



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk : een historisch-comparatieve studie

Kralingen, J. van

Citation

Kralingen, J. van. (2020, February 26). *De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk : een historisch-comparatieve studie*. Meijers-reeks. Boomjuridisch, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/85678>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/85678>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/85678> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Kralingen, J. van

Title: De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk : een historisch-comparatieve studie

Issue Date: 2020-02-26

7 | De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het huidige Nederlandse recht

7.1 INLEIDING

Op grond van het voorgaande historische onderzoek zal in dit hoofdstuk worden onderzocht wat het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het huidige Nederlandse recht inhoudt. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is in het Burgerlijk Wetboek als een algemene bepaling van het pand- en hypotheekrecht in artikel 230 van boek 3 gecodificeerd. Het artikel luidt als volgt:

‘Een recht van pand of hypotheek is ondeelbaar, zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld.’

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht heeft in de Nederlandse literatuur sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 niet veel aandacht gekregen. Er is geen enkel proefschrift over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht geschreven en er is slechts één Engelstalig artikel verschenen dat volledig is gewijd aan een bespreking van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht.¹ De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht wordt weliswaar in verschillende handboeken, monografieën en artikelen (zijdelings) aan de orde gesteld, maar het ontbreekt in de Nederlandse literatuur aan een systematische uiteenzetting over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Het feit dat er geen jurisprudentie onder het regime van het huidige Burgerlijk Wetboek over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is, doet niet af aan de noodzaak van een dergelijke uiteenzetting.² Er bestaat namelijk onduidelijkheid over de strekking van

1 Tweehuysen, V., ‘A comparative analysis of the principle of indivisibility’, p. 293-303 in: Akkermans, B., Ernst, M. en Ramaekers, E., *Property law perspectives II*, Cambridge: Intersentia 2014. De titel suggereert dat het artikel over een algemeen (goederenrechtelijk) principe van ondeelbaarheid gaat, maar het artikel behelst een rechtsvergelijkende studie over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht naar het Nederlandse, Franse en Duitse recht.

2 Er werd een beroep gedaan op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht in een cassatiemiddel bij het arrest HR 17 juni 1994, *NJ* 1995, 367. Dit betrof echter nog de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht onder het OBW. Bovendien heeft de Hoge Raad zich over dit middel niet uitgelaten.

artikel 3:230 BW en het daarin vervatte leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Om een voorbeeld te geven: aan de ene kant wordt de stelling verdedigd dat op grond van artikel 3:230 BW het zekerheidsrecht in een gemeenschap valt wanneer de verzekerde vordering wordt gesplitst, terwijl eveneens de stelling wordt verdedigd dat op grond van artikel 3:230 BW twee verschillende zekerheidsrechten tot stand komen wanneer de verzekerde vordering wordt gesplitst. Er wordt zelfs nog een derde standpunt in deze discussie ingenomen, inhoudende dat bij splitsing van een verzekerde vordering het zekerheidsrecht in een gemeenschap valt, maar dat dit niet volgt uit artikel 3:230 BW.³ De verwarring over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht blijkt daarnaast uit het feit dat de ondeelbaarheid bij uiteenlopende rechtsfiguren wordt aangehaald; ook bij rechtsfiguren waarin de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht historisch gezien nooit een rol heeft gespeeld. De bespreking van de ondeelbaarheid zal in dit hoofdstuk derhalve soms noodgedwongen enkel bestaan uit het afwijzen van argumenten die ten onrechte op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht worden gebaseerd. In § 7.2 zullen we echter eerst beginnen met een bespreking van artikel 3:230 BW en van de vraag wat de wetgever beoogd heeft met de invoering van dit artikel. In § 7.3 zal de werking van de ondeelbaarheid in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar worden onderzocht. In § 7.4 zal de werking van de ondeelbaarheid worden onderzocht in het geval waarin er verschillende schuldenaren bij het zekerheidsrecht zijn betrokken en in § 7.5 zal het tegenovergestelde geval, namelijk het geval waarin er verschillende schuldeisers bij het zekerheidsrecht zijn betrokken, worden besproken. Vervolgens zal in § 7.6 worden ingegaan op de vraag of uit de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht volgt dat de zekerheidsnemer een keuzerecht heeft wanneer er verschillende goederen zijn bezwaard tot zekerheid van dezelfde schuld. In § 7.7 volgt een excurs over de leer van de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid van het onderpand' in het Duitse recht, omdat wel wordt gesuggereerd dat de leer van de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid' een goede vervanging zou zijn van de leer van de 'ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht'. In § 7.8 volgt de conclusie.

3 Zie Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56 en Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522 (een gemeenschappelijk zekerheidsrecht op grond van artikel 3:230 BW); Molenaar 1999, nr. 14 (twee zekerheidsrechten op grond van artikel 3:230 BW) en Steneker 2012, nr. 17 (een gemeenschappelijk zekerheidsrecht, maar niet op grond van artikel 3:230 BW).

7.2 ARTIKEL 3:230 BW

Artikel 3:230 BW is volgens de Parlementaire Geschiedenis een hercodificatie van de artikelen 1206 en 1209 OBW.⁴ Een belangrijk uitgangspunt voor de interpretatie van artikel 3:230 BW is dus dat de wetgever met dit artikel hetzelfde heeft willen regelen als met de artikelen 1206 en 1209 OBW. Wanneer men echter de genoemde artikelen vergelijkt dan blijkt dat er desondanks een aantal verschillen is tussen de codificatie van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Oud Burgerlijk Wetboek en die in het huidige Burgerlijk Wetboek. Ten eerste heeft de wetgever met artikel 3:230 BW gekozen voor een algemeen artikel voor het pand- en hypotheekrecht tezamen in plaats van afzonderlijke artikelen voor het pand- en voor het hypotheekrecht.⁵ Dit betreft echter slechts een redactionele wijziging ten opzichte van het Oud Burgerlijk Wetboek die geen materieelrechtelijke verschillen meebrengt. Er zijn ook verschillen die niet slechts redactioneel van aard lijken te zijn. Zo was in artikel 1209 OBW bepaald dat het hypotheekrecht 'uit deszelfs aards' ondeelbaar was. In de literatuur onder het Oud Burgerlijk Wetboek was er kritiek op deze uitdrukking. Men verstond hieronder dat het hypotheekrecht van nature ondeelbaar was en daarom *altijd* ondeelbaar zou zijn. De heersende leer was echter dat partijen bij overeenkomst van de ondeelbaarheid konden afwijken en dat het hypotheekrecht derhalve niet 'uit deszelfs aard' ondeelbaar was.⁶ De uitdrukking 'uit deszelfs aard' en vergelijkbare zinsneden zijn weggelaten uit artikel 3:230 BW. De wetgever heeft hiermee waarschijnlijk willen aansluiten bij de heersende leer onder het Oud Burgerlijk Wetboek dat het pand- en hypotheekrecht wel degelijk deelbaar zijn als partijen dit zijn overeengekomen. Er wordt in ieder geval algemeen aangenomen dat de ondeelbaarheid naar huidig recht van regelend recht is.⁷

Ondanks deze aanpassingen is er kritiek op artikel 3:230 BW. Artikel 3:230 BW zou te abstract geformuleerd zijn, omdat het artikel niet duidelijk maakt

4 Zeben/Du Pon, *Parlementaire Geschiedenis Boek 3*, p. 736: 'Dit artikel vervangt de artikelen 1206 en 1209 B.W.'

5 De vraag is of de wetgever de toepassing van de ondeelbaarheid niet te beperkt heeft opgevat. Er wordt bijvoorbeeld betoogd dat de wetgever de toepassing van de ondeelbaarheid had moeten uitbreiden naar het retentierecht. Zie over dit onderwerp § 7.3.

6 Deze kritiek was onterecht. De uitdrukking 'de sa nature' in artikel 2114 Cc (oud) waarop de uitdrukking 'uit deszelfs aard' in artikel 1209 OBW terugging, wilde uitdrukken dat de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht geen essentieel kenmerk (*essentiale*) van het hypotheekrecht was, maar een natuurlijk kenmerk (*naturale*). Een natuurlijk kenmerk moet worden begrepen als een kenmerk dat van toepassing is *als partijen niet iets anders zijn overeengekomen*. Overigens valt ook hier weer een filosofische achtergrond in de gebruikte terminologie te bespeuren.

7 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56 en 268; Gerver 2001, p. 13; Molenaar 1999, nr. 14; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 750; Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522 en Verstijlen 2013, nr. 14.

wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt.⁸ In artikel 3:230 BW wordt inderdaad slechts bepaald *dat* het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar is, zonder dat er wordt aangegeven wat die ondeelbaarheid inhoudt. In het artikel wordt daarnaast nog wel aangegeven dat een recht van pand of hypotheek 'zelfs dan ondeelbaar is wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld'. Uit de woorden 'zelfs dan' kan worden geconcludeerd dat de verdeling van de verzekerde verbintenis tussen twee schuldeisers of twee schuldenaren niet de enige twee gevallen zijn waarin de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht een rol speelt. De wetgever noemt overigens geen casus waarin een verdeling van de verbintenis tussen schuldeisers of schuldenaren plaats vindt. Dit heeft hij waarschijnlijk bewust gedaan om de toepassing van de ondeelbaarheid niet tot een bepaalde, concrete casus te beperken. Het verschil met de codificatie in het Oud Burgerlijk Wetboek is in dit opzicht treffend. Artikel 1206 OBW, het artikel over de ondeelbaarheid van het vuistpandrecht, handelde over verdeling van de verzekerde verbintenis tussen *de erfgenamen* van de schuldenaar en de erfgenamen van de schuldeiser. Deze specifieke erfrechtelijke context is weggelaten in artikel 3:230 BW. Hieruit dient te worden afgeleid dat de wetgever van het huidige Burgerlijk Wetboek de ondeelbaarheid een breder toepassingsbereik heeft willen geven dan enkel de erfrechtelijke context. Een belangrijk uitgangspunt voor de interpretatie van artikel 3:230 BW is dus dat de ondeelbaarheid niet alleen van toepassing is als de verzekerde verbintenis wordt verdeeld tussen de erfgenamen van de schuldenaar of erfgenamen van de schuldeiser, maar ook in andere gevallen waarin een verzekerde verbintenis wordt verdeeld.

Uit het voorgaande onderzoek is gebleken dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht historisch gezien met name een rol speelde in de casus waarin de schuldeiser of de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. In dit hoofdstuk wordt betoogd dat dit typische geval ook voor het Nederlandse recht als uitgangspunt moet worden genomen en dat aan de hand van die casus de werking van de ondeelbaarheid moet worden bepaald in het geval waarin de verzekerde verbintenis wordt verdeeld tussen verschillende schuldenaren of schuldeisers. In de andere gevallen in het huidige recht waarin de verzekerde verbintenis wordt verdeeld tussen verschillende schuldeisers of schuldenaren moet de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht met andere woorden *naar analogie* van de erfrechtelijke casus worden toegepast. In § 7.4 zal daarom eerst worden onderzocht wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de erfrechtelijke casus behelst.

Uit de Parlementaire Geschiedenis en uit de vergelijking met de artikelen 1206 en 1209 OBW kunnen enkele uitgangspunten voor de interpretatie van

8 Tweehuysen 2014, p. 295.

artikel 3:230 BW worden afgeleid, maar kan niet worden vastgesteld wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt. Op dit punt is het daarom goed om te kijken wat er in de literatuur over artikel 3:230 BW wordt geschreven.

In de literatuur wordt gesteld dat in artikel 3:230 BW het ‘beginsel van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht’ is neergelegd.⁹ Het is niet duidelijk wat de status van een ‘beginsel’ in het privaatrecht is. Men lijkt met deze omschrijving te doelen op het feit dat artikel 3:230 BW geen rechtsregel of rechtsregels bevat, maar een algemeen kenmerk van het pand- en hypotheekrecht. Bovendien wordt gesuggereerd dat uit dit ‘beginsel’ verschillende rechtsregels voortvloeien en dat het beginsel in allerlei (onvermoede) gevallen een rol kan spelen. Het beginsel van ondeelbaarheid heeft namelijk verschillende ‘aspecten’ of ‘facetten’.¹⁰ Soms wordt het beginsel nader omschreven, bijvoorbeeld op de navolgende wijze: ‘Hiermee wordt bedoeld dat het recht in zijn geheel drukt op al de goederen die voor de schuld verbonden zijn, op elk van deze goederen en op elk gedeelte daarvan’.¹¹ Dergelijke formules leiden echter niet tot meer begrip; zo is nog steeds onduidelijk welke rechtsregels hier uit volgen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat er verschillende en soms zelfs tegenstrijdige argumenten aan artikel 3:230 BW worden ontleend. Zowel het gebruik van het begrip ‘beginsel’ als de nauwelijks verhelderende omschrijvingen van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bieden waarschijnlijk ook een verklaring voor het feit dat er zelden tot nooit een rationale voor de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht wordt

9 De Groot 1990, p. 187; Molenaar 1999, nr. 16.1; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 750; Rongen 2012, nr. 1055; Stein 2004, p. 27; Steneker 2012, nr. 17 en Verhagen/Rongen 2000, p. 146. Stein en Tweehuysen spreken van ‘het principe van ondeelbaarheid’, zie Stein 2004, p. 27; Tweehuysen 2014, p. 293 *et passim* en Tweehuysen 2016, p. 181. Gerver en Rank-Berenschot spreken tot slot van ‘het leerstuk van de ondeelbaarheid’, zie Gerver 2001, p. 13 en Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522.

10 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 56 (‘aspecten’); Stein 2015, aant. A1 (‘aspecten’) en Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522 (‘facetten’). Verstijlen: ‘Hiermede [nl. art. 3:230 BW] worden een aantal dingen gezegd’, zie Verstijlen 2013, nr. 14.

11 Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522. Tweehuysen noemt deze formule – die in essentie afkomstig is uit artikel 1209 OBW – een ‘mystieke frase’ (Tweehuysen 2014, p. 293) en een ‘toverspreuk’ (Tweehuysen 2016, p. 182). Met de uitdrukking ‘mystieke frase’ zit zij (onbewust) niet ver van de roos. De uitdrukking dat het hypotheekrecht gevestigd is ‘op alle de verbondene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en op ieder gedeelte van dezelve’ is een vertaling van de uitdrukking ‘*hypotheca est tota in toto, et tota in qualibet parte*’ die bijvoorbeeld al door Dumoulin (1500-1566) in de 16e eeuw werd gebruikt. Deze uitdrukking is waarschijnlijk overgenomen uit de theologische literatuur, waar zij werd gebruikt om de verhouding tussen de ziel en het lichaam aan te duiden. Over de ziel (*anima*) werd namelijk gezegd dat zij ‘in haar geheel op heel het lichaam en in haar geheel op elk deel van het lichaam rust’: ‘*tota [est anima, JvK] in toto corpore et tota in qualibet parte corporis*’. Loyseau (1564-1627) verwijst voor de herkomst van deze uitdrukking naar Aristoteles.

gegeven. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is als het ware een brok onverwerkte rechtsgeschiedenis: men neemt de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht voetstoots aan, maar weet niet precies wat het inhoudt. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt daarom de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht nauwkeuriger omschreven aan de hand van de verschillende lijnen die uit de rechtsgeschiedenis tot ons komen, en wordt de vraag beantwoord waar de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Nederlandse recht op ziet en in welke gevallen de ondeelbaarheid van toepassing is.

7.3 DE ONDEELBAARHEID IN DE VERHOUDING TUSSEN DE SCHULDEISER EN DE SCHULDENAAR

Uit het voorgaande onderzoek is gebleken dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het middeleeuwse *ius commune* zag op de regel dat het gehele onderpand bezwaard blijft totdat de verzekerde vordering volledig is voldaan. Butrigarius (1274-1348) noemde dit kernachtig de ondeelbaarheid van de pandaflossing en in het vervolg van dit hoofdstuk zal deze regel op dezelfde wijze worden aangeduid.¹² De ondeelbaarheid van de pandaflossing gold in de eerste plaats in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Voor het Nederlandse recht wordt nog steeds aangenomen dat de vuistpandhouder gerechtigd is de gehele verpande zaak achter te houden, totdat de volledige vordering is voldaan. Bovendien is de zekerheidsnemer gerechtigd het gehele onderpand te executeren, wanneer nog niet de gehele verzekerde vordering is voldaan. De vraag rijst welke gevallen men op het oog heeft waarin deze regel van belang is. Vaak wordt het geval genoemd dat de schuldenaar een deel van de verzekerde schuld betaalt aan de schuldeiser. De vraag rijst dan wat de rechtsgevolgen zijn wanneer de schuldeiser de deelbetaling aanneemt.¹³ De heersende leer met betrekking tot de verzekerde verbintenis is dat de verzekerde verbintenis door die betaling in omvang afneemt. Vervolgens rijst de vraag wat het gevolg is van die afname van de hoogte van de verzekerde verbintenis voor het pand- en hypotheekrecht. Op grond van de accessoiriëteit gaat het zekerheidsrecht teniet wanneer de verzekerde vordering tenietgaat. Dit wordt wel 'accessoiriëteit in tenietgaan' genoemd.¹⁴ De vraag is echter wat rechtens is als niet de gehele verzekerde vordering teniet gaat,

12 De ondeelbaarheid van de aflossing geldt niet alleen voor het pandrecht, maar ook voor het hypotheekrecht. Butrigarius zelf verstond onder de ondeelbaarheid van de pandaflossing ook de ondeelbaarheid van de hypotheekaflossing. In het middeleeuwse *ius commune* werd namelijk geen onderscheid gemaakt tussen het pand- en hypotheekrecht. Zie hoofdstuk 3.

13 In principe is de schuldenaar niet bevoegd om de schuld in gedeelten te voldoen, zie art. 6:29 BW. De schuldeiser zal dan ook niet in schuldeisersverzuim geraken als hij een deelbetaling weigert aan te nemen, zie art. 6:58 BW. Zie ook het vervolg van § 7.3.

14 Out 2005, p. 15 *et passim*.

maar slechts een deel van de vordering. Er is wel verdedigd dat het zekerheidsrecht in omvang afneemt, als de verzekerde verbintenis in omvang afneemt.¹⁵ De gedachte achter deze ‘accessoiriëit in omvang’ is dat de zekerheidsnemer op grond van zijn zekerheidsrecht de bevoegdheid heeft zich op de executieopbrengst van het bezwaarde goed te verhalen tot de hoogte van de verzekerde vordering. Dit is de zogenoemde verhaalsbevoegdheid van de zekerheidsnemer. Wanneer de schuldeiser een deel van zijn vordering betaald krijgt, dan wordt het bedrag dat hem uit de executieopbrengst toekomt met eenzelfde bedrag verlaagd. De verhaalsbevoegdheid van de zekerheidsnemer zou dus afnemen, als de hoogte van de verzekerde vordering in omvang afneemt. Men dient hier echter twee zaken te onderscheiden, namelijk enerzijds de *bevoegdheid* van de zekerheidsnemer om het onderpand te executeren en zich op de executieopbrengst van het geëxecuteerde goed te verhalen, en anderzijds de *hoogte van het bedrag* dat de zekerheidsnemer toekomt uit de executieopbrengst van het onderpand. Ten aanzien van het eerste punt geldt dat deze bevoegdheid onafhankelijk is van de hoogte van de verzekerde vordering. De bevoegdheden die uit het zekerheidsrecht voortvloeien heeft de zekerheidsnemer namelijk wel of niet. Tertium non datur. Er is in die zin dus geen ‘accessoiriëit in omvang’ van het pand- en hypotheekrecht.¹⁶ Ten aanzien van het tweede punt geldt dat de hoogte van het bedrag dat de zekerheidsnemer toekomt uit de executieopbrengst weliswaar kan variëren, maar dat deze variatie geen effect heeft op het zekerheidsrecht. Men kan dus niet zeggen dat *het zekerheidsrecht* in omvang afneemt, wanneer de hoogte van de verzekerde verbintenis afneemt. De verhaalsbevoegdheid van de zekerheidsnemer is – nog weer anders gezegd – accessoir aan het *bestaan* van een vordering, maar niet aan de *hoogte* van de vordering.

We hebben nu dus vastgesteld dat door het aannemen van een deelbetaling de verzekerde verbintenis en dienovereenkomstig het bedrag dat de schuldeiser toekomt uit de executieopbrengst in omvang afneemt, maar dat het zekerheidsrecht niet in omvang afneemt. Er is echter nog een vierde element dat bij goederenrechtelijke zekerheidsrechten zoals het pand- en hypotheekrecht een rol speelt, namelijk het *voorwerp* of *object* waarop de zekerheidsnemer zijn recht kan uitoefenen. Met het ‘voorwerp’ wordt bedoeld op het goed of de goederen waarop het pand- of hypotheekrecht rust. Ten aanzien van het voorwerp van het pand- en hypotheekrecht wordt algemeen aangenomen dat dit niet in omvang afneemt als de verzekerde verbintenis in omvang afneemt. De zekerheidsnemer kan zijn zekerheidsrecht ondanks fluctuaties in de hoogte van de verzekerde vordering op het gehele, oorspronkelijk in zekerheid gegeven onderpand uitoefenen. Dit laatste is waar de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht op ziet en wat wij in navolging van Butrigarius de ondeelbaarheid van de pandaflossing hebben genoemd. Het feit dat de zekerheids-

15 Swinnen 2014, nr. 272.

16 Vgl. Out 2005, p. 15-16.

nemer nog steeds zijn zekerheidsrecht kan uitoefenen indien niet de gehele verzekerde verbintenis is voldaan, is gezien vanuit het doel van het zekerheidsrecht, namelijk voldoening van de gehele verzekerde verbintenis, vanzelfsprekend. Het is echter niet op voorhand evident dat de zekerheidsnemer nog steeds op het volledige onderpand zijn zekerheidsrecht kan uitoefenen wanneer een deel van de verzekerde verbintenis is tenietgegaan. In het vervolg van deze paragraaf zal daarom de vraag worden besproken *waarom* de zekerheidsnemer zijn recht op het *gehele* onderpand kan uitoefenen, wanneer de omvang is afgenomen van de verbintenis tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd.

Voor de ondeelbaarheid van de pandaflossing zijn verschillende verklaringen gegeven. Eén verklaring is dat zij samenhangt met het goederenrechtelijke karakter van het pand- en hypotheekrecht.¹⁷ In veel gevallen is het inderdaad vanwege de aard van het goed waarop het pand- of hypotheekrecht rust niet goed voorstelbaar dat het onderpand in omvang afneemt door een deelbetaling. Het is namelijk de vraag wat men zich moet voorstellen bij de gedachte dat het onderpand *gedeeltelijk* wordt bevrijd van het zekerheidsrecht. Wanneer het zekerheidsrecht op een ondeelbare zaak rust is het immers niet mogelijk dat een fysiek deel van de bezwaarde zaak wordt bevrijd van het zekerheidsrecht. Men kan namelijk noch een fysiek deel van een ondeelbare bezwaarde zaak teruggeven aan de schuldenaar, noch een fysiek deel van een ondeelbare zaak executeren. De hypotheekhouder kan bijvoorbeeld niet slechts de schoorsteen van een verhypothekerd huis executeren, noch kan de vuistpandhouder slechts één been van een in vuistpand gegeven paard achterhouden. Een gedeeltelijke afname van de omvang van het onderpand kan men zich bij een zekerheidsrecht op een ondeelbare zaak slechts voorstellen als men het *eigendomsrecht* en niet de fysieke zaak zelf als het object van het zekerheidsrecht beschouwt. Het eigendomsrecht is namelijk wel deelbaar in onverdeelde aandelen. Een afname van het zekerheidsrecht door een deelbetaling door de schuldenaar zou dan meebrengen dat de schuldeiser nog slechts een onverdeeld aandeel in het eigendomsrecht als onderpand heeft in plaats van het gehele eigendomsrecht. Afgezien van de vraag of het zekerheidsrecht inderdaad op het eigendomsrecht rust (quod non) in plaats van op de fysieke zaak zelf is deze oplossing te bezwaren voor de zekerheidsnemer.¹⁸ Hij kan dan slechts een onverdeeld aandeel in het bezwaarde goed executeren, wanneer hij een deelbetaling aanneemt. Het is voor de zekerheidsnemer echter lastig om een koper te vinden die een onverdeeld aandeel wil kopen. De koper van het onverdeelde aandeel zal dan immers het goed waarin hij een onverdeeld aandeel heeft verkregen in mede-eigendom hebben met de zekerheidsgever. De verklaring dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing samenhangt met

17 Out 2005, p. 16.

18 Vgl. Mollema, A. F., *Het beperkte recht* (diss. Leiden), Deventer 2013.

het goederenrechtelijke karakter van het pand- en hypotheekrecht valt dus te herleiden tot de specifieke problemen die zekerheidsrechten op goederen meebrengen. De onmogelijkheid van het executeren van een fysiek deel van een ondeelbare zaak en de bezwaarlijkheid van de executie van een onverdeeld aandeel zou de reden zijn dat het gehele onderpand bezwaard blijft zolang nog niet de gehele vordering is betaald.

Deze rationale van de ondeelbaarheid van de pandaflossing is overtuigend wanneer men uitgaat van het geval waarin het zekerheidsrecht op een *ondeelbare* zaak rust. Deze verklaring is echter niet afdoende voor gevallen waarin er voor de zekerheidsnemer geen executieproblemen zijn als het onderpand bij een deelbetaling in omvang afneemt. Zo rijst bijvoorbeeld de vraag of de ondeelbaarheid van de pandaflossing wel van toepassing is bij pandrechten op geldvorderingen. Het onderpand is in dat geval deelbaar en men zou zich kunnen voorstellen dat het pandrecht na een deelbetaling niet meer op de gehele vordering rust, maar slechts op een evenredig gedeelte van de vordering. Bovendien lijkt de rechtsfiguur van het pandrecht op geldvorderingen sterk op de rechtsfiguur van de persoonlijke borgtocht. In beide gevallen kan de zekerheidsnemer niet alleen van de schuldenaar een geldbedrag opeisen, maar ook van een derde. De omvang van de vordering op de derde is bij de persoonlijke borgtocht gelimiteerd tot het bedrag dat de schuldeiser kan vorderen van de schuldenaar. Het is niet duidelijk waarom voor een pandrecht op een geldvordering niet hetzelfde zou gelden. Dezelfde vraag rijst wanneer soortzaken in zekerheid zijn gegeven. Wanneer 1000 liter olie in zekerheid is gegeven voor een schuld van € 1.000 en nadien wordt € 500 betaald, dan is het niet bezwaarlijk voor de schuldeiser dat het zekerheidsrecht na die betaling nog slechts op 500 liter olie rust. Bij soortzaken is een evenredige afname van het onderpand door gedeeltelijke betaling van de verzekerde verbintenis met andere woorden goed voorstelbaar.¹⁹ Tot slot rijst de hier aan de orde gestelde vraag óók wanneer verschillende, even waardevolle goederen tot zekerheid van dezelfde schuld in zekerheid zijn gegeven. In dat geval kan men zich eveneens voorstellen dat door betaling van een deel van de schuld een evenredig deel van het onderpand wordt bevrijd van het zekerheidsrecht. Er wordt echter aangenomen dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing ook van toepassing is wanneer verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld zijn bezwaard. Men gebruikt het voorbeeld dat twee even waardevolle colliers in pand zijn gegeven tot zekerheid van een vordering van € 10.000.²⁰ De schuldenaar die in dat geval € 5.000 betaalt kan zich er niet op beroepen dat het pandrecht van één van de twee colliers is vervallen. In een ander goederenrechtelijk handboek wordt een vergelijkbaar voorbeeld

19 Steneker 2012, nr. 17 neemt aan dat in dergelijke gevallen de ondeelbaarheid ook opgaat.

20 Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522.

gegeven.²¹ In dergelijke casus heeft het argument dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing samenhangt met het goederenrechtelijke karakter van het pand- en hypotheekrecht minder overtuigingskracht.

Er is echter nog een andere verklaring van de ondeelbaarheid van de pandaflossing die als voordeel heeft dat zij ook verklaart waarom het zekerheidsrecht op het volledige onderpand blijft rusten wanneer het onderpand deelbaar is. Deze verklaring houdt in dat de schuldenaar door de ondeelbaarheid van de pandaflossing onder druk wordt gezet om de gehele schuld te betalen. Die druk wordt groter naarmate de schuldenaar een groter deel van de verzekerde verbintenis heeft betaald. Hoe groter de wanverhouding tussen de waarde van het onderpand en de verzekerde schuld, hoe eerder de schuldenaar zal betalen. Het pand- en hypotheekrecht zijn in die opvatting voornamelijk een drukmiddel dat de schuldenaar moet aanzetten tot betaling. Deze vaststelling doet de vraag rijzen waarom de ondeelbaarheid van de pandaflossing dan bijvoorbeeld ook niet zou moeten gelden voor het retentierecht. Het retentierecht heeft in het huidige Nederlandse recht een dubbel karakter. Het is niet alleen een terughoudingsrecht, een species van het genus opschortingsrecht, maar ook een verhaalsrecht met voorrang.²² De schuldeiser kan dus onder bepaalde voorwaarden een zaak van de schuldenaar onder zich houden totdat de gehele schuld is betaald. Daarnaast kan de retentor zich met voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen op de executie-opbrengst verhalen. Het retentierecht onderscheidt zich derhalve nog slechts van een pandrecht door het feit dat de retentor geen recht van parate executie heeft. Tegenwoordig wordt om deze redenen algemeen aangenomen dat de ondeelbaarheid ook geldt voor het retentierecht.²³

De ondeelbaarheid van de aflossing van het retentierecht wordt terecht algemeen geaccepteerd. In vergelijkbare gevallen is de ondeelbaarheid van de aflossing echter nog niet altijd doorgedrongen. In het beslagrecht geldt namelijk ook dat er een zekere wanverhouding mag bestaan tussen het beslagen goed en de vordering tot verhaal waarvan het goed is beslagen. De schuldeiser mag zelfs verschillende goederen beslaan en uitwinnen.²⁴ Het beslag heeft evenals het retentierecht onder andere de functie om de schuldenaar te dwingen te betalen. Bovendien moet worden aangenomen dat het beslag pas wordt opgeheven als de volledige vordering

21 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 750. De casus betreft daar eenvoudigweg twee roerende zaken van €500 die in zekerheid zijn gegeven voor een schuld van €1.000. De schuldenaar heeft 'niet het recht tot teruggave van één van beide zaken' wanneer hij €500 heeft afgelost.

22 Art. 3:292 BW.

23 Zie Fesevur, J.E., *Retentierecht*, Deventer: Kluwer 1988, nr. 33 en zie ook van dezelfde het meer recente *Voorrechten en retentierechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 23. Zie voor het huidige recht daarnaast Asser/Van Mierlo 2016, nr. 517; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 941 en Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 724.

24 Vgl. Snijders, H.J., Klaassen, C.J.M. en Meijer, G.J., *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 420.

is betaald. Er zijn derhalve voldoende redenen om aan te nemen dat de ondeelbaarheid van de aflossing ook geldt voor het beslagrecht.

Toch is ook deze laatste hierboven genoemde rationale van de ondeelbaarheid van de pandaflossing niet bevredigend. Zij lijkt namelijk meer een *gevolg* dan een *verklaring* van de ondeelbaarheid van de pandaflossing te zijn. De meest simpele en meest overtuigende rationale is daarom dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing door partijen is overeengekomen. Zij is met andere woorden gebaseerd op de partijwil. Partijen zullen dit meestal niet uitdrukkelijk zijn overeengekomen, maar het ligt voor de hand om de zekerheidsovereenkomst zo te interpreteren dat de gehele schuld moet zijn betaald voordat het gehele onderpand wordt bevrijd van het zekerheidsrecht. Deze verklaring van de ondeelbaarheid van de pandaflossing hangt samen met de regel dat een schuldeiser geen deelbetalingen hoeft aan te nemen. Betaling van een deel van de schuld is immers geen betaling. Het ligt dan ook voor de hand om aan te nemen dat bij een deelbetaling de zekerheidsnemer nog steeds gerechtigd is om het gehele onderpand te verkopen. Partijen zijn immers overeengekomen dat de schuldenaar de schuld op een bepaalde dag moet hebben betaald en dat de schuldeiser het bezwaarde goed kan verkopen en zich op de opbrengt kan verhalen als de schuldenaar op de afgesproken dag niet heeft betaald. Wanneer de schuldenaar op de afgesproken dag slechts een deel van de schuld heeft betaald kan de schuldeiser nog steeds het onderpand verkopen. Er is immers door de schuldenaar niet voldaan aan de overeenkomst en derhalve treedt dan het beding in werking dat de schuldeiser het onderpand mag verkopen. De verklaring van de ondeelbaarheid van de pandaflossing op grond van de partijwil heeft tot voordeel dat zij tevens verklaart waarom de ondeelbaarheid van regeland recht is. De ondeelbaarheid gaat dan namelijk vanzelfsprekend niet op als partijen uitdrukkelijk iets anders zijn overeengekomen. De ondeelbaarheid van de pandaflossing is met andere woorden een wettelijk vermoeden van de wil van partijen bij een zekerheidsovereenkomst. Dit vermoeden kan natuurlijk door partijen zelf worden ontkracht. In dit verband rijst wel de vraag wat het betekent dat partijen iets anders kunnen overeenkomen. Wanneer partijen bijvoorbeeld overeenkomen dat het pand- of hypotheekrecht in tegenstelling tot wat in artikel 3:230 BW staat wel deelbaar is, dan is dat waarschijnlijk onvoldoende. Het is in dat geval immers niet duidelijk welk deel van het onderpand wordt bevrijd van het zekerheidsrecht als een deel van de verzekerde verbintenis wordt betaald. Partijen zullen dus uitdrukkelijk moeten aangeven welk goed uit het zekerheidsverband wordt ontslagen als een bepaald deel van de schuld wordt betaald.²⁵ Wanneer de schuldenaar bijvoorbeeld een Mercedes en een BMW bezwaart tot zekerheid van een schuld

25 Gerver wijst op het belang van het goed formuleren van de vestigingsakte van het hypotheekrecht, opdat voldoende duidelijk is wat partijen zijn overeengekomen. Zie Gerver 2001, p. 13.

van € 50.000, dan kan hij met de schuldeiser overeenkomen dat de Mercedes uit het zekerheidsverband wordt ontslagen wanneer de schuldenaar € 25.000 heeft betaald. Deze overeenkomst komt in feite neer op het vestigen van twee zekerheidsrechten. De Mercedes dient dan namelijk tot zekerheid van een schuld van € 25.000, terwijl de BMW dient tot zekerheid van de andere schuld van € 25.000. Dit voorbeeld laat zien dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing pas een rol speelt *nadat* het zekerheidsrecht eenmaal is gevestigd. Men moet met andere woorden elke keer bepalen wat partijen zijn overeengekomen: welk onderpand dient tot zekerheid van welke schuld? Wanneer er eenmaal is vastgesteld welke schuld door welk onderpand wordt verzekerd dan geldt ten aanzien van die zekerheidsverhouding dat die onveranderd blijft ongeacht deelbetalingen door de schuldenaar. Dit betekent dus ook dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht geen ‘goederenrechtelijk beginsel’ is dat bepaalde dwingende regels voor het pand- en hypotheekrecht meebrengt. In de gevallen waarin ‘het beginsel van ondeelbaarheid’ een rol zou spelen, betekent dit dat men moet uitgaan van wat de partijen bij de zekerheidsovereenkomst hebben gewild. Een goed voorbeeld is het geval waarin de schuldenaar verschillende goederen in zekerheid heeft gegeven tot zekerheid van één schuld. Er wordt dan de vraag opgeworpen of de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht meebrengt dat er slechts één zekerheidsrecht tot stand komt.²⁶ Deze vraag wordt echter niet bepaald door een ‘goederenrechtelijk beginsel’ van ondeelbaarheid. De vraag wordt daarentegen voornamelijk bepaald door wat partijen zijn overeengekomen.

Een bepaling als artikel 3:230 BW is in de verhouding tussen de schuldeiser en schuldenaar eigenlijk niet nodig om de regel te funderen dat het gehele onderpand bezwaard blijft totdat de gehele schuld is voldaan.²⁷ Deze regel volgt zoals in deze paragraaf is betoogd namelijk al uit de zekerheidsovereenkomst zelf.²⁸ De gevallen waarin de ondeelbaarheid van de pandaflossing wel van belang kan zijn, zijn de gevallen waarbij er meer dan één schuldenaar of meer dan één schuldeiser bij het zekerheidsrecht is betrokken. In die gevallen kan de ondeelbaarheid van de pandaflossing namelijk niet altijd worden gebaseerd op de partijwil. Het geval kan zich immers voordoen dat er verschillende schuldeisers of schuldenaren door erfopvolging, of door een andere

26 Bartels & Timmerman 2006, nr. 2 en Tweehuysen 2016, p. 180-181 en 190-191.

27 Het tegenovergestelde standpunt dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht slechts ziet op de verhouding tussen de schuldeiser en schuldenaar werd nog ingenomen in de bewerking van Asser's Handleiding door Mijnsen, zoals aangehaald door De Groot, p. 187.

28 Zowel onder het regime van het Oud Burgerlijk Wetboek, als onder het regime van het huidige Burgerlijk Wetboek is er in de jurisprudentie geen zaak te vinden waarin de ondeelbaarheid van de pandaflossing in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar ter discussie stond. Dit ondersteunt de conclusie dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing niet van belang is in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar.

oorzaak van opvolging onder algemene titel, bij het zekerheidsrecht betrokken raken. In de volgende paragrafen wordt hier nader op ingegaan.

7.4 PLURALITEIT VAN SCHULDENAREN

De gevallen waarin de ondeelbaarheid van oudsher een belangrijke rol speelde waren de gevallen waarin de verzekerde verbintenis werd verdeeld en uit de oorspronkelijke verbintenis nieuwe, zelfstandige verbintenissen ontstonden. Uit het voorgaande onderzoek is gebleken dat de verzekerde verbintenis in twee gevallen werd verdeeld. Ten eerste wanneer de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen en ten tweede wanneer de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. Deze twee gevallen waren uitdrukkelijk opgenomen in artikel 1206 OBW waarin de ondeelbaarheid van het vuistpandrecht was gecodificeerd. Zo stond er in artikel 1206 OBW dat de erfgenaam van de schuldenaar die zijn gedeelte van de schuld had betaald geen teruggave van zijn aandeel in het pand kon vorderen, zolang niet de gehele schuld van de erflater was betaald. Daarnaast was bepaald dat de erfgenaam van de schuldeiser die zijn aandeel in de vordering had ontvangen, het pand niet mocht teruggeven ten nadele van zijn mede-erfgenamen die niet waren betaald. Deze erfrechtelijke gevallen zijn niet in artikel 3:230 BW opgenomen.²⁹ Er moet echter worden aangenomen dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht voor deze twee casus nog steeds geldt.³⁰ In deze paragraaf zal het geval worden besproken waarin de schuldenaar overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen.³¹

Het huidige Nederlandse recht kent net als het Romeinse recht de regel dat de schulden van de erflater naar verhouding van de erfdelen van rechtswege overgaan op zijn erfgenamen, mits de schuld een deelbare prestatie betreft.³² Uit het volgende voorbeeld wordt duidelijk wat dit inhoudt. Een schuldenaar van een schuld van € 1.000 tot zekerheid waarvan hij één goed heeft bezwaard, overlijdt voordat hij zijn schuld heeft betaald met achterlating van twee erfgenamen. Iedere erfgenaam is dan schuldenaar van € 500, indien ze erfgenamen voor gelijke delen zijn. Dat een erfgenaam schuldenaar is van een schuld van € 500, wil ten eerste zeggen dat de schuldeiser betaling van € 500 van hem kan vorderen en ten tweede dat het gehele vermogen van de erfgenaam voor die schuld uitwinbaar is. Er zijn dus na het overlijden van de schuldenaar evenveel verbintenissen als er erfgenamen zijn. In casu zijn er dus twee verbintenissen ontstaan uit de oorspronkelijke verbintenis; de

²⁹ Zie § 7.2.

³⁰ Vgl. Stein, *GS Aantekeningen Vermogensrecht*, aant. 3.1.1 bij art. 3:230 BW.

³¹ Deze paragraaf bevat enige herhaling ten opzichte van voorgaande hoofdstukken. Voor de lijn van het betoog is dit echter van belang.

³² Art. 4:182 lid 2 BW.

schuldeiser heeft twee vorderingen en twee schuldenaren. In de genoemde casus had de erflater echter ook een zekerheidsrecht gevestigd tot zekerheid van zijn schuld van € 1.000. De werking van de ondeelbaarheid van de pandaflossing wordt in dit geval duidelijk wanneer men zich afvraagt welke rechtsgevolgen een betaling door een van de erfgenamen van zijn schuld heeft. Door de betaling wordt de erfgenaam bevrijd van zijn schuld bij de schuldeiser, maar blijft het onderpand volledig bezwaard tot zekerheid van de schuld van de andere erfgenaam die nog niet heeft betaald. De ondeelbaarheid van de pandaflossing houdt in dit geval dus in dat het gehele onderpand bezwaard blijft totdat de gehele schuld is betaald.³³ De consequenties van deze regel zijn dezelfde als welke in § 7.3 zijn beschreven. Zo kan de schuldeiser het gehele onderpand achterhouden als het zekerheidsrecht een vuistpand betreft en kan hij bovendien het gehele onderpand uitwinnen tot verhaal van de resterende schuld.

Er dient te worden benadrukt dat de schuldeiser geen *betaling* van de gehele schuld kan vorderen van een van de erfgenamen. De zekerheidsnemer kan enkel het bezwaarde goed dat zich onder een erfgenaam bevindt uitwinnen voor de gehele schuld van de erflater, ook al heeft de erfgenaam die wordt uitgewonnen zijn deel in de schuld reeds betaald. De erfgenaam kan slechts aan die uitwinning ontkomen door de gehele schuld van de erflater te betalen. De erfgenaam die de gehele schuld betaalt kan regres nemen op zijn mede-erfgenamen.

De ondeelbaarheid van de pandaflossing kan nu nauwkeuriger worden omschreven als de regel dat het gehele onderpand bezwaard blijft, totdat de gehele schuld is betaald *tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd*. De voorwaarde dat 'de gehele schuld moet zijn betaald' heeft in de erfrechtelijke casus die in deze paragraaf centraal staat dus betrekking op de schuld van de erflater en niet op de schuld van de erfgenaam. Men moet de betaling door een van de erfgenamen van zijn schuld daarom zien als een *deelbetaling*. Wanneer men die betaling namelijk bezielt vanuit de verzekerde schuld dan betreft het slechts een deel van de schuld tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd. Een betaling door een erfgenaam van zijn schuld moet met andere woorden op dezelfde wijze worden behandeld als een betaling van een deel van de verzekerde schuld door de schuldenaar zelf. In beide gevallen blijft het zekerheidsrecht onveranderlijk op het gehele onderpand rusten tot zekerheid van de resterende schuld. Men verklaart niet waarom het gerechtvaardigd is dat een deelbetaling door de schuldenaar moet worden gelijkgesteld aan een betaling van zijn deel van de schuld door een van de erfgenamen van de schuldenaar. De gelijke behandeling van deze gevallen is gerechtvaardigd, omdat het voor de schuldeiser niet moet uitmaken dat

33 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 750 en Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522.

zijn schuldenaar is overleden en er in diens plaats verschillende schuldenaren zijn gekomen. Het zekerheidsrecht was immers gevestigd tot zekerheid van de gehele schuld van de erflater. Het doel van het zekerheidsrecht was betaling te verkrijgen van € 1.000. Zolang dat doel niet is bereikt, blijft het zekerheidsrecht onveranderlijk bestaan. Dit gold ten aanzien van de schuldenaar zelf en dat recht van de zekerheidsnemer dient niet te worden verminderd door de opkomst van verschillende erfgenamen in de plaats van de schuldenaar. De zekerheidsnemer moet zijn recht ook in dat geval onverminderd kunnen uitoefenen als nog niet de gehele verzekerde schuld is betaald.³⁴

De casus die in het bovenstaande is besproken is een betrekkelijk eenvoudig geval, omdat er slechts één goed in zekerheid was gegeven. De casus wordt echter gecompliceerder als men aanneemt dat er verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld zijn bezwaard. Er rijzen dan nieuwe vragen ten aanzien van de uitoefening van het zekerheidsrecht. Dit blijkt als we het voorbeeld aanpassen en aannemen dat de schuldenaar niet één, maar twee even waardevolle goederen in zekerheid heeft gegeven tot zekerheid van de schuld van € 1.000. Het kan zich dan voordoen dat de bezwaarde goederen worden verdeeld over de twee erfgenamen, zodat iedere erfgenaam eigenaar is van een bezwaard goed. We hebben al eerder vastgesteld dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten, zolang nog niet de gehele schuld van de erflater is betaald. Wanneer de zekerheidsnemer een bezwaard goed onder een erfgenaam wil uitwinnen, kan de erfgenaam zich dus niet met vrucht tegen die uitwinning verweren door te stellen dat hij zijn schuld al heeft betaald. Er is in deze casus echter nog een ander verweer dat door de erfgenaam kan worden opgeworpen, namelijk het verweer dat de zekerheidsnemer zijn verhaal moet verdelen over de twee bezwaarde goederen. In casu zou de zekerheidsnemer € 500 moeten verhalen op het ene goed en € 500 op het andere. Wanneer dit inderdaad het geval zou zijn, dan zou dat betekenen dat de schuldeiser twee zekerheidsrechten heeft op twee verschillende goederen, ieder tot zekerheid van € 500. De zekerheidsnemer is echter gerechtigd zijn gehele vordering op elk deel van het onderpand te verhalen. In casu kan hij dus zijn vordering van € 1.000 op elk bezwaard goed verhalen. Deze regel wordt algemeen gefundeerd op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Ook hier geldt echter dat niet wordt aangegeven wat de rationele is van deze regel. Men neemt eenvoudigweg aan dat dit zo is.³⁵ De reden dat ieder deel van het onderpand strekt tot zekerheid van de gehele verzekerde vordering is gelegen in het feit dat het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar zijn. Er is één zekerheidsrecht van de schuldeiser tot zekerheid van zijn vordering van € 1.000. Het is niet zo dat hij twee zekerheidsrechten heeft, namelijk

34 De middeleeuwse juristen waren al van mening dat de rechtspositie van de zekerheidsnemer door dit erfrechtelijke incident niet moest worden aangetast. Zie hoofdstuk 3.

35 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56 en Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 750.

een zekerheidsrecht op goed A tot zekerheid van een vordering van € 500 en een zekerheidsrecht op goed B tot zekerheid van een vordering van € 500.³⁶ Wanneer de zekerheidsnemer zijn zekerheidsrecht uitoefent doet hij dat met andere woorden tot verhaal van zijn vordering van € 1.000. Een voorbeeld uit het Romeinse recht maakt dit inzichtelijk. In het Romeinse recht stelde de zekerheidsnemer een zakelijke vordering, de *actio hypothecaria*, in om het bezwaarde goed op te eisen van de bezitter. De enige mogelijkheid voor de bezitter om aan een veroordeling tot afgifte van het bezwaarde goed te ontkomen was de gehele vordering te betalen tot zekerheid waarvan het goed was bezwaard. Dat bedrag was namelijk *het belang* dat de zekerheidsnemer had bij afgifte van het goed. Een verweer dat het verzekerde bedrag moest worden verdeeld over de bezwaarde goederen trof geen doel.³⁷

In de hierboven geschetste casus kan in bepaalde gevallen wel met succes het verweer worden opgeworpen dat de zekerheidsnemer eerst de goederen onder de schuldenaar moet uitwinnen, voordat hij de goederen onder de derde mag uitwinnen (het voorrecht van uitwinning). Dit blijkt uit de volgende casus. Een schuldenaar heeft twee even waardevolle goederen (goