestaat er geen gevaar voor vervaging van het onderscheid tussen een hoofdelijke medeschuldenaar en een borg.²³³ Het tweede argument verliest veel van zijn waarde als men de vraag stelt wat ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar jegens de borg *bewijst*. De crediteur kan niet worden belast met het negatieve bewijs van het uitblijven van betaling. De ingebrekestelling bewijst derhalve niet meer, zo moet het antwoord in navolging van Diephuis²³⁴ luiden, dan dat om betaling is gevraagd – en in geen geval dat betaling door de hoofdschuldenaar is uitgebleven. Is het in dit licht wenselijk dat de (algemeen als zodanig gevoelde) fatsoensplicht om eerst betaling aan de hoofdschuldenaar te vragen dwingendrechtelijk, door middel van ingebrekestelling, wordt voorgeschreven? Ik meen dat de borg daarbij weinig belang heeft.²³⁵

Wellicht in antwoord op Korthals Altes' kritiek, werd het in het (gewijzigde) regeringsontwerp van 1983 'wenselijk geacht om het subsidiaire karakter van de verbintenis van de borg uitdrukkelijk in de wet neer te leggen.'²³⁶ Het voorrecht van uitwinning bleef afgeschaft,²³⁷ maar volgens het wetsontwerp, dat in 1992 werd ingevoerd als art. 7:855 BW,²³⁸ is de borg niet tot nakoming gehouden totdat de hoofdschuldenaar is tekort geschoten. De crediteur moet

231 Korthals Altes, 'Borgtocht in Boek 7 titel 14 Ontwerp B.W.', *NJB* 39, 1973, p.1252-1253.

232 Van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Deventer 1999, p.36-37.

233 De Gaay Fortman p.209-210; Knol, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 4, 1984, p.138-139; Klaassen, 'Hoofdelijkheid of borgtocht, wat zal het wezen', *WPNR* 6316, 1998, p.348; Blomkwist nr. 2.

234 Zie boven, p.268-269.

235 Pels Rijcken p.104-105.

236 PG Boek 7 (Inv. 3,5,6), MvT, p.438.

237 PG Boek 7 (Inv. 3,5,6), MvT, p.423. Uiteraard kunnen partijen een volgorde van uitwinning overeenkomen, en daarbij naar wens een regeling treffen omtrent de kosten van uitwinning of de aanwijzing van verhaalsobjecten. Het is aan te raden om zulks uitdrukkelijk vast te leggen, in het bijzonder wanneer een indeminsteitsborgtocht (voorwaardelijke aansprakelijkstelling) is bedoeld. De partijbedoeling wordt in de rechtszaal nog wel miskend. Vgl. Rb. Utrecht, 22 december 2004, *JOR* 2005, 54.

238 Art. 7:855 lid 1 BW: 'De borg is niet gehouden tot nakoming voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten.' Dit is *niet* 'een moderne variant van het Romeinsrechtelijke *beneficium excussionis*', zoals Van Boom (p.26-27) stelt.

‘het nodige’²³⁹ doen om te constateren dat de hoofdschuldenaar niet betaalt. Voorheen was een borg die afstand had gedaan van de hem toekomende voorrechten, zoals onder het oude BW steeds geschiedde, tot betaling gehouden zodra betaling van de hoofdschuldenaar kon worden geëist.²⁴⁰ Hoewel het voorrecht van uitwinning onder het nieuwe BW is afgeschaft, is de subsidiaire aansprakelijkheid van borgen derhalve *versterkt* door de invoering van art. 7:855 lid 1, dat ten aanzien van particuliere borgen immers dwingend recht is.²⁴¹ Deze wijziging in de aansprakelijkheid van borgen zal nog enige tijd relevant blijven: krachtens art. 220 lid 1 Overgangswet NBW zijn de eerste twee afdelingen van titel 7.14 NBW, waaronder art. 7:855, niet van toepassing op borgtochten die onder het oude recht tot stand zijn gekomen. Voor deze borgtochten heeft het oude recht dienaangaande, zoals beschreven in het vorige deel, door de eerbiedigende werking niets van zijn relevantie verloren.²⁴²

Tegen de achtergrond van afschaffing van het voorrecht van uitwinning, mag de regeling van subrogatie onder het nieuwe BW overigens verbazing wekken. Een crediteur is niet verplicht om zich eerst op het vermogen van de hoofdschuldenaar te verhalen alvorens één van de borgen, naar zijn keuze, aan te spreken. De borg die door betaling in de rechten van de crediteur treedt, is echter verplicht om eerst verhaal te zoeken op de hoofdschuldenaar, alvorens de overige niet-draagplichtige medeschuldenaren en verhaalsaansprakelijke niet-schuldenaren (art. 7:869) naar evenredigheid aan te spreken voor het onverhaalbaar gebleven deel (art. 6:13 lid 1).²⁴³ Een behandeling van de – zeer terecht – kritiek²⁴⁴ op de leer van de ‘gescheiden circuits’ (een absoluut novum) voert echter te ver in het kader van dit boek.

VI.4.2. De subsidiaire aansprakelijkheid van de borg

Krachtens art. 7:855 lid 1 BW is de borg slechts tot nakoming gehouden nadat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekort gescho-

239 PG Boek 7 (Inv. 3,5,6), MvT, p.438.

240 Zie boven, p.267.

241 Van Ransbeeck (p.310-311) ontwaart in België en Frankrijk een tendens om de subsidiaire aansprakelijkheid van borgen te versterken, bijvoorbeeld met betrekking tot borgstelling voor consumentenkrediet.

242 Dit kan niet alleen een rol spelen ten aanzien van het voorrecht van uitwinning, maar ook, niet onbelangrijk, voor de vraag of een betalende borg door subrogatie een gelijke rang verkrijgt als de schuldeiser: HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 175.

243 Het regres door de betalende borg op niet-draagplichtige medeschuldenaren en verhaalsaansprakelijke niet-schuldenaren is derhalve subsidiair aan het regres op draagplichtige medeschuldenaren: Blomkwist nr. 36. Van Boom (p.157) merkt terecht op dat de borg over kan gaan tot omslag van het onverhaalbare deel over de niet-draagplichtige personen, als de draagplichtige schuldenaren ‘onvindbaar, onbekend of insolvent’ zijn, of hun ‘vermogen om een andere reden niet op gemakkelijke wijze kan worden uitgewonnen voor de regresvordering.’ Ik merk terzijde op dat van oudsher dezelfde criteria werden toegepast bij het voorrecht van uitwinning, dat wil zeggen vóórafgaand aan betaling door de borg.

244 Zie reeds Korthals Altes, *NJB* 39, 1973, p.1254-1255.

ten.²⁴⁵ De wettekst doet vermoeden dat de verbintenis van een borg slechts bestaat onder de opschortende voorwaarde van een tekortkoming in de nakoming door de hoofdschuldenaar. Men kan geneigd zijn om daaruit af te leiden dat de crediteur, die een borg in rechte aanspreekt tot betaling, dient te stellen en zonodig te bewijzen dat de hoofdschuldenaar is tekortgeschoten. Hij beroept zich immers op vervulling van de voorwaarde. Deze opvatting zou de crediteur echter een negatieve bewijslast opleggen. Het bewijs dat de hoofdschuldenaar niet, niet tijdig, of niet behoorlijk is nagekomen, valt bovendien door het enkele feit van ingebrekestelling niet te leveren. De ingebrekestelling heeft immers niet als functie om het verzuim vast te stellen, maar om een laatste termijn voor nakoming te geven (6:82 lid 1).²⁴⁶ De parlementaire geschiedenis is op dit punt – waarschijnlijk bewust – vaag: de schuldeiser kan geen betaling eisen, ‘voordat hij het nodige heeft gedaan om te constateren dat de hoofdschuldenaar niet tot betaling overgaat.’²⁴⁷

De schuldeiser is derhalve slechts verplicht ‘het nodige’ te ondernemen tegen de hoofdschuldenaar,²⁴⁸ alvorens de borg aan te spreken. Uit het tweede lid van art. 7:855 blijkt dat daarbij in eerste instantie is gedacht aan ingebrekestelling. Krachtens dit lid is de schuldeiser verplicht om de borg mededeling te doen van ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar.²⁴⁹ De crediteur is aansprakelijk jegens de borg als hij deze mededeling achterwege laat.²⁵⁰ Kennelijk vestigt de ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar een mededelingsplicht voor de crediteur, waarvan hij wordt ontslagen door mededeling aan de borg te doen.²⁵¹ Deze plicht is gegrond op het gegeven dat de verbintenis van de borg *opeisbaar* wordt door het verstrijken van de

245 De tekortkoming behoeft niet toerekenbaar te zijn. Een eventueel beroep op overmacht komt voor rekening van de borg.

246 HR 20 september 1996, NJ 1996, 748; HR 27 november 1998, NJ 1999, 380 nt. PAS. Vgl. Asser/Van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 5-IV - Bijzondere overeenkomsten*, 6^e druk, Deventer 2004, nr. 196.

247 PG Boek 7 (Inv. 3,5,6), MvT, p.438. Vgl. Beekhoven van den Boezem, ‘Collisie van persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheidsrechten’, *O&F* 67, 2005, p.58.

248 Als er meer dan één hoofdschuldenaar is, dan zal de crediteur tegen elk van hen ‘het nodige’ moeten ondernemen: Hof Den Haag, 19 december 2000, *JOR* 2001, 45. Zo ook: Blomkwist nr. 19; Castermans/Krans, ‘Titel 7.14, borgtocht’, in: Nieuwenhuis, Stolker en Valk, *Burgerlijk wetboek: tekst & commentaar*, 7^e druk, Deventer 2007, aant. 2 bij art. 7:855; Steneger, noot bij Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51.

249 De borg verkrijgt daardoor een termijn om de hoofdschuldenaar tot nakoming te bewegen, of om middelen te nemen tot bewaring van zijn regresrecht. Du Perron/Haentjens, aant. 2 bij art. 7:855; Schelhaas nr. 284; Castermans/Krans, aant. 2 bij art. 7:855.

250 Als potentiële schade noemt de parlementaire geschiedenis (Boek 7 (Inv. 3,5,6), MvA II, p.438) de schade die kan ontstaan doordat de borg niet in de gelegenheid was om de wanprestatie van de hoofdschuldenaar te voorkomen (door deze tot nakoming te bewegen), en de schade die kan ontstaan door vertraging bij de uitoefening van verhaal op de hoofdschuldenaar. Zie verder: Pitlo/Croes nr. 855; Asser/Van Schaick nr. 196; Du Perron/Haentjens, aant. 4 bij art. 7:855; Blomkwist nr. 19; Schelhaas nr. 284; Castermans/Krans, aant. 2 bij art. 7:855.

251 De mededeling behoeft echter niet onverwijld te geschieden: Rb. Zutphen, 12 juli 2006, *LJN* AZ0172.

fatale termijn voor nakoming na ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar.²⁵² De crediteur moet dus bewijzen dat hij ‘het nodige’ heeft gedaan om de hoofdschuldenaar tot betaling te bewegen; hij hoeft niet te bewijzen dat hij *tevergeefs* om betaling heeft gevraagd. Het bewijs van niet-betaling ligt, anders gezegd, niet bij de crediteur. Om zichzelf van aansprakelijkheid te bevrijden kan de borg bewijzen dat de hoofdschuldenaar niet in verzuim verkeert, bijvoorbeeld omdat (tijdig) een bevrijdende betaling is verricht of omdat sprake is van overmacht.²⁵³

Van Schaick stelt terecht dat de wet ‘strikt genomen’ niet eist, dat de hoofdschuldenaar *toerekenbaar* is tekort geschoten.²⁵⁴ Daarna maakt hij echter een salto mortale: de borg kan niet tot nakoming worden gedwongen als hij bewijst dat de tekortkoming niet toerekenbaar is, en *daarom* moet de eis van toerekenbaarheid in art. 7:855 besloten worden geacht. Maar als de verbintenis van de borg pas opeisbaar zou worden door een *toerekenbare* tekortkoming tijdens de hoofdschuldenaar, dan ligt de bewijslast daarvan bij de crediteur. Dat zou, zoals Van Schaick zelf al opmerkt, de crediteur belasten met een bewijs jegens de borg waartoe hij jegens de hoofdschuldenaar niet is gehouden. ‘Strikt genomen’ dient de wettekst daarom strikt genomen te worden.

Eén en ander leidt tot de conclusie dat de verbintenis van een borg *niet* bestaat onder de opschortende voorwaarde van een tekortkoming tijdens de hoofdschuldenaar, ondanks het eerste lid van art. 7:855.²⁵⁵ De verbintenis bestaat reeds voordien, maar wordt pas opeisbaar als de crediteur ‘het nodige’ heeft gedaan om vast te stellen dat de hoofdschuldenaar niet zal nakomen.²⁵⁶ Als de gevolgen van niet-nakoming intreden voordat de hoofdschuld opeisbaar is (art. 6:80 lid 1), bijvoorbeeld omdat de crediteur uit een mededeling van de hoofdschuldenaar mag afleiden dat deze zal tekortschieten, dan heeft de crediteur reeds aan zijn plicht voldaan en kan de borg onmiddellijk worden aangesproken.²⁵⁷ In andere gevallen is, krachtens het tweede lid van art. 7:855, het verstrijken van de termijn voor nakoming, na ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar, *voldoende* om de borg te kunnen aanspreken. Dit geeft echter aanleiding tot de vraag wanneer de verbintenis van de borg opeisbaar wordt, in geval het verzuim van de hoofdschuldenaar intreedt zonder ingebrekestelling (art. 6:83).

252 Pitlo/Croes nr. 855; Tjittes, *TPR* 2000, p.1471; Asser/Van Schaick nr. 196; Schelhaas t.a.p.; Castermans/Krans, 8^e druk (2009), aant. 2 bij art. 7:855. Onder het oude BW werd een vergelijkbare plicht wel gegrondvest op de goede trouw: HR 13 maart 1964, *NJ* 1964, 188; *AA* 14, 1964, p.17 nt. G. Vgl. Castermans/Krans, aant. 5 bij art. 7:855.

253 Pitlo/Croes t.a.p.; Du Perron/Haentjens, aant. 1 bij art. 7:855; Blomkwist nr. 19; Schelhaas t.a.p.

254 Asser/Van Schaick nr. 194.

255 Asser/Van Schaick nr. 194 en 195.

256 Blomkwist nr. 19; Schelhaas nr. 284.

257 PG Boek 7 (Inv. 3,5,6), MvT, p.438. Zie ook: Pitlo/Croes nr. 855; Asser/Van Schaick nr. 197; Du Perron/Haentjens, aant. 1 bij art. 7:855; Blomkwist nr. 19; Castermans/Krans, aant. 2 bij art. 7:855. Zie ook: Hof Arnhem, 22 augustus 2006, *JAAN* 2007, 145.

Uit art. 7:856 lid 1 vloeit voort dat een borg slechts wettelijke rente is verschuldigd over het tijdvak waarin hijzelf in verzuim verkeert, tenzij de hoofdschuld strekt tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad of wanprestatie en niet onmiddellijk wordt nagekomen (art. 6:83 sub b). De wetgever heeft kennelijk voor ogen gehad dat een borg in dit laatste geval in verzuim verkeert, en zijn verbintenis derhalve opeisbaar is, door het enkele intreden van het verzuim zonder ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar. A contrario moet daaruit worden afgeleid dat een borg, in de gevallen bedoeld onder art. 6:83 sub a en c, eveneens onmiddellijk kan worden aangesproken, hoewel zijn eigen verzuim pas intreedt nadat een ingebrekestelling aan hem is uitgebracht en zijn termijn voor nakoming is verstreken. Een mededeling aan de borg op de voet van art. 7:855 lid 2 is daarom in deze gevallen niet vereist.²⁵⁸

Hierbij moet worden aangetekend dat het gehele artikel 7:855 van regelend recht is.²⁵⁹ Er kan ten nadele van de professionele borg van de wettelijke regeling worden afgeweken en in de praktijk gebeurt dat ook regelmatig, al dan niet krachtens algemene voorwaarden.²⁶⁰ Zelfs als een dergelijk beding niet is gemaakt, komen crediteur en hoofdschuldenaar vaak overeen dat een prestatie onder bepaalde omstandigheden of door het verstrijken van een termijn opeisbaar wordt, en het verzuim van de hoofdschuldenaar intreedt zonder ingebrekestelling. In beide gevallen kan de borg onmiddellijk worden aangesproken.²⁶¹ Het praktische belang van art. 7:855 is derhalve gering. Crediteuren zijn veelal slechts jegens de *particuliere* borg (als bedoeld in art. 7:857) verplicht 'het nodige' te doen om vast te stellen dat de hoofdschuldenaar niet betaalt: ten aanzien van deze groep kan krachtens art. 7:862 sub a niet ten nadele van de borg worden afgeweken van art. 7:855.

Gegeven dat een crediteur 'het nodige' moet doen om te constateren dat zijn schuldenaar niet zal betalen, rijst de vraag of daarvoor noodzakelijkerwijs een ingebrekestelling is vereist, of dat deze constatering ook uit andere feiten en omstandigheden kan voortvloeien. Anders gezegd, is ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar een *noodzakelijke* voorwaarde om de borg in rechte aan te spreken tot betaling? Zulks lijkt mij het geval.²⁶² De wetgever heeft nauw omschreven onder welke omstandigheden het verzuim – bij wijze van uitzondering – intreedt zonder ingebrekestelling.²⁶³ Het zou, in het

258 Ibid. Zie ook: Rb. Rotterdam, 8 april 1999, *JOR* 1999, 111; Hof Den Bosch, 27 juni 2006, *LJN* AY9606; Hof Arnhem, 30 januari 2007, *LJN* AZ9813;

259 Zo blijkt uit art. 7:862 sub a. Anders: Winter p.27 nt.57. Zie ook de conclusie van A-G Wuisman (2.3.2) voor HR 19 juni 2009, *LJN* BI1134.

260 Pitlo/Croes nr. 855; Du Perron/Haentjens, aant. 1 bij art. 7:855; Blomkwist nr. 19. Zie ook: Hof Amsterdam, 15 maart 2007, *JOR* 2008, 2.

261 Anders dan Blomkwist (t.a.p.) lijkt te impliceren, meen ik dat er in dergelijke gevallen hooguit een zedelijke plicht op de crediteur rust, om vast te stellen dat de debiteur niet betaalt.

262 Vgl. Rb. Roermond, 1 december 2004, *LJN* AR8849. Zie ook: Asser/Van Schaick nr. 194.

263 Ik laat het geval buiten beschouwing waarin een beroep op het ontbreken van ingebrekestelling in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid, evenals het geval waarin het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt op grond van de redelijkheid en billijkheid. Zie daarvoor: Asser/Van Schaick nr. 197.

licht van art. 7:855 lid 1, buiten die gevallen zeer wonderlijk zijn als een borg kan worden aangesproken zodra de crediteur meent te mogen constateren (anders dan door mededelingen afkomstig van de hoofdschuldenaar) dat de hoofdschuldenaar niet zal betalen, nog voordat aan deze een laatste termijn voor nakoming is gesteld.

De opeisbaarheid van de verbintenis van de borg wordt in art. 7:855 lid 1 gegrond op een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis van de hoofdschuldenaar.²⁶⁴ Die tekortkoming kan blijken uit het verstrijken van een fatale termijn na ingebrekestelling, als zij op andere wijze niet eerder is gebleken. De crediteur hoeft dus geen andere middelen aan te wenden om de hoofdschuldenaar, na het intreden van diens verzuim, tot betaling te bewegen. Zo is het niet nodig om de hoofdschuldenaar in rechte te betrekken, en al helemaal niet om zich eerst op diens goederen te verhalen.²⁶⁵ Buiten de gevallen waarin het verzuim intreedt zonder ingebrekestelling, is het verstrijken van de fatale termijn na ingebrekestelling dus een *voldoende* voorwaarde voor het aanspreken van de borg.²⁶⁶

Samenvattend kan de borg dus worden aangesproken na het verstrijken van de termijn voor nakoming, na ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar. Het verstrijken van die termijn levert het bewijsvermoeden dat de crediteur het nodige heeft gedaan om vast te stellen dat de hoofdschuldenaar niet betaalt. De borg kan bovendien onmiddellijk worden aangesproken indien de gevolgen van tekortkoming door de hoofdschuldenaar intreden voordat de hoofdschuld opeisbaar is (art. 6:80 lid 1). Zijn verbintenis is ook onmid-

264 Castermans en Krans stellen in aant. 4 bij art. 7:855 dat de opeisbaarheid van de verbintenis van de borg wordt bepaald door het *tweede* lid van art. 7:855. Maar de verbintenis kan heel wel opeisbaar zijn vóórdat de crediteur een mededeling aan de borg heeft gedaan van de ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar. Sterker nog, ook zonder mededeling kan hij (na het verstrijken van de termijn voor nakoming) met succes betaling vorderen van de borg. Het tweede lid van art. 7:855 bepaalt slechts dat de crediteur 'verplicht' is mededeling te doen. Zoals Castermans en Krans in aant. 3 bij art. 7:855 opmerken, is de sanctie op niet-nakoming van de mededelingsplicht het ontstaan van een verbintenis tot schadevergoeding; iets geheel anders dan de vraag wanneer de verbintenis van de borg opeisbaar wordt. Zie ook: PG Boek 7 (Inv 3,5,6), MvA II, p.438; Asser/Van Schaick nr. 196.

265 Klaassen, *WPNR* 6316, p.348; Blomkwist nr. 19. Zie ook: Rb. Utrecht, 4 oktober 2000, *JOR* 2000, 220; Hof Den Haag, 7 september 2004, *JOR* 2005, 15; Rb. Amsterdam, 5 januari 2005, *JOR* 2005, 157.

266 Men moet op deze complicaties bedacht zijn. Het is makkelijk om te vervallen in vage formuleringen van de stappen die een crediteur moet nemen om de borg te kunnen aanspreken tot betaling. Zo bijvoorbeeld Du Perron/Haentjens, aant. 11 bij titel 7.14: 'Het subsidiaire karakter – de schuldeiser kan de borg eerst aanspreken nadat hij de hoofdschuldenaar tevergeefs heeft aangesproken – is in art. 855 lid 1 neergelegd.' Dit wordt inderdaad, zoals de schrijvers zelf opmerken, 'maatschappelijk ook zo gevoeld', maar zonder uitwerking van het begrip 'tevergeefs aangesproken' kan een zinsnede als aangehaald gemakkelijk verkeerd worden begrepen. Schelhaas (nr. 272) gaat zelfs verder: 'de schuldeiser kan de borg pas verplichten om de schuld te voldoen, als hij tevergeefs de hoofdschuldenaar heeft aangesproken.' Dat is onjuist. De crediteur is *niet* gehouden om in rechte op te treden tegen de hoofdschuldenaar alvorens de borg tot betaling te dwingen, laat staan dat hij eerst andere zekerheidsrechten zou moeten uitwinnen.

dellijk opeisbaar als het verzuim van de hoofdschuldenaar intreedt zonder ingebrekestelling. Tot slot kan de borg – uiteraard – onmiddellijk worden aangesproken wanneer zulks tussen partijen is overeengekomen, zolang het geen particuliere borgtocht betreft. Voor zover men de aansprakelijkheid van borgen onder het nieuwe BW als ‘subsidiar’ zou willen omschrijven, gaat het derhalve om een zeer lichte vorm, die in de praktijk nauwelijks een rol speelt.

In het bovenstaande is bewust, in navolging van de parlementaire geschiedenis en alle auteurs, de aansprakelijkheid van de borg omschreven als ‘subsidiar’. De verbintenis van de borg is opeisbaar nadat de debiteur is tekortgeschoten in de nakoming. Nu kan een recht van pand of hypotheek ook pas worden uitgeoefend als de schuldenaar in verzuim verkeert (art. 3:248 lid 1 en 3:268 lid 1); toch zal niemand betogen dat het pandrecht ‘subsidiar’ is aan de verzekerde schuld. Ik houd echter vast aan het gebruik van de term: de borg kan niet zonder meer tot nakoming worden aangesproken, alsof hij een ‘gewone’ hoofdelijke schuldenaar is.²⁶⁷ Deze (negatief gedefinieerde) subsidiariteit is echter een *andere* vorm van subsidiariteit, zo moge duidelijk zijn geworden, dan de vorm die ik omschrijf als ‘uitwinningssubsidiariteit’, dat wil (positief gedefinieerd) zeggen: de vorm van subsidiariteit waarbij een verbintenis pas opeisbaar wordt nadat de crediteur zich vruchteloos heeft trachten te verhalen op een ander, zijn schuldenaar.

VI.4.3. Collisie van borgtocht en zekerheidsrechten onder de schuldenaar

Het mag, in het licht van bovenstaande, verwondering wekken dat de verbintenis van een borg in de praktijk vaak onmiddellijk opeisbaar is, terwijl de borg desondanks ‘onder omstandigheden’ niet onmiddellijk mag worden aangesproken. Dit is evenwel de vaste lijn in de jurisprudentie die is ingezet door de conclusie van A-G Hartkamp voor Heidenreich/Alcredis.²⁶⁸ Hierbij moet worden aangetekend dat een crediteur, die voorzien is van goederenrechtelijke zekerheidsrechten onder de hoofdschuldenaar, niet jegens de borg verplicht is om zich eerst op deze zekerheden te verhalen.²⁶⁹ Het voorrecht van uitwinning is (en blijft) afgeschaft ten aanzien van borgen, die zich niet naar analogie op art. 3:234 kunnen beroepen.²⁷⁰ Het kan echter ‘in de omstandigheden van het geval’ in strijd zijn met de goede trouw om de borg onmiddellijk tot nakoming aan te spreken, zonder eerst een poging te doen tot verhaal op de schuldenaar.²⁷¹ Dat geeft aanleiding tot de vraag of een nauwkeuriger omschrijving van dergelijke omstandigheden mogelijk is. Ten dele is hier in het voorgaande al aandacht aan besteed.²⁷² Veel van de gezichtspunten die daar zijn geformuleerd, voor de beantwoording van de vraag of een crediteur in redelijkheid kan weigeren te voldoen aan

267 Vgl. Rb. Leeuwarden, 1 juli 2009, L/JN BJ1480.

268 HR 24 april 1992, NJ 1992, 463. Zie hierboven, p.275 e.v.

269 Conclusie Hartkamp sub 5.

270 Ibid. Vgl. Du Perron/Haentjens, aant. 10 bij titel 7.14.

271 Ibid.

272 Zie p.331-338.

een verlangen tot eerdere uitwinning, zullen ook hier een rol spelen. Eerst wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen zekerheidscrediteur en debiteur; vervolgens aan de verhouding tussen zekerheidscrediteur, borg en debiteur; en tot slot aan de verhouding tussen verhaalsaansprakelijke derden onderling.

VI.4.3.1. Collisie van verhaalsmogelijkheden onder de schuldenaar

Uit het beginsel van ondeelbaarheid (art. 3:230) vloeit voort dat een crediteur die is voorzien van een zekerheidsrecht, zich op het verbonden goed voor het gehele bedrag mag verhalen, ongeacht de grootte van de verzekerde schuld of de waarde van het verbonden goed. Als hij voorzien is van verschillende zekerheidsrechten voor dezelfde schuld, dan is hij bovendien vrij om te kiezen welk zekerheidsrecht hij wil uitoefenen: ieder goed is ten volle verbonden.²⁷³ Zoals iedere crediteur heeft de zekerheidscrediteur daarnaast het recht om zich door executoriaal beslag te verhalen op alle goederen van zijn schuldenaar (art. 3:276, art. 435 lid 1 Rv). Tot besluit is de crediteur vrij in de keuze tussen zijn goederenrechtelijke en persoonlijke verhaalsmogelijkheden.

De wet zet één rem op deze keuzevrijheid. Art. 521 Rv bepaalt dat de schuldeiser een executoriaal verhaalsbeslag pas mag effectueren nadat hij zijn hypotheek heeft uitgeoefend op andere zaken die voor dezelfde vordering zijn verbonden. De achtergrond hiervan is gelegen in de vaststelling dat de kosten van executie krachtens het executoriale verhaalsbeslag veelal hoger zijn dan de kosten van executie krachtens het hypotheekrecht.²⁷⁴ Die kosten komen uiteindelijk ten laste van de schuldenaar, wat betekent dat door toenemende kosten het verhaal van de overige crediteuren wordt uitgehold.

De ruime keuzevrijheid die een crediteur jegens zijn schuldenaar toekomt, wordt getemperd door het leerstuk van misbruik van executiebevoegdheid.²⁷⁵ Als een executiebevoegdheid slechts om te schaden wordt uitgeoefend, of met een ander doel dan verhaal, of in redelijkheid niet kan worden uitgeoefend vanwege een grote onevenredigheid in belangen, dan kan de crediteur deze bevoegdheid niet inroepen (art. 3:13 lid 2). De crediteur heeft echter groot belang bij een spoedige en volledige voldoening van zijn vordering, en in dit licht bezien zal misbruik van executiebevoegdheid jegens de *schuldenaar* vrijwel nooit²⁷⁶ aangenomen mogen worden.

273 Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 24.

274 Zwitter, *NTBR* 9, 1994, p.209.

275 *Ibid.*

276 De Groot, *WPNR* 5953, 1990, p.188: 'nooit'. Het lijkt mij dat de *interne* draagplichtverhouding tussen verschillende hoofdelijke schuldenaren *niet* tot uitdrukking moet komen bij de vraag of een crediteur misbruik van recht maakt door een niet-draagplichtige hoofdelijke schuldenaar aan te spreken. Daarvoor is, onder bijzondere omstandigheden, slechts ruimte als de crediteur in kennis is gesteld van de interne draagplichtverhouding (zoals dat het geval is bij borgtocht). Stelliger: Van Boom p.27.

Als verschillende paden open staan voor verhaal, en de crediteur geen bijzonder belang heeft bij het ene pad boven het andere, dan dient hij zich echter te onthouden van een pad dat relatief veel schade toebrengt. Zo verbood de rechtbank te Zutphen in een kort geding wegvoering door de fiduciaire eigenaar van een 'kantooroutfit' die slechts 0,5% van de waarde van de schuld vertegenwoordigde, aangezien de crediteur beschikte over talrijke andere zekerheden die tezamen de schuld voor 96,5% dekten, terwijl het bedrijf (dat werk bood aan 38 personen) verwickeld was in overnamebesprekingen, zodat het als 'going concern' groot belang had bij behoud van de kantoorinventaris.²⁷⁷ Behoudens dit soort extreme gevallen is de schuldeiser, binnen redelijke grenzen, vrij in zijn keuze. Ik zie niet in waarom een crediteur die is voorzien van een recht van hypotheek, niet, zoals iedere andere crediteur, een executoriaal beslag zou mogen uitoefenen op de roerende goederen van zijn schuldenaar.²⁷⁸

Ook jegens de overige crediteuren van de schuldenaar zal het uitoefenen van een executiebevoegdheid niet snel misbruik opleveren. Zij hebben, behoudens bijzondere verhaalsrechten,²⁷⁹ geen bijzonder belang bij de executie van het ene goed onder de schuldenaar tegenover het andere. Het gehele vermogen van de schuldenaar strekt immers iedere schuldeiser tot verhaal, en zij kunnen desgewenst zelf hun recht verzekeren door executoriaal verhaalsbeslag te leggen.

VI.4.3.2. Collisie van verhaal onder de borg en onder de schuldenaar

In het voorgaande is meermaals gebleken dat de subsidiaire aansprakelijkheid van de borg geen wezenskenmerk uitmaakt van de borgtocht. Net zoals het (afgeschafte) voorrecht van uitwinning dat was, is ook art. 7:855 lid 1 van regeland recht. In de praktijk wordt deze zeer lichte vorm van subsidiariteit daarom gemakkelijk omzeild. De crediteur behoeft praktisch bezien niet meer te doen om de borg aan te spreken, dan vast te stellen dat de debiteur niet wenst te betalen. Voor het verhaal onder de borg gelden vervolgens dezelfde maatstaven als voor het verhaal onder de schuldenaar. Het gegeven dat de borg niet draagplichtig is voor de hoofdschuld, komt tot uitdrukking in het regres na verhaal op de borg, en niet daarvóór. Er bestond (en bestaat), zo moge duidelijk zijn, geen algemene zorgplicht om de goederen van een borg te ontzien. Door zich aansprakelijk te stellen voor een schuld die hen in hun verhouding tot de hoofdschuldenaar niet aangaat, aanvaarden borgen ten volle het risico dat de hoofdschuld op hun vermogen wordt verhaald.²⁸⁰

277 Rb. Zutphen (KG), 21 maart 1983, KG 1983, 161. Het executieverbod was bovendien tijdelijk van aard (10 dagen).

278 Anders: Rb. Roermond (KG), 22 maart 1985, KG 1985, 123. De moedermaatschappij van de hypotheekhouder had op dezelfde onroerende zaak een tweede recht van hypotheek. De belangen van overige crediteuren, concurrent of anderszins, werden door de president echter niet in zijn afweging betrokken.

279 Zie hierboven, p.322-325 en hieronder, p.365-366.

280 Vgl. Molkenboer, noot bij Rb. Maastricht, 21 januari 2004, JOR 2004, 308.

De rol van goede trouw

De borg en de schuldeiser staan in een verhouding tot elkaar die wordt beheerst door de goede trouw (art. 7:865). Voor het verhaal op het vermogen van de borg maakt dit geen verschil uit: de borg is met zijn gehele vermogen aansprakelijk voor het verhaal van zijn verbintenis. Als de crediteur ook nog is voorzien van zekerheidsrechten onder de schuldenaar, dan is hij in beginsel vrij in de keuze tussen het zekerheidsrecht en de borgtocht.²⁸¹ Er wordt, sinds de conclusie van Hartkamp voor Heidenreich/Alcredis,²⁸² wel aangenomen dat de crediteur onder omstandigheden in strijd met de goede trouw handelt door niet eerst een poging²⁸³ te doen om andere zekerheden onder de schuldenaar uit te winnen alvorens de borg aan te spreken.²⁸⁴ Zoals Hartkamp echter opmerkte, staat de keuzevrijheid van de crediteur voorop.²⁸⁵ De borg beschikt niet over een voorrecht als art. 3:234, terwijl tal van bepalingen (het inroepen van verweermiddelen van de schuldenaar, regres en subrogatie) althans veronderstellen dat de borg als eerste kan worden aangesproken. Hartkamps sterke afwijzing van analoge toepassing van het voorrecht van uitwinning wordt echter gerelativeerd door zijn verwijzing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het licht van de omstandigheden van het geval. De jurisprudentie heeft zich soms meer op het tweede, dan op het eerste geconcentreerd.²⁸⁶ Desondanks is het in de lagere jurisprudentie een hoge uitzondering als de crediteur zich *niet* eerst op de borg mag verhalen. Dit kan samenhangen met de stelplecht: de borg zal moeten bewijzen dat een crediteur zijn zorgplicht niet is nagekomen door één bepaalde volgorde te kiezen en niet een andere.²⁸⁷

281 Tjittes, *TPR* 2000, p.1472; Beekhoven van den Boezem, *O&F* 67, 2005, p.60; Blomkwist nr. 23.

282 Conclusie A-G Hartkamp sub 5, HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 463. Zie boven, p.276.

283 Asser/Van Schaick (5-IV, nr. 203) en Schelhaas (nr. 289) stellen dat op de crediteur een inspanningsverplichting rust, om te voorkomen dat hij de borg moet aanspreken. Dat lijkt mij hooguit juist totdat het moment is aangebroken waarop de debiteur in verzuim verkeert en de crediteur voldoening van het hem toekomende verlangt. Anders, in de lijn van Van Schaick: Rb. Maastricht, 10 oktober 2002, *LJN* AE9058; Rb. Zutphen, 15 januari 2003, *LJN* AF4353; Rb. Dordrecht, 19 oktober 2005, *LJN* AU4745.

284 Snijders, *NTBR* 7, 1993, p.165; Pitlo/Croes nr. 850; Beekhoven van den Boezem, *O&F* 67, 2005, p.60; Du Perron/Haentjens, aant. 10 bij titel 7.14. Blomkwist (nr. 19) acht 'uitzonderlijke omstandigheden' nodig.

285 Behoudens een verplicht beroep op verrekening (art. 6:139).

286 Zo nam de Rb. Zutphen aan (15 januari 2003, *LJN* AF4353) dat in Heidenreich/Alcredis de zorgplicht van de crediteur was opgesteld, om zich voldoende in te spannen om de overige zekerheden uit te winnen alvorens de borg aan te spreken tot nakoming. Een dergelijke zorgplicht is nergens in het arrest terug te lezen. Ik meen dat zij ook niet bestaat.

287 Rb. Amsterdam, 5 januari 2005, *JOR* 2005, 157; Rb. Rotterdam, 6 juni 2007, *JOR* 2007, 255 nt. Steneker. Zie ook: Asser/Van Schaick 5-IV, nr. 203. Anders, onterecht: Rb. Zutphen, 15 januari 2003, *LJN* AF4353.

Na de afschaffing van het voorrecht van uitwinning voor borgen mag een borg niet verlangen dat een crediteur zich eerst verhaalt op goederen van de debiteur. De uitoefening van zekerheidsrechten door de crediteur, waar het hier om draait, leidt echter ook tot voorafgaand verhaal op goederen van de schuldenaar. In die zin maakt het voorrecht van uitwinning een rentree ondanks zijn uitdrukkelijke afschaffing, langs de weg van de goede trouw en de omstandigheden van het geval. Die rentree moet beperkt blijven tot zeer sterk sprekende gevallen: anders zou de schuldeiser na afschaffing van het voorrecht slechter af zijn dan voorheen, toen hij tenminste nog afstand bij voorbaat kon bedingen. Een bescherming van het crediteursbelang bevordert bovendien het kredietverkeer, hetgeen op zichzelf een te respecteren maatschappelijk belang oplevert.²⁸⁸ Het verhaal door de crediteur onder de borg moet derhalve niet te moeilijk, te onvoorspelbaar en te onzeker worden gemaakt.

Hartkamp geeft geen voorbeelden van omstandigheden waarin een zekerheidscrediteur met een beperkt recht zich eerst door executie van dat recht onder de schuldenaar moet verhalen. Zoals in een eerder deel is besproken,²⁸⁹ betreft het in het arrest een crediteur die naast de borgtocht is voorzien van zekerheidseigendom. Dan speelt een rol dat de borg door verhaal op zijn vermogen niet in die zekerheidseigendom wordt gesubrogeerd. Daarnaast, zo stelt Hartkamp terecht, kan het een rol spelen of de met zekerheid bezwaarde goederen sterk in waarde zijn gedaald (zodat niet de gehele vordering daarop kan worden verhaald), of dat deze goederen onvindbaar zijn. Het arrest werd naar het oude BW gewezen; deze argumenten hebben hun waarde echter niet verloren ten aanzien van voorbehouden eigendom.²⁹⁰ Bovendien spelen de oogpunten van subrogatie, discrepantie in waarde en gemak van verhaal niet alleen nog een rol in de verhouding tussen borgtocht en zekerheidsrechten,²⁹¹ maar ook bij het voorrecht van uitwinning in het algemeen.²⁹² Omgekeerd kan een groot deel van de oogpunten die eerder zijn genoemd, ook hier een rol spelen bij de belangenafweging tussen crediteur en borg.

Daar valt nog aan toe te voegen dat de borg minder snel een beroep op de goede trouw zal mogen doen als hij zich om baat aansprakelijk heeft gesteld.²⁹³ In de praktijk is het al lang niet meer juist wat bij de totstandkoming van de Code civil nog werd betoogd, te weten dat borgtocht een contract is dat zich zou kenmerken door 'liberalité'.²⁹⁴ Een borg die zich om baat aansprakelijk heeft gesteld, wordt beloond voor het risico dat hij op zich heeft genomen. Het contract krijgt zo enige affiniteit met de overeenkomst van schadeverzekering.²⁹⁵

288 Tjittes, *TPR* 2000, p.1449.

289 Zie boven, p.275-276.

290 Snijders, *NTBR* 7, 1993, p.169; Tjittes, *TPR* 2000, p.1472 en 1479.

291 Snijders, *NTBR* 7, 1993, p.164; Beekhoven van den Boezem, *O&F* 67, 2005, p.60.

292 Snijders, *NTBR* 7, 1993, p.165. Zie verder boven, p.333-337.

293 Pitlo/Croes nr. 850.

294 Knol p.139. Zie, voor een aansprekend voorbeeld: HR (belasting) 14 juni 2000, *LJN* AA6201.

295 Spinath p.43.

De invloed van subrogatie

De borg verkrijgt door betaling²⁹⁶ aan de schuldeiser een regresvordering (art. 7:866 lid 1). Omdat de schuld hem in de onderlinge verhouding tot de schuldenaar niet aangaat, wordt hij bovendien volledig gesubrogeerd in de vordering (art. 6:12 lid 1). De borg treedt derhalve, in het geval waarin de crediteur nog zekerheidsrechten heeft op goederen onder de schuldenaar, in deze zekerheidsrechten. Alleen al om deze reden zal een crediteur niet snel te kwader trouw handelen, wanneer hij zich wenst te verhalen op de borg in plaats van op zekerheidsrechten onder de schuldenaar.²⁹⁷

Het tegenvoorbeeld dat Snijders geeft, in zijn bespreking van Heidenreich / Alcredis, is dat de crediteur een pandrecht op een vordering heeft, die gemakkelijk en snel is te innen, terwijl de borg in liquiditeitsproblemen komt wanneer hij wordt gedwongen tot betaling.²⁹⁸ Het lijkt mij dat als het eerste inderdaad waar is, het tweede geen rol mag spelen.

Er is nog een tweede reden waarom subrogatie in de zekerheidsrechten onder de schuldenaar aantrekkelijk is voor de borg.²⁹⁹ Als hij niet de gehele hoofdschuld heeft voldaan, bijvoorbeeld omdat zijn aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag was gelimiteerd, dan staat hij naast de schuldeiser in het verhaal op de verbonden goederen. Het oude BW stond de schuldeiser toe om van de zekerheidsrechten gebruik te maken met voorrang boven de gesubrogeerde (art. 1439 OBW), maar het nieuwe BW plaatst de zekerheidscrediteur en de borg op gelijke hoogte.³⁰⁰ Aldus bezien kan de borg er een positief belang bij hebben om als eerste te worden aangesproken, of zelfs om eigener beweging³⁰¹ over te gaan tot betaling. Zijn regresrecht tegen de hoofdschuldenaar wordt dan ondersteund door zekerheidsrechten.³⁰² Deze

296 Faber, 'Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', *NTBR* 2, 1995, p.35-40; Koops, 'Het ontstaansmoment van borgenregres', *NTBR* 3, 2009, p.116-124. Vgl. de conclusie van A-G Wattel, 18 maart 2009, *LJN* BI0465.

297 Tjittes, *TPR* 2000, p.1472-1473.

298 Snijders, *NTBR* 7, 1993, p.165. Zie ook: Tjittes, *TPR* 2000, p.1472. Zie, voor een toepassing van dit gezichtspunt, Rb. Dordrecht, 2 augustus 2006, *LJN* AZ1498.

299 Zie, voor het navolgende, Beekhoven van den Boezem, *O&F* 67, 2005, p.60-61 en de serie annotaties van Steneker in de *JOR*.

300 Spinath (p.42) plaatst daar enige vraagtekens bij: de borg heeft een zekerheidsrecht verschaft, en daaruit vloeit voort dat hij niet met gelijke rang behoort te delen in de opbrengst van andere zekerheidsrechten. Dit lijkt mij niet juist. De borg verschaft een zekerheidsrecht ten behoeve van de hoofdschuldenaar, maar wil daar zelf niet slechter van worden. Het enkele feit dat hij een zekerheidsrecht verschaft kan dus niet impliceren dat hij afstand doet van zijn wettelijke gelijkstelling aan de schuldeiser na subrogatie. De kwestie blijft echter controversieel: in Rb. Den Haag, 26 oktober 2005, *JOR* 2006, 23 nt. Van Hees benaderde de rechtbank het probleem alsof het nieuwe BW nooit was ingevoerd en stelde zodoende de gesubrogeerde borg ten achter bij de crediteur.

301 Beekhoven van den Boezem, *O&F* 67, 2005, p.61; Steneker, noot bij Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51.

302 De borg is niet jegens de hoofdschuldenaar verplicht om te verlangen dat de crediteur zich eerst op zekerheidsrechten onder de schuldenaar verhaalt: Hof Den Bosch, 3 oktober 1994, *NJ* 1995, 357.

constellatie doet zich steeds voor als de borg aansprakelijk is voor een lager bedrag dan de hoofdschuld.³⁰³ De crediteur, anderzijds, heeft er in dit geval een positief belang bij om de borg *niet* als eerste aan te spreken, maar eerst zijn zekerheidsrechten onder de crediteur uit te oefenen, zodat hij de gesubrogeerde borg niet als zekerheidscrediteur naast zich hoeft te dulden.³⁰⁴ Vervolgens zullen de schuldenaren worden aangesproken voor het deel waarin zij onderling draagplichtig zijn: vanwege hun onderlinge draagplicht ontstaan daardoor geen regresvorderingen. Als de crediteur na uitoefening van de zekerheidsrechten de borg daarentegen aanspreekt tot verhaal, dan verkrijgt deze door betaling een regresvordering op de hoofdschuldenaar, en moet de bank een concurrente crediteur naast zich dulden in een eventueel faillissement.³⁰⁵

De crediteur wil, in het algemeen, graag zijn opties openhouden. Vaak wordt daarom, al dan niet krachtens algemene voorwaarden, bedongen dat de borg bij voorbaat afstand doet van een aanspraak krachtens subrogatie op de opbrengst van zekerheidsrechten onder de schuldenaar.³⁰⁶ Nu de betalende borg in dit geval niet wordt gesubrogeerd, rust op de crediteur een zwaardere verplichting om eerst zijn verhaal te zoeken op zekerheidsrechten onder de schuldenaar.³⁰⁷ Beekhoven van den Boezem³⁰⁸ geeft een overzicht van enige instrumenten die een crediteur kan gebruiken om subrogatie of regres van de borg uit te schakelen: afstand bij voorbaat (art. 3:276); contractuele achterstelling;³⁰⁹ verpanding van de regresvordering bij voorbaat; een clause krachtens welke de crediteur toestemming tot uitoefening moet geven; een onherroepelijke volmacht aan de crediteur om de verhaalsrechten namens de borg uit te oefenen; of combinaties van de bovenstaande middelen. Ik heb daaraan slechts toe te voegen dat de crediteur ook *zonder* dergelijke bedingen een positief belang heeft bij de door hem gekozen volgorde van uitwinning. Het is hem, anders gezegd, niet onverschillig waar hij zijn verhaal aanvangt.³¹⁰ Van oudsher wordt daarin een reden gezien om geen beroep op een voorrecht van uitwinning toe te kennen. Naar ik meen moet een borg zich om dezelfde redenen niet kunnen beroepen op een 'omgekeerd' voorrecht van uitwinning, door te verlangen dat hij in staat wordt gesteld de hoofdschuld te voldoen voordat

303 Steneker, noot bij Rb. Den Bosch, 30 januari 2008, *JOR* 2008, 114.

304 Beekhoven van den Boezem, *O&F* 67, 2005, p.60; Steneker, noot bij Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51. Spinath (p.42) noemt dit terecht een 'merkwaardig gevolg'.

305 Beekhoven van den Boezem t.a.p..

306 Beekhoven van den Boezem t.a.p.; Steneker, noot bij Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51.

307 Stein, *Hypotheek*, 3^e druk, p.139; Snijders, *NTBR* 7, 1993, p.169; Beekhoven van den Boezem t.a.p.

308 Beekhoven van den Boezem, *O&F* 67, 2005, p.61-62; Steneker, noot bij Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51.

309 Spinath p.43. Zie voor achterstelling van de gesubrogeerde zakelijke borg: Bruisten-Dijkhof p.19.

310 Spinath (p.42) stelt, met een beroep op art. 3:234, dat een verschil in louter de volgorde van uitwinning niet tot verschillende uitkomsten mag leiden. Hij heeft daarin gelijk, maar het draait de zaken ten aanzien van art. 3:234 wel om. Dit voorrecht is verleend *omdat* de volgorde van uitwinning in de ogen van de wetgever niet uitmaakt; het bestaan van art. 3:234 kan dus niet als argument worden gehanteerd voor de stelling dat een verschil in de volgorde van uitwinning nooit tot verschillende resultaten mag leiden.

de crediteur zekerheidsrechten gaat executeren.³¹¹ De goede trouw kan niet meebrengen dat een crediteur afbreuk moet doen aan zijn eigen verhaalsmogelijkheden.³¹²

In het licht van bovenstaande is het belangrijk om op te merken dat de invloed van subrogatie zich ook doet gelden als de crediteur juist *niet* zijn verhaal aanvangt onder de borg, maar onder de schuldenaar krachtens zijn zekerheidsrechten. De crediteur is immers jegens de borg gehouden om geen afbreuk te doen aan de rechten, waarvan deze mag verwachten door subrogatie te zullen treden (art. 6:154).³¹³ De crediteur die eerst krachtens zijn zekerheidsrechten verhaal neemt onder de schuldenaar, zal daarom de opbrengst van die executie aan de borg moeten verantwoorden.³¹⁴ Als de crediteur zijn zekerheidsrechten op een normale manier executeert, in beginsel door executorialie verkoop, en daarmee een reële opbrengst³¹⁵ verwerft, dan is het uitgesloten dat de crediteur daardoor schade toebrengt aan de borg.³¹⁶ De executieopbrengst wordt immers aangewend voor aflossing van de hoofdschuld, zodat de aansprakelijkheid van de borg door de executie wordt verkleind.³¹⁷ Diens vermogensrechtelijke positie is te dien aanzien niet anders dan wanneer de schuldeiser zich eerst verhaalt onder de borg, waarna de borg in de zekerheidsrechten treedt en deze zelf executeert. De crediteur die kiest voor een andere wijze van verhaal dan executie door openbare verkoop, zoals bijvoorbeeld door schikking,³¹⁸ of uitbesteding aan de curator tegen een boedelbijdrage, doet er goed aan de borg daarin te betrekken en diens toestemming te verkrijgen.³¹⁹ De borg krijgt zo gelegenheid om desgewenst de vordering te voldoen en aldus in de zekerheidsrechten te worden gesubrogeerd. Als de borg toestemming heeft gegeven voor een bepaalde methode van verhaal, dan kan de crediteur bovendien niet

311 Anders: Snijders, *NTBR* 7, 1993, p.169; Asser/Van Schaick 5-IV, nr. 203. Een dergelijke zorgplicht vloeit zeker niet voort uit art. 6:154. Vgl. Spinath p.42 nt.77.

312 Blomkwist nr. 23.

313 Meestal wordt afstand van deze 'exceptie van subrogatie' gedaan, zodat de bank naar believen zekerheidsrechten kan vrijgeven. De particuliere borg kan echter geen afstand doen van de bevoegdheid om de exceptie in te roepen. Als de bank bevoegd is om zekerheidsrechten prijs te geven, dan is zij ook niet gehouden om aanvullende zekerheden te verwerven ten behoeve van een eventuele subrogatie door de borg: Rb. Maastricht, 21 januari 2004, *JOR* 2004, 308 nt. Molkenboer; Rb. Utrecht, 16 april 2008, *JOR* 2009, 48. De niet-nakoming van de zorgplicht die voortvloeit uit art. 6:154 leidt tot schadevergoeding als de borg in zijn verhaal is benadeeld, maar geeft niet een bevoegdheid tot ontbinding: zie de noot van Steneker bij Rb. Amsterdam, 23 mei 2007, *JOR* 2007, 254.

314 Steneker, noot bij Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51. Hij behoeft zijn inspanningen, of de door hem gevolgde methode van uitwinning, niet te verantwoorden: Rb. Amsterdam, 5 januari 2005, *JOR* 2005, 157.

315 De crediteur is niet verplicht een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren, slechts om een reële opbrengst te verkrijgen: Steneker, noot bij Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51. Anders: Rb. Arnhem, 31 oktober 2002, *JOR* 2003, 70.

316 Tjittes, *TPR* 2000, p.1475.

317 Steneker, noot bij Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51.

318 Vgl. Rb. Rotterdam, 6 juni 2007, *JOR* 2007, 255 nt. Steneker.

319 Steneker, noot bij Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51.

meer zijn zorgplicht schenden om een reële executieopbrengst te genereren, door de aangewezen methode te volgen.³²⁰

Ik waag, bij wijze van conclusie, de stelling dat de executerende crediteur (nagenoeg) nooit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar handelt door executie in te zetten van de verbonden goederen onder de schuldenaar, en ook niet door de executie in te zetten onder de borg. Als hij dat wil, kan de crediteur ook beide zekerheidsrechten tegelijk in stelling brengen.³²¹ Het voorrecht van uitwinning is voor borgen afgeschaft, en de belangen van de borg worden voor het overige voldoende beschermd door de mogelijkheid van subrogatie en door art. 6:154. Alleen voor zéér sterk sprekende gevallen is er, bij wijze van hoge uitzondering, een beroep mogelijk op misbruik van executiebevoegdheid (art. 3:13).

VI.4.3.3. Collisie van borgtocht en zekerheidsrechten onder derden

De grenzen van de keuzevrijheid van een executerende crediteur worden jegens andere crediteuren bepaald door enerzijds het voorrecht van uitwinning, en anderzijds, daarmee samenhangend, door het leerstuk van misbruik van recht. Als de gekozen methode van uitwinning of de gekozen uitwinningvolgorde tot nodeloze schade voor derden leidt, dan moet die schade voor rekening van de crediteur komen,³²² ook als deze derden geen beroep op het voorrecht van uitwinning toekomt. Maar opnieuw is er heel wat voor nodig om een beroep op misbruik van executiebevoegdheid te rechtvaardigen. Als, bijvoorbeeld, aan de formele vereisten voor een beroep op art. 3:234 lid 2 is voldaan, maar er om andere redenen aan de lager gerangschikte beperkt gerechtigde geen beroep op het voorrecht toekomt, dan levert de executie van het goed door de hoger gerangschikte nog geen misbruik van bevoegdheid op.³²³ Het nadeel dat de lagere zekerheidsgerechtigde lijdt zal, op zichzelf en in vergelijking met het belang van de executerende schuldeiser, dusdanig groot moeten zijn, dat de executerende schuldeiser in redelijkheid niet kon overgaan tot executie.³²⁴ Daarbij moet steeds worden bedacht dat de derde wiens zekerheidsrecht bij executie teniet zal gaan, de mogelijkheid heeft om de vordering te voldoen.³²⁵ Hij treedt dan door subrogatie in de rechten van de crediteur (art. 6:150 sub c) en kan de overige zekerheidsrechten onder de schuldenaar naar believen uitwinnen. Hetzelfde geldt voor de derde-eigenaar als diens goed wordt uitgewonnen (art. 6:150 sub a) of als hij de vordering van de crediteur voldoet om uitwinning te voorkomen

320 Steneker, noot bij Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51. Anders: Hof Den Bosch, 11 maart 2008, *JOR* 2008, 214 nt. Steneker.

321 Rb. Amsterdam (KG), 27 mei 1992, *KG* 1992, 258.

322 Rb. Groningen, 24 april 1987, *S&S* 1900, 78; beroep in Hof Leeuwarden, 13 mei 1992, *S&S* 1993, 18. Zie daarover: Van Velten, 'Rechtspraak: volgorde van uitwinning door een hypotheekhouder ingeval van hypotheek op meer dan één onderpand (art. 3:230 BW)', *WPNR* 6141, 1994, p.441-442.

323 Rb. Zutphen (KG), 14 maart 1990, *KG* 1990, 163; Rb. Rotterdam, 17 mei 2001, *JOR* 2001, 198.

324 De Groot, *WPNR* 5953, 1990, p.188.

325 Zwitser, *NTBR* 9, 1994, p.210.

(art. 6:150 sub b). Omdat zij door subrogatie in de rechten van de crediteur treden tot het bedrag dat zij hebben betaald, en daarbij een rang verwerven die gelijk is aan die van de executerende schuldeiser, kan het aantrekkelijk zijn om zich niet op het voorrecht van uitwinning te beroepen.³²⁶

Het voorrecht van uitwinning dat in art. 3:234 is toegekend, maakt het niet mogelijk om de voorafgaande uitwinning te verlangen van goederen die toebehoren aan derden. Evenmin geeft het recht op een eerdere uitwinning van het vermogen van de borg. De wet geeft derhalve geen maatstaf voor de volgorde waarin verhaal genomen moet worden op verschillende verhaalsaansprakelijke niet-schuldenaren. Van oudsher kon (naar Novelle 4) een derde-bezitter wel de eerdere uitwinning van de borg verlangen, maar niet omgekeerd. Onder het Rooms-Hollandse recht was die volgorde juist omgedraaid krachtens bijzondere wetgeving. In de moderne wetgevingen zijn de voorrechten van elkaar ontkoppeld geraakt, het meest verstrekkend nog wel onder het oude BW.³²⁷ Ten aanzien van *subrogatie* worden beide groepen onder het nieuwe BW echter gelijk behandeld. Dit lijkt mij een teken dat de wetgever geen onderscheid heeft willen maken in de belangen van beide groepen (derden-bezitters en borgen), om juist niet of juist wel als eerste te worden aangesproken. Tussen een borg en een derde-eigenaar van een bezwaard goed heeft de verhaalzoekende crediteur dus steeds de vrije keuze.

Evenmin als borgen en derde-eigenaren naar elkaar kunnen verwijzen voor eerdere uitwinning, worden zij over en weer gesubrogeerd. Art. 6:151 lid 2 bepaalt immers dat de rechten van de schuldeiser jegens borgen en verhaalsaansprakelijke personen (derden-eigenaren) slechts overgaan op de gesubrogeerde derde voor zover de schuld de eerstgenoemden aangaat. Dat zal praktisch nooit het geval zijn.³²⁸

De achtergrond voor dit ontbreken van wederzijdse subrogatie is *niet*, zoals wel wordt gesteld,³²⁹ dat anders een circuit d'actions optreedt. Dat is niet het geval, want de gesubrogeerde derde treedt niet in zijn eigen zekerheidsrecht, dat door vermenging teniet gaat.³³⁰ Aldus wordt het 'reservoir' van zekerheidsrechten steeds kleiner, totdat de laatst aangesprokene in het geheel niet meer wordt gesubrogeerd in rechten tegen derden. Een circuit d'actions doet zich dus niet voor. Het motief voor de bepaling is veeleer gelegen in de vaststelling dat het onredelijk is om de toevallig laatst aangesprokene op te zadelen met een onverzekerd regresrecht op de hoofdschuldenaar.³³¹

326 Spinath p.42 nt.78.

327 Molenaar (*Algemene bepalingen*, nr. 24.1) heeft ongelijk als hij stelt dat er geen regel 'meer' is dat eerst het verpande of verhypothekerde goed moet worden uitgewonnen. Tenzij hij – en dat is in het verband onwaarschijnlijk – doelt op het Rooms-Hollandse recht, heeft een dergelijke regel nooit bestaan. Het argument dat hij geeft, doet vermoeden dat hij noch art. 1244 OBW, noch art. 1871 OBW erg nauwkeurig heeft gelezen: 'want', zo motiveert hij, het oude voorrecht van uitwinning is vervallen, daarmee doelend op het voorrecht dat onder het oude BW aan borgen was toegekend.

328 Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 28.

329 Ibid.

330 Stein, *Hypotheek*, 4^e druk, p.141.

331 Zie reeds: Van Oven, 'Borg en derde-eigenaar I', *NJB* 15, 1942, p.209-211.

De verhaalsaansprakelijke derden kunnen zich na subrogatie verhalen op de schuldenaar. Als deze geen verhaal biedt, dan is de gesubrogeerde bevoegd om het niet-verhaalde deel om te slaan over zichzelf en de andere verhaalsaansprakelijke derden (art. 6:152 lid 1, voor een gesubrogeerde borg art. 7:869).³³² De omslag vindt plaats naar evenredigheid van ieders aansprakelijkheid: een borg zal dus worden getroffen voor het toe te rekenen deel van de gehele schuld, als hij zijn aansprakelijkheid niet heeft beperkt, en een derde-eigenaar voor de waarde van zijn verbonden goed.³³³ Voor het onbetaald gebleven deel van de omslag, dat wil zeggen het deel dat de gesubrogeerde onderling dient te dragen, heeft deze uiteraard een (onverzekerd) regresrecht op de hoofdschuldenaar.

Ik stel vast dat de verhouding tussen verhaalsaansprakelijke derden onderling weinig complicaties oplevert. Het voorrecht van uitwinning is niet van toepassing en de executerende schuldeiser is vrij in de keuze tussen zijn zekerheidsrechten. Als hij zijn keuze eenmaal heeft bepaald zal dit, mede in het licht van de omslag van het onverhaalbare deel na subrogatie, niet snel een misbruik van executiebevoegdheid opleveren. Een verhaalsaansprakelijke derde kan toch moeilijk verlangen dat de crediteur zijn verhaal eerst zoekt bij een andere verhaalsaansprakelijke derde: wat voor de één bezwaarlijk is, zal het voor de ander – meestal – ook zijn.

332 Knol p.139; Klaassen p.349; Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 28.

333 Molenaar, *Algemene bepalingen*, nr. 28; Stein, *Hypotheek*, 4^e druk, p.142.

VORMEN VAN SUBSIDIARITEIT

SAMENVATTING

EEN HISTORISCH-COMPARATISTISCHE STUDIE NAAR HET
SUBSIDIARITEITSBEGINSEL BIJ PAND, HYPOTHEEK EN BORGTOCHT

1.	Inleiding en begripsbepaling	369
2.	Korte geschiedenis van het voorrecht van uitwinning	371
3.	Het voorrecht van uitwinning in het nieuwe BW	378
4.	Slotopmerking	380

1. INLEIDING EN BEGRIPSBEPALING

Een crediteur die is voorzien van een recht van pand of hypotheek, heeft de mogelijkheid om zich door executie van het zekerheidsrecht op de opbrengst van het verbonden goed te verhalen. Deze beide rechten strekken tot zekerheid van een ander recht, te weten de persoonlijke vordering tegen de schuldenaar en zekerheidsgever. Zolang de schuldenaar tevens de eigenaar is van het verbonden goed, doen zich geen bijzondere complicaties voor in de verhouding tussen de zekerheidsrechten en het persoonlijke recht. De crediteur heeft in beginsel de keuze op welke wijze hij zich wenst te verhalen bij het uitblijven van de prestatie. Hij mag daartoe het rechtsmiddel aanwenden dat hem het meest gereede voorkomt, zij het dat de uitoefening van verhaalsbevoegdheden mede wordt bepaald door de goede trouw in de rechtsbetrekking tussen crediteur en debiteur. Het staat de crediteur dus vrij om zich te verhalen op de zekerheidsobjecten zonder eerst de overige vermogensbestanddelen van zijn debiteur te hebben uitgewonnen.

Als de identiteiten van schuldenaar en gerechtigde tot het verbonden goed *niet* samenvallen ('derdenpand'), doet zich een bijzonder probleem voor. Dit is bijvoorbeeld het geval als een derde het verbonden goed verkrijgt in bezwaarde staat, maar ook als een derde goederenrechtelijke zekerheid geeft voor andermans schuld. De 'derde-bezitter', zoals de gerechtigde derde van oudsher wordt genoemd, is in dit geval verhaalsaansprakelijk met een bestandsdeel van zijn vermogen voor een schuld, waarvoor hij niet draagplichtig is. Historisch gezien, dringt de parallel met borgtocht zich op, alhoewel het om hieronder te bespreken redenen een onvolkomen vergelijking betreft. Een borg is immers aansprakelijk voor een hoofdschuld die hij niet zelf is aangegaan en waarvan hij niet de voordelen heeft genoten. De vraag die in dit onderzoek steeds aan de orde is geweest, is of de bijzondere positie van borg en derde-bezitter meebrengt dat crediteuren zich aan een verhaalsvolgorde moeten houden. Anders gezegd: dient een crediteur zich eerst te wenden tot de draagplichtige schuldenaar, alvorens een borg of derde-bezitter aan te spreken tot verhaal?

Het is gebruikelijk om in dit verband van *subsidiare* aansprakelijkheid te spreken. Wat onder die term wordt verstaan is nog niet zo gemakkelijk te definiëren. Er bestaan immers verschillende vormen van subsidiariteit. Negatief geformuleerd, duidt het begrip slechts aan dat een crediteur zich niet onmiddellijk onder een derde kan verhalen zoals hij dat onder zijn schuldenaar kan. Aldus bezien is een derde-bezitter *niet* als subsidiair aansprakelijk te beschouwen wanneer het verbonden goed pas kan worden uitgewonnen indien de debiteur in verzuim verkeert. Datzelfde geldt immers voor de executie van goederenrechtelijke zekerheidsrechten onder de schuldenaar zelf. Een borg is daarentegen als subsidiair aansprakelijk te beschouwen als de crediteur eerst het nodige moet ondernemen om de hoofdschuldenaar tot betaling te bewegen, al betreft het dan een zeer lichte vorm van subsidiariteit. Historisch gezien is de meest relevante vorm van subsidiariteit tevens de zwaarste: het gaat dan om de vorm van subsidiariteit die hier

is omschreven als 'uitwinningssubsidiariteit'. Hierbij dient de schuldeiser eerst het vermogen van zijn schuldenaar uit te winnen alvorens een derde aan te spreken voor het onbetaald gebleven deel van zijn vordering.

Ter vermijding van misverstanden wijs ik erop dat 'subsidiariteit' onderscheiden moet worden van de 'accessoriëteit' die zich ten aanzien van zekerheidsrechten ook voordoet. Dit laatste begrip heeft betrekking op de lotsverbondenheid tussen zekerheidsrecht en verzekerde schuld. Kort gezegd: 'subsidiariteit' ziet op de vraag *hoe* verhaalsrechten uitgeoefend moeten worden; accessoriëteit ziet (onder meer) op de vraag wat er gebeurt *wanneer* verhaalsrechten worden uitgeoefend.

Het lijkt, op het eerste gezicht, redelijk dat wie de voordelen van een schuld heeft genoten, ook als eerste moet worden aangesproken. Een borg of een derde-bezitter is in verhouding tot de schuldenaar niet draagplichtig. Dit brengt mee dat de betalende borg, of de derde-bezitter wiens goed is uitgewonnen, regres zal nemen op de hoofdschuldenaar. Nu maakt het voor de crediteur – in beginsel – geen verschil op wiens goederen hij zich verhaalt, zolang hij maar volledige en spoedige betaling verkrijgt van zijn vordering. Voor de uitgewonnen derde ligt dat anders. Het is in zijn belang om niet te worden belast met de moeite van een regresvordering, waarin hij bovendien het insolventierisico van de hoofdschuldenaar draagt. Deze onevenredigheid van belangen geeft aanleiding tot de gedachte dat de *interne* verhouding tussen verhaalsaansprakelijke derde en schuldenaar een *externe* vertaling moet krijgen. Anders gezegd, dat een borg of derde-bezitter pas subsidiair door de crediteur moet worden aangesproken *omdat hij voor de verzekerde schuld niet draagplichtig is*. Daarbij moet onmiddellijk worden opgemerkt dat, naar de 'rigor iuris', een dergelijke externe doorwerking van de interne relatie tussen derde en debiteur steeds afbreuk doet aan de rechten van de crediteur.

Niet alleen historisch gezien, maar ook vanuit leerstellig oogpunt is keuzevrijheid van de crediteur tussen verschillende verhaalsmogelijkheden de 'normale' situatie. De verhouding tussen een borg en een crediteur wordt bovenal beheerst door de termen van hun contract. In de overgrote meerderheid van gevallen brengt dat contract mee dat een crediteur niet eerst het vermogen van zijn debiteur behoeft uit te winnen alvorens de borg aan te spreken tot betaling. Hetzelfde geldt voor de 'zakelijke borg', zoals de goederenrechtelijke zekerheidsgever voor vreemde schuld (wat misleidend) wordt aangeduid. Ten aanzien van goederenrechtelijke zekerheidsrechten geldt bovendien het beginsel van ondeelbaarheid: ieder bezwaard goed is verbonden voor de gehele schuld en daarom kan de crediteur naar keuze verhaal nemen op ieder verbonden goed. Het volgrecht (zaaksgevolg) verzekert de crediteur ook van die mogelijkheid als een verbonden goed in handen van een derde is gekomen.

Een crediteur heeft streng rechtens de vrije keuze tussen verschillende verhaalsmogelijkheden. Als een wetgever daarom uit motieven van billijkheid besluit om aan borgen of derden-bezitters een subsidiaire aansprakelijkheid toe te kennen, dan is dat bij wijze van uitzondering. Aan een dergelijk besluit ligt de gedachte ten grondslag, dat het belang van een crediteur bij keuzevrijheid minder zwaar weegt dan het belang van de derde om slechts subsi-

diair te worden aangesproken. Als 'ius singulare' kan de subsidiaire aansprakelijkheid van borgen of derden-bezitters echter niet consequent worden doorgevoerd. Juist omdat de toekenning van subsidiariteit berust op een belangenafweging, zijn er gevallen denkbaar waarin het recht van de crediteur moet prevaleren. Om die reden heeft de subsidiaire aansprakelijkheid van een borg of een derde-bezitter van oudsher de vorm van een *voorrecht*: de regel wordt niet van rechtswege toegepast, maar op verlangen van de tot betaling aangesproken derde. Het 'uitzonderlijke' karakter van de subsidiariteitsregel dwingt moderne juristen, evenzeer als hun voorgangers, tot een afweging van de belangen van de verhaalsaansprakelijke derde en de verhaalzoekende crediteur. Het voorrecht van eerdere uitwinning is immers slechts verleend in het belang van de derde, uit billijkheid. Als een derde derhalve geen werkelijk belang heeft bij subsidiaire aansprakelijkheid, of als een crediteur een zwaar wegend belang heeft bij primaire aansprakelijkheid van borg of derde, dan dient het voorrecht van uitwinning buiten toepassing te blijven. Bij de afweging van deze belangen bewijst de bestudering van de rechtsgeschiedenis ook voor het moderne recht goede diensten.

Het voorrecht van uitwinning is door keizer Justinianus toegekend aan borgen en derden-bezitters van met zekerheidsrechten bezwaarde goederen. Er valt aan deze wet een precieze datum te verbinden: 16 maart 535. In de daaropvolgende eeuwen maakte het 'beneficium excussionis' in veel (maar niet alle) gebieden onderdeel uit van het West-Europese 'ius commune', om in de negentiende eeuw te worden opgenomen in veel (maar niet alle) moderne Europese codificaties. De moderne gedaante van deze rechtsfiguur is derhalve het resultaat van een lange ontwikkeling, die zelf weer nauw samenhangt met de receptie van het Romeinse recht in West-Europa. Dit betekent tevens dat historische opvattingen omtrent het voorrecht meer zijn dan tijd- en standplaatsgebonden oordelen die slechts als 'exemplum' nut hebben. De oordelen van voorgaande generaties juristen berusten mede op overwegingen die voortvloeien uit *structurele* kenmerken van het privaatrecht.

2. KORTE GESCHIEDENIS VAN HET VOORRECHT VAN UITWINNING

a. Romeins recht

Naar het klassieke Romeinse recht was een borg op dezelfde voet aansprakelijk als de hoofdschuldenaar. De keizers bevestigden keer op keer dat een borg onmiddellijk kon worden aangesproken als er niet iets anders was overeengekomen. Ten aanzien van de belangrijkste wijze van borgstelling, 'fideiussio', gold bovendien dat een subsidiaire aansprakelijkheid van de borg in het normale geval onmogelijk was. Dit was een consequentie van de procesconsumptie die in het proces tegen de hoofdschuldenaar plaatsvond. De schuldeiser kon, wanneer hij de hoofdschuldenaar had aangesproken en door deze niet geheel was voldaan, nadien niet meer in rechte tegen de borg optreden. Deze regel was even nadelig voor de crediteur als voor de borg, zodat er een praktijk ontstond om de aansprakelijkheid van de borg afhankelijk te maken van de vervulling van een opschortende voorwaarde, te weten een voorafgaande uitwinning van het vermogen van de hoofdschul-

denaar. Daarbij dient te worden aangetekend dat het Romeinse recht een fatsoensnorm kende, die gebod om de borg niet als eerste aan te spreken. Deze norm strekte, anders dan men zou vermoeden vanuit het moderne recht bezien, *niet* tot bescherming van de borg, maar tot bescherming van de hoofdschuldenaar. Diens eer en aanzien werd geschonden als de crediteur een borg aansprak terwijl de hoofdschuldenaar bereid was tot betaling. In de praktijk dienden crediteuren daarom behoedzaam te manoeuvreren, door eerst buiten rechte vast te stellen dat de debiteur niet in staat was om te betalen, alvorens de borg aan te spreken.

Ten aanzien van goederenrechtelijke zekerheidsrechten had de crediteur de vrije keuze tussen een persoonlijke actie uit geldleen tegen zijn debiteur, en een goederenrechtelijke rechtsvordering tegen de schuldenaar of een derde-bezitter. Deze keuzevrijheid vloeyde voort uit de ondeelbaarheid van het recht van pand en hypotheek. Zij werd door de Romeinse keizers keer op keer bevestigd; een debiteur en zekerheidsgever kon zijn crediteur immers niet in een moeilijker positie brengen door het verbonden goed te vervreemden, hetgeen het geval zou zijn wanneer de crediteur door vervreemding een verhaalsvolgorde werd opgedrongen.

Uit billijkheidsoverwegingen bestond echter een uitzondering ten aanzien van het verhaal door de fiscus. Deze oefende zijn (legale generale) hypotheek slechts uit tegen derden wanneer de fiscale schuldenaar geen verhaal bood. Bovendien kon een crediteur met een jonger speciaal zekerheidsrecht verlangen dat de executerende crediteur die over een speciale en een generale hypotheek beschikte, zich eerst zou verhalen krachtens zijn speciale hypotheek op goederen die niet aan de tweede crediteur waren verbonden. Deze tamelijk specifieke inbreuk op de keuzevrijheid staat bekend als het 'beneficium excussionis realis'.

Justinianus veranderde het hierboven beschreven systeem in 529 ingrijpend door de uitvaardiging van Novelle 4. In die wet wordt aan borgen en derden-bezitters een voorrecht van uitwinning toegekend. Zij kunnen verlangen dat de crediteur zich eerst verhaalt op zijn schuldenaar, vervolgens op diens borgen, dan op derden-bezitters van bezwaarde goederen die hun titel ontlenen aan de schuldenaar, en tot slot op derden-bezitters van bezwaarde goederen die hun titel ontlenen aan de borgen. Dit voorrecht van eerdere uitwinning staat sinds de Middeleeuwen bekend als het 'beneficium excussionis personalis'. Onder het Justiniaanse voorrecht diende een crediteur het vermogen van schuldenaren en borgen *volledig* uit te winnen alvorens zich tot derden-bezitters te richten. Daarbij moet het volgende worden aangetekend. Als de eerder aan te spreken persoon afwezig was, dan kon de volgende persoon in de verhaalsvolgorde, borg of derde-bezitter, het voorrecht slechts inroepen voor een door de rechter vast te stellen termijn, gedurende welke de eerder aan te spreken persoon voor de rechter moest worden geleid. Na het verstrijken van de termijn kon het verhaal onder de aangesprokene doorgang vinden. Het voorrecht was derhalve verleend als een dilatoire exceptie. Die exceptie moest, zoals ieder verweermiddel, in rechte worden ingeroepen; en zoals van ieder verweermiddel kon er bij voorbaat afstand van worden gedaan. Dit is een inherente zwakte van rechtsmiddelen

als het voorrecht van uitwinning, dat, welbeschouwd, van *regelend* recht is. Een subsidiaire aansprakelijkheid van borgen is niet in het voordeel van crediteuren, die echter bij contractsonderhandelingen vrijwel steeds de economisch sterkere partij zijn. De afstand bij voorbaat van het voorrecht moet daarom binnen zeer korte tijd zeer gebruikelijk zijn geworden. In ieder geval werd (en wordt) het voorrecht sinds zijn invoering nagenoeg steeds uitgesloten waar dat mogelijk is.

Justinianus bevestigde de geldigheid van een dergelijk beding binnen enige dagen na uitvaardiging van Novelle 4. In Novelle 136,1 gaf hij aan bankiers het recht om van hun borgen een geldige afstand van het voorrecht te bedingen. Dat liet de subsidiaire aansprakelijkheid van derden-bezitters onverlet. Crediteuren waren niet bij machte om een geldige afstand bij voorbaat te bedingen ten aanzien van goederenrechtelijke zekerheidsrechten, omdat een dergelijk beding de verkrijger van het bezwaarde goed uiteraard niet bond. Door vervreemding van het bezwaarde goed kon hun dus een verhaalsvolgorde worden opgedrongen, die vóór de vervreemding niet bestond. Om dat resultaat te mitigeren, bepaalde Justinianus in 541 in Novelle 112,1 dat een speciale hypotheek onmiddellijk tegen derden-verkrijgers ten titel van koop kon worden uitgeoefend, als het bezwaarde goed werd vervreemd terwijl de executie reeds was ingeleid. In het daaropvolgende jaar ging hij in Edict 7,4 aanzienlijk verder: bankiers mochten een generale hypotheek op het vermogen van hun cliënten onmiddellijk vervolgen tegen derden-verkrijgers uit dat vermogen en waren daarbij vrijgesteld van het bewijs van insolventie van de schuldenaar. Het voorrecht van uitwinning was daarmee voor de belangrijkste groep crediteuren (bankiers) nagenoeg afgeschaft. Maar aangezien noch Novelle 136, noch Edict 7,4 in het Authenticum was opgenomen (in welke vorm de Justiniaanse Novellen in West-Europa zijn gerecipieerd), hebben zij niet in de weg gestaan aan de verdere ontwikkeling van het voorrecht van uitwinning.

De aansprakelijkheid van een borg wordt beheerst door de termen van het contract. De verhaalsaansprakelijkheid van een derde-bezitter wordt echter meestal niet beheerst door een contractuele verhouding tot de zekerheidscrediteur. In het navolgende zal het zwaartepunt daarom liggen bij het voorrecht van derden-bezitters.

b. Het gemene recht

De uitleg die door de Middeleeuwse rechtsgeleerden aan het voorrecht van uitwinning werd gegeven, concentreerde zich aanvankelijk op verduidelijking van de Justiniaanse wetgeving. Zo werd vastgesteld dat een beroep op het voorrecht niet diende te worden toegekend aan houders van bezwaarde zaken of aan de debiteur van een verpande vordering. Deze vaststelling heeft grote gevolgen gehad. Zij beperkt de reikwijdte van het voorrecht tot derden met een goederenrechtelijk belang bij de bezwaarde zaak, in het bijzonder tot derden-*eigenaren*. Die beperking ligt in de rede. De executie van het verbonden goed treft een derde slechts in diens vermogen wanneer deze beschikt over een goederenrechtelijk recht ten aanzien van het verbonden goed. Executie onder een houder, of de inning van een vordering door de pandhouder, treft daarentegen het vermogen van de schuldenaar en zekerheidsgever, die uiteraard geen gebruik kan maken van een voorrecht van

eerdere uitwinning. Een houder (zoals bijvoorbeeld een huurder of bruiklener) beschikt slechts over een persoonlijk recht tegen zijn contractspartij, aan wie hij zijn gebruiksrecht ontleent. Hij kan daarom de crediteur van deze contractspartij, die is voorzien van een goederenrechtelijk zekerheidsrecht, niet dwingen tot een verhaalsvolgorde.

In het verlengde hiervan ligt de gedachte dat het voorrecht van uitwinning strekt ter *voorkoming* van vermogensnadeel voor de verhaalsaansprakelijke derde. Er bestaat, aldus gezien, een verwantschap tussen het voorrecht en de regeling omtrent regres en subrogatie, zij het dat de laatste twee strekken tot *herstel* van een eenmaal geleden vermogensnadeel. De gedachte dat het doel van het voorrecht van uitwinning is gelegen in het voorkomen van regresvorderingen, rees echter pas in de zeventiende eeuw.

De Middeleeuwse rechtsgeleerdheid gaf nog een tweede, belangrijke interpretatie van het Justiniaanse voorrecht van uitwinning. De keizer had reeds vastgesteld dat het onredelijk was om een crediteur te verplichten tot uitwinning van het vermogen van de hoofdschuldenaar wanneer deze afwezig was. Dit oordeel hing samen met het toenmalige executierecht, dat het verhaal op goederen van een afwezige schuldenaar zeer tijdrovend (en daardoor kostbaar) maakte. Het zou onredelijk bezwarend zijn om een crediteur te onderwerpen aan een verhaalsvolgorde die tot grote vertraging aanleiding kon geven. De crediteur heeft immers niet alleen belang bij gehele voldoening, maar ook bij *spoedige* voldoening van zijn vordering. Deze gedachte werd door de Middeleeuwse juristen uitgewerkt. Zij waren geneigd om de afwezigheidsregel extensief uit te leggen: een beroep op het voorrecht van uitwinning was niet toegestaan als de debiteur notoir insolvent was, of zelfs al in staat van faillissement verkeerde. Van een crediteur kan echter niet worden verwacht dat hij de vermogenspositie van zijn schuldenaar in extenso kent. Om die reden moet hij niet worden belast met het bewijs van de insolventie van de schuldenaar. In Frankrijk gaf dit gegeven aanleiding tot de regel dat een derde slechts een beroep op het voorrecht toekwam als hij goederen aanwees onder de schuldenaar, waarop de crediteur zich moest verhalen. Bovendien diende hij de kosten van uitwinning voor te schieten. Aldus werd de bewijslast omgekeerd: de crediteur was niet gehouden tot het bewijs van *insolventie* van de schuldenaar, maar de aangesproken derde was gehouden tot het bewijs van diens *solventie*.

Het voorrecht van uitwinning veronderstelt, meer in het algemeen, de solventie van de hoofdschuldenaar. Bij insolventie zal de crediteur immers terugkeren naar de derde om zich voor het onbetaalde deel van de schuld te verhalen. Aldus gezien remt het voorrecht van uitwinning ook slechts het ontstaan van regresvorderingen als de hoofdschuldenaar *solvent* is. Als deze niet in staat is tot volledige betaling, leidt een beroep op het voorrecht hooguit tot een lager regresrisico voor de aangesproken derde.

Deze overwegingen waren van minder belang bij persoonlijke zekerheid (borgtocht) dan bij goederenrechtelijke zekerheid. Zoals hierboven is opgemerkt, werd immers nagenoeg steeds door borgen afstand gedaan van een beroep op het voorrecht; deze afstand werd verondersteld als een borg zich

verbond als 'borg en hoofdelijk schuldenaar'. Een dergelijk beding mist bij de vestiging van een goederenrechtelijk zekerheidsrecht door de schuldenaar om twee redenen zijn doel. In de eerste plaats is een dusdanig beding ten opzichte van de schuldenaar nutteloos, omdat diens gehele vermogen tot verhaal dient; en in de tweede plaats komt aan een dergelijk beding geen werking jegens derden toe, zoals de derde-verkrijger van een verbonden goed, omdat deze bij het beding geen partij is. De rechtsgeleerdheid schoot crediteuren hier te hulp met de zogenoemde 'clausula constituti'. Krachtens dit beding werd het bezit van een verbonden zaak aan de crediteur verschaft. Als de zaak nu werd vervreemd aan een derde, dan beschikte de crediteur niet slechts over een hypothecaire actie (waartegen een beroep op het voorrecht openstond), maar ook over een *possessoir* rechtsmiddel. Daartegen bestond, naar de gebruikelijke uitleg, nu juist geen voorrecht van uitwinning. De toelaatbaarheid van deze slimmigheid bleef omstreden, maar in sommige gebieden, zoals in Friesland, was zij aan de orde van de dag. Zelfs in de gebieden waar haar werking was geaccepteerd, kende de 'clausula constituti' één nadeel. Het beding kon, uit de aard der zaak, slechts worden gebruikt door de crediteur die was voorzien van een conventionele speciale hypotheek, niet echter door de crediteur die was voorzien van een legale hypotheek of een generale hypotheek.

Het bestaan van 'geheime' zekerheidsrechten was één van de minst geslaagde onderdelen van het Romeinse stelsel van zekerheidsrechten. De verkrijger van een goed liep steeds het risico om te worden geconfronteerd met een zekerheidsrecht waarvan hij het bestaan niet kende. Juist onder die omstandigheden had het voorrecht van uitwinning goede diensten kunnen bewijzen. Na de receptie van het Romeinse recht werd evenwel door het lokale gewoonterecht regelmatig afgeweken van het Romeinsrechtelijke systeem. De eerste stap daartoe was om de hypotheek op roerende goederen ieder zaaksgevolg te ontzeggen, zoals dat bijvoorbeeld in Frankrijk en de Republiek (met uitzondering van Friesland) gebeurde. Ten gevolge daarvan werd de reikwijdte van het voorrecht van uitwinning ten aanzien van derden-verkrijgers beperkt tot de hypotheek op *onroerende* goederen. Behoudens het – betrekkelijk uitzonderlijke – geval van zekerheidsverlening door een derde, kon zich immers slechts in dit geval de situatie voordoen dat een crediteur krachtens zijn zekerheidsrecht verhaal zocht onder een derde.

De werking van generale hypotheeken werd, in een tweede stap, in sommige gebieden ten achter gesteld bij de werking van speciale hypotheeken. Ten gevolge daarvan ging een later gevestigde speciale hypotheek, mits zij aan bepaalde vestigingsvereisten voldeed, vóór op een oudere generale hypotheek. Nu had Justinianus reeds in Novelle 112,1 bepaald dat tegen een speciale hypotheek, onder omstandigheden, geen beroep op het voorrecht van uitwinning open stond. In een aantal gebieden in Frankrijk verbond men daaraan de conclusie dat het voorrecht van uitwinning ten aanzien van speciale hypotheeken geheel was afgeschaft. Deze gevolgtrekking vloeyde niet met zoveel woorden voort uit de tekst van de Justiniaanse Novelle, maar

zij was op zichzelf niet onbegrijpelijk. Tot aan de invoering van de Code civil werden (slechts op lokaal niveau geslaagde) pogingen ondernomen om het bestaan van 'geheime' hypotheeken tegen te gaan door een systeem van verplichte registratie, dat de publiciteit moest garanderen. De verkrijger van een verbonden goed kon daarom in sommige Franse gebieden kennis nemen van het bestaan van een speciaal zekerheidsrecht. Onder die omstandigheden was er geen reden om hem middels een voorrecht van uitwinning te beschermen tegen verhaal door de crediteur. Hij had zich immers te voren daartegen kunnen wapenen door te bedingen dat de koopprijs zou worden aangewend ter aflossing van de hypotheek, of door een lagere verkrijgingsprijs overeen te komen. Bovendien kon de crediteur, die was voorzien van een generale hypotheek, krachtens zijn zekerheidsrecht verhaal nemen op andere vermogensbestanddelen van zijn debiteur, dan het goed dat deze aan een derde had vervreemd. De speciale hypotheek op onroerend goed rustte daarentegen op één afzonderlijk perceel. Het was derhalve niet gezegd, dat een crediteur zich in dit geval even gemakkelijk onder zijn schuldenaar zou kunnen verhalen, als de crediteur van een generale hypotheek dat kon doen. Het speciale zekerheidsrecht op het goed van een derde diende meer exclusief tot verhaal van de schuld, dan bij de generale hypotheek het geval was.

In Holland voltrok zich een vergelijkbare ontwikkeling op grond van bijzonderlijk daartoe strekkende wetgeving. Een beroep op het voorrecht van uitwinning was niet toegestaan tegen conventionele speciale hypotheeken. Het voorrecht was echter evenmin van toepassing op generale hypotheeken: ofwel omdat daaraan geen zaaksgevolg werd toegekend, ofwel omdat deze hypotheeken door extensieve interpretatie onder de reikwijdte van de betreffende ordonnanties werden gebracht.

c. Nationale codificaties

De teneur van het gemene recht was om de strekking van het voorrecht van uitwinning in te perken. In de eerste plaats werd het aantal mogelijke gevallen van derdenpand teruggebracht, zodat de vraag naar de toepasselijkheid van het voorrecht slechts relevant was ten aanzien van onroerende goederen. In de tweede plaats was het voorrecht van uitwinning in veel gebieden krachtens het gewoonterecht of krachtens wetgeving werking ontnomen tegen speciale zekerheidsrechten op onroerend goed. En in de derde plaats was een beroep op het voorrecht slechts toegestaan wanneer de verhaalsvolgorde geen schade zou toebrengen aan de crediteur, gezien de vertraging in het verhaal en de daardoor stijgende kosten. Ten aanzien van borgtocht was het voorrecht, tot slot, praktisch iedere kracht ontnomen door veelvuldige afstand bij voorbaat.

De Franse Code civil markeert niet een eindpunt in deze ontwikkelingen, maar een tussenfase. Ondanks pogingen om de zekerheidsrechten te onderwerpen aan de beginselen van specialiteit en publiciteit, keerden de 'geheime' hypotheeken terug in het Franse wetboek, in de gedaante van de legale generale hypotheeken. Een beroep op het voorrecht van uitwinning

werd, geheel consequent, toegekend tegen legale generale zekerheidsrechten op onroerende goederen. Als gevolg van daartoe strekkende wetgeving is het belang van deze 'geheime' hypotheeken echter in de loop der tijd steeds kleiner geworden, totdat deze zekerheidsrechten in 1955 aan registratie werden onderworpen. Sindsdien is een beroep op het voorrecht van uitwinning door een derde-verkrijger praktisch uitgesloten: door registratie specialiseert de generale hypotheek zich, en tegen speciale hypotheeken kan het voorrecht niet worden ingeroepen. De Belgische wetgever had deze consequentie al eerder getrokken. Het voorrecht van uitwinning werd daar in 1851 afgeschaft voor derden-bezitters, tegelijk met de afschaffing van de legale generale hypotheeken.

In de Code komen twee opvallende vernieuwingen voor. De eerste betreft de eis dat een derde-bezitter, teneinde met vrucht een beroep op het voorrecht te kunnen doen, *medeverbonden* goederen onder de schuldenaar moet aanwijzen voor verhaal. In de Franse situatie heeft dit geen grote rol gespeeld. Het voorrecht kan immers slechts worden ingeroepen tegen een generale hypotheek, zodat ieder goed onder de schuldenaar uit de aard der zaak een medeverbonden goed is. De tweede vernieuwing is gelegen in de scheiding die werd aangebracht tussen het voorrecht van borgen en het voorrecht van derden-bezitters. Het Justiniaanse voorrecht gaf een verhaalsvolgorde tussen de persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheidsrechten (eerst de debiteur, dan borgen, dan pas derden-bezitters). De Franse wetgever ontkoppelde echter beide voorrechten, zodat een derde-bezitter niet naar een borg kon verwijzen, maar slechts naar vermogensbestanddelen van de *schuldenaar*. Een zekere samenhang tussen borgtocht en derdenpand bleef, ondanks kritiek, in de Code bestaan. Op het voorrecht van derden-bezitters werd de regeling omtrent borgen van analoge toepassing verklaard.

Het oude BW van 1838 betekende, voor het onderhavige onderwerp, een breuk met de traditie van het Rooms-Hollandse recht. Vlak voor de invoering van het wetboek, en ondanks krachtig parlementair verzet, werd het voorrecht van uitwinning toegekend aan derden-bezitters van met hypotheek bezwaarde goederen. Dat voorrecht was in geen van de eerdere ontwerpen voor een nationaal wetboek opgenomen. De moverende reden voor opneming van het voorrecht in de Code civil, te weten het bestaan van legale generale hypotheeken, speelde bovendien voor het Nederlandse recht geen rol. Het oude BW had op dit vlak, in afwijking van de Code, de beginselen van specialiteit en publiciteit tot uitgangspunt genomen. De verkrijger van een met hypotheek bezwaard goed kon daarom te voren kennis nemen van het bestaan van het zekerheidsrecht. Derhalve had de verkrijger gelegenheid om met het bestaan van het zekerheidsrecht rekening te houden, en dit wellicht zelfs te verdisconteren in de verkrijgingsprijs. Bovendien kan een schuldeiser het ontstaan van een derdenhypotheek door vervreemding zijdens de zekerheidsgever niet voorkomen. Het werd desalniettemin door de wetgever 'hoogst billijk' geacht om het verhaal door de schuldeiser aan een volgorde te binden.

In het oude BW werd de eis van aanwijzing van medeverbonden goederen overgenomen uit de Code, hoewel het motief daartoe geen rol meer speelde. Het Nederlandse recht kende immers slechts speciale hypotheek. De wetgever meende echter dat er voldoende reden bestond om toch aan de eis vast te houden. Als een crediteur was voorzien van één speciale hypotheek, op het perceel van een derde, dan kon niet worden verlangd dat hij zich, hoewel voorzien van een zakelijk recht, krachtens zijn persoonlijke recht zou verhalen onder de schuldenaar. Daarbij kon de crediteur immers in conflict komen met andere concurrente crediteuren, hetgeen tot vertraging en oplopende kosten aanleiding zou geven. Een derde-bezitter mocht zich daarom in dit geval niet van het voorrecht bedienen. Als de crediteur daarentegen beschikte over ten minste twee hypotheek voor dezelfde schuld, terwijl één verbonden perceel zich nog onder de schuldenaar bevond, dan kon hij zich in de ogen van de wetgever even gemakkelijk verhalen onder de schuldenaar als onder een derde-bezitter. Deze beperking van de reikwijdte van het voorrecht werd nog versterkt door een nieuwe eis, te weten dat de aangewezen medeverbonden goederen onder de schuldenaar 'klaarblijkelijk voldoende' waren tot verhaal van de schuld. Maar als die omstandigheid zich voordoet, dan is een crediteur in de praktijk niet geneigd om de executie te beginnen onder een derde. Onder vigeur van het oude BW was het voorrecht van uitwinning daarom haast een dode letter geworden.

Datzelfde gold voor het voorrecht dat aan borgen was verleend. De wetgever van het oude BW had de scheiding tussen de voorrechten van borgen en derden-bezitters overgenomen uit de Code, en zelfs consequenter doorgevoerd. In de praktijk werd echter vrijwel steeds bij voorbaat afstand gedaan van een beroep op het voorrecht. Het is om deze reden terecht niet teruggekeerd in het nieuwe BW. In een laat stadium achtte de regering het echter wenselijk dat alsnog een bepaling werd opgenomen omtrent de subsidiaire aansprakelijkheid van borgen. Volgens art. 7:855 lid 1 BW is de borg slechts tot nakoming is gehouden als de hoofdschuldenaar in de nakoming tekort schiet. Het betreft hier een zeer lichte vorm van subsidiariteit die, als regeland recht voor professionele borgen, regelmatig in de praktijk contractueel wordt uitgesloten.

3. HET VOORRECHT VAN UITWINNING IN HET NIEUWE BW

De geringe praktische relevantie van het voorrecht van uitwinning heeft, behalve bij borgtocht, niet geleid tot de afschaffing daarvan onder het nieuwe BW. Het heeft zelfs een aanzienlijke uitbreiding gekregen door art. 3:234 BW. Daarbij werden drie veranderingen doorgevoerd ten opzichte van het oude BW. In de eerste plaats werd niet langer vereist dat de derde-bezitter 'klaarblijkelijk voldoende' medeverbonden goederen aanwees voor verhaal. Bovendien werden naast rechten van hypotheek ook de pandrechten onder vigeur van het voorrecht gebracht. En tot slot werd, in het tweede lid van art. 3:234, een beroep op het voorrecht geopend voor beperkt gerechtigden wier recht de executerende schuldeiser niet behoeft te eerbiedigen. De eerste vernieuwing was zonder meer nuttig; bij de andere wijzigingen vallen kanttekeningen te plaatsen.

Het voorrecht van uitwinning heeft van oudsher de vorm van een dilatoire exceptie. Dit betekent dat de executie van het verbonden goed onder een derde slechts wordt opgeschort totdat duidelijk wordt dat de aangewezen goederen van de schuldenaar niet toereikend zijn om de schuld te voldoen. Deze vertraging is altijd als problematisch beschouwd, zelfs al komen de kosten daarvan ten laste van de hoofdschuld, en daarmee indirect van de aangesproken derde-bezitter. De crediteur heeft immers belang bij spoedige, gehele betaling en voorziet zichzelf te dien einde van zekerheidsrechten. Als deze crediteur wordt geconfronteerd met een verhaalsvolgorde waarmee hij geen rekening heeft kunnen houden, dan leidt dit tot depreciatie van zijn zekerheidsrechten. Om deze reden hebben crediteuren in de loop der geschiedenis voortdurend afstand van het voorrecht bedongen waar deze mogelijkheid bestond. De gedachte dat het voorrecht billijk is omdat het voor de crediteur niet uitmaakt op welk goed hij zich verhaalt, staat hiermee op gespannen voet. De suggestie, voor het eerst in 1882 door Pelinck geopperd, om de uitwinning van het goed onder een derde *niet* op te schorten, neemt veel van deze problemen weg. Zijn voorstel was om ter veiling de verbonden goederen van de schuldenaar als eerste te verkopen en vervolgens, als zulks niet voldoende was, goederen van de derde-bezitter. Die gedachte werd in de literatuur breed gedragen en is terecht door Meijers overgenomen.

Het is opmerkelijk dat het voorrecht van uitwinning naar Nederlands recht niet langer een dilatoire exceptie is. Een derde-bezitter kan buiten rechte een eerdere uitwinning 'verlang-en' en dient, in geval van weigering, een verzoekschriftprocedure aanhangig te maken. De aan deze procedure ten grondslag liggende gedachte is zeer juist, nu de executie niet noodzakelijk wordt ingeleid door een procedure tegen de derde-bezitter.

De opeenvolgende executieverkoop is, naar zijn aard, het meest geschikt als het de verkoop van gelijksoortige goederen betreft. De regel verraadt hier zijn oorsprong in het hypotheekrecht. In een betrekkelijk laat stadium werd de gehele regeling van art. 3:234 echter uitgebreid tot de pandrechten, om redenen die de wetgever niet geheel helder voor ogen stonden. Op zichzelf was die uitbreiding te begrijpen: bij de invoering van het oude BW had het voorrecht afgeschaft moeten worden (zoals in België is gebeurd), maar door de herintroductie van de 'geheime hypotheken' op roerende goederen onder het nieuwe BW bestond – wellicht – ten aanzien van die categorie van goederen behoefte aan een voorrecht van uitwinning. De uitbreiding tot pandrechten is echter niet goed doordacht. Niet alleen is opeenvolgende executieverkoop geen geschikt middel om de waarde van vermogensbestanddelen te realiseren, die onderling sterk in waarde verschillen; maar ook zijn er andere manieren om een pandrecht te executeren dan door executorialen verkoop. Men denke, bijvoorbeeld, aan het pandrecht op geld.

De derde uitbreiding die de wetgever opnam in art. 3:234, is die tot beperkt gerechtigden wier recht de schuldeiser bij executie niet hoeft te eerbiedigen. Nu bestaat er geen bezwaar tegen een uitbreiding van het voorrecht tot beperkt genotsgerechtigden; maar ook de latere pand- of hypo-

theekhouder is voorzien van een beperkt recht. Deze mag derhalve verlangen dat een hoger gerangschikte crediteur zich verhaalt op medeverbonden goederen onder de schuldenaar, die niet jegens de latere zekerheidsnemer zijn verbonden. Aldus werd een regel ingevoerd die is geënt op het Romeins-rechtelijke 'beneficium excussionis realis', maar die in *deze* vorm nog niet eerder was voorgekomen. Hiermee heeft de wetgever jongere zekerheidscrediteuren bevoordeeld ten nadele van de overige concurrente crediteuren. De verhaalsruimte van de jongere zekerheidsnemer wordt immers veilig gesteld door de executerende crediteur te verwijzen naar een goed dat jegens deze medeverbonden is, maar waartoe de jongere pand- of hypotheekhouder in geen enkele goederenrechtelijke betrekking staat. Dit klemt te meer aangezien het tweemaal verbonden goed niet toebehoort aan de jongere zekerheidsnemer, zodat hij door de uitwinning daarvan niet in zijn vermogen wordt geraakt. Bovendien heeft hij de mogelijkheid om de eerdere zekerheidsnemer te voldoen en door subrogatie in diens rechten te treden, als hij zijn verhaalsmogelijkheden wil waarborgen. De uitbreiding van het voorrecht van uitwinning tot jongere zekerheidsnemers was dus onnodig en had vermeden moeten worden.

4. SLOTOPMERKING

Sinds de invoering van het voorrecht van uitwinning door Justinianus, is de subsidiaire aansprakelijkheid van borgen steeds in verband gebracht met de subsidiaire aansprakelijkheid van derden-bezitters. De laatste groep was meer subsidiair aansprakelijk. Deze band is pas door de Code civil verbroken, en op goede gronden. Het voorrecht van uitwinning schiet immers zijn doel voorbij als de crediteur door een derde-bezitter kan worden verwezen naar het verhaal onder een borg, die welbeschouwd evenmin draagplichtig is. Er bestaat bovendien een belangrijk verschil tussen borgtocht en derdenpand: de eerste rechtsfiguur speelt zich af in een contractuele sfeer, het tweede ligt in de goederenrechtelijke sfeer en doet zich vooral voor als een derde een goed in bezwaarde staat verkrijgt. In het licht van de geschiedenis bestaat er ook een opvallende overeenkomst tussen het voorrecht van borgen en het voorrecht van derden-bezitters: er is, al sinds de invoering, een tendens zichtbaar om het voorrecht van uitwinning af te zwakken, of zelfs af te schaffen. Ten aanzien van borgtocht geschiedt dit door afstand bij voorbaat. Deze contractuele optie bestaat veelal niet ten aanzien van derdenpand. Maar de reikwijdte van het voorrecht werd ook hier in de loop der tijd beperkt, zowel door het zaaksgevolg te ontzeggen aan zekerheidsrechten die voor derden niet kenbaar zijn, als ook door een beroep op het voorrecht uit te sluiten wanneer een derde-verkrijger te voren kennis had kunnen nemen van het bestaan van zekerheidsrechten.

De tendens tot ecartering van het voorrecht bij *borgtocht*, door middel van contractuele afstand van een beroep op het voorrecht, is door de wetgever van het nieuwe BW nagevolgd. De tendens tot inperking, of zelfs tot

afschaffing van het voorrecht van uitwinning ten aanzien van *derden-bezitters* is daarentegen door de Nederlandse wetgever bij de voorbereiding van het nieuwe BW over het hoofd gezien. Dat is des te opvallender omdat de wetgever, die zich kennelijk bewust was van de last die het voorrecht aan crediteuren oplegt, de toepasselijkheid ervan heeft uitgesloten ten aanzien van de scheeps- en vliegtuighypotheek. Van de vermeende billijkheid van het voorrecht blijft weinig over als men bedenkt dat de verkrijger van een verbonden goed door raadpleging van de openbare registers kennis kan nemen van het bestaan van hypotheeken, en zijn handelen daarop kan afstemmen. Maar zelfs waar dit niet het geval is (bijvoorbeeld bij de bezitloze pandrechten), moet men beseffen dat het pandrecht in de regel teniet gaat door vervreemding van de verpande zaak, zodat het voorrecht veelal buiten toepassing blijft.

Het voorrecht is slechts inherent billijk als het voor de crediteur daadwerkelijk geen verschil uitmaakt op welk goed hij zich verhaalt, terwijl het voor de derde-bezitter tezelfdertijd voordelig is als de crediteur zich eerst op goederen van de schuldenaar verhaalt. In dit verband komt aan het leerstuk van subrogatie een bijzondere betekenis toe. Het voorrecht van uitwinning probeert *vooraf* een probleem te vermijden, te weten dat een niet-draagplichtige persoon door uitwinning schade lijdt, welk probleem *achteraf* wordt gecorrigeerd door het ontstaan van een regresvordering. Als het goed van een derde wordt uitgewonnen, dan wordt deze derde-bezitter bovendien gesubrogeerd in de overige zekerheidsrechten van de crediteur. Het voorrecht van uitwinning veronderstelt immers dat de crediteur is voorzien van een zekerheidsrecht op goederen van zijn schuldenaar, en daarnaast van een zekerheidsrecht op een goed dat toebehoort aan de aangesproken derde. Vanwege de subrogatie lijdt een derde-bezitter even weinig schade als hij het voorrecht van uitwinning *niet* inroept, als wanneer hij het voorrecht *wel* inroept. Hij kan zichzelf immers even gemakkelijk op het medeverbonden goed verhalen als de executerende crediteur dat zou kunnen. Sterker nog, door subrogatie beschikt de betalende derde-bezitter over een zekerheidsrecht dat hij kan uitoefenen zoals het hem goeddunkt. Het is daarentegen niet gezegd dat een crediteur, die wordt verwezen naar een medeverbonden goed onder de schuldenaar, vervolgens zal kiezen voor de goedkoopste of meest efficiënte wijze van executie. Zolang de executiebevoegdheid in redelijkheid wordt uitgeoefend, komen deze meerkosten ten nadele van de concurrente schuldeisers (als het goed onder de schuldenaar voldoende verhaal biedt), of in eerste instantie ten nadele van de derde-bezitter en vervolgens ten nadele van de concurrente schuldeisers krachtens het inmiddels onverzekerde regresrecht (als het goed onder de schuldenaar niet voldoende verhaal biedt).

Na deze vaststellingen blijft de vraag bestaan, of een niet-draagplichtige derde de moeite van verhaal krachtens subrogatie moet worden opgedrongen. Voor zover hier van moeite sprake is, geldt dit evenzeer voor het voorafgaande verhaal onder de hoofdschuldenaar door de executerende crediteur zelf. Het is vanuit dit oogpunt, kort gezegd, ook voor de crediteur van belang

op welk goed hij zich als eerste mag verhalen. Het voorrecht is echter verleend uit billijkheid en in afwijking van het strenge recht, in de veronderstelling dat het de crediteur om het even is op welk goed hij zich verhaalt. Als zulks niet het geval is, vervalt ook de redelijkheid van het voorrecht van uitwinning. Dan blijft, tot slot, de gedachte dat het voorrecht een rechtseconomisch belang dient door de groei van het aantal procedures te verminderen. Maar dat is slechts waar voor zover van te voren vaststaat dat het verbonden goed onder de schuldenaar voldoende verhaal zal bieden. Dit was het systeem van het oude BW, dat de aanwijzing van 'klaarblijkelijk voldoende' goederen eiste. Als een dermate strenge eis gesteld moet worden om het voorrecht bestaansrecht te geven, een eis die bovendien in de praktijk nooit wordt vervuld, dan rijst de vraag of het voorrecht niet beter kan worden afgeschaft.

Het voorrecht van uitwinning ten aanzien van de *borgtocht* wordt, na afschaffing, niet gemist. In navolging van de conclusie van A-G Hartkamp bij het arrest Heidenreich/ Alcredis, is in lagere jurisprudentie aangenomen dat een crediteur onder omstandigheden gehouden kan zijn om zich eerst te verhalen op de hoofdschuldenaar alvorens de borg aan te spreken tot betaling. Borg en crediteur staan immers in een rechtsbetrekking die wordt beheerst door de goede trouw. Een dergelijke contractuele band ontbreekt meestal tussen een crediteur en de derde-gerechtigde tot een verbonden goed; maar ook jegens deze derde is een crediteur gehouden om zijn zekerheidsrecht in redelijkheid uit te oefenen. De crediteur maakt immers misbruik van een hem toekomende bevoegdheid als hij overgaat tot executie onder een derde, terwijl hij na een redelijke belangenafweging niet tot dat besluit had kunnen komen. Door middel van het leerstuk van misbruik van recht kan daarom, voor zéér sterk sprekende gevallen, een subsidiaire aansprakelijkheid van derden-bezitters worden bereikt. De gezichtspunten die ten aanzien van het voorrecht van uitwinning in de geschiedenis naar voren zijn gebracht, kunnen goede diensten bewijzen bij de verdere ontwikkeling van dat leerstuk. Er is echter geen goede reden, bij evenredigheid van belangen, om derden-bezitters principieel een beroep toe te kennen op het voorrecht van eerdere uitwinning.

FORMEN DER SUBSIDIARITÄT

ZUSAMMENFASSUNG

EINE HISTORISCH-KOMPARISTISCHE STUDIE ZU DEN GRUNDSÄTZEN DER
SUBSIDIARITÄT IN SACHEN HYPOTHEK, PFAND UND BÜRGCHAFT

1.	Einleitung und Begriffserklärung	385
2.	Kurzgeschichte des „beneficium excussionis“	387
3.	Die Einrede der Vorausklage im neuen niederländischen BGB (BW)	395
4.	Schlussbemerkung	397

1. EINLEITUNG UND BEGRIFFSERKLÄRUNG

Der Gläubiger, der sich eines Pfandrechtes oder einer Hypothek erfreut, hat die Möglichkeit, sich durch Geltendmachung seines Sicherungsrechts aus dem Erlös der verbundenen Sache zu befriedigen. Diese beiden Rechte dienen der Sicherung eines anderen Rechts, und zwar der persönlichen Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner und Sicherungsgeber. Solange der Schuldner zugleich der Eigentümer der belasteten Sachen ist, ergeben sich, im Verhältnis zwischen dem Forderungsrecht und den Sicherungsrechten, keine besonderen Schwierigkeiten. Der Gläubiger hat im Prinzip die Wahl: Er kann sich bei Nichterfüllung, ohne zuerst die sonstigen Vermögensbestandteile seines Schuldners haftbar zu machen, direkt seiner Sicherungsrechte bedienen um sich zu entschädigen. Er kann sich aber auch für den umgekehrten Weg entscheiden. Er ist dazu berechtigt, eben das Rechtsmittel einzusetzen, das ihm am besten passt, wenn auch Treu und Glauben bei dieser Wahl eine Rolle spielen können.

Wenn aber die Identität des Schuldners mit der des Berechtigten auf die verbundene Sache nicht zusammenfällt (Drittpfand), ergibt sich ein besonderes Problem. Eine derartige Rechtslage ergibt sich z.B. in dem Fall, in dem der Dritte die mit Sicherheitsrechten belastete Sache erwirbt, oder in dem Fall, in dem der Dritte selbst, zugunsten eines anderen, dingliche Sicherheit gewährt. Der „Drittbesitzer“, wie der Dritteigentümer von alters her bezeichnet wird, ist in diesem Fall mit einem Teil seines Vermögens haftbar wegen einer Schuld, die nicht die seinige ist. Aus historischer Sicht dient sich die Parallele mit der Bürgschaft an. Es handelt sich zwar, aus unten zu besprechenden Gründen, um eine nicht ganz vollkommene Parallele, aber auch der Bürge haftet für eine Drittschuld, deren Ertrag ihm nicht zugute gekommen ist. Die Frage, mit der sich diese Forschungsarbeit auseinandergesetzt hat, ist folgende: Ist den Gläubigern, der besonderen Position des Bürgen, beziehungsweise des Drittbesitzers, zufolge, eine bestimmte Rangfolge bei der Geltendmachung seiner Sicherungsrechte aufzuerlegen? Mit anderen Worten: Soll ein Gläubiger sich zuerst an den haftbaren Schuldner wenden, bevor er gegen einen Bürgen, beziehungsweise einen Drittbesitzer, vorgeht?

In diesem Kontext ist es üblich, den Ausdruck „Subsidiarität der Haftung“ einzusetzen. Was man genau unter dem Terminus verstehen soll, lässt sich nicht so leicht bestimmen, weil es eben mehrere Formen der Subsidiarität gibt. Negativ definiert deutet der Begriff immerhin an, dass ein Gläubiger sich nicht gleich an den Dritten wenden muss, sowie er sich gegen seinen Schuldner richten darf. Also kann der Drittbesitzer nicht als subsidiär haftbar betrachtet werden, wenn die belasteten Sachen nur dann eviniert werden können, wenn der Schuldner in Verzug geraten ist. Dies trifft ja schließlich auch zu, wenn der Schuldner selbst noch im Besitz der belasteten Sachen ist. Dahingegen ist der Bürge sehr wohl als subsidiär haftbar zu betrachten, wenn der Gläubiger zunächst alles Nötige, um den Hauptschuldner zu Zahlung zu veranlassen, zu tun hat. Es betrifft dann aber eine sehr leichte Form der Subsidiarität. Aus historischer Sicht ist aber die relevanteste Form der Subsidiarität zugleich die schwerste: Es handelt sich dann um die Form der Subsidiarität, die als „Eviktionssubsidiarität“ bezeichnet werden kann. Hierbei soll der Gläubiger sich zuerst aus dem Gesamtvermögen des Schuldners befriedigen, bevor er eine Drittperson

zur Zahlung der noch (teilweise) nicht eingetriebenen Forderung haftbar machen kann. Zum Vermeiden von Missverständnissen, möchte ich darauf hinweisen, dass der Begriff der „Subsidiarität“ grundsätzlich vom Begriff der „Akzessorietät“, der sich hinsichtlich der Sicherungsrechte ebenfalls ergibt, zu trennen ist. Letzterer Begriff bezieht sich auf die Verbundenheit der Sicherheit mit der versicherten Schuld. In Kürze: Es handelt sich bei der „Subsidiarität“ um die Frage, *wie* Sicherungsrechte ausgeübt werden; bei der „Akzessorietät“ hingegen u.a. um die Frage, *wenn* Sicherungsrechte ausgeübt werden.

Auf den ersten Blick scheint es gerechtfertigt zu sein, dass derjenige, der die Vorteile einer Schuld genossen hat, der Erste in der Reihenfolge zu sein hat, den man in Anspruch nimmt um die Schuld zu begleichen. Ein Bürge oder Drittbesitzer ist, im Innenverhältnis zum Hauptschuldner, nicht derjenige, der für die Hauptschuld zu haften hat. Dies bringt mit sich, dass der bezahlende Bürge, oder der Drittbesitzer, dessen Sachen evinziert worden sind, den Hauptschuldner, im Wege des Regresses, in Anspruch nimmt. Was den Gläubiger betrifft, gibt es seinetwegen – im Prinzip – keinen Unterschied, aus wessen Sachen er sich befriedigt, solange er nur eine vollständige und baldige Bezahlung seiner Forderung erlangt. Was den evinzierten Drittbesitzer betrifft, liegt die Sache anders: Dessen Interesse ist es, nicht belastet zu werden mit der Mühseligkeit eines Regressanspruchs, bei dem das Insolvenzrisiko des Schuldners ihm obliegt. Aus dieser Unausgeglichenheit der Interessen entwickelt sich die Idee, dass das Innenverhältnis zwischen dem haftbaren Dritten und seinem Schuldner auch dem externen Verhältnis zu entsprechen hat. Mit anderen Worten: Der Bürge oder der Drittbesitzer soll lediglich subsidiär in Anspruch genommen werden, *weil dieser eben wegen der versicherten Schuld im Innenverhältnis nicht haftbar ist*. Dem muss allerdings gleich die Bemerkung hinzugefügt werden, dass eine solche externe Durchwirkung des Innenverhältnisses zwischen Drittem und Schuldner der „*rigor iuris*“ nach immer die Rechte des Gläubigers beeinträchtigt.

Nicht nur aus historischer, sondern auch aus dogmatischer Sicht, ist die freie Wahl des Gläubigers zwischen seinen unterschiedlichen Verwertungsmöglichkeiten der „Normalfall“. In der übergroßen Mehrheit der Fälle bringt der Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen mit sich, dass der Hauptschuldner nicht zuerst „durchexequiert“ zu sein braucht, ehe der Bürge in Anspruch genommen werden kann. Dasselbe trifft auch zu für denjenigen, der sein Eigentum für die Schuld eines Dritten zu Pfand oder Hypothek gegeben hat. Überdies gilt in Anbetracht dinglicher Sicherheitsrechte der Grundsatz der ungeteilten Pfandhaftung: Jede belastete Sache haftet für die ganze Schuld und daher kann der Gläubiger sich aus jeglicher Sache befriedigen und zwar, der dinglichen Natur seines Rechts zufolge, auch dann, wenn die Sache in die Hände eines Dritten gerät.

Ein Gläubiger hat grundsätzlich die freie Wahl zwischen seinen unterschiedlichen Verwertungsmöglichkeiten. Wenn also ein Gesetzgeber der Billigkeit halber den Entschluss fasst, dem Bürgen oder dem Drittbesitzer eine subsidiäre Haftbarkeit zuzusprechen, dann handelt es sich dabei um eine Ausnahme vom rechtlichen Normalfall. Einem solchen Entschluss liegt der Gedanke zugrunde, dass das Interesse des Dritten an subsidiärer Haftung, dem Interesse des Gläubigers an freier Wahl, vorzuziehen ist. Es ist aber nicht möglich, die Regeln der subsidiären Haftung des Bürgen oder des Drit-

ten, als „*ius singulare*“, in allen Fällen konsequent durchzuführen, eben weil bei einer derartigen Beurteilung der Interessenlage, es sich ergeben kann, dass das Interesse des Gläubigers unter Umständen zu überwiegen hat. Dies ist der Grund, weswegen die subsidiäre Haftung in diesen Fällen die Form einer Einrede, die Einrede der Vorausklage, angenommen hat: Sie erfolgt nicht von Rechts wegen, sondern findet lediglich auf Verlangen des in Anspruch genommenen Dritten Anwendung. Dieser „außerordentliche“ Charakter der Subsidiaritätsregel zwingt moderne Juristen, sowie ihre Vorgänger, dazu, eine Abwägung zwischen den Interessen des haftbaren Dritten und des in Anspruch nehmenden Gläubigers zu machen: Die Einrede der Vorausklage beruht ja auf der Billigkeit. Wenn also ein Dritter kein wesentliches Interesse an subsidiärer Haftung, oder aber ein Gläubiger ein schwerwiegendes oder schwerwiegenderes Interesse an primärer Haftung des Dritten hat, soll die Einrede der Vorausklage außer Acht bleiben. Beim Abwägen der unterschiedlichen Interessen erweisen sich rechtsgeschichtliche Untersuchungen, auch fürs moderne Recht, als sehr nützlich.

Die Einrede der Vorausklage („*beneficium excussionis*“) wurde vom Kaiser Justinian den Bürgen und Drittbesitzern der mit Sicherungsrechten belasteten Sachen zuerkannt. Diesem Gesetz ist ein präzises Datum zuzuschreiben: Der 16. März 535. In den darauf folgenden Jahrhunderten gehörte die Einrede zum „*ius commune*“ vieler, aber nicht aller, westeuropäischen Länder, bis es im 19. Jh. rezipiert wurde in vielen, wenn auch nicht allen, Kodifikationen. Die moderne Gestalt dieser Rechtsfigur ergibt sich also aus einer langen Entwicklung, die eng mit der Rezeption des römischen Rechts in Westeuropa zusammenhängt. Dies heißt zugleich, dass historische Interpretationen dieser Einrede mehr sind als bloße zeit- und ortsgebundene Urteile, die einem nur noch als „*exemplum*“ dienlich sind; die Urteile vorhergehender Juristengenerationen beruhen ebenfalls auf Überlegungen, die sich ergeben aus strukturellen Merkmalen des Privatrechts.

2. KURZGESCHICHTE DES „*BENEFICIUM EXCUSSIONIS*“

a. Römisches Recht

Nach klassischem römischem Recht haftete der Bürge neben dem Hauptschuldner. Die römischen Kaiser haben von mal zu mal bestätigt, dass ein Bürge unmittelbar haftbar war, wenn nicht anderes vereinbart worden war. Obendrein galt angesichts der wichtigsten Art der Bürgschaft im damaligen römischen Recht, der „*fideiussio*“, dass eine subsidiäre Haftung des Bürgen im Normalfall ausgeschlossen war. Dies ergab sich aus der Klagenkonsumption, die im Prozess gegen den Hauptschuldner stattfand. Der Gläubiger konnte deswegen, wenn er den Hauptschuldner gerichtlich belangt hatte und keine volle Befriedigung erhalten hatte, nicht nachträglich noch irgendwelchen Anspruch gegen den Bürgen erheben. Diese Regel benachteiligte den Gläubiger gleichermaßen wie den Bürgen, sodass es zur Praxis wurde, die Haftung des Bürgen abhängig von der Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung zu machen, nämlich von der vorangehenden Vollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners.

Dem muss hinzugefügt werden, dass das römische Recht eine Anstandsregel kannte, die dazu aufforderte, den Bürgen nicht als Ersten in Anspruch zu nehmen. Diese Norm diente *nicht* dazu, anders als man aus moderner Rechtssicht vermuten könnte, den Bürgen, sondern den Hauptschuldner zu schützen. Dessen Ruf und Ehre wurde geschändet, wenn der Gläubiger einen Bürgen in Anspruch nahm, wo doch der Hauptschuldner zur Zahlung bereit war. In der Praxis musste ein Gläubiger daher behutsam vorgehen. Er hatte zunächst außergerichtlich festzustellen, dass der Schuldner nicht zahlungsfähig war, bevor er den Bürgen in Anspruch nahm.

Mit Hinblick auf die dinglichen Sicherungsrechte hatte der Gläubiger auch die freie Wahl zwischen der Erhebung einer persönlichen Klage gegen den Schuldner, oder der Erhebung der dinglichen Pfandklage gegen den Schuldner, beziehungsweise den Drittbesitzer. Dies ergab sich aus der grundsätzlichen Unteilbarkeit der Pfandhaftung. Auch die römischen Kaiser haben von mal zu mal bestätigt, der Schuldner könne die Rechtslage seines Gläubigers durch Veräußerung der Pfandsache nicht beeinträchtigen. Dies wäre der Fall, wenn dem Gläubiger vom Drittbesitzer eine Einrede entgegen gehalten werden könnte.

Aus Billigkeitsgründen wurde eine Ausnahme gemacht zum Nachteil des Fiskus. Dieser konnte sich seiner Generalhypothek nur dann auch gegen Dritterwerber bedienen, wenn vom Fiskalschuldner keine volle Befriedigung erhalten worden war. Außerdem wurde von Septimius Severus noch eine Ausnahme gemacht in einem besonderen Fall. Es geschah zu seiner Zeit in Rom des Öfteren, dass der Schuldner seinem Gläubiger ein Spezialpfand gab, und außerdem sein ganzes Vermögen verpfändete. Wenn nun der Schuldner nachher einem anderen Gläubiger eine Sache zu Spezialpfand gegeben hatte, und dieser auf Herausgabe der Pfandsache vom älteren Gläubiger verklagte wurde, konnte der Kläger darauf verwiesen werden zuvörderst seine Befriedigung aus dem (älteren) Spezialpfand zu suchen, ehe er die ihm generell verpfändeten Sachen vom Dritten forderte („beneficium excussionis realis“).

Justinian hat dieses System 535 in Novelle 4 eingreifend geändert, indem er Bürgen und Drittbesitzern die Einrede der Vorklage zuerkannte: Sie konnten verlangen, dass der Gläubiger vorerst seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zu suchen hatte, ehe er Dritten verklagte. Dabei sei außerdem die folgende Reihenfolge zu betrachten: Zuerst seien die Bürgen zu belangen, dann die Drittbesitzer, die ihre belasteten Sachen vom Schuldner erlangt hatten, und erst dann jene Drittbesitzer, die ihr Eigentum vom Bürgen herleiten. Diese Einrede ist seit dem Mittelalter bekannt als „beneficium excussionis personalis“. Justinians Gesetz zufolge, hatte der Gläubiger zuerst das Vermögen des Schuldners und dessen Bürgen durch zu exequieren, ehe er die Drittbesitzer belangen konnte. Dabei ist noch Folgendes zu betrachten: Wenn der Schuldner abwesend war, konnte der Nächste in der Reihenfolge, etwa der Bürge oder der Drittbesitzer, die Einrede lediglich innerhalb eines bestimmten (vom Richter fest zu setzenden) Termins erheben. Während dieser Zeit musste der Schuldner (oder die eher in der Reihenfolge stehende Person) dem Richter vorgeführt werden. Nach Terminablauf konnte dann die Vollstreckung gegen die Person, die sich der Einrede bedient hatte, vorgenommen werden. Die Einrede war also eine dilatorische.

Sie musste, wie jede Einrede, ausdrücklich erhoben werden, und man konnte daher auch von vornherein auf sie verzichten. Hier stellt sich die inhärente Schwäche der Einrede der Vorausklage heraus, denn es handelt sich dabei eigentlich um dispositives Recht. Die subsidiäre Haftung des Bürgen ist nicht im Vorteil des Gläubigers, der aber bei den Vertragsunterhandlungen meistens die tatsächlich stärkere Partei zu sein pflegt. Deswegen muss in der Praxis des Kreditverkehrs der Verzicht auf die Einrede die Regel dargestellt haben. Jedenfalls wurde (und wird) auf die Einrede, seit ihrer Einführung, in den folgenden Jahrhunderten fast immer, wo möglich, vertraglich verzichtet.

Schon innerhalb einiger Tage nach der Bekanntmachung der Novelle 4 wurde die Möglichkeit des Verzichts auf die Einrede von Justinian bestätigt: in der Novelle 136,1 gestattet er Bankiers einen solchen Verzicht mit ihren Kunden zu vereinbaren. Dies bezog aber die subsidiäre Haftung der Drittbesitzer nicht mit ein, eben weil Gläubiger mit Hinblick auf dingliche Sicherungsrechte grundsätzlich nicht in der Lage sind durch einen solchen mit Schuldner vereinbarten Verzicht, Dritte zu beeinträchtigen. Gläubiger konnte also durch die Veräußerung der Pfandobjekte tatsächlich eine Vollstreckungsreihenfolge auferlegt werden, die es vor der Veräußerung nicht gab. Zur Linderung dieser Konsequenzen hat Justinian 541 (in Novelle 112,1) bestimmt, dass eine Spezialhypothek gegen Käufer des Sicherungsobjektes unmittelbar vollstreckbar war, wenn sie die belastete(n) Sache(n) beim Schuldner erstanden hatten, während das Vollstreckungsverfahren schon in Gang gesetzt worden war. In einem, im nächsten Jahr publizierten Edikt ging man sogar noch weiter: es wurde Bankiers erlaubt, kraft ihrer, das Vermögen ihrer Klienten belastenden, Generalhypotheken, unmittelbar gegen Dritterwerber vorzugehen, ohne dass ihnen dabei die Pflicht oblag, die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners darzutun. Damit aber war die Einrede der Vorausklage, insofern es die wohl wichtigste Gläubigergruppe (Bankiers) anbetrifft, fast außer Kraft gesetzt. Weder die Novelle 136, noch das Edikt 7,4, wurde aber ins *Authenticum* aufgenommen und weil die justinianischen Novellen in der Form des *Authenticum* im Westen rezipiert worden sind, haben sie der Weiterentwicklung der Einrede der Vorausklage in Westen nicht im Wege stehen können.

Die Haftung des Bürgen wird durch die Vertragsbestimmungen mit dem Gläubiger bedingt. Dagegen ist die Klärung der Rechtslage eines Drittbesitzers, wie oben betont, nicht dadurch bedingt. Im Nachfolgenden ist daher hauptsächlich von der Anwendung der Einrede der Vorausklage in letzterem Sinn die Rede.

b. Gemeines Recht

Die mittelalterlichen gemeinrechtlichen Autoren haben sich anfänglich bemüht, die nicht eben immer eindeutigen Bestimmungen justinianischer Gesetzgebung zur Einrede der Vorausklage zu erklären. So wurde zuerst klargestellt, dass die Einrede nicht von bloßen Inhabern („detentores“) und Schuldner einer verpfändeten Forderung erhoben werden konnte. Diese Feststellung hatte große Folgen: Die Einrede konnte daher lediglich von Personen mit einem dinglichen Recht zur Sache erhoben werden, d.h. also vor allem von einem Dritteigentümer. Diese Beschränkung lag auf der Hand, denn die Zwangsvollstreckung in eine belastete Sache trifft das Vermögen

desjenigen, dem sie gehört, oder aber denjenigen, der ein dingliches Recht auf die Sache hat. Die Zwangsvollstreckung in eine Sache, die sich tatsächlich in der Innehabung („detentio“) eines Dritten befindet, oder die Einziehung einer Forderung seitens des Pfandgläubigers, vollzieht sich auf Kosten des Vermögens desjenigen, dem die Sache gehört, oder dem die Forderung geschuldet wird. Ein bloßer Inhaber, wie z.B. ein Mieter, steht nicht in einem besonderen dinglichen Verhältnis zur Sache, sondern hat lediglich ein persönliches Recht denjenigen gegenüber, denen er sein Gebrauchsrecht entnimmt. Er kann daher dem Gläubiger eines dinglichen Sicherungsrechts nicht eine Vollstreckungsreihenfolge mittels Erhebung der Einrede der Vorausklage aufzwingen.

Hier erhellt sich der Gedanke, der bei der Einrede der Vorausklage vorherrschend geworden ist: die *Vorbeugung* eines Vermögensnachteils seitens des haftenden Dritten. Es existiert also eine deutliche Beziehung zwischen der Einrede einerseits und den Regressklagen, so wie der Subrogation, des haftenden Dritten, denn diese sind ja sämtlich zum *Ersatz* des Schadens da. Die Idee, der Zweck der Einrede der Vorausklage sei vor allem in der Vorbeugung dieser Regressklagen gelegen, kam aber erst im 17. Jahrhundert auf.

Die mittelalterliche Rechtswissenschaft hat noch eine zweite Deutung der justinianischen Einrede erbracht. Schon Justinian hat hervorgehoben, dass der Zwang zur vorhergehenden Vollstreckung in das Schuldnervermögen wenig zweckmäßig war, wenn der Schuldner abwesend war. Diese Beurteilung war durch den Charakter des damaligen Vollstreckungsrechts bedingt, das die Exekution des Vermögens eines abwesenden Schuldners sehr zeitaufwendig, und folglich kostspielig, machte. Die Erzwingung einer Reihenfolge in der Vollstreckung wurde daher in diesem Fall als unangemessen belastend für den Gläubiger betrachtet, zumal da der Gläubiger nicht nur an völlige Befriedigung, sondern auch an möglichst schleunige Befriedigung, interessiert ist. Die mittelalterlichen Juristen haben diese Gedanken weiter ausgeführt. Sie waren zu einer extensiven Interpretation der Abwesenheitsregel geneigt, indem sie behaupteten, die Einrede sei nicht zulässig, wenn der Schuldner offenkundig insolvent ist, oder sogar schon in Konkurs geraten war. Dem Gläubiger aber kann die genaue Kenntnis mit der Vermögenslage seines Schuldners nicht zugemutet werden. Es kann ihm daher nicht der Erweis der Insolvenz des Schuldners auferlegt werden. Das hat in Frankreich dazu geführt, dass der Dritte nur dann die Einrede erheben konnte, wenn er in der Lage war, dem Gläubiger Vermögensbestandteile des Schuldners nachzuweisen an denen der Gläubiger die Vollstreckung vollziehen konnte. Er hatte sich außerdem noch dazu bereit zu erklären, die Vollstreckungskosten zu verauslagen. So wurde die Beweislast umgekehrt: Der Gläubiger war nicht mit dem Beweis der *Insolvenz* seines Schuldners belastet, sondern dem Dritten oblag der Erweis der *Solvenz* des Schuldners.

Die Erhebung der Einrede der Vorausklage unterstellt, ganz im Allgemeinen, die Solvenz des Hauptschuldners, da ja der Gläubiger sich, im Falle dessen Insolvenz, insoweit er aus dem Ertrag der Vermögensversteigerung des Hauptschuldners nicht befriedigt worden ist,

wieder an den Dritten zu wenden hat. Auf diese Weise betrachtet, beugt die Erhebung der Einrede die Entstehung von Regressklagen nur bei Solvenz des Hauptschuldners vor. Bei dessen Insolvenz, ergibt sich aus der Erhebung der Einrede lediglich ein vermindertes Regressrisiko für den belangten Dritten.

Erwägungen wie obige waren bei persönlichen Sicherungsrechten (Bürgschaft) von geringerer Bedeutung, als bei den dinglichen Sicherungsrechten, denn wie ja oben schon dargetan worden ist, wurde bei der Bürgschaft regelmäßig vertraglich auf die Einrede verzichtet; dieser Verzicht wurde immer angenommen, wenn der Bürge sich mit der Klausel „als Bürge und Selbstschuldner“ verpflichtet hatte. Ein derartiger Verzicht war jedoch bei den dinglichen Sicherungsrechten aus zweierlei Gründen unwirksam: Zuerst weil es, soweit es den Schuldner anbelangt, zwecklos ist, da dieser mit seinem ganzen Vermögen haftet, und, zweitens, weil das Abkommen jegliche Drittwirkung, z.B. einem Dritterwerber gegenüber, vermisst. Die mittelalterliche Kautelarjurisprudenz ist jedoch dem Gläubiger entgegen gekommen mit der Erfindung der so genannten „*clausula constituti*“. Kraft dieser Vertragsklausel wurde dem Gläubiger den Besitz der belasteten Sache eingeräumt. Wenn es sich nun ergab, dass die belastete Sache vom Schuldner einem Dritten veräußert worden war, stand dem Gläubiger nicht nur die „*hypothecaria*“ (die von der Einrede betroffen werden konnte), sondern auch eine Besitzklage, zur Verfügung, die, laut allgemeiner Ansicht, nicht von der Einrede betroffen war. Die Zulässigkeit dieser Konstruktion war zwar umstritten, dennoch in vielen Gebieten, zumal in Friesland, sehr gängig. Die Klausel kannte aber auch in den Gebieten, in denen sie üblich war, einen Nachteil: Sie konnte lediglich zum Schutze eines Gläubigers, der sich eine vertraglich vereinbarte Spezialhypothek vom Schuldner hatte geben lassen, eingesetzt werden, nicht aber zum Schutz eines Gläubigers, dem eine gesetzliche oder vertragliche Generalhypothek zustand.

Das Phänomen der „Generalhypotheken“ gehört zu den am wenigsten gelungenen Institutionen des römischen Sachenrechts. Der Erwerber einer Sache war sich demzufolge nie sicher, ob er nicht mit einem Sicherungsrecht, dessen Existenz ihm unbekannt war, an der von ihm erworbenen Sache konfrontiert werden konnte. Gerade unter Umständen wie diese, hätte die Einrede der Vorausklage seinen Nutzen beweisen können. Im späteren gemeinen Recht aber wurde, kraft Lokalstatuten, erheblich vom römischen Recht der Generalhypotheken abgewichen. Dazu ging der erste Schritt dahin, dass der Mobilienhypothek den sachverfolgenden Charakter abgesprochen wurde, wie es in Frankreich und Holland geschah. Der Anwendungsbereich der Einrede der Vorausklage beschränkte sich daher, insoweit als es Dritterwerber betraf, auf die Immobilienhypothek. Vom – ziemlich seltenen – Fall der Bestellung einer Dritthypothek abgesehen, konnte sich ja lediglich in diesem Fall die Situation, in der ein Gläubiger sich Dritten gegenüber seines Sicherungsrechts zu bedienen versucht, ergeben.

Der zweite Schritt betrifft die Tatsache, dass eine Generalhypothek einer Spezialhypothek hintangestellt wurde, und zwar so, dass die jüngere Spezialhypothek der älteren Generalhypothek vorrangig war, es sei denn, dass die Spezialhypothek diesen Vorzug nur dann hatte, wenn bestimmte Bestimmungsvorschriften befolgt waren. Es traf sich nun, dass bereits Justinian in der Novelle 112,1 bestimmt hatte, dass unter Umständen die Einrede der Vorausklage nicht gegen eine Spezialhypothek erhoben werden konnte. Daraus wurde in bestimmten Gebieten Frankreichs sogar gefolgert, dass die Einrede der Vorausklage überhaupt nicht gegen eine Spezialhypothek erhoben werden konnte. Zwar konnte diese Schlussfolgerung dem Wortlaut der justinianischen Novelle wohl kaum entnommen werden, aber sie war nicht völlig unerklärlich. Sie hängt damit zusammen, dass bis kurz vor dem Erscheinen des Code Civil in Frankreich Versuche unternommen wurden, den „geheimen“ Hypotheken entgegenzutreten, indem versucht wurde deren Registrierung zur Gewährleistung der Publizität vorzuschreiben. In bestimmten Gebieten Frankreichs hatten diese Versuche sogar Erfolg, so dass dort jeder Dritterwerber aus dem (lokalen) Register erfahren konnte, dass eine Sache mit einer Immobilienhypothek belastet war. Dank dieser Umstände brauchte man in diesen Gebieten nicht länger den Dritterwerber mittels der Einrede der Vorausklage gegen einen Gläubiger in Schutz zu nehmen. Der Erwerber hatte die Möglichkeit, da er die Existenz der Hypothek dem Register entnehmen konnte, darauf zu dringen, den von ihm zu zahlenden Kaufpreis zur Tilgung der Hypothekschuld zu nützen, beziehungsweise den Kaufpreis herabzusetzen. Überdies konnte der Gläubiger einer generellen Hypothek kraft dieser Sicherheit sich aus anderen Vermögensbestandteilen seines Schuldners befriedigen. Die spezielle Immobilienhypothek dagegen belastete lediglich eine bestimmte Sache und es war daher keineswegs sicher, dass der Gläubiger in diesem Fall, statt sich gegen den Dritterwerber zu richten, ebenso leicht wie der Generalhypothekargläubiger seine Befriedigung aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners suchen konnte.

In Holland hat sich, kraft Landesgesetzgebung, eine mit der französischen durchaus vergleichbaren Entwicklung vollzogen. Die Einrede der Vorausklage konnte nicht gegen eine vertragliche spezielle Hypothek erhoben werden. Bei Generalhypotheken fand sie ebenso wenig Anwendung: Entweder weil ihnen den sachverfolgenden Charakter abgesprochen wurde, oder weil sie kraft einer extensiven Interpretation der Landesgesetzgebung unter deren Anwendungsbereich gebracht wurden.

c. Nationalgesetzgebung

Der Tenor im gemeinen Recht war es, den Anwendungsbereich der Einrede der Vorausklage möglichst zu beschränken. Das geschah, erstens, durch Reduzierung der Möglichkeiten zur Entstehung einer Dritthypothek, so dass sie lediglich noch bei Liegenschaften Anwendung fand. Zweitens konnte sie in vielen Gebieten, entweder auf Grund des lokalen Gewohnheitsrechts oder

sogar kraft Gesetzgebung, nicht gegen eine spezielle Immobiliarhypothek erhoben werden. Drittens konnte die Einrede nicht in den Fällen erhoben werden, in denen die Einhaltung der Vollstreckungsreihenfolge dem Gläubiger, wegen der Vollstreckungsverzögerung und der damit verbundenen Kosten, Schaden zubringen würde. Was, zum Schluss, die Bürgschaft anbetrifft, so war der Einrede fast jede Wirksamkeit genommen, weil ihre Anwendbarkeit vertraglich ausgeschlossen wurde.

Der französische Code Civil ist nicht als Endpunkt dieser Entwicklungen, sondern lediglich als eine Zwischenfase, zu betrachten. Allen Versuchen, alle Sicherungsrechte den Grundsätzen der Publizität und der Spezialität zu unterwerfen, zum Trotz, kehrten die schon im „ancien droit français“ seitens vieler verpönten, „geheimen“ Sicherungsrechte, in der Form der gesetzlichen generellen Sicherungsrechte, in den Code zurück. Daher wurde, konsequenterweise, die Erhebung der Einrede der Vorausklage gegen diese Sicherungsrechte, soweit sie sich an Liegenschaften hafteten, zugelassen. Späterer Gesetzgebung zufolge, wurde jedoch die Bedeutung dieser „geheimen“ Hypotheken geringer, und damit einher der Anwendungsbereich der Einrede, bis auch diese Sicherungsrechte 1955 der Registrierung unterworfen wurden. Seitdem ist die Erhebung der Einrede seitens eines Dritterwerbers praktisch ausgeschlossen: Durch die Registrierung wurde die Generalhypothek in eine spezielle Hypothek konvertiert und die Einrede konnte gegen eine Spezialhypothek schon vorher nicht erhoben werden. Die belgische Legislative hatte diese Konsequenz schon früher gezogen: Die Einrede, wie die gesetzlichen Generalhypotheken, wurde, mit Hinblick auf Dritterwerber, 1851 abgeschafft.

Im französischen Code Civil treten zwei auffällige Neuerungen hervor. Die Erste betrifft die Vorschrift, dass der Drittbesitzer, um sich mit Erfolg der Einrede bedienen zu können, dem Gläubiger Vermögensbestandteile des Schuldners, die für eben dieselbe Schuld *mitbelastet* waren, nachzuweisen hatte. Die Vorschrift hat in der französischen Situation keine große Rolle gespielt, denn die Einrede konnte ja lediglich gegen eine Generalhypothek erhoben werden, so dass sämtliche Vermögensbestandteile des Schuldners aus der Natur der Sache als „mitbelastet“ zu gelten haben. Die zweite Neuerung betrifft die grundsätzliche Trennung im Anwendungsbereich der Einrede: Es wurde dabei unterschieden zwischen Bürgen und Drittbesitzer. Die justinianische Novelle enthielt eine Vollstreckungsreihenfolge zwischen persönlichen und dinglichen Sicherungsrechten: Zuerst der Schuldner, dann die Bürgen und letztendlich Drittbesitzer. Der französische Gesetzgeber hat jedoch die beiden Sicherungsrechte von einander getrennt, indem der Drittbesitzer nicht die Möglichkeit hatte, den Gläubiger an die Bürgen zu verweisen, sondern nur an die Vermögensbestandteile des Schuldners. Einen gewissen Zusammenhang zwischen der Bürgschaft und der Dritthypothek blieb aber, der Kritik zum Trotz, immerhin beibehalten: Die Regelung der Bürgschaft im Code wurde vom Gesetz auf die Einrede des Drittbesitzers entsprechend anwendbar erklärt.

Das alte niederländische bürgerliche Gesetzbuch 1838 (OBW) enthielt, insofern als es das hier zu erörternde Thema angeht, einen deutlichen Bruch mit der Tradition des römisch-holländischen Rechts. An einem sehr späten Zeitpunkt wurde, in Anlehnung an den Code Civil, die Einrede der Vorausklage zugunsten der Drittbesitzer hypothekarisch belasteter Liegenschaften, in den Entwurf aufgenommen. Sie bestand der heftigen Kritik, die ihr im Parlament entgegen gebracht wurde, und wurde also ins Gesetz aufgenommen. In keines der vorangehenden Entwürfe war sie aufgenommen worden. Die Aufnahme der Einrede weckt zumal Befremdung, da der Grund, weshalb sie ins französische Gesetzbuch aufgenommen wurde (die Existenz genereller Legalthypothenen), im niederländischen Recht nicht gegeben war, denn das OBW hatte, in bewusster Abweichung vom Code, die Grundsätze der Spezialität und Publizität konsequent durchgeführt. Jeder Erwerber einer Liegenschaft war sich also über die Existenz einer Hypothek im Klaren. Der Erwerber hatte also die Möglichkeit, darauf zu dringen, den Kaufpreis zur Tilgung der Hypothekenschuld zu nützen, oder den Kaufpreis herabzusetzen. Nichtsdestotrotz betonte der Gesetzgeber, dass es „höchst gerecht“ („hoogst billijk“) war, den Gläubiger einer Vollstreckungsreihenfolge zu unterwerfen.

Die Vorschrift des Code, der Drittbesitzer habe, um sich mit Erfolg der Einrede bedienen zu können, dem Gläubiger Vermögensbestandteile des Schuldners, die für eben dieselbe Schuld *mitbelastet* waren, nachzuweisen, wurde vom OBW übernommen, wenn auch im niederländischen Recht ein klarer Anlass für eine Aufnahme, sowie im Code, fehlte, da das niederländische Recht nur noch Spezialhypothenen kannte. Der niederländische Gesetzgeber war aber der Meinung, es gebe nichtsdestotrotz einen Grund um die Vorschrift beizubehalten: Es konnte einem Gläubiger, der nur eine Hypothek an der Liegenschaft eines Dritten hatte, nicht zugemutet werden, kraft seines persönlichen Rechts den Schuldner haftbar zu machen, wo er schon Inhaber eines dinglichen Rechts war; die Konkurrenz mit anderen Gläubigern würde in solch einem Fall zur Verzögerung der Vollstreckung und Kostensteigerung führen. In diesem Fall sei also der Einrede nicht stattzugeben, eben auch weil der Dritterwerber nicht in der Lage sei, mitbelastete Vermögensbestandteile im Schuldnervermögen nachzuweisen. Wenn aber der Gläubiger mehrere Hypothenen zur Deckung derselben Schuld hatte, könne er, wenn sich eine der Liegenschaften noch im Vermögen des Schuldners befand, ebenso gut die Vollstreckung in dieses Vermögen wie in das Vermögen des Dritten betreiben. Der Anwendungsbereich der Einrede wurde noch weiter eingeschränkt durch eine neue Vorschrift, die eine weitere Verschärfung der Vorschriften des Code enthielt. Es betraf die Vorschrift, dass die vom Dritterwerber nachzuweisenden Vermögensbestandteile des Schuldners nicht nur mitbelastet, sondern auch „offensichtlich ausreichend“ („klaarblijkelijk voldoende“) zu sein hatten. Wenn immer aber ein Umstand wie dieser sich ergibt, ist der Gläubiger im Regelfall eher dazu geneigt, die Vollstreckung direkt in das Schuldnervermögen statt in ein Fremdvermögen zu betreiben. So hat es sich im Endeffekt ergeben, dass die Einrede der Vorausklage im niederländischen Recht praktisch zur Makulatur wurde.

Die soeben gemachte Schlussfolgerung trifft auch für die Bürgschaft zu. Der Gesetzgeber des OBW hat die Bestimmungen des Code, die Trennung der Einrede der Vorausklage des Bürgen und der Einrede des Drittbesitzers betreffend, übernommen und sogar noch etwas konsequenter durchgeführt. In der Praxis jedoch wurde fast immer von vornherein auf die Einrede verzichtet. Dies ist der Grund, weshalb die Einrede der Vorausklage, in soweit als es Bürgen anbelangt, in das neue niederländische Gesetzbuch 1992 (BW) nicht mehr übernommen worden ist. Während der Vorbereitungsarbeiten wurde jedoch, abweichend vom Entwurf, eine vom italienischen Recht übernommene Bestimmung aufgenommen, in der angeordnet wird, dass der Bürge nur dann haftbar ist, wenn der Schuldner im Verzug geraten ist. Es betrifft hier aber eine wohl sehr leichte Form der Subsidiarität, auf die obendrein in der Praxis fast immer vertraglich verzichtet wird, weil die Bestimmung im Verhältnis zwischen einem Gläubiger und einem Bürgen, der sich im Rahmen seiner Betriebsführung, oder seines Berufs, als Bürge haftbar macht, als dispositives Recht anzumerken ist.

3. DIE EINREDE DER VORAUSKLAGE IM NEUEN NIEDERLÄNDISCHEN BGB (BW)

Die geringe praktische Bedeutung der Einrede der Vorausklage hat den niederländischen Gesetzgeber nicht dazu veranlasst, die Rechtsfigur, gänzlich zu beseitigen, abgesehen von der Bürgschaft. Ganz im Gegenteil: Der Anwendungsbereich der Einrede bekam eine erhebliche Erweiterung durch die Bestimmung des Art. 3:234 BW. Darin wurden, im Vergleich zum alten Gesetzbuch, drei Änderungen vorgenommen: Erstens wurde nicht mehr verlangt, dass der Dritte dem Gläubiger Vermögensbestandteile des Schuldners anzuweisen hatte, die „offensichtlich ausreichend“ („klaarblijkelijk voldoende“) waren zur Tilgung der Schuld. Zweitens wurden nicht nur Hypotheken, sondern auch Pfandrechte, in den Anwendungsbereich der Einrede gebracht. Drittens wurde, im zweiten Satz des Art. 3:234, beschränkt dinglich Berechtigten, auf deren Rechte der Gläubiger kein Rücksicht zu nehmen braucht, eine Einrede der Vorausklage zuerkannt. Die erste Erneuerung ist ohne weiteres als zweckmäßig zu betrachten. Die anderen erfordern einige Bemerkungen.

Die Einrede der Vorausklage ist seit alters als dilatorische Einrede gedacht, indem die Vollstreckung in das Drittvermögen vorläufig hinausgeschoben wird, d.h. bis sich herausgestellt hat, dass das Schuldnervermögen nicht ausreicht um die Schuld zu tilgen. Die sich hieraus ergebende Verzögerung ist immer als etwas problematisch erfahren, obgleich die damit verbundenen Kosten zu Lasten der Hauptschuld, und damit indirekt zu Lasten des Dritten, kommen. Der Gläubiger ist ja (fast) immer an baldige und völlige Leistung interessiert und hat sich deswegen eine Hypothek oder ein Pfandrecht bestellen lassen. Wenn nun der Gläubiger, seinetwegen unerwartet, mit einer Vollstreckungsreihenfolge konfrontiert wird, dann ergibt sich daraus eine Abwertung seiner Sicherungsrechte. Dies ist der Grund weshalb Gläubiger, im ganzen Verlauf der Geschichte der Rechtsfigur, wenn immer möglich, den Verzicht auf die Einrede vereinbart haben. Die niederländische Auffassung der Rechtsfigur, die darauf hinausläuft, es sei unerheblich in welches Vermögen, entweder in das des Schuldners, oder das eines Dritten, die Voll-

streckung sich vollzieht, steht hiermit in Widerspruch. Der 1881 vom niederländischen Juristen Pelinck als erste gemachte Vorschlag, die Vollstreckung *nicht* hinauszuschieben, löst diesen Widerspruch auf. Sein Vorschlag, beinhalten, dass bei der Vollstreckungsversteigerung nicht nur das Vermögen des Schuldners, sondern *auch* die belasteten Sachen des Dritteigentümers mit ein zu beziehen seien, fand im Schrifttum Beifall, und wurde tatsächlich von E.M. Meijers, dem Urheber des niederländischen Gesetzgebungsprojekts, übernommen.

Konsequenz dieser Vorstellung ist, dass die Einrede der Vorausklage sich im neuen niederländischen Recht nicht mehr als dilatorische Einrede gestalten lässt. Der Drittbesitzer kann, außergerichtlich, vorangehende Vollstreckung in das Schuldnervermögen verlangen, und muss, falls dies ihm verweigert wird, beim Gericht ein Bittschreiben einreichen. Der diesem Vorgehen zugrunde liegende Gedanke ist völlig korrekt, weil die Vollstreckung nicht (mehr) notwendigerweise von einem Verfahren gegen den Drittbesitzer eingeleitet wird.

Die auf diese Weise in einer bestimmten Reihenfolge sich vollziehende Vollstreckungsversteigerung eignet sich am Besten zum Zweck, wenn es sich um Vermögensbestandteile *einer* Art handelt. Hier offenbart sich die Herkunft des neuen Vollstreckungsverfahrens aus der Praxis des Hypothekenrechts. Es hat sich aber ergeben, dass – wieder Mal an einem sehr späten Zeitpunkt, und auf Gründe, die der Gesetzgeber sich nicht klar vergegenwärtigt hat – der Anwendungsbereich der Bestimmung des Art. 3:234 BW auf *Pfandrechte* ausgedehnt wurde. Diese Ausdehnung ist an sich verständlich: Die Einrede hätte zwar, wie in Belgien, schon bei der Einführung des alten niederländischen BGB abgeschafft werden müssen, aber durch die Wiederbelebung der alten Mobiliarhypothek – die sich im neuen BW als „stilles“ (Forderungen), beziehungsweise „besitzloses“ (Fahrnis) *Pfandrecht* gestaltet – im neuen Gesetzbuch, wurde demzufolge angenommen, das Beibehalten der alten Einrede könne für diese Fälle zweckmäßig sein. Diese Ausdehnung auf Pfandrechte ist ziemlich unüberlegt. Die Vollstreckungsversteigerung der Reihe nach ist nicht nur kein geeignetes Mittel zur Verwertung bei Vermögensbestandteilen ganz unterschiedlicher Art, sondern es gibt auch andere Arten der Exekution eines Pfandrechtes als die durch Versteigerung. Es sei nur auf das Pfandrecht an Geld hingewiesen.

Die dritte Änderung, die im neuen Gesetzbuch vorgenommen wurde, bezieht sich auf beschränkt dingliche Berechtigte, auf deren Rechte der Gläubiger keine Rücksicht zu nehmen braucht. Nichts spricht gegen eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Einrede der Vorausklage auf beschränkt dingliche Nutzungsrechte, aber auch spätere Pfand- oder Hypothekgläubiger sind beschränkt dinglich Berechtigte. Auch diese können also die Einrede für sich in Anspruch nehmen, indem sie verlangen, dass der höher eingeordnete Sicherungsnehmer zuvörderst seine Befriedigung aus dem Ertrag der anderen, ihm ebenfalls verpfändeten oder verhypothekierten Sachen, die nicht zur Sicherheit der Forderungen der anderen, späteren Pfand- oder Hypothekgläubiger strecken, zu suchen hat. So wird eine neue Rechtsfigur introduziert, die sich zwar dem römischrechtlichen „beneficium

excussionis realis“ sehr stark ähnelt, in dieser Form in den Niederlanden aber völlig neu ist. Damit hat auch der Gesetzgeber die Sicherungsnehmer mit jüngeren Sicherungsrechten bevorzugt zulasten der übrigen Konkursgläubiger. Die Möglichkeiten der ersteren, das Vermögen des Schuldners zu ihren Gunsten haftbar zu machen, werden sicher gestellt, indem sie den älteren Sicherungsnehmer auf sämtliche Vermögensbestandteile des Schuldners verweisen können, die zwar dem älteren Sicherungsnehmer, aber nicht den jüngeren Sicherungsnehmern, zu Sicherheit gegeben sind. Dies stört zumal, da das mehrfach verpfändete Gut nicht den jüngeren Sicherheitsnehmern gehört, so dass diese Art der Vermögensvollstreckung sie nicht in ihrem Vermögen trifft. Dazu kommt noch, dass ein jüngerer Sicherungsnehmer, wenn er sich Sicherheit verschaffen will, die Möglichkeit hat dem Älteren die Schuld zu zahlen, und so in dessen Rechte (die *gesicherte* Forderung) zu treten. Die Ausdehnung der Einrede auf jüngere Sicherungsnehmer ist also des Guten etwas zuviel, und hätte vermieden werden sollen.

4. SCHLUSSBEMERKUNG

Die subsidiäre Haftung der Bürgen ist, seit der Einführung der Einrede der Vorausklage von Justinian, ständig mit der subsidiären Haftung der Drittbesitzer in Verbindung gebracht: Die Letzteren haften „mehr subsidiär“. Dieses Band ist erst vom französischen Code Civil gebrochen worden, und auf guten Grund. Die Einrede schießt übers Ziel hinaus, indem ein Drittbesitzer den Gläubiger auf einen Bürgen verweisen kann, der ebenso wenig wie er, im Innenverhältnis zum Hauptschuldner, derjenige ist, der für die Hauptschuld zu haften hat. Es gibt außerdem ein wichtiger Unterschied zwischen der Bürgschaft und dem Drittpfand: Die erste Rechtsfigur bewegt sich in der Sphäre des Vertragsrechts; die zweite ist fast immer vom Sachenrecht bedingt, da sie fast immer sich ergibt als Folge der Übereignung einer belasteten Sache. Aus historischer Sicht aber gibt es auch eine gewisse Übereinstimmung zwischen der Einrede des Bürgen und der Einrede des Drittbesitzers, weil seit ihrer Einführung der deutliche Trend, die beiden Einreden in ihrer Wirkung abzuschwächen, oder gar zu beseitigen, nachweisbar ist. Was die Bürgschaft betrifft, geschieht das durch Verzicht von vornherein. Diese vertragliche Möglichkeit ist beim Drittpfand zwar (fast immer) ausgeschlossen, aber der Anwendungsbereich der Einrede wurde im Lauf der Zeit beschränkt, es sei denn dass von Dritten nicht erkennbaren Sicherungsrechten die Drittwirkung genommen wurde, oder sogar dass dem Dritterwerber, der in der Lage gewesen war sich von der Existenz des Sicherungsrechts in Kenntnis zu stellen, die Möglichkeit genommen wurde die Einrede zu erheben.

Der Hang zu vertraglicher Beseitigung der Einrede bei der Bürgschaft ist im neuen niederländischen Gesetzbuch zum Abschluss gekommen, indem die Einrede des Bürgen tatsächlich abgeschafft worden ist. Dem wurde jedoch bei der Einrede der Vorausklage des Drittbesitzers seitens des nieder-

ländischen Gesetzgebers nicht Folge geleistet. Dies überrascht, zumal wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber, wo er sich offenbar über die Beschwerden, welche die Einrede Gläubigern auferlegt, offenbar im Klaren gewesen ist, die Anwendung der Einrede bei Schiffs- oder Flugzeughypotheken ausgeschlossen hat. Von der angeblichen Redlichkeit der Einrede bleibt nur wenig, wenn man bedenkt, dass der Erwerber einer belasteten Sache die Existenz der Sicherungsrechten (Hypotheken) dem Register entnehmen, und darauf sein Benehmen einrichten, kann. Darüber hinaus ist noch zu bemerken, dass der niederländischen Mobiliarhypothek, von einigen Ausnahmen abgesehen, fast immer die Drittwirkung fehlt, so dass die Einrede kaum Anwendung findet.

Die Einrede ist nur dann inhärent redlich, wenn es dem Gläubiger tatsächlich völlig gleichgültig ist, welche Güter er für die Schuld haftbar machen kann, während es zu gleicher Zeit dem Drittbesitzer zum Vorteil ist, dass der Gläubiger zuerst die Vermögensbestandteile des Schuldners haftbar macht. Die Lehre des gesetzlichen Forderungsübergangs (*Subrogation*) spielt in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle, denn die Einrede der Vorausklage beabsichtigt *von vornherein* das Problem, dass ein Dritter für die Schuld eines anderen haftbar gemacht wird, zu beseitigen, was *nachträglich* durch die Rückgriffsforderung des Dritten korrigiert wird. Wenn der Drittbesitzer tatsächlich haftbar gemacht wird, erhält er nicht nur eine Rückgriffsforderung gegen den Schuldner, aber er tritt gesetzlich an die Stelle des Gläubigers und erhält daher auch die sonstigen Sicherungsrechte des Gläubigers, denn es wird bei der Einrede der Vorausklage vorausgesetzt, dass der Gläubiger die Verfügung hat über Sicherungsrechte an Gütern, die seinem Schuldner gehören, und außerdem noch über ein Sicherungsrecht an einem Gut, das dem Dritten gehört. Aus der Tatsache heraus, dass der Drittbesitzer auf diese Weise gesetzlich an die Stelle des Gläubigers tritt, erleidet er immer gleich viel Schaden, ob er nun die Einrede erhebt, oder nicht. Er kann ja immer auch selbst die „mitbelasteten“ Vermögensbestandteile des Schuldners haftbar machen, wie es auch der Gläubiger hätte tun können. Eben dank des gesetzlichen Übergangs der Gläubigerstellung bekommt der Dritte ein Sicherungsrecht, das er nach Belieben ausüben kann. Dagegen ist es ungewiss, ob der Gläubiger, der an die mitbelasteten Güter des Schuldners verwiesen wird, die nachträglich kostengünstigste, oder effizienteste, Vollstreckungsart wählen wird. Solange das Vollstreckungsbefugnis redlich ausgeübt wird, kommen diese Mehrkosten zulasten der Konkursgläubiger (wenn der Ertrag ausreicht), oder in erster Instanz zulasten des Drittbesitzers und erst nachträglich zulasten der Konkursgläubiger, kraft des, mittlerweile unversicherten, Rückgriffsrechts (sollte der Ertrag zur Tilgung der Schuld nicht ausreichen).

Die obigen Feststellungen lassen die Frage offen, ob dem Dritten, der für die Schuld eines Anderen haftbar gemacht wird, die Mühe des Rückgriffs aus der Tatsache heraus, dass er gesetzlich an die Stelle des Gläubigers getreten ist, aufgedrängt werden soll. Insoweit als hier von Mühe die Rede ist, betrifft es auch die vorherige Exekution unter dem Schuldner seitens des

vollstreckenden Gläubigers selbst: es ist dann, kurz gesagt, dem Gläubiger nicht gleichgültig, welches Gut er haftbar macht. Die Einrede der Vorausklage gründet sich aber in der Redlichkeit, in Abweichung der Regeln des strengen Rechts, allerdings unter der Annahme, es sei dem Gläubiger gleichgültig, welches Gut er haftbar macht. Wenn es ihm aber *nicht* gleichgültig ist, entfällt der Einrede die Redlichkeit. Bleibt noch der Gedanke, die Einrede sei rechtsökonomisch zweckmäßig, weil sie die Zahl der Prozeduren verringert. Das trifft aber nur dann zu, wenn von vornherein klar ist, dass die sich noch unter dem Schuldner befindenden Vermögensbestandteile zur Tilgung der Schuld ausreichen. Es war das System des alten niederländischen Gesetzbuches, in das die Vorschrift der Verweisung auf „offensichtlich ausreichende“ Güter des Schuldners aufgenommen war. Wenn aber die Einrede ihre Daseinsberechtigung aus einer so strengen Anforderung herleitet, eine Anforderung, der übrigens in der Praxis nie entsprochen werden kann, dann stellt sich die gerechte Frage, ob sie nicht besser abgeschafft werden soll.

Die Einrede der Vorausklage wird, nach ihrer Abschaffung, bei der Bürgschaft nicht vermisst. Aus den Bemerkungen des „Advocaat-Generaal“ Hartkamp in der Entscheidung des niederländischen „Hoge Raad“ in der Sache Heidenreich/Alcredis folgt jedoch, dass die (niedrige) Rechtssprechung annimmt, dass ein Gläubiger unter Umständen dazu verpflichtet sein kann, erst den Hauptschuldner haftbar zu machen, bevor er auf den Bürgen zugreift. Der Bürge und der Gläubiger stehen in einer vertraglichen Beziehung, die von Treu und Glauben beherrscht wird. Zwar fehlt ein vertragliches Verhältnis in der Beziehung zwischen dem Gläubiger und einem Drittbesitzer fast immer, aber auch in diesem Fall obliegt dem Gläubiger die Pflicht, sein Sicherungsrecht in Redlichkeit auszuüben. Der Gläubiger macht sich des Rechtsmissbrauchs schuldig, wenn er den Dritten unter Umständen haftbar macht, bei denen er nach angemessener Interessenabwägung nicht zu diesem Schluss hätte kommen können. So stellt sich also heraus, dass die Lehre des Rechtsmissbrauchs, in sehr ausgeprägten Fällen, die subsidiäre Haftung eines Drittbesitzers mit sich bringen kann. Die Ansichten, die mit Hinblick auf die Einrede der Vorausklage in der Vergangenheit entwickelt worden sind, bieten gute Anhaltspunkte zur Weiterentwicklung dieser Lehre. Es gibt aber bei gleicher Interessenlage keinen einzigen guten Grund dafür, dem Drittbesitzer die Einrede der Vorausklage grundsätzlich zu gewähren.

Lijst van aangehaalde werken I

- z.n.**, 'Nederlandsche wetgeving, 1 juli 1832 tot 30 juni 1834', *Bijdragen tot regtsgeleerdheid en wetgeving* 9, 1835, p.201-223.
- z.n.**, 'Berichten', *W.* 5456, 1887, p.4 ('De aansprakelijkheid van den borg bij gebreke van den schuldenaar, art. 1868 B.W.', *Regtskundig blad voor het notarisambt* 559, 1887).
- Ankum, J.A.**, *De geschiedenis der 'Actio Pauliana'*, Zwolle 1962.
- Ankum, J.A.**, 'Pignus und novatio im klassischen römischen Recht', in: *Festschrift für Erwin Seidl*, Keulen 1975, p.1-14.
- Apathy, P.**, 'Zur Abgrenzung von Novation und Bürgschaft', *RIDA* 18, 1971, p.381-447.
- Arangio-Ruiz, V.**, *Il mandato in diritto romano*, Napels 1949.
- Arangio-Ruiz, V.**, *Istituzioni di diritto romano*, 12^e druk, Napels 1954.
- Archi, G.G.**, 'Contributi alla critica del corpus juris II: riforme giustinianee in tema di garanzie personali', *BIDR* 65, 1962, p.131-149.
- Asser, C.**, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon*, 2^e druk, Den Haag 1838.
- Asser, C.**, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht II*, 3^e druk, Zwolle 1896.
- Asser/Scholten**: P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht II - Zakenrecht*, 8^e druk, Zwolle 1945.
- Asser/Kamphuisen**: P.W. Kamphuisen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 5-II - Bijzondere overeenkomsten*, 4^e druk, Zwolle 1976.
- Asser/Van Oven**: A. van Oven, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-II - Zakenrecht: zekerheidsrechten*, 10^e druk, Zwolle 1978.
- Asser/Mijnssen/Van Velten**: F.H.J. Mijnssen en A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-III - Zakenrecht: zekerheidsrechten*, 11^e druk, Zwolle 1986.
- Asser/Kleijn**: W.M. Kleijn, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 5-IV - Bijzondere overeenkomsten*, 5^e druk, Zwolle 1988.
- Asser/Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten**: A.I.M. van Mierlo, F.H.J. Mijnssen en A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-III - Goederenrecht: zekerheidsrechten*, 13^e druk, Deventer 2003.
- Asser/Van Schaick**: A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 5-IV - Bijzondere overeenkomsten*, 6^e druk, Deventer 2004.
- Asser/Perrick**: S. Perrick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-IV - Goederenrecht: gemeenschap*, Deventer 2007.
- Aubenas, R.**, *Cours d'histoire du droit privé VII: Créanciers et débiteurs, sûretés et voies d'exécution au moyen âge et sous l'ancien régime d'après les actes de la pratique*, Aix-en-Provence 1961.
- Aubry/Rau**: C. Aubry en C. Rau, *Cours de droit civil français VI: servitudes (suite), privilèges, hypothèques*, 5^e druk, Parijs 1920.
- Aynès/Crocq**: L. Aynès en P. Crocq, *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, 3^e druk, Parijs 2008.
- Bakkerus, S.O.H.**, *Bancaire aansprakelijkheid*, Deventer 2000.
- Bart, J.**, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Parijs 1998.
- Baudry-Lacantinerie/Wahl**: G. Baudry-Lacantinerie en A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil XXI: des contrats aléatoires: du mandat, du cautionnement, de la transaction*, Parijs 1899.
- Baudry-Lacantinerie/De Loynes**: G. Baudry-Lacantinerie en P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil XXIV: du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée III*, 2^e druk, Parijs 1899.

- Beekhoven van den Boezem**, F.E.J., 'Collisie van persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheden', *O&F* 67, 2005, p.56-62.
- Van den Bergh/Jansen**: G.C.J.J. van den Bergh en C.J.H. Jansen, *Geleerd recht: een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer 2007
- Biener**, F.A., *Geschichte der Novellen Justinian's*, Berlijn 1824.
- De Blécourt/Fischer**: A.S. de Blécourt en H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, 6^e druk, Groningen/Djakarta 1950.
- Blomkwist**, J.W.H., *Borgtocht* (Mon.-NBW B78), 3e druk, Deventer 2006.
- Boneval Faure**, R. van, 'Artikel 1244 van het Burgerlijk Wetboek', *Regtsgeleerd Bijblad* 18, 1868, p.395-400.
- Bonfante**, P., *Corso di diritto romano IV: le obbligazioni*, Milaan 1979.
- Boom**, W.H. van, *Hoofdelijke verbintenissen*, Deventer 1999.
- Bordes**, T.C. de (e.a.), 'Rapport van de personele commissie, benoemd door Z.M., tot het onderzoek betrekkelijk de geheele of gedeeltelijke afschaffing, of conservatie, der regten van zegel, registratie, griffie en hypotheeken, 15 juli 1815', *Bijvoegsel Staatsblad* 2-III, 1815, p.1447-1494.
- Bosch Kemper**, J. de, *Ontwerp van het burgerlijk wetboek voor het koninkrijk der Nederlanden* (1820), Leiden 1864.
- Brahn**, O.K., *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 7e druk, Zwolle 1991.
- Brakel**, S. van, 'De geschiedenis van de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek van 1820 tot 1838', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p.307-326.
- Briguglio**, F., 'Fideiussoribus succurri solet', Milaan 1999.
- Bruisten-Dijkhof**, L.M. e.a., *Pandrecht in de notariële praktijk* (Ars notariatus 136), Deventer 2007.
- Bruns**, C.G., 'Das constitutum debiti', in: *Kleinere Schriften I*, Weimar 1882, p.221-312.
- Buckland**, W.W., *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, 2^e druk, Cambridge 1950.
- Burg**, M.J. van der, *Nederland onder Franse invloed: cultuurtransfer en staatsvorming in de napoleontische tijd, 1799-1813*, Amsterdam 2007.
- Byttebier**, K., *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, 2^e druk, Antwerpen 2005.
- Cabrillac**, M., Ch. Mouly, S. Cabrillac en Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 8^e druk, Parijs 2007.
- Castermans/Krans**: A.G. Castermans en H.B. Krans, 'Titel 7.14, borgtocht', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk, *Burgerlijk wetboek: tekst & commentaar*, 7^e druk, Deventer 2007.
- Cleveringa**, R.P., 'De ontwerpen-1816 en -1820', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p.277-306.
- Coebergh**, H.P.J.M., 'De zoogenaamde tweede borg', *WPNR* 2905, 1925, p.573-576.
- Coing**, H. (red.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte II,1: neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter des gemeinen Rechts*, München 1977.
- Coing**, H., *Europäisches Privatrecht I: älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985.
- Dekhuijzen**, M.C., *Pand en hypotheek in het ontwerp B.W.*, Amsterdam 1965.
- Dekkers**, R., *Bibliotheca Belgica juridica: een bio-bibliografisch overzicht der rechtsgeleerdheid in de Nederlanden van de vroegste tijden af tot 1800*, Brussel 1951.
- Dekkers**, R., *Précis de droit civil belge II: Les obligations, les preuves, les contrats, les sûretés*, Brussel 1955.
- Dernburg**, H., *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I-II*, Leipzig 1860-1864.
- Dernburg**, H., *Pandekten I,2: Sachenrecht en II: Obligationenrecht*, 4^e druk, Berlijn 1894.
- Dernburg/Sokolowski**: H. Dernburg en P. Sokolowski, *System des römischen Rechts*, 8^e druk, Berlijn 1912.
- Diaz Bautista**, A., 'Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación Justiniana', *Anuario de historia del derecho Español* 50, 1980, p.683-698.
- Diemont**, Ch., *Artikel 1883 burgerlijk wetboek*, Leiden 1860.

- Diephuis, G.**, *Het Nederlandsch burgerlijk regt VII en XIII*, Groningen 1886-1890.
- Dirix/De Corte**: E. Dirix en R. de Corte, *Beginselen van Belgisch privaatrecht XII: zekerheidsrechten*, Mechelen 2006.
- Dumas, A.**, *Histoire des obligations dans l'ancien droit français*, Aix-en-Provence 1972.
- Duranton, M.**, *Cours de droit civil français suivant le code civil XVIII en XX*, 4^e druk, Parijs 1844.
- Eggers, J.**, 'Art. 1438, 3^o B.W. en de derde-bezitter', *WPNR* 3134, 1930, p.25-29.
- Eisele, F.**, 'Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz', *Arch. Civ. Prax.* 79, 1892, p.327-405.
- Esmein, A.**, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, Parijs 1911.
- Faber, N.E.D.**, 'Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', *NTBR* 2, 1995, p.35-40.
- Faber, N.E.D.**, *Verrekening*, Deventer 2005.
- Fecht, W.R. von der**, *Die Forderungspfändung im römischen Recht*, Keulen/Weimar/Wenen 1999.
- Feenstra, R.**, 'Le caractère accessoire des différents types de cautionnement *verbis* en droit romain classique', in: *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence 1970, p.301-311.
- Feenstra, R.**, 'Die Bürgschaft im römischen Recht und ihr Einfluss auf die mittelalterliche und spätere Rechtslehre', in: *Recueils de la société Jean Bodin 28: les sûretés personnelles*, Brussel 1974, p.295-325.
- Fehr, M.**, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala 1910.
- Ferrini, C.**, *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessoris*, Berlijn 1884, reprint: Aalen 1967.
- Fesevur, J.E.**, 'Pand en hypotheek in het NBW', *Advocatenblad* 10, 1983, p.213-222.
- Fiorelli, P.** en G.F. Hänel (ed.), *Iuliani epitome latina novellarum Iustiniani*, 2^e druk, Florence 1996.
- FIRA I-III**: S. Riccobono e.a. (ed.), *Fontes iuris romani antejustiniani I: Leges* (ed. S. Riccobono); II: *Auctores* (ed. J. Baviera en J. Furlani); III: *Negotia* (ed. V. Arangio-Ruiz), Florence 1940-1943.
- Flume, W.**, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar 1932.
- Flume, W.**, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis, römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn 1990.
- Flume, W.**, 'Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen', *ZSS* 113, 1996, p.88-131.
- Frankenstein, W.**, *Das beneficium excussionis nach gemeinem Rechte und die Einrede der Vorausklage nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Heidelberg 1909.
- Frets, F.**, 'Bedenkingen omtrent de beneficiën van uitwinning en van schuldverdeeling, aan borgen toekomende, vooral volgens de Fransche en Nederlandsche wetgeving', *Bijdragen tot rechtsgeleerdheid en wetgeving* 3, 1828, p.96-118.
- Frieling, J.W.**, 'De kredietovereenkomst met de huisbank', *Contracteren* 2, 2007, p.40-44.
- Frezza, L.**, *Le garanzie delle obbligazioni I: le garanzie personali en II: le garanzie reali*, Padua 1962-1963.
- Frezza, P.**, 'La ἀλληλεγγύη nella legislazione di Giustiniano', in: *Eranion in honorem Maridakis I*, Athene 1963, p.133-140.
- Gaay Fortman, W.F. de**, 'Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?' (NJV prae-advies), in: *Handelingen der NJV 92-I*, Zwolle 1962, p.175-219.
- Gerver, P.H.M.**, *Het recht van hypotheek*, Deventer 2001.
- Gessel-de Roo, M.J.E.G. van**, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798: Zakenrecht 1798-1820*, Zutphen 1991.
- Gilissen, J.**, 'Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles', in: *Recueils de la société Jean Bodin 28: les sûretés personnelles*, Brussel 1974, p.6-127.
- Girard/Senn**: P.F. Girard en F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e druk, Parijs 1929.
- Girtanner, W.**, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, historisch-dogmatisch dargestellt, I,1: das römische Recht en I,2: Dogmengeschichte des Mittelalters und der neuern Zeit*, Jena 1850.
- Girtanner, D.W.**, *Die Stipulation und ihre Verhältniss zum Wesen der Vertragsobligation, insbesondere zum Creditum*, Kiel 1859.
- Gonzalez Sanchez, A.**, 'Fideiussio indemnitas: ¿forma de fianza o promesa de garantía?', in: *Estudios jurídicos en homenaje al Alvarez Suárez*, Madrid 1978, p.193-199.

- Goffart, W.**, *Caput and colonate: towards a history of late Roman taxation*, Toronto 1974.
- Gräler, J.G.**, 'Veilingprocedure en derdenhypotheek', *JBN* 4, 1996, p.8.
- Greuter-Vreeburg, Y.M.L.**, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798: Verbintenissenrecht 1798-1814*, Arnhem 2002.
- Groot, J.J.A. de**, 'Samenloop van hypotheek- en pandhouders', *WPNR* 5953, 1990, p.187-189.
- Grooth, G. de**, 'De bedongen zekerheidsrechten in het Ontwerp-Meijers', *RM Themis* 1954, p.519-539.
- Guarino, DPR:** A. Guarino, *Diritto privato romano*, 12^e druk, Napels 2001.
- Harders, M.A.**, *Eenige opmerkingen over den subsidiairen aard van den borgtocht*, Groningen 1895.
- Hartkamp, A.S.**, 'Het hypotheekrecht in het nieuw BW', in: A.A. van Velten e.a. (red.), *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, Deventer 1991, p.7-20.
- Herman, A.**, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, Amsterdam 1914.
- Heuff, W.**, *Hypotheek* (Mon.-NBW 12B), Deventer 1986.
- Hofmann, L.C.**, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht II*, Groningen/Batavia 1936.
- Hofmann, L.C.**, *Het Nederlandsch zakenrecht*, 3^e druk, Groningen/Batavia 1944.
- Holtman, R.J.**, 'Welke rente is bij derden-hypotheek door het hypotheekrecht gedekt', *WPNR* 5685, 1984, p.107.
- Van den Honert (1974):** K. Wiersma e.a., *Van den Honert: formulierboek der onderscheidene akten behorende tot de burgerlijke rechtsvordering*, 10^e druk, Zwolle 1974.
- Van den Honert (1997):** R.F. Thunnissen e.a., *Van den Honert: formulierboek der onderscheidene akten behorende tot de burgerlijke rechtsvordering*, 12^e druk, Deventer 1997.
- Honoré, T.**, *Tribonian*, Londen 1978.
- Hovens, F.J.H.**, 'Het rechtsmiddelverbod en de doorbreking daarvan', in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer 2004, p.209-226.
- Hugenpoth tot den Beerenclauw, J.B.W. van**, *De gevolgen van den borgtocht tusschen den schuldeischer en den borg*, Leiden 1890.
- Kan, J. van**, 'Het Burgerlijk Wetboek en de Code Civil', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p.243-276.
- Kaser, M.**, 'Infamia and ignominia in den römischen Rechtsquellen', *ZSS* 73, 1956, p.220-278.
- Kaser, M.**, 'In bonis esse', *ZSS* 78, 1961, p.173-220.
- Kaser, M.**, 'Zum pignus nominis', *IURA* 20, 1969, p.172-190 (= *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence 1970, p.399-409).
- Kaser, RP I:** M. Kaser, *Das römische Privatrecht I: das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2^e druk, München 1971.
- Kaser, M.**, 'Celsus D. 12,6,47 und die Akzessorietät der Bürgschaft', in: *Ausgewählte Schriften II*, Napels 1976, p.365-381 (= *Festschrift Herdlitzka*, München 1972, p.143-159).
- Kaser, RP II:** M. Kaser, *Das römische Privatrecht II: die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975.
- Kaser, M.**, 'Besitzpfand und 'bezitsloses' Pfand', in: *Studien zum römischen Pfandrecht (III)*, Napels 1982 (= *SDHI* 45, 1979, p.1-92).
- Kaser, M.**, 'Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregreß', *ZSS* 100, 1983, p.80-135.
- Kaser, M.**, 'Cicero ad Atticum 16,15,2: Formularprozess ohne *litis contestatio*?', in: *Sodalitas: scritti in onore di Antonio Guarino* 7, Napels 1984, p.3151-3174.
- Kaser/Hackl:** M. Kaser en K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2^e druk, München 1996.
- Keller, F.L.**, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht*, Zürich 1827.
- Klaassen, C.J.M.**, 'Hoofdelijkheid of borgtocht, wat zal het wezen?', *WPNR* 6316, 1998, p.347-351.
- Knol, P.C.**, 'Bewaarneming en borgtocht in het Nieuw BW', *Kwartalbericht Nieuw BW* 4, 1984, p.135-139.
- Knütel, R.**, 'Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen', in: *Festschrift für Werner Flume I*, Keulen 1978, p.559-592.

- Knütel, R.**, 'Literatur: Filippo Briguglio, Fideiussoribus succurri solet', *ZSS* 119, 2002, p.605-607.
- Koops, E.**, 'Het ontstaansmoment van borgengregres', *NTBR* 3, 2009, p.116-124.
- Korthals Altes, R.**, *Borgtocht naar hedendaagsch Nederlandsch recht*, Amsterdam 1933.
- Korthals Altes, R.**, 'Borgtocht in Boek 7 titel 14 Ontwerp B.W.', *NJB* 39, 1973, p.1252-1255.
- Koschaker, P.**, *Europa und das römische Recht*, München/Berlijn 1966.
- Krämer, G.**, *Das besitzlose Pfandrecht: Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Keulen/Weimar/Wenen 2007.
- Kühling, J.**, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Bürgschaftsrecht*, Göttingen 1962.
- Kunkel, W.**, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz 1967.
- Kupisch, B.**, 'Cicero ad Atticum 16,15,2', *ZSS* 96, 1979, p.43-64.
- Land, G.**, *Legislazione e natura nelle Novelle Giustiniane*, Napels 1984.
- Land, N.K.F.**, *Rechten op zaken, naar het ontwerp tweede boek B.W.*, Haarlem 1901.
- Land, N.K.F.**, *Verklaring van het burgerlijk wetboek III*, 2^e druk, Haarlem 1902.
- Land/Losecaat Vermeer**: N.K.F. Land en P.A.J. Losecaat Vermeer, *Verklaring van het burgerlijk wetboek V*, 2^e druk, Haarlem 1915-1932.
- Lange, H.**, *Römisches Recht im Mittelalter I: Die Glossatoren – II: Die Kommentatoren*, München 1997-2007.
- Laurent, F.**, *Principes de droit civil français XXVIII en XXXI*, 3^e druk, Brussel/Parijs 1878.
- Lenel, O.**, *Palingenesia iuris civilis I-II*, Leipzig 1889, reprint: Graz 1960.
- Lenel, EP**: O. Lenel, *Das edictum perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3^e druk, Leipzig 1927.
- Levy, E.**, *Sponsio, Fidepromissio, Fideiussio: einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlijn 1907.
- Levy, E.**, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I*, Berlijn 1918.
- Levy, E.**, 'Principal and surety in classical Roman law', *BIDR* 14/15, 1951, p.207-221.
- Levy, E.**, *Weströmisches Vulgarrecht: das Obligationenrecht*, Weimar 1956.
- Levy, E.**, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar 1962.
- Lévy/Castaldo**: J.Ph. Lévy en A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Parijs 2002.
- Liebs, D.**, 'Die Herkunft der 'Regel' bis de eadem re ne sit actio', *ZSS* 84, 1967, p.104-132.
- Liebs, D.**, 'Die Klagenkonsumption des römischen Rechts', *ZSS* 86, 1969, p.169-191.
- Liebs, D.**, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972.
- Linden, J.** van der, *Ontwerp burgerlijk wetboek 1807/1808*, ed. J.Th. de Smidt, Amsterdam 1967.
- Lindenbergh, S.D.**, 'Rechtspraak: zakenrecht', *AA* 12, 1991, p.1792-1793.
- Litewski, W.**, 'Pignus in causa iudicati captum', *SDHI* 40, 1974, p.205-302.
- Litewski, W.**, 'Litis contestatio et obligations solidaires passives dans le *bonae fidei iudicia* en droit romain classique', *RH* 54, 1976, p.149-175.
- Locré, J.G.**, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France XV en XVI*, Parijs 1828.
- Lokin/Zwalve**: J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Groningen 1992 (2^e druk) en 2001 (3^e druk).
- Lokin/Jansen/Brandsma**: J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen en F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht: de civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17^e en 18^e eeuw*, Hilversum/Leeuwarden 1999.
- Maleville, J. de**, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État IV*, Parijs 1807.
- Marcadé/Pont**: V. Marcadé en P. Pont, *Explication théorique et pratique du Code Civil XI: Commentaire-traité des privilèges et hypothèques II*, 3^e druk, Parijs 1876.
- Martou, E.**, *Des privilèges et hypothèques ou commentaire de la loi du 16 Décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire III*, 2^e druk, Brussel/Parijs 1863.
- Marty/Raynaud/Jestaz**: G. Marty en P. Raynaud (ed. Ph. Jestaz), *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, 2^e druk, Parijs 1987.
- Mazeaud/Chabas/Picod**: H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud en F. Chabas (ed. Y. Picod), *Leçons de droit civil III-1: sûretés, publicité foncière*, 7^e druk, Parijs 1999.

- Meijers, E.M.**, 'Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 3031, 1928, p.49-52.
- Meijers, E.M.**, 'L'université d'Orléans au XIIIe siècle', in: E.M. Meijers (R. Feenstra ed.), *Études d'histoire du droit III*, Leiden 1959, p.3-148.
- Mestre, J.**, E. Putman en M. Billiau, *Traité de droit civil: droit commun des sûretés réelles, théorie générale*, Parijs 1996.
- Mestre, J.**, E. Putman en M. Billiau, *Traité de droit civil: droit special des sûretés réelles*, Parijs 1996.
- Mitteis, L.**, *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum* (Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der Königlichen Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften XX,4), Leipzig 1901.
- Mitteis, L.**, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I: Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig 1908.
- Molenaar, F.**, *Pandrecht* (Mon.-NBW B12a), 2^e druk, Deventer 1991.
- Molenaar, F.**, *Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen* (Mon.-NBW B11), 3^e druk, Deventer 1999.
- Mommsen, Th.**, *Römisches Staatsrecht I-III,2*, 3^e druk, Leipzig 1887-1888, reprint: Basel 1952.
- Mosler, W.**, *Das beneficium excussionis personalis des dritten Pfandbesitzers und des Drittschuldners*, Greifswald 1895.
- Nierop, A.S. van**, *Hypotheekrecht*, 2^e druk, Zwolle 1937.
- Noordraven, G.**, *De fiducia in het Romeinse recht*, Deventer 1988.
- Opzoomer, C.W.**, *Het burgerlijke wetboek verklaard IV en XI*, Amsterdam/Den Haag 1879-1887.
- Ourliac/De Malafosse**: P. Ourliac en J. de Malafosse, *Histoire du droit privé I*, 2^e druk, Parijs 1969.
- Out, J.C.**, 'Bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen', *Gr.O.M.* 19, 2002, p.63-95.
- Out, J.C.**, *Vormen van accessoriëteit. Een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht*, Leiden 2005.
- Oven, J.C. van**, 'Borg en derde-eigenaar I', *NJB* 15, 1942, p.205-211; 'Borg en derde-eigenaar II', *NJB* 16, 1942, p.221-230.
- De Page/Dekkers**: H. de Page en R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge VI: les biens, les sûretés en VII: les privilèges, les hypothèques, la transcription, la prescription*, Brussel 1942-1957.
- Pastori, F.**, 'Gaio e la responsabilità contrattuale', *Labeo* 2, 1956, p.291-326.
- Pastori, F.**, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milaan 1961.
- Pelinck, N.**, *Eenige opmerkingen over art. 1244, 1245 en 1246 B.W.*, Leiden 1882.
- Pels Rijcken, L.D.**, 'Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?' (NJV prae-advies), in: *Handelingen der NJV 92-I*, Zwolle 1962, p.87-172.
- Du Perron/Haentjens**: C.E. du Perron en M. Haentjens, *Boek 7.14 artikelsgewijs commentaar* (Groene serie, losbladig, Kluwer 2005).
- Pierson, H.D.**, *De subrogatie in het burgerlijk recht*, Utrecht 1941.
- De Pinto/Teixeira de Mattos**: A. de Pinto en A. Teixeira de Mattos, *Handleiding tot het burgerlijk wetboek*, 6^e druk, Zwolle 1885.
- Pitlo, A.**, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, 6^e druk, Groningen 1972.
- Pitlo/Brahn**: O.K. Brahn, *Pitlo's Nederlands burgerlijk wetboek II: het zakenrecht*, 9^e druk, Arnhem 1987.
- Pitlo/Croes**: A.L. Croes, N. Frenk, C.E. du Perron en A.F. Salomons, *Pitlo's Nederlands burgerlijk wetboek VI: bijzondere overeenkomsten*, 9^e druk, Gouda 1995.
- Pitlo/Reehuis/Heisterkamp**: W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo's Nederlands burgerlijk wetboek III: goederenrecht*, 12^e druk, Deventer 2006.
- Planiol/Ripert/Becqué**: M. Planiol en G. Ripert (ed. E. Becqué), *Traité pratique de droit civil français XII-XIII: Sûretés réelles I-II*, 2^e druk, Parijs 1953.
- Pos, A.G.**, *Hypotheek op roerend goed (bezitloos pandrecht), enkele rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwingen*, Deventer 1970.

- Potjewijd, G.**, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, Leiden 1998.
- Pringsheim, F.**, 'Die archaistische Tendenz Justinians', in: *Studi in onore di Pietro Bonfante I*, Milaan 1930, p.551-587.
- Prinsen, L.L.M.**, *Rekenplicht en aansprakelijkheid: over administratie, rekening en verantwoording*, Zwolle 1995.
- Quickenborne, M. van**, *Borgtocht*, Antwerpen 1999.
- Raber, F.**, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wenen/Keulen/Graz 1969.
- Rank-Berenschot, E.B.**, *Verpanding van vorderingen*, Amsterdam 1997.
- Ransbeek, R. van**, *De zakelijke borgtocht naar Belgisch recht*, Antwerpen/Apeldoorn 2005.
- Reehuis, W.H.M.**, *Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW*, Arnhem 1987.
- Ribbentrop, G.J. von**, *Zur Lehre von den Correal-Obligationen*, Göttingen 1831.
- Rijssen, G. van**, *Contractsoverneming*, Deventer 2006.
- Ripert/Boulanger: G. Ripert en J. Boulanger**, *Traité élémentaire de droit civil II: Obligations, contrats, sûretés réelles*, 4^e druk, Parijs 1952.
- Rodrigues Lopes, D.L.**, 'De nieuwe zekerheidsrechten en de landbouw', *Agrarisch Recht* 5, 1995, p.256-277.
- Roes, J.B.M.**, *Hypotheek: een zakelijk recht*, Arnhem 1970.
- Rosendaal, F.D.**, 'Het zeeschip als registergoed in boek 8 BW', in: F.A. van Bakelen (red.), *Zee-recht in het licht van boek 8 nieuw burgerlijk wetboek*, Zwolle 1983, p.59-71.
- Rotondi, G.**, 'Appunti sulla stipulatio rem pupilli salvam fore', in: *Scritti giuridici II: studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Milaan 1922, p.268-289.
- Russell, Ch.H.D.M.J.**, *Verbintenissen- en contractenleer*, Zwolle 1926.
- Sacconi, G.**, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milaan 1973.
- Sagnac, Ph.**, *La législation civile de la révolution française: la propriété et la famille (1789-1804)*, Parijs 1899.
- Savigny, F.C. von**, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter I-VII*, 2^e druk, Heidelberg 1834-1851, reprint: Bad Homburg 1961.
- Schelhaas, H.N.**, 'De overeenkomst van borgtocht' in: B. Wessels en A.J. Verheij (ed.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer 2006, p.253-272.
- Scheltema, H.J.**, 'Subseciva XI: das Authenticum', *TvR* 31, 1963, p.275-284.
- Scheltema, H.J.**, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden 1970.
- Scheltema, A.H.**, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Leiden 2003.
- Schindler, K.H.**, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Keulen / Graz 1966.
- Schlichting, G.**, *Die Verfügungsbeschränkung des Verpfanders im klassischen römischen Recht*, Karlsruhe 1973.
- Schrage, E.J.H.**, *Utrumque ius: een inleiding tot de studie van de bronnen van het middeleeuwse geleerde recht*, Amsterdam 1987.
- Schüller/Waller: C.L. Schüller (ed. H. Waller)**, *Burgerlijk wetboek met aantekeningen*, 4^e druk, Utrecht 1878.
- Schulz, F.**, 'Interpolationen in den justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus vom Jahre 534', in: *Studi in onore di Pietro Bonfanti I*, Milaan 1930, p.337-360.
- Schulz, F.**, 'Nachklassische Quaestionen in den justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus', *ZSS* 50, 1930, p.212-248.
- Schulz, F.**, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961.
- Schutte, N.J.**, 'De pandhouder buitenspel', *O&F* 54, 2002, p.2-8.
- Shackleton Bailey, D.R. (ed.)**, *M. Tulli Ciceronis epistulae ad Atticum II, Libri 9-16*, Stuttgart 1987.
- Simler/Delebecque: Ph. Simler en Ph. Delebecque**, *Précis Dalloz droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, 3^e druk, Parijs 2000.
- Simler, Ph.**, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^e druk, Parijs 2000.

- Simon/Troianos:** D. Simon en S. Troianos (ed.), *Das Novellensyntagma des Athanasios von Emesa*, Frankfurt 1989.
- Snijders, H.J.,** 'Rechtspraak: autohuurkoop', *NTBR* 7, 1993, p.163-166.
- Snijders, H.J.** en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, 4^e druk, Deventer 2007.
- Soest, H.W. van,** *De civielrechtelijke ἐγγύη (garantieovereenkomst) in de Griekse papyri uit het Ptolemaïsche tijdvak*, Leiden 1963.
- Sokolowski, P.,** *Die Mandatbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht*, Halle 1891.
- Solazzi, S.,** 'Sull'obbligazione garantita dal pegno corporale', *SDHI* 23, 1957, p.311-323.
- Solazzi, S.,** 'Una favola su Gai 3.204', *Labeo* 3, 1957, p.89-92.
- Sotty, R.,** *Recherche sur les utiles actions: la notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble 1977.
- Spinath, I.,** *Achtergestelde vorderingen*, Deventer 2005.
- Stein, P.A.,** *Zekerheidsrechten I: hypotheek*, Deventer 1986 (3^e druk) en 2004 (4^e druk).
- Stein, P.A.,** *Zekerheidsrechten II: zekerheidsoverdracht, pand en borgtocht*, Deventer 1970.
- Stein, P.A.,** *Boek 3.9 artikelsgewijs commentaar* (Groene serie, losbladig, Kluwer 2008).
- Steiner, A.,** 'Die praescriptio aus Gai 4,137 und ihre Bedeutung für das 'materielle' Bürgschaftsrecht', *ZSS* 123, 2006, p.185-196.
- Straaten, J.C. van,** 'Korte beschrijving van het hypotheekrecht', in: H.G. van Everdingen e.a., *Zekerheden en uitwinning*, Deventer 1990, p.16-31.
- Straaten, J.C. van,** 'Executie door een hypothecaire schuldeiser (I)', *Notarisklerk* 1305, 1993, p.116-119; '(II)', *Notarisklerk* 1306, 1993, p.140-142; '(slot)', *Notarisklerk* 1307, 1993, p.164-166.
- Struycken, T.H.D.,** 'De aanspraken van de pandgever en de pandhouder op het geïnde', in: B.W.M. Nieskens-Ispording e.a. (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingbevoegdheid*, Deventer 1997.
- Tarrille, J.D.L.,** *Traité des privilèges et hypothèques, suivant les principes du Code Civil I-II*, Luik 1819.
- Taubenschlag, R.,** *The law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri*, 2^e druk, Warschau 1955.
- Telders, C.H.** (e.a.), *De ontwerpen der commissie van de redactie der nationale wetgeving: het tweede boek van het burgerlijk wetboek, bewerkt door een aantal leden van het dispuut "Nomos" te Leiden*, Den Haag 1935.
- Tex, C.A. den,** 'Ueber den heutigen Zustand der Gesetzgebung in Nord-Niederland', *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* 7, 1835, p.176-198.
- Thibaut, A.F.J.,** 'Ueber die unbestimmte Verbindung eines Generalpfandes mit einem Specialpfande, und umgekehrt', *Arch. Civ. Prax.* 17, 1834, p.1-30.
- Timbal, P.C.,** *Les obligations contractuelles dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles d'après la jurisprudence du parlement II*, Parijs 1977.
- Tjittes, R.J.,** 'Verplichtingen van de schuldeiser jegens de borg', *TPR* 2000, p.1445-1479.
- Troplong, M.,** *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code: des privilèges et hypothèques*, Brussel 1844.
- Vangerow, K.A. von,** *Lehrbuch der Pandekten I-III*, 7^e druk, Marburg/Leipzig 1863-1869.
- Vatimesnil, A.F.H.** Lefebvre de, 'Rapport fait par M. De Vatimesnil au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de M. Pougeard et le projet de loi présenté par le gouvernement sur les privilèges et hypothèques', *Le Moniteur Universel* 116 (suppl. B), 1850, p.I-XVI.
- Velten, A.A. van,** 'Rechtsvragenrubriek: derdenhypotheek op meer onderpanden', *WPNR* 5971, 1990, p.520.
- Velten, A.A. van,** 'Rechtspraak: volgorde van uitwinning door een hypotheekhouder ingeval van hypotheek op meer dan één onderpand (art. 3:230 BW)', *WPNR* 6141, 1994, p.441-442.
- Verdaas, A.J.,** *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer 2008.
- Vliet, C.D. van,** 'Borg, garant, hoofdelijk mede-schuldenaar, derde bezitter', in: B.A. Droogleeuwer Fortuyn e.a. (red.), *Jaarboekje van de vereniging van directeurs van hypotheekbanken* 25, Amsterdam 1939, p.269-322.

- Voci, P., 'La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini', *IURA* 21, 1970, p.71-154 (= *Studi Donatuti* 3, Milaan 1973, p.1305-1377).
- Völlmar, H.F.A., *Nederlands burgerlijk recht III*, 2^e druk, Zwolle 1952.
- Völlmar, H.F.A., *Inleiding tot de studie van het Nederlands burgerlijk recht*, 5^e druk, Zwolle 1964.
- Voorduin, J.C., *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken IV-V*, Utrecht 1838.
- Vranken, J.B.M., 'Rechtspraak: onrechtmatige daad', *WPNR* 6017, 1991, p.595.
- Vriesendorp, R.D., 'Enige opmerkingen over het lot van afhankelijkke (zekerheids)rechten bij verpanding van vorderingen naar NBW', *WPNR* 6025, 1991, p.767-772; reactie H.W. Heyman en naschrift Vriesendorp, *WPNR* 6048, 1992, p.345-348; reactie F. Molenaar en naschrift Vriesendorp, *WPNR* 6048, 1992, p.349-350; reactie J.W.H. Blomkwist en naschrift Vriesendorp, *WPNR* 6072, 1992, p.906-908.
- Wacke, A., 'Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendententreit', *TvR* 37, 1969, p.369-414.
- Wacke, A., 'Ungeteilte Pfandhaftung', *Index* 3, 1972, p.454-502.
- Wagner, H., *Die Entwicklung der Legalthypothesen am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Keulen/Wenen 1974.
- Wal, N. van der, 'Die Textfassung der spätrömischen Kaisergesetze in den Codices', *BIDR* 22, 1980, p.1-27.
- Van der Wal/Lokin: N. van der Wal en J.H.A. Lokin, *Historiae iuris graeco-romani delineatio: les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985.
- Wal, N. van der, *Manuale Novellarum Justiniani: aperçu systématique du contenu des Nouvelles de Justinien*, 2^e druk, Groningen 1998.
- Wallinga, T., 'Authenticum and autentice – What's in a name? References to Justinian's Novels in Medieval manuscripts', *TvR* 77, 2009, p.43-59.
- Weber, M., *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*, Stuttgart 1891, reprint: Amsterdam 1962.
- Weill, A., *Précis Dalloz droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, Parijs 1979.
- Weiss, E., *Pfandrechtlische Untersuchungen I*, Weimar 1909.
- Wesener, G., 'Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht', *Labo* 11, 1965, p.341-361.
- Wessels, B., *Bijzondere contracten 3-15: borgtocht, artikelsgewijs commentaar* (Groene serie, losbladig, Kluwer 1980-1992).
- Wibier, R.M., *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen*, Deventer 2007.
- Wieacker, F., 'Protopraxie und ius pignoris im klassischen Fiskalrecht', in: *Festschrift Paul Koschaker I*, Weimar 1939, p.218-243.
- Windscheid/Kipp: B. Windscheid en Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts I-II*, 9^e druk, Frankfurt 1906.
- Winter, J.W., *Concernfinanciering*, Deventer 1992.
- Winterbottom, M. (ed.), *The minor declamations ascribed to Quintilian*, Berlijn/New York 1984.
- Wlassak, M., *Die Litiskontestation im Formularprozess*, Leipzig 1889.
- Wolff, M., *Das beneficium excussionis realis*, Berlijn 1894.
- Wubbe, F.B.J., 'Eine 'Lehre vom Subpignus' im Corpus Iuris Civilis?', *TvR* 26, 1958, p.133-194.
- Wubbe, F.B.J., *Res aliena pignori data: de verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht*, Leiden 1960.
- Zachariae, C.E. (ed.), *Anekdotia III: Theodori Scholastici breviarium Novellarum*, Leipzig 1843.
- Zeben, C.J. van (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: invoeringswet boek 1, personen- en familierecht*, Deventer 1969.
- Zeben, C.J. van en J.W. du Pon (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: boek 3, vermogensrecht in het algemeen*, Deventer 1981.
- Zeben, C.J. van en J.W. du Pon (red.) (W.H.M. Reehuis en E.E. Slob), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: invoering boeken 3, 5 en 6 – boek 3, vermogensrecht in het algemeen*, Deventer 1990.

- Zeben**, C.J. van (red.) (W.H.M. Reehuis en E.E. Slob), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: invoering boeken 3, 5 en 6 – boek 7, bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer 1991.
- Zeben**, C.J. van (red.) (W.H.M. Reehuis en E.E. Slob), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: invoering boeken 3, 5 en 6 – overgangsrecht*, Deventer 1991.
- Zeben**, C.J. van (red.) (W.H.M. Reehuis en E.E. Slob), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijke wetboek: invoering boeken 3, 5 en 6 – aanpassing burgerlijk wetboek*, Deventer 1992.
- Zeben**, C.J. van (red.) (W.H.M. Reehuis en E.E. Slob), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijke wetboek: invoering boeken 3, 5 en 6 – wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvoordering, de wet op de rechterlijke organisatie en de faillissementswet; aanpassing van de overige wetten*, Deventer 1992.
- Zimmermann**, R. 'Römisch-holländisches recht: ein Überblick', in: R. Feenstra en R. Zimmermann (red.), *Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlijn 1992.
- Zimmermann**, R., *The law of obligations: Roman foundations of the civil law tradition*, Kaapstad 1992.
- Zwalve**, W.J., 'Enige opmerkingen over het pandrecht op vorderingen I', *WPNR* 5674, 1983, p.713-718.
- Zwalve**, W.J., 'Enige opmerkingen over het pandrecht op vorderingen II', *WPNR* 5723, 1985, p.1-5.
- Zwalve**, W.J., 'System des Vermögensrechts', in: R. Feenstra en R. Zimmermann (red.), *Das römisch-holländische recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlijn 1992, p.105-122.
- Zwalve**, W.J., 'Enige opmerkingen over 3:242 BW' in: T. Hartlief (red.), *CJHB Brunner-bundel*, Deventer 1994, p.441-450.
- Zwalve**, W.J., 'Over het voorrecht van uitwinning bij stille verpanding van vorderingen', *RM Themis* 7, 1996, p.245-252.
- Zwalve**, BG: W.J. Zwalve, *Beknopte geschiedenis van het Romeinse recht*, Den Haag 2004.
- Zwalve**, GEPR: W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht I: Inleiding en zakenrecht*, 3^e druk, Den Haag 2006.
- Zwalve**, W.J., 'Tekst & uitleg XI: C. 8,13(14),2', *Gr.O.M.* 26, 2009 [in druk].
- Zwitsler**, R., 'Misbruik van executiebevoegdheid ten aanzien van derden', *NTBR* 9, 1994, p.208-214.

Lijst van aangehaalde werken II: ius commune

- Accursius**, Franciscus (1185-1263), *Glossa in digestum vetus, [digestum novum], [codicem], [volumen]*, Venetië 1487-1489, reprint: *Corpus glossatorum iuris civilis 7-11*, Turijn 1969.
- Arena**, Jacobus de († ná 1296), *Commentarii in universum ius civile: super codice*, [z.p.l.] 1541, reprint: *Opera iuridica rariora 16*, Bologna 1971.
- Arena**, Jacobus de, *Tractatus de excussionibus*, in: *Selecti tractatus iuris varii*, Keulen 1594.
- Automne**, Bernard (1587-1666), *La conference du droict François avec le droict Romain, civil et canon (I: Digests; II: Codex)*, Parijs 1644.
- Azo** Porcius (c.1150-vóór 1235), *Summa super codicem*, Pavia 1506, reprint: *Corpus glossatorum iuris civilis 2*, Turijn 1966.
- Azo** Porcius, *Lectura super codicem*, Parijs 1577, reprint: *Corpus glossatorum iuris civilis 3*, Turijn 1966.
- Baldus** de Ubaldis (c.1320-1400), *In quartum & quintum [in VII, VIII, IX, X & XI] codicis libros commentaria*, Venetië 1599, reprint: *Commentaria omnia 6 en 8*, Goldbach 2004.
- Bartolus** de Saxoferrato (1314-1357), *In secunda parte codicis*, Venetië 1528, reprint: *Commentaria 8*, Rome 1996.
- Bartolus** de Saxoferrato, *Super authenticis*, Venetië 1506, reprint: *Commentaria 9*, Rome 1996.
- Bartolus** de Saxoferrato, *Tractatus de excussionibus pignorum*, in: *Consilia, quaestiones et tractatus*, Basel 1588.
- Bassianus**, Johannes († vóór 1200), *Summa super libro novellarum seu authenticorum*, in: Azo, *Summa super codicem*, Pavia 1506, reprint: *Corpus glossatorum iuris civilis 2*, Turijn 1966.
- Beaumanoir**, Philippe de (c.1247-1296), *Coutumes de Beauvaisis I-II*, ed. Salmon, Parijs 1899-1900.
- Belviso**, Jacobus de (c.1270-1335), *Commentarii in authenticum et consuetudines feudorum*, ed. Lyon 1511, reprint: *Opera iuridica rariora 12*, Bologna 1971.
- Binckes**, Simon (1731-1786), *Verklaaringe van de statuten, ordonnantien, reglementen en costumen van rechte in Friesland I* (1785), Leeuwarden 1785.
- Boel/Loenius**: Joannes Loenius (Tobias Boel ed.), *Decisien en observatien, beschreven en bijeen versameld* (1712), Rotterdam 1735.
- Bourjon**, François (†1751), *Le droit commun de la France et la coutume de Paris, réduits en principes I-II* (1747), Parijs 1770.
- Butrigarius**, Jacobus (c.1274-1348), *Lectura super codice II*, Parijs 1516, reprint: *Opera iuridica rariora 13*, Bologna 1973.
- Bynkershoek**, Cornelis van (1673-1743), *Observationes tumultuariæ I-IV*, ed. E.M. Meijers en A.S. de Blécourt, Haarlem 1926-1962.
- Cabriano**, Wilhelmus de (rond 1157), *The casus codicis of Wilhelmus de Cabriano*, ed. T. Wallinga, Frankfurt 2005.
- Caccialupi**, Battista (†1496), *Tractatus de debitore suspecto et fugitivo*, in: *Selecti tractatus iuris varii*, Keulen 1594.
- Chassenaeus**, Bartholomeus (1480-1541), *Consuetudines ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae commentariis*, Geneve 1647.
- Christynen**, Paul van (Christinaeus, 1543-1631), *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observationum decisiones*, Antwerpen 1636.
- Christynen**, Paul van, *In leges municipales civitatis ac provinciae Mechliniensis commentaria ac notae* (1625), Antwerpen 1642.
- Cujas**, Jacques de (Cujacius, 1522-1590), *Recitationes solennes ad codicem Justinianum*, in: *Cujacii operum IX*, Napels 1758.
- Cynus** de Pistoia (Cino Sinnibaldi, 1270-1336), *Super codice*, Frankfurt 1578.
- Domat**, Jean (1625-1696), *Les lois civiles III* (1689), in: *Oeuvres complètes II*, Parijs 1835.
- Doneau**, Hugo (Donellus, 1527-1591), *Commentarium de jure civili*, in: *Opera omnia IV*, Macerata 1830.

- Doneau**, Hugo, *Tractatus de pignoris et hypothecis*, in: *Opera omnia* VI, Macerata 1831.
- Doneau**, Hugo, *Commentaria in codicem Justiniani I-III*, in: *Opera omnia* VII-IX, Macerata 1830-1832.
- Dumoulin**, Charles (Molinaeus, 1500-1566), *Commentarius posthumus in reliquos titulos antiquae consuetudinis Parisiensis*, in: *Opera omnia* I, Parijs 1681.
- Dumoulin**, Charles, *Tractatus contractuum & usurarum*, in: *Opera omnia* II, Parijs 1681.
- Durant**, Guillaume (1237-1296), *Speculum iudiciale* (1291), Venetië 1499.
- Duyck**, Anton, *Decisien en resolutien van den Hove van Holland* (1751), Den Haag 1751.
- Faber**, Antonius (1557-1624), *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Geneve 1630.
- Faber**, Antonius, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, Lyon 1658.
- Glück**, Christian Friedrich von (1755-1831), *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld XVI-1*, Erlangen 1814.
- Groenewegen** van der Made, Simon van (1613-1652), *Aantekeningen bij de Inleydinge* (1644), Leiden 1767.
- Groenewegen** van der Made, Simon van, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in hollandia vicinisque regionibus* (1649), Amsterdam 1669.
- Groot**, Hugo de (1583-1645), *Inleiding tot de Hollandsche rechts-geleerdheid* (1631), ed. S.J. Fockema Andreae en L.J. van Apeldoorn, Gouda 1939; ed. F. Dovring, H.F.W.D Fischer en E.M. Meijers, Leiden 1965.
- Hamerster**, Dominicus (1689-1774), *Naukeurige en duidelyke verklaring over de statuten, ordonnantien, reglementen, en costumen van rechte in Frieslandt I* (1741), Leeuwarden 1760.
- Hollandsche consultatien**: [Z.n.], *Consultatien, advysen en advertissementen gegeven ende geschreven by verscheyden treffelijcke rechts-geleerden in Hollandt en elders I-VI* (1645-1685), Amsterdam/Utrecht 1728-1739.
- Hollandsche consultatien (vervolg)**: [Z.n.], *Vervolg op de Hollandsche consultatien en advysen, door voornaame zoo Hollandsche als Zeeuwsche en andere rechtsgeleerden over gewichtige quaestien*, Amsterdam 1780.
- Huber**, Ulrik (1636-1694), *Heedensdaegse rechts-geleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk* (1686), Amsterdam 1726.
- Huber**, Ulrik, *Praelectionum juris civilis III, quae est ad libros unum et triginta posteriores Pandectarum* (1690), Leipzig 1735.
- Huber**, Zacharias (1669-1732), *Observationes rerum forensium ac notabilium in suprema Frisiorum curia judicatarum I-II*, Leeuwarden/Franeker 1723-1727.
- Keessel**, Dionysius Godefridus van der (1738-1816), *Praelectiones juris hodierni ad H. Grotii introductionem ad iurisprudentiam hollandicam* (1800), ed. P. van Warmelo e.a., Amsterdam/Kaapstad 1966.
- Keessel**, Dionysius Godfried van der, *Dictata ad Justiniani institutionum libros quattuor*, ed. B. Beinart e.a., Amsterdam/Kaapstad 1967.
- Leeuwen**, Simon van (1626-1682), *Paratitula juris novissimi, dat is: een kort begrip van het Rooms Hollands regt* (1652), Amsterdam 1698.
- Loyseau**, Charles (1566-1627), *Droit des offices*, in: *Les oeuvres de maistre Charles Loyseau*, Parijs 1666.
- Loyseau**, Charles, *Traité du deguerpissement et delaissement par hypotheque*, in: *Les oeuvres de maistre Charles Loyseau*, Parijs 1665.
- Loyseau**, Charles, *Traité de la garantie des rentes*, in: *Les oeuvres de maistre Charles Loyseau*, Parijs 1666.
- Marsilia**, Hippolytus de, *Tractatus de fideiussoribus*, in: *Selecti tractatus iuris varii*, Keulen 1594.
- Matthaeus (I)**, Anthonius (1601-1654), *De auctionibus I* (1653), Antwerpen 1680.
- Matthaeus (II)**, Anthonius, *Paroemiae Belgarum jurisconsultis usitatissimae* (1667), Brussel 1694.
- Maynard**, Gerauld de (1538-c.1610), *Notables et singulieres questions du droict escrit, decises ou preiugees par arrests memorables de la Cour Souveraine du Parlement de Tholose*, Parijs 1616.
- Mayno**, Jason de (1435-1519), *Commentaria omnia in Corpus Iuris Civilis*, Venetië 1598, reprint: Stockstadt am Main 2008.
- Negusantius** de Fano, Antonius (1468-1528), *Tractatus de pignoribus et hypothecis*, Keulen 1589.
- Nieustad**, Cornelis Mathiasz van der (Neostadius, 1549-1606), *Curiae Hollandiae, Selandiae et West-Frisiae decisiones tam supremae quam provincialis* (1617), Leiden 1627.

- Odofredus** (†1265), *Lectura super codice I-II*, Lyon 1552, reprint: *Opera iuridica rariora 5-I en 5-II*, Bologna 1968.
- Pape**, Guy de la (Papae, 1402-1487), *Decisiones Gratianopolis*, Geneve 1667.
- Papon**, Jean (1505-1590), *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France*, Lyon 1585.
- Pauw**, Willem (1712-1787), *Observationes tumultuariarum novarum I-III*, ed. H.F.W.D. Fischer e.a., Haarlem 1964-1972.
- Placentinus** (†1192), *Summa codicis*, Mainz 1586, reprint: *Placentini summa codicis*, Turijn 1962.
- Plumbino**, Benedictus de, *Perutilis tractatus de discussionibus*, in: *Selecti tractatus iuris varii*, Keulen 1594.
- Pothier**, Robert Joseph (1699-1772), *Coutume d'Orléans* (1760), in: *Oeuvres de Pothier I*, Parijs 1861.
- Pothier**, Robert Joseph, *Traité des obligations* (1761), in: *Oeuvres de Pothier II*, Parijs 1861.
- Pothier**, Robert Joseph, *Traité du contrat de bail à rente* (1764), in: *Oeuvres de Pothier IV*, Parijs 1861.
- Pothier**, Robert Joseph, *Traité du contrat de nantissement* (1767), in: *Oeuvres de Pothier V*, Parijs 1861.
- Pothier**, Robert Joseph, *Traité de l'hypothèque* (1767), in: *Oeuvres de Pothier IX*, Parijs 1861.
- Pothier**, Robert Joseph, *Traité du domaine de propriété* (1772), in: *Oeuvres de Pothier IX*, Parijs 1861.
- Rebuffus** de Monte-Pessulano, Petrus (1487-1557), *In constitutiones regias commentarius*, Amsterdam 1668.
- Rechtsgeleerde observatien**: Didericus Lulius e.a., *Honderd rechtsgeleerde observatien, dienende tot opheldering van verscheide duistere, en tot nog toe voor het grootste gedeelte onbewezene passagen uyt de Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid. van wylen Mr Hugo de Groot, door een genootschap van rechtsgeleerden IV* (1776), Den Haag 1778.
- Révigny**, Jacques de (†1296), *Super IX libros codicis*, Parijs 1569, reprint: *Petrus de Bella Pertica super IX Libros codicis*, Frankfurt 1968.
- Rooseboom**, Gerard, *Recueil van verscheide keuren en costumen midtsgaders maniere van procederen binnen de stad Amsterdam*, Amsterdam 1656.
- Sande**, Johan van den (1568-1638), *Decisiones curiae Frisicae* (1615), in: *Opera omnia juridica I*, Groningen 1683.
- Schrassert**, Johan (1687-1756), *Consultatien, advysen ende advertissementen dienende tot verklarunge van de hedendaegse regtsgeleertheit I-IV*, Harderwijk 1740-1744.
- Socinus**, Bartholomaeus (1436-1507), *Regulae et fallentiae iuris*, Keulen 1626.
- Vinnius**, Arnoldus (Vinnius, 1588-1657), *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis* (1642), Leiden 1709.
- Voet**, Johannes (1647-1713), *Commentarius ad Pandectas, in quo, praeter Romani juris principia ac controversiae illustriores, jus etiam hodiernum et praecipue fori quaestiones excutuntur* (1698), Napels 1833.
- Zype**, François van den (Zypaeus, 1578-1650), *Notitia juris Belgici IV* (1635), Arnhem 1642.

AANGEHAALDE WETGEVING TOT 1800

- Ordonnance sur la réforme de la justice (Moulins, februari 1566), in: Isambert/Decrusy/Tailandier, *Recueil général des anciennes lois françaises XIV-I*, Parijs 1829.
- GPB**: Groot-Placaet Boeck, inhoudende de placaten ende ordonnantiën van de Hoogh-Mog. Heeren Staten-Generael der Vereenighde Nederlanden ende vande Ed. Groot Mog. Heeren Staten van Hollandt ende West-Vrieslandt, mitsgaders vande Ed. Mog. Heeren Staten van Zeelandt, Den Haag 1651.
- Loi concernant le Code hypothécaire, 9 Messidor an III (27 juni 1795), in: *Bulletin des lois de la république française, 1^e serie V*, Parijs 1798, c.164 nr. 963.
- Loi sur le régime hypothécaire, 11 Brumaire an VII (1 november 1798), in: *Bulletin des lois de la république française, 2^e serie VII*, Parijs 1798, c.238 nr. 2137.

Bronnen- en wettenregister

(Cijfers verwijzen naar paginanummers. **Vet** gedrukte cijfers verwijzen naar een citaat of naar een ruimere bespreking)

1 ROMEINS RECHT

A Vóór-Justiniaanse bronnen

Cicero, Ad Atticum
16,15,2 / 16 nt.68; **25**

Edictum praef. Aeg.
sub 5 / 57 nt.328

Epitome Gai
2,9,2 / 9 nt.36; **16 nt.68**; 17 nt.76

Fr. de iure fisci
5 / 56 nt.326; **57 nt.330**

Gaius, Inst.
1,185 / 32 nt.185
1,199 / 32 nt.186
3,92 / 12 nt.46
3,93 / 12 nt.48
3,104 / **34 nt.201**
3,116 / **13**
3,119 / 12 nt.49
3,119a / 12 nt.50
3,120 / 12 nt.51
3,121 / 11 nt.40; 12 nt.52
3,126 / 23 nt.116
3,180 / 8 nt.27; 39 nt.238

Paulus, Sententiae
2,2,1 / 28 nt.155
2,5,1 / 46 nt.278
2,17,16 / **16**; 26 nt.141

Quintilianus, Decl. min.
273 / **25 nt.128**; **33 nt.196**

B Corpus Iuris Civilis

Codex
1,17,2,23 / 15 nt.65
2,3,20,1 / **18 nt.81**
4,10 R / 82 nt.16; 84 nt.27; 122 nt.262; 123 nt.267; 123 nt.269; 123 nt.272

- 4,10,7,pr. / 5 nt.12; 44 nt.266
 4,10,10 / 5 nt.12; **39**
 4,10,14 / 5 nt.12; 44 nt.266; **81**; 82 nt.18; 98 nt.123; 120 nt.249; 134 nt.16; 135 nt.22; 136 nt.30; 138
 nt.41; 138 nt.45; 144 nt.77
 4,15,4 / 5 nt.12; **56 nt.324**; 114 nt.219; 115 nt.223
 4,16,3 / 114 nt.219
 4,18,2,1 / 28 nt.157; 62 nt.363
 4,19,19 / 97 nt.115
 4,32,26 / 45 nt.268
 4,35,10 / 45 nt.268
 4,39,6 / 170 nt.59
 4,39,7 / 108 nt.182; 109 nt.188; 111 nt.203; 115 nt.224
 5,42,3,pr. / 32 nt.186
 5,54,2,1 / 31 nt.181
 5,57,1 / 17 nt.76; 32 nt.183
 5,57,2,pr. / **16**
 5,57,2,2 / **23**; 32 nt.183
 5,75,5 / **32**
 7,32,12,pr. / **98**; 136 nt.31; 155
 7,59 l.un. / **164 nt.16**
 7,73,6 / 56 nt.326
 7,75,1 / 86 nt.43
 7,75,5 / **86**
 8,9,1 / 145 nt.84
 8,13(14) R / 82 nt.16; 84 nt.26; 84 nt.27; 84 nt.28; 105 nt.168; 106 nt.174; 109 nt.186; 122 nt.262; 123
 nt.267; 123 nt.272; 124 nt.280
 8,13(14),2 / **48**; 58 nt.343; 88; **105-107**; **136-137**; 156; 175 nt.91; 175 nt.92; 175 nt.93; 175 nt.94; 300;
 321
 8,13(14),8 / 40 nt.242; 41 nt.252; 82 nt.15; 82 nt.16
 8,13(14),10 / 45 nt.271; **46-47**; 91 nt.71; 194 nt.230
 8,13(14),14 / 4 nt.10; **43-44**; 84 nt.29; 119; 120 nt.249; 120 nt.250; 121 nt.252; 121 nt.254
 8,13(14),15 / 4 nt.11; **44**; 84 nt.29; 122 nt.261; 122 nt.263; 173 nt.76; 179 nt.117
 8,13(14),18 / 38 nt.232
 8,13(14),24 / 5 nt.12; **44-45**; 74 nt.436; 81; 83 nt.25; 84 nt.29; 84 nt.31; 86 nt.46; 86 nt.47; 90 nt.67; 92
 nt.81; 94 nt.95; 96 nt.111; 103 nt.147; 104 nt.162; 120 nt.246; 121 nt.258; 122 nt.262; 122 nt.265;
 123 nt.267; 123 nt.271; 123 nt.273; 125 nt.284
 8,14(15),1 / 56 nt.326; 57 nt.330
 8,14(15),2 / 56 nt.326; 57 nt.330
 8,16(17),4 / 101 nt.137; 108 nt.182; 109 nt.185; 109 nt.186; 109 nt.187; 109 nt.189; 109 nt.191; 109
 nt.192; 109 nt.194; 110 nt.197; 110 nt.198; 110 nt.200; 111 nt.201; 112 nt.208; 113 nt.213; 113
 nt.216; 114 nt.219; 115 nt.222; 115 nt.223; 116 nt.225; 116 nt.226; 116 nt.228; 116 nt.229; 117
 nt.234; 121 nt.259; 170 nt.59
 8,17(18),3(4) / 36 nt.217
 8,17(18),6 / 48 nt.288
 8,17(18),11,1 / 36 nt.217
 8,25(26),10 / 5 nt.12
 8,27(28),3 / 39 nt.236
 8,27(28),4 / **46 nt.276**
 8,27(28),6 / 41 nt.245
 8,27(28),7 / 46 nt.277
 8,27(28),9 / **48 nt.289**; 105 nt.170
 8,27(28),12 / 4 nt.11; 5 nt.12; **42**
 8,27(28),14 / 5 nt.12
 8,27(28),16 / 5 nt.12; 44 nt.266
 8,27(28),17 / 5 nt.12; 42 nt.258

8,29(30),4 / 46 nt.277
 8,31(32),2 / 5 nt.12; 46 nt.266
 8,33(34),3 / 47 nt.282; 61 nt.356
 8,33(34),3,1 / **47 nt.284**
 8,36(37),1 / 73 nt.434
 8,37(38),10 / 26 nt.138
 8,39(40),2(3) / 5 nt.12
 8,39(40),3(4) / 5 nt.12
 8,40(41),2,pr. / 41 nt.254
 8,40(41),2,1 / 19 nt.90
 8,40(41),3,pr. / 5 nt.13; 17 nt.76; 82 nt.17; 84 nt.30
 8,40(41),5 / **17**; 18 nt.84; 23 nt.121
 8,40(41),9 / 41 nt.251
 8,40(41),11,1 / 41 nt.250
 8,40(41),14,1-2 / 41 nt.250
 8,40(41),17 / 41 nt.250
 8,40(41),18 / 41 nt.251
 8,40(41),19 / **4 nt.9**; 17 nt.76; 18 nt.84; 23 nt.121; 27 nt.144; 45 nt.268
 8,40(41),21 / 41 nt.254
 8,40(41),23 / 5 nt.12; **26**
 8,40(41),25 / 41 nt.251
 8,40(41),28 / 7 nt.23; 8 nt.31; **14-17**; 18; 27 nt.144
 8,41(42),3,pr. / 109; 115 nt.224
 10,2,1 / 56 nt.324; 59 nt.348
 10,2,2 / **56 nt.324**
 10,32(31),1 / 86 nt.41
 11,36(35),1,pr. / 29 nt.165
 11,36(35),1,1 / 30 nt.169
 11,36(35),2,pr. / 30 nt.170
 11,36(35),3 / 30 nt.175
 11,36(35),4 / 29 nt.164; 31 nt.176; 31 nt.177
 11,62(61),7 / 58 nt.339

Constituties

Cordi, 4 / 3 nt.5
 Deo auctore / 15 nt.63
 Summa / 15 nt.63
 Tanta / *Δέδωκεν* / 15 nt.63

Digesten

2,4,17 / 64 nt.376
 2,8,8,4 / 32 nt.187
 2,14,42 / 54 nt.315
 3,2,1 / 25 nt.127
 4,7,1,pr. / 73 nt.429; 73 nt.431
 4,7,1,4 / 73 nt.429
 4,7,8,2 / 73 nt.434
 6,3,1,pr. / 56 nt.325
 12,1,42,pr. / 21 nt.102; 23 nt.112
 13,5,1,6 / 28 nt.157
 13,5,5,3 / 28 nt.156
 13,5,14,3 / 28 nt.152
 13,5,16,2 / 29 nt.159
 13,5,18,3 / 28 nt.154; 29 nt.161
 13,5,21,1 / 29 nt.158

13,5,28 / 28 nt.155
 13,7,1,pr. / 35 nt.206
 13,7,1,1 / 35 nt.210
 13,7,4 / 46 nt.277; 46 nt.278
 13,7,8,2 / 41 nt.246
 13,7,9,2 / 106 nt.179
 13,7,11,pr.-1 / 40 nt.242
 13,7,18,pr. / 108 nt.182; 133 nt.9
 13,7,37 / 35 nt.209
 14,4,9,1 / 173 nt.78
 14,5,7 / 26 nt.139
 17,1,2,pr. / 20 nt.95
 17,1,2,6 / 20 nt.95
 17,1,12,14 / 28 nt.151
 17,1,22,2 / **19**
 17,1,27,5 / 26 nt.142; 27 nt.145
 17,1,56,pr. / 27 nt.148
 17,1,59,3 / 28 nt.150
 17,1,60,pr. / 27 nt.148
 20,1,4 / 35 nt.207; 35 nt.213
 20,1,5,1 / **35**
 20,1,5,2 / 34 nt.201
 20,1,6-8 / 49 nt.292
 20,1,10 / 36 nt.217
 20,1,13,2 / 108 nt.182; 109 nt.185; 109 nt.191; 110
 20,1,13,4 / **39**
 20,1,15,1 / 105 nt.167
 20,1,17 / 38 nt.232
 20,1,19 / 41 nt.246; 112 nt.210
 20,1,34,1 / 35 nt.203
 20,1,34,2 / 36 nt.215
 20,4,2 / 36 nt.217; 48 nt.287; 48 nt.288; 48 nt.289; 106 nt.171
 20,4,7,1 / 36 nt.217
 20,4,19 / 45 nt.271
 20,4,21,1 / 57 nt.329
 20,5,7,2 / **42 nt.257; 101 nt.139**
 20,5,8 / **40**; 105 nt.170; 112 nt.210
 20,5,9,1 / 39 nt.236
 20,6,12,1 / 38 nt.232
 24,3,24 / 94 nt.97; 97 nt.118
 26,2,17,pr. / 32 nt.186
 26,7,18,1 / 31 nt.181
 26,7,39,11 / 31 nt.181
 26,7,55,pr. / 31 nt.180
 27,3,1,15 / 31 nt.181
 27,7,4,3 / 32 nt.188
 27,7,7 / 20 nt.97; 23 nt.113; 32 nt.184
 27,8,1,pr. / 30 nt.172; 33 nt.191
 27,8,1,4 / 33 nt.191
 27,8,2 / 32 nt.189
 30,8,1 / 15 nt.64; 104 nt.156
 30,82,5 / 115 nt.224
 33,2,28 / 54 nt.315
 39,4,7,pr. / **54 nt.316**; 54 nt.317; 55 nt.322
 42,1,15,2 / 51 nt.302; 111 nt.203; 96 nt.111

- 42,1,15,4 / 51 nt.306; 111 nt.205
42,1,15,5 / 51 nt.298
42,1,15,8 / 51 nt.297; 111 nt.204; 112 nt.209
42,1,15,9 / 51 nt.305; 111 nt.205
42,1,15,11-12 / 51 nt.306
42,1,31 / 51 nt.297
44,1,3 / 97 nt.114
44,4,4,28 / 122 nt.265
44,7,1,6 / 35 nt.208
45,1,5,2 / 13 nt.55
45,1,75,6 / 13 nt.55; 22 nt.107
45,1,116 / **20**; 23 nt.112; 94 nt.92
45,2,3,1 / 104 nt.156
46,1,8,1-6 / 26 nt.140
46,1,11,pr. / 19 nt.85
46,1,13 / 26 nt.141; 26 nt.142
46,1,16,6 / 21 nt.100
46,1,49,2 / 64 nt.375
46,1,51,3 / 28 nt.150; 41 nt.250; 88 nt.55
46,1,55 / 23 nt.117
46,1,60 / 15 nt.66
46,1,62 / 24 nt.122
46,1,63 / 23 nt.117; 41 nt.253
46,1,68,1 / **59**
46,2,6,pr. / 22 nt.107; 23 nt.113
46,3,21 / 21 nt.102; 22 nt.104; 23 nt.112
46,3,95,10 / 26 nt.141
47,10,19 / **24**
47,20,3,1 / 43 nt.260
49,14,3,8 / 56 nt.324
49,14,21 / 57 nt.328
49,14,28 / 57 nt.330
49,14,36 / 55 nt.322
49,14,45,pr. / 57 nt.328
49,14,45,9 / 55 nt.320
49,14,46,3 / 57 nt.330
49,14,47,pr. / 45 nt.271; **52-59**; **105**; 118 nt.239; 121 nt.252; 144 nt.82; 146 nt.95; 149 nt.111; 281
nt.315; 346 nt.209
50,1,2,pr. / 31 nt.176
50,1,2,1 / 30 nt.167
50,1,11,pr. / 30 nt.166; 30 nt.170
50,1,11,1 / 29 nt.164; 30 nt.175; 31 nt.176
50,1,13 / 30 nt.168; **31**
50,1,17,15 / 30 nt.172
50,1,25 / 29 nt.165
50,1,38,6 / 30 nt.171
50,8,4(3) / 29 nt.165
50,8,5(3),3(4) / 30 nt.173
50,15,5,pr. / **54**
50,15,5,2 / 54 nt.317; **55**
50,16,150 / **22**
50,17,25 / 34 nt.199

Edicten

7 / 71

7,2,1 / 71 nt.420

7,3 / 71 nt.420

7,4 / **64 nt.380**; 65 nt.383; **71 nt.421**; 72 nt.422; 373*Instituten*

1,20,pr.-4 / 32 nt.185

1,20,5 / 32 nt.186

1,24,pr. / 32 nt.186

1,24,2 / 33 nt.191

1,24,4 / 32 nt.187

2,8,1 / 47 nt.283

3,14,4 / 35 nt.208

3,20,5 / 19 nt.90

3,21,5 / 23 nt.116

3,26,2 / 20 nt.97

4,6,7 / 35 nt.214

4,14,4 / 15 nt.64

*Novellen (zie ook: Authenticum)*4 / **3-6**; 16 nt.68; 17 nt.75; 43; 49-50; 52; 57 nt.333; 59; **60-61**; 63 nt.370; **64-65**; 67-72; 79-80; 83; 85; 88; 117; 119; 121; 127; 131-132; 152; 158; 186; 194; 300; 365; 372-3734,1 / 3; 6 nt.21; **12**; 17 nt.74; 26 nt.137; 33-34; **61-64**; 67 nt.398; 69; 73 nt.436; 81 nt.13; **83**; 139; 183; 1864,2 / 6; 46; **62 nt.364**; 64 nt.378; 64 nt.380; **65-67**; 73-74; 79; **81**; **83**; **102 nt.145**; 103 nt.153; 107; 114; 116; **117-121**; 122 nt.264; 124; 132; 134; 139-142; 144; 146-151; 153; 174; 180; 3004,3,1 / **68**; 69

17 / 60 nt.354

99 / **72**; 89 nt.61; 104 nt.158

112 / 72; 153

112,1 / **72-74**; 80; **117-119**; 120-125; 148-149; 153-154; 174; 176 nt.98; 373; 375

136 / 68-69; 70 nt.413; 72 nt.424

136,pr. / 62 nt.366; **68 nt.399**136,1 / 65 nt.384; **69-71**; 223 nt.1; 373

136,5,pr. / 71 nt.420

C Na-Justiniaanse bronnen*Basilica Textus*

1258-1259 / 72 nt.424

1313-1314 / 75 nt.442

Basilica Scholia

1709, 20-26 / 70 nt.412

1709, 27-28 / 70 nt.410

1709, 29 – 1710, 10 / 71 nt.416

Athanasius, Syntagma

5,P,16 / 67 nt.395

15,1,1 / 63 nt.367; 64

15,1,2 / 67 nt.394

15,2 / 72 nt.424

15,3,1 / 71 nt.416

Julianus, Epitome

3,1 / **62; 64**; 67 nt.394; **68**
 92(93),1 / 72
 105(106),1 / 74 nt.439; 75 nt.442
 118(119),1 / **70 nt.412**

Theodorus, Breviarium

4,1 / 63 nt.367; 64
 4,2 / 67 nt.397
 4,3 / **66 nt.391**; 67 nt.398
 99,1 / 72
 112,4 / 75 nt.444
 112,5 / 74 nt.439
 136,1 / 63 nt.367

Theophilus, Paraphrasis

26,2 / 20 nt.96

2 GEMEEN RECHT TOT 1800

A Authenticae

‘sed hodie’ bij C. 4,10,14 / **81; 83**; 94 nt.97; 96 nt.108; 102; 103 nt.151; 113; 120 nt.244; 122 nt.265; 123 nt.267; 123 nt.274; 141 nt.61
 ‘hoc ita si debitor’ bij C. 8,13(14),14 / 84 nt.31; 84 nt.32; 85 nt.34; 85 nt.36; 87 nt.54; 89 nt.62; 104 nt.157; 113 nt.215; **119-121**; 123 nt.270
 ‘hoc si debitor’ bij C. 8,13(14),24 / **81-83**; 85; 86 nt.44; 86 nt.47; 90 nt.63; 90 nt.64; 91 nt.68; 92 nt.76; 92 nt.80; 93 nt.83; 93 nt.84; 93 nt.86; 94 nt.94; 94 nt.96; 97 nt.114; 99 nt.126; 101 nt.138; 102; 104; 110; 114; 119 nt.241; 120 nt.244; 120 nt.245; 120 nt.248; 120 nt.249; 121 nt.252; 121 nt.253; 121 nt.254; 121 nt.256; 121 nt.259; 122 nt.260; 122 nt.264; 123 nt.266; 123 nt.267; 123 nt.270; 123 nt.273; 123 nt.274; 124 nt.276; 124 nt.277; 125 nt.282; 125 nt.283; 138 nt.42; 140 nt.55; 141 nt.62; 146 nt.95; 155 nt.149; 173 nt.81; 179 nt.117; 183 nt.150
 ‘litigiosa res est’ bij C. 8,36(37),1 / 123 nt.269
 ‘praesente’ bij C. 8,40(41),3 / 82 nt.17; **83**; 88 nt.55; 91 nt.73; 93 nt.83; 96 nt.105; 97 nt.115; 139 nt.51; 183 nt.150; 185 nt.161; 185 nt.164

B Authenticum (collationes)

1,4 (Nov. 4) / 80-81; 82 nt.16; **83; 85**; 87-88; 91; 93 nt.82; 96; 97 nt.113; 97 nt.117; 101-102; 103 nt.150; 104; 116; 123; 124 nt.277; 125
 1,4 § legem antiquam (Nov. 4,pr.) / 88 nt.55; 97 nt.113
 1,4 § si quis (Nov. 4,1) / **83; 87; 91**; 94; **102**
 1,4 § sed neque (Nov. 4,2) / 81; **83**; 84 nt.29; 86 nt.45; **87; 89**; 90; **92**; 93 nt.83; 96 nt.105; 96 nt.109; 97 nt.111; 97 nt.114; 97 nt.116; **98**; 101 nt.136; 101 nt.137; **102-103**; 104 nt.157; 104 nt.158; 105; 107; 109 nt.195; 114; 116 nt.229; 119 nt.241; 120 nt.244; 120 nt.247; 121 nt.251; 121 nt.252; 121 nt.254; 121 nt.258; 121 nt.259; 122 nt.262; 122 nt.265; 123 nt.267; 123 nt.273; 125 nt.284
 7,9 (Nov. 99) / 89 nt.61; 104 nt.156
 8,8 § ab hoc autem (Nov. 112,1) / **120-125**
 8,8 § si autem (Nov. 112,1) / **118-119**; 120; 121 nt.251; 121 nt.252; 122-125

C Gewoonterecht

België

Mechelen / 169 nt.52
 Vlaanderen / 140 nt.56

Frankrijk

Anjou / 169
 Bourgondië / 169 nt.49
 Bretagne / 169
 Maine / 169
 Normandië / 169
 Orléans / 169
 Orléans art. 436 / **178**
 Parijs / 186 nt.171
 Parijs art. 99 / 177
 Parijs art. 100 / 176 nt.100
 Parijs art. 101 / **177; 178 nt.111**
 Parijs art. 170 / 169; 204

Republiek

Amsterdam / 143
 Den Bosch / 141
 Friesland / 136; 151-156; 158; 225; 375
 Gelderland / 137 nt.37; 139 nt.49; 142 nt.71; 158
 Holland / 132; 138; 140; 143; 145; 148 nt.105
 Leiden (1483) art. 71 / 144
 Oudewater / 144
 Rijnland art. 48-50, 58 / 135
 Utrecht / 140 nt.56; 141; 142 nt.71

D Ordonnanties*Frankrijk*

Code Savary 1673 / 170 nt.55
 Edict 1673 / 188
 Moulins (1566) art. 53 / 172 nt.74
 Moulins (1566) art. 54 / 165
 Ordonnantie 1539 / 173 nt.78

Friesland

Friesland, Landsord. / 151

Holland

Octrooi 8 maart 1594 / 138 nt.44; **143**
 Octrooi 30 jan. 1608 / 143 nt.74
 Plakkaat 1529 / 145
 Plakkaat 21 feb. 1564 / **139-140**; 141-142; 144; **145**; 149-150; 194; 227; 243
 Plakkaat 28 jan. 1590 / 139 nt.48; 145 nt.87
 Plakkaat 5 feb. 1665 / 145 nt.86
 Pol. Ord. 1580, art. 35 / **137-138**; 143-144; **145 nt.88**; 146
 Pol. Ord. 1580, art. 36 / 134 nt.20; **142**; 145-147; 149-151; 153-154; 239; 376

3 NATIONALE RECHTSBRONNEN VANAF 1800**A België**

2042 BBW / 203 nt.288
 96 Hw / 218 nt.376
 99 Hw / 218 nt.376
 106 Hw / 218 nt.376
 110 Hw / 218 nt.376

B Duitsland

1230 BGB / XXIII
349 HGB / 202 nt.283

C Frankrijk

Droit intermédiaire

9 messidor III / **188-189**; 204 nt.297
11 brumaire VII / 161; **190-191**; 204 nt.298; 217 nt.376

Code civil – oud (nieuw)

711 (711) / 205
1221-1 (1221-1) / 209
2021 (2298) / 161 nt.4; **194**; 201; 273 nt.231
2022 (2299) / 161 nt.4; **195**; 208; 271
2023 (2300) / 95; 161 nt.4; 196; 200; 211 nt.340; 310 nt.75
2023-1 (2300-1) / 161 nt.4; **196**
2023-2 (2300-2) / 161 nt.4; 197; **198**; 259 nt.187
2024 (2301) / 161 nt.4; 201
2037 (2314) / 199 nt.259
2042 (2319) / 183 nt.150; 203
2043 (2320) / 203
2076 / 204
2077 / 211
2082 / 205
2093 (2285) / **163**
2101 (2331) / 192
2114 (2393) / 218
2118 (2397) / 204
2119 (2398) / **204**
2121 / 206-207
2129 (2418) / 191
2135 / 191
2166 (2461) / 203; 207
2167 (2462) / 203-204
2168 (2463) / 203
2169 (2464) / 203; 208; 247 nt.132
2170 (2465) / 95; 161; 184 nt.153; **193**; 203-205; 208-210; 212; 217; 220; 234; **236**; 237; 243; 246; 248;
250; 254; 256-257; 259; 277 nt.297; 296; 310 nt.75
2171 (2466) / 161; **192**; 204; 206-207; 212-213; 234; 237; 250
2181 e.v. (2476 e.v.) / 203 nt.289
2206 (2197) / 173 nt.78
2209 (2192-2) / 203
2279-1 (2276-1) / 205
2279-2 (2276-2) / 205
(2336) / 205
(2337) / 205

Code de la consommation

L 313-8 / 202 nt.286
L 341-3 / 202 nt.286

Code de procédure civile

Art. 74 / 195 nt.237
Art. 108 / 195 nt.237

Loi Madelin
47-2 / 202 nt.286

D Italië

1944 Cod.civ. / 349

E Nederland

Ontwerpen en wetgeving tot 1838
Staatsregeling 1798 / 225
Commissie van Twaalf / 226-228; 230; 243-244
Van der Linden / 228-230; 244-245
WNH / 229-230; 244-245
Kemper (1816) / 230; **231**
Kemper (1820) / **232**; 245
Wetboek 1830 / 233-235; 246 nt.126; 246 nt.127

Oud Burgerlijk Wetboek

1196 / 279
1198-1 / 278 nt.304
1198-2 / 278 nt.300
1198-3 / 278 nt.301; 279 nt.305; 279 nt.307
1198-4 / 279 nt.306
1198-5 / 278 nt.301; 279 nt.307; 280
1201 / 279
1206 / 278
1209 / **285**
1210 / 278 nt.300
1213 / 278 nt.300
1223-2 / 248 nt.134
1242 e.v. / 236
1242 / **247**; **285**
1243 / **247**
1244 / 95; 158; 220; 224; **236**; 237-241; 243; 246-260; 263; 275; 278; 280-291; 296-297; 298 nt.15; 309;
365 nt.327
1245 / **241**; 250; 253; **261-264**; 285; 287
1246 / **242**; 248; 251 nt.147; 254 nt.165
1247 / 288 nt.359
1248 / 248
1249 / 248
1250 / 250
1251 / 286 nt.348
1252 / 248; 251; 263
1254 / 287 nt.352
1296 / 252 nt.153
1438-3 / 251 nt.147
1439 / 362
1857 / **266-267**
1868 e.v. / 257 nt.179
1868 / **246**; **266-267**
1869 / 246; 266; 270; 275 nt.289
1870 / 246; 255; 266; 270; **271**; 272
1871 / 95; 258-259; **259 nt.187**; 271; 275; 366 nt.327
1871-1 / 246

1871-2 / 246; 271
1872 / 246; 258-259; 272
1884 / 269
1884-2 / 270 nt.254
1885 / 273; 277
2014-1 / 278 nt.304; 279 nt.306; 282
2014-2 / 279 nt.306; 279 nt.307

Burgerlijk Wetboek

1:95 / 308
1:96-1 / 308-309; 334 nt.164; 348
1:96-2 / 308
3:3 / 161 nt.3
3:13 / 302; 311; 324 nt.132; 343; 364
3:13-2 / 312; 324; 358
3:24 / 319
3:25 / 319
3:26 / 319
3:86-2 / 304 nt.49; 317; 318
3:86-3-b / 316 nt.105
3:88-1 / 316; 318
3:90-2 / 304 nt.49; 317 nt.107
3:95 / 318 nt.112
3:115-c / 317 nt.107
3:170-1 / 339
3:171 / 339
3:175-1 / 339
3:178-3 / 340 nt.184
3:180-1 / 340 nt.184
3:189-2 / 340
3:190-1 / 340
3:190-2 / 340
3:230 / 299; 324; 357
3:231-1 / 314
3:234 / XXII; 3; 107; 224-225; 261; 264; 276; 283; 291; 295-296; 297 nt.14; 301-302; 307; **308**; 309-312;
313 nt.89; 315-316; 321; 323 nt.132; 344; 346-347; 356; 359; 362 nt.310; 365; 378-379
3:234-1 / 95 nt.104; 297; 303; 307; **308**; 309; 313; 324; 333; 343; 348
3:234-2 / 253; 298; 300; 305-306; **308**; 309; 313; 320-321; 323; 330; 333; 338; 342; 345; 364; 378
3:234-3 / 295; 297; 302 nt.38; 306 nt.58; 307; **308**; 312; 325; 331
3:236-1 / 317 nt.107
3:237 / 304; 317
3:238-1 / 316
3:238-2 / 298 nt.16; 320
3:238-3 / 316 nt.105
3:239-4 / 316
3:242 / **345**
3:246-1 / 342 nt.189
3:246-3 / 342 nt.189
3:246-5 / 328; 341-342
3:248-1 / 315; 326; 341; 356
3:248-3 / 320
3:249-1 / 34 nt.201; 326
3:250-1 / 307
3:251-1 / 307
3:252 / 326

3:253-1 / 328
 3:254 / 264 nt.217; 303; 306-307; **329-330**
 3:254-3 / 329
 3:255-1 / 307; **328**; 342
 3:255-2 / 328
 3:262 / 320
 3:268-1 / 307; 315; 326; 356
 3:268-2 / 307
 3:273-1 / 320; 332
 3:276 / 163; 322; 357; 363
 3:277-1 / 322
 3:279 / 322; 346
 3:282 / 298 nt.20
 3:284 / 322
 3:285 / 322
 3:291-2 / 323-324
 6:12-1 / 361
 6:13-1 / 352
 6:40-c / 264 nt.215
 6:60 / 327 nt.144
 6:62 / 327 nt.144
 6:73 / 327 nt.144
 6:80-1 / 354; 356
 6:83 / 354
 6:139 / 276; 314; 360 nt.285
 6:142-1 / 327
 6:150-a / 314; 326; 365
 6:150-b / 326; 365
 6:150-c / 300; 314; 326; 365
 6:151-2 / 326 nt.143; 366
 6:152-1 / 326 nt.143; 366
 6:154 / 277; 314; 363-364
 6:157-2 / 319 nt.118
 7:3 / 322 nt.126
 7:15-1 / 319
 7:855 / 3; 350-351; 353-354
 7:855-1 / XXII; 216; 265; 267-268; **350**; 351; 353-355; 358; 378
 7:855-2 / 352-353; 355 nt.264
 7:856-1 / 355
 7:857 / 355
 7:862-a / 267 nt.229; 355
 7:865 / 359
 7:866-1 / 361
 7:869 / 352; 366
 8:207-2 / 305
 8:797-2 / 305
 8:1314 / 305

Burgerlijke Rechtsvordering

141-2 (oud) / 270 nt.258
 262 / 302 nt.38
 279-1 / 331
 435-1 / 321 nt.125; 357
 438a / 302 nt.38
 453a-1 / 323 nt.130

453a-2 / 322
493 (oud) / 247 nt.131
496 / 304
497 / 308
497-3 / 308-311; 334 nt.164; 348
502 (oud) / 247 nt.131
505-2 / 323 nt.130
515-1 / 327
515-2 / 327
516-1 / 327
519 / 307
520 / **328-329**
520-3 / 329
521 / 312 nt.87; 358
526-2 / 332
527 / **331**
544-1 / 327
544-3 / **330**
546 / 307; 331-332
547-1 / 327
548-1 / 327
730 / 322 nt.126
736-3 / 308; 311; 334 nt.164; 348

Faillissementswet

33-2 / 347
57-3 / 348
230-1 / 270 nt.254
241 / 270 nt.254

Invorderingswet

21-1 / 346-347
21-2 / 346-347
22-3 / 346
31-3 / 346

Leidraad Invordering 2008

14.1.4 / 346-347
21.3 / 347
22.1 / 346
22.4 / 347
22.5 / 347
22.8.10 / 346

Overgangswet NBW

220-1 / 265; 351

Rechterlijke Organisatie

79-1-b / 347 nt.212

F Zwitserland

496 OR / 349 nt.224; 350 nt.230

Jurisprudentieregister

1 REPUBLIEK

Bynkershoek, obs. tum.

II, 1177 / 146 nt.91; 147 nt.100

II, 1276 / 138 nt.42; 141 nt.66

II, 1879 / 144 nt.77

III, 2242 / 140 nt.54

III, 2350 / 141 nt.64

III, 2393 / 147 nt.100

III, 2574 / 135 nt.23

IV, 3051 / 134 nt.19

Duyck, decisien

196 / 144 nt.80

325 / 140 nt.54

Neostadius, decisiones

4 / **140-141**

16 / 143 nt.72

28 / 141 nt.64

29 / 141 nt.64

30 / 145 nt.86

Pauw, obs. tum. novae

I, 187 / 134 nt.19; 137 nt.37; 138 nt.44

I, 279 / **149-150**

I, 293 / **149-150**

I, 331 / **149-150**

I, 342 / **149-150**

I, 359 / **153**

I, 382 / 134 nt.17

I, 427 / 134 nt.17; 134 nt.21; 135 nt.26; 138 nt.43; 145 nt.84; 147 nt.96; 147 nt.98; **149-151**

II, 574 / 138 nt.43; 143 nt.75; 144 nt.76

II, 986 / 147 nt.100

III, 1196 / 147 nt.100

III, 1249 / 133 nt.15

III, 1321 / 138 nt.44

III, 1383 / 134 nt.17

III, 1698 / 142 nt.70

III, 1756 / 147 nt.100

Van de Sande, decisiones

1,7,2 / 139 nt.53; 154 nt.143

3,12,24 / **157**

3,12,25 / 157 nt.157

3,12,26 / 156 nt.153

2 FRANKRIJK

Cour de cassation

Req., 23 februari 1806, S.1820.1.454 / 195 nt.231; 210 nt.332
 Civ. 21 maart 1827, D.1827.1.182; S.1827.1.354 / 200 nt.271
 Civ. 31 maart 1851, D.1851.1.65 / 205 nt.300
 Civ., 21 december 1897, S.1901.1.349 / 198 nt.255
 Req., 8 december 1903, S.1904.1.161; D.1904.1.193 / 183 nt.146
 Com., 28 april 1966, *Bull.civ. III*, nr. 209 / 202 nt.283
 Civ. I, 25 mei 1966, *Bull.civ. I*, nr. 326 / 198 nt.254; 198 nt.257
 Com., 17 maart 1969, *Bull.civ. IV*, nr. 96 / 198 nt.255
 Civ. I, 21 juni 1978, *Bull.civ. I*, nr. 236; D.1978.423 / 212 nt.351
 Civ. I, 6 maart 1979, *Bull.civ. I*, nr. 78 / 212 nt.346
 Com., 10 november 1981, *Bull.civ. IV*, nr. 388; D.1982.129 / 199 nt.262
 Civ. II, 24 mei 1989, *Bull.civ. II*, nr. 117 / 212 nt.348
 Com., 27 oktober 1998, *Bull.civ. IV*, nr. 260 / 212 nt.350
 Civ. I, 4 mei 1999, *Bull.civ. I*, nr. 144 / 212 nt.349
 Ch.Mixte, 2 december 2005, *Bull.ch.mixte*, nr. 7; D.2006.729 / 212 nt.350

Cour d'appel

Bordeaux 6 augustus 1833, S.1834.2.51 / 200 nt.270; 210 nt.330
 Toulouse, 30 april 1836, S.1837.2.23 / 197 nt.248
 Toulouse, 19 maart 1838, S.1838.2.458 / 183 nt.146
 Angers, 10 maart 1841, S.1841.2.187 / 183 nt.146
 Grenoble, 10 januari 1870, S.1872.2.307 / 206 nt.308
 Toulouse, 19 augustus 1880, S.1881.2.121 / 209 nt.326
 Parijs, 5 februari 1892, D.1892.2.497 / 198 nt.256
 Parijs 12 januari 1895, D.1896.2.57 / 205 nt.300

3 NEDERLAND

Hoge Raad

HR 29 november 1844, W. 565 / 267; 268 nt.241; 268 nt.244
 HR 2 mei 1890, W. 5871 / 269 nt.251
 HR 21 februari 1913, W. 9492; NJ 1913, 577 / 269 nt.251
 HR 25 januari 1929, W. 11951; NJ 1929, p.616 (Bierbrouwerij) / 282 nt.317
 HR 21 juni 1929, W. 12010; NJ 1929, p.1096 (Autobussen) / 282 nt.317
 HR 1 november 1929, NJ 1929, p.1745 nt. PS (Proehl & Gutmann/Schöck) / 279 nt.304
 HR 9 januari 1930, W. 12089 / 273 nt.280; 277 nt.295
 HR 9 januari 1931, W. 12256 nt. SB; NJ 1931, 378 nt. EMM / 267 nt.236; 268 nt.241
 HR 22 november 1940, NJ 1941, 728 nt. PS (Grondcrediet/Göppinger) / 242 nt.109; 251 nt.147
 HR 16 januari 1941, NJ 1941, 508 nt. PS / 273
 HR 24 juni 1960, NJ 1960, 453 / 263 nt.214
 HR 13 januari 1961, NJ 1961, 364 / 273 nt.274
 HR 29 september 1961, NJ 1962, 14; AA 11, 1962, p.104 / 282 nt.320
 HR 13 maart 1964, NJ 1964, 188; AA 14, 1964, p.17 nt. G / 273 nt.274; 273 nt.276; 353 nt.252
 HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274; AA 1968, p.144 (Teixeira de Mattos) / 280 nt.310
 HR 14 april 1972, NJ 1972, 295 nt. GJS (De Zaan/Intercoal II) / 252 nt.154; 273 nt.80; 277 nt.298
 HR 11 januari 1974, NJ 1974, 179 / 273 nt.276; 273 nt.277
 HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338; AA 1978, p.512 (Nieuwe Matex) / 280 nt.310
 HR 20 november 1981, NJ 1982, 469 nt. CJHB / 242 nt.110
 HR 7 mei 1982, NJ 1983, 493 nt. CJHB / 274 nt.281
 HR 6 januari 1989, NJ 1989, 281 / 273 nt.275
 HR 9 juni 1989, NJ 1990, 236 nt. CJHB / 277
 HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 nt. CJHB / 273 nt.275

HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 463 (Heidenreich / Alcredis) / 224; **275-276**; 278; 291; 334 nt.169; 336 nt.173; 337 nt.180; 348; 356; 359; 361; 382
HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 462 (Nijverdalen ten Cate / Wildervank q.q.) / 275 nt.286
HR 20 september 1996, *NJ* 1996, 748 / 352 nt.246
HR 26 juni 1998, *RvdW* 1998, 142; *JOR* 1998, 126 (Aerts q.q. / ABN AMRO; Rijkkaart) / 253 nt.158; 298 nt.15; 333 nt.164; **347**
conclusie A-G Hartkamp bij HR 26 juni 1998, *JOR* 1998, 81 / 253; 298 nt.15; 298 nt.18; 347 nt.217
HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 380 nt. PAS / 352 nt.246
HR (belasting) 14 juni 2000, *LJN* AA6201 / 360 nt.294
HR 11 maart 2005, *NJ* 2006, 362 nt. HJS (Rabobank / erven Hengstmengel) / 344 nt.204
HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 175 / 351 nt.242
HR 19 juni 2009, *LJN* BI1134 / 354 nt.259

Hof

Hof Noord-Brabant, 16 april 1844, *W.* 509 / 267; 268 nt.241
Hof Zuid-Holland 21 december 1853, *W.* 1500 / 267 nt.234; 268 nt.241
Hof Amsterdam, 30 november 1883, *W.* 5020 / **250**
Hof Amsterdam, 25 mei 1888, *W.* 5590 / 278 nt.272
Hof Leeuwarden, 25 september 1889, *W.* 5822 / 269 nt.251
Hof Den Bosch, 13 mei 1890, *W.* 5929 / 268 nt.240
Hof Den Haag, 17 november 1890, *W.* 5952 / 268 nt.241
Hof Amsterdam, 9 december 1892, *Regtskundig blad voor het notarisambt* 759, 1893 / **273 nt.279**
Hof Amsterdam, 18 januari 1895, *W.* 6664 / 268 nt.241
Hof Den Haag 27 januari 1896, *W.* 6839 / 267 nt.234; 268 nt.241
Hof Den Bosch, 3 februari 1903, *W.* 7874 / 267 nt.236; 268 nt.241
Hof Den Haag, 23 maart 1903, *W.* 7945 / 267 nt.231; 268 nt.241
Hof Arnhem, 6 januari 1914, *NJ* 1914, 177 / 270 nt.259
Hof Den Haag 23 april 1917, *W.* 10169; *NJ* 1917, 1143 / 269 nt.251
Hof Arnhem, 4 juni 1918, *W.* 10303; *NJ* 1918, 1008 / 251
Hof Den Haag, 21 december 1922, *W.* 11112 (Oprel / Derkenne) / **251-252**
Hof Den Haag 1 februari 1929, *W.* 11990 / 269 nt.251
Hof Amsterdam, 5 december 1929, *W.* 12164 / 268 nt.238
Hof Den Haag 16 juni 1930, *NJ* 1930, 1559 / 269 nt.251
Hof Amsterdam, 24 november 1932, *W.* 12593 / 269 nt.251
Hof Amsterdam, 28 april 1937, *NJ* 1937, 937 / 274 nt.283
Hof Den Haag, 3 januari 1941, *NJ* 1941, 451 / 271 nt.263
Hof Den Bosch, 16 november 1983, *NJ* 1984, 452 / 273 nt.277
Hof Den Bosch, 1 november 1984, *NJ* 1985, 438 / 274 nt.281
Hof Leeuwarden, 13 mei 1992, *S&S* 1993, 18 / 364 nt.322
Hof Den Bosch, 3 oktober 1994, *NJ* 1995, 357 / 361 nt.302
Hof Arnhem, 19 augustus 1997, *JOR* 1997, 121 nt. Van Hees / 347 nt.216
Hof Den Haag, 19 december 2000, *JOR* 2001, 45 / 352 nt.248
Hof Den Haag, 7 september 2004, *JOR* 2005, 15 / 355 nt.265
Hof Den Bosch, 27 juni 2006, *LJN* AY9606 / 354 nt.258
Hof Arnhem, 22 augustus 2006, *JAAN* 2007, 145 / 353 nt.257
Hof Arnhem, 30 januari 2007, *LJN* AZ9813 / 354 nt.258
Hof Amsterdam, 15 maart 2007, *JOR* 2008, 2 / 354 nt.260
Hof Den Bosch, 11 maart 2008, *JOR* 2008, 214 nt. Steneker / 364 nt.320
Hof Amsterdam, 5 juni 2008, *JOR* 2009, 51 nt. Steneker / 352 nt.248; 361-364

Rechtbank

Rb. Den Bosch, 17 november 1843, *W.* 474 / 267 nt.232; 268 nt.241
Rb. Maastricht, 31 oktober 1844, *W.* 560 / 270 nt.260; 271 nt.263
Rb. Amersfoort, 6 april 1853, *W.* 1480 / 271 nt.263
Rb. Den Haag, 23 februari 1858, *W.* 1985 / 268 nt.241

- Rb. Groningen, 10 juni 1881, *W.* 4713 / 267 nt.237
Rb. Amsterdam, 11 september 1883, *W.* 5006 / **250**; 257 nt.178
Rb. Winschoten, 13 juli 1887, *W.* 5593 / 272 nt.271
Rb. Amsterdam, 19 april 1889, *PvJ* 83, 1889 / 268 nt.241
Rb. Amsterdam, 25 juni 1889, *W.* 5777 / 268 nt.241
Rb. Assen, 5 januari 1891, *W.* 6218 / 267 nt.233; 268 nt.241
Rb. Amsterdam, 28 mei 1891, *PvJ* 78, 1891 / 268 nt.241
Rb. Utrecht, 11 november 1891, *Regtskundig blad voor het notarisambt* 730, 1892 / 273 nt.279
Rb. Alkmaar, 10 maart 1892, *W.* 6164 / 268 nt.241
Rb. Rotterdam, 4 februari 1895, *W.* 6669 / 267 nt.235; 268 nt.241
Rb. Amsterdam, 10 juni 1903, *W.* 8042 / 268 nt.241
Rb. Amsterdam, 18 januari 1907, *W.* 8667 / 268 nt.241; 271 nt.263
Rb. Amsterdam, 11 maart 1908, *W.* 8828 / 268 nt.241
Rb. Arnhem, 1 februari 1917, *NJ* 1917, 893 / 251
Rb. Rotterdam, 13 februari 1922, *W.* 10880 (Derkenne/Oprel) / **251-252**
Rb. Dordrecht (KG), 6 juli 1922, *NJ* 1923, 615 / 254 nt.164
Rb. Dordrecht, 14 november 1923, *W.* 11160 / 254
Rb. Groningen, 20 februari 1925, *W.* 11484 / 269 nt.251
Rb. Rotterdam, 11 februari 1926, *W.* 11532 / 269 nt.251
Rb. Amsterdam, 22 februari 1926, *NJ* 1926, 1320 / 272 nt.271
Rb. Breda, 15 maart 1927, *NJ* 1927, 1327 / 269 nt.251
Rb. Den Bosch, 20 mei 1927, *W.* 11876; *NJ* 1929, 25 / 269 nt.251
Rb. Den Haag, 5 juni 1929, *NJ* 1929, 1297 (Steins) / **280**; 281
Rb. Amsterdam, 30 januari 1931, *NJ* 1932, 568 / 267 nt.237
Rb. Amsterdam, 8 januari 1932, *W.* 12443 / 267 nt.237
Rb. Utrecht, 30 oktober 1935, *NJ* 1937, 555 / 267 nt.237
Rb. Rotterdam, 10 januari 1939, *NJ* 1939, 957 / 271 nt.263
Rb. Amsterdam, 18 december 1945, *NJ* 1946, 757 / 269 nt.251
Rb. Zwolle, 4 februari 1953, *NJ* 1954, 167 / 274-275
Rb. Zutphen (KG), 21 maart 1983, *KG* 1983, 161 / 282 nt.323; **358**
Roermond (KG), 22 maart 1985, *KG* 1985, 123 / 358 nt.278
Rb. Groningen, 24 april 1987, *S&S* 1900, 78 / 364 nt.322
Rb. Zutphen (KG), 14 maart 1990, *KG* 1990, 163 / 274 nt.283; 298 nt.15; 364 nt.323
Rb. Amsterdam (KG), 27 mei 1992, *KG* 1992, 258 / 364 nt.321
Rb. Arnhem, 7 november 1996, *JOR* 1997, 10 nt. Kortmann / 347 nt.216; 347 nt.217
Rb. Rotterdam, 8 april 1999, *JOR* 1999, 111 / 354 nt.258
Rb. Utrecht, 4 oktober 2000, *JOR* 2000, 220 / 355 nt.265
Rb. Rotterdam, 17 mei 2001, *JOR* 2001, 198 / 364 nt.323
Rb. Maastricht, 10 oktober 2002, *LJN* AE9058 / 359 nt.283
Rb. Arnhem, 31 oktober 2002, *JOR* 2003, 70 / 363 nt.315
Rb. Zutphen, 15 januari 2003, *LJN* AF4353 / 359 nt.283; 359 nt.286; 359 nt.287
Rb. Breda (KG), 2 juli 2003, *JOR* 2003, 271 nt. Loesberg / 302 nt.39
Rb. Maastricht, 21 januari 2004, *JOR* 2004, 308 nt. Molkenboer / 358 nt.280; 363 nt.313
Rb. Roermond, 1 december 2004, *LJN* AR8849 / 354 nt.262
Rb. Utrecht, 22 december 2004, *JOR* 2005, 54 / 350 nt.237
Rb. Amsterdam, 5 januari 2005, *JOR* 2005, 157 / 355 nt.265; 359 nt.287; 363 nt.314
Rb. Dordrecht, 19 oktober 2005, *LJN* AU4745 / 359 nt.283
Rb. Den Haag, 26 oktober 2005, *JOR* 2006, 23 nt. Van Hees / 361 nt.300
Rb. Zutphen, 12 juli 2006, *LJN* AZ0172 / 352 nt.251
Rb. Dordrecht, 2 augustus 2006, *LJN* AZ1498 / 361 nt.298
Rb. Amsterdam, 23 mei 2007, *JOR* 2007, 254 nt. Stenekker / 363 nt.313
Rb. Rotterdam, 6 juni 2007, *JOR* 2007, 255 nt. Stenekker / 359 nt.287; 363 nt.318
Rb. Den Bosch, 30 januari 2008, *JOR* 2008, 114 nt. Stenekker / 362 nt.303
Rb. Utrecht, 16 april 2008, *JOR* 2009, 48 / 363 nt.313
Rb. Almelo, 6 augustus 2008, *JOR* 2008, 350 / 339 nt.183

Rb. Amsterdam, 13 mei 2009, *LJN* BI4291 / 344 nt.204

Rb. Leeuwarden, 1 juli 2009, *LJN* BJ1480 / 356 nt.267

Kantongerecht

Ktg. Den Haag, 29 september 1856, *W.* 1799 / 268 nt.241

Ktg. Groningen, 21 februari 1881, *W.* 4726 / 268 nt.241; 270 nt.258; 270 nt.260; 271 nt.263

Ktg. Groningen, 13 februari 1882, *W.* 4806 / 271

Ktg. Rotterdam, 23 juni 1925, *W.* 11505 / 268 nt.240

Curriculum vitae

E. (Egbert) Koops werd op 9 januari 1979 geboren te Utrecht. Hij behaalde zijn eindexamen in 1996 aan het Stedelijk Gymnasium te Leiden en begon in hetzelfde jaar met de studie Nederlands recht aan de Universiteit Leiden, alwaar hij in 2003 afstudeerde in de differentiatie civiel recht en in 2004 in de differentiatie notarieel recht. Vanaf 2003 was hij als Ph.D.-fellow verbonden aan het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek, vakgroep Historische Ontwikkeling van het Recht. In 2009 was hij een half jaar verbonden aan de vakgroep Encyclopedie van de Rechtswetenschap, Universiteit Leiden. Hij is met ingang van 2010 als postdoctoraal onderzoeker werkzaam bij de Universiteit Leiden, in het kader van het NWO-onderzoeksproject 'Risk, finance and enterprise: the 'peculium' as an instrument for capital investment under the Roman Empire'.

In de boekenreeks van de Graduate School of Legal Studies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2009 en 2010 verschenen:

- MI-156 N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvoorderlijk handelen*, (diss. Leiden), Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, ISBN 978 90 8863 034 7
- MI-157 G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2009
- MI-158 J. Huang, *Aviation Safety and ICAO*, (diss. Leiden) 2009 ISBN-13 978 90 4113 115 7
- MI-159 J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers & H. Vording (red.), *Terugkoppeling in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2008, ISBN 978 90 6476 326 7
- MI-160 J.L.M. Gribnau, *Soevereiniteit en legitimiteit: grenzen aan (fiscale) regelgeving*, (oratie Leiden), Sdu Uitgevers 2009, ISBN 978 90 6476 325 0
- MI-161 S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 06593 0
- MI-162 P. van Schijndel, *Identiteitsdiefstal*, Leiden: Jongbloed 2009
- MI-163 W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2009, ISBN 978 90 90 24382 5
- MI-164 J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, (oratie Leiden), Leiden 2009.
- MI-165 W.I. Koelewijn, *Privacy en politiegegevens. Over geautomatiseerde normatieve informatie-uitwisseling*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2009, ISBN 9 789087 280703
- MI-166 S.R.M.C. Guèvremont, *Vers un traitement équitable des étrangers extracommunautaires en séjour régulier. Examen des directives sur le regroupement familial et sur les résidents de longue durée*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2009, ISBN 978 90 8570 419 5
- MI-167 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 07029 3
- MI-168 P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 1307 156 6
- MI-169 P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1407 158 0
- MI-170 M.V. Polak (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, ISBN 978 90 6916 714 5
- MI-171 E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974-259-9
- MI-172 H.H. Kielman, *Politiële gegevensverwerking. Naar een effectieve waarborging*, (diss. Leiden 2010). ISBN 978 90 8570 503 1
- MI-173 K. Siewicz, *Towards an Improved regulatory Framework of Free Software. Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments*, (diss. Leiden 2010).
- MI-174 Laurens Mommers, Hans Franken, Jaap van den Herik, Franke van der Klaauw, Gerrit-Jan Zwenne (red.) *Het binnenste buiten*. (Liber amicorum prof. mr. A.H.J. Schmidt Leiden). Leiden: eLaw@leiden 2010.

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek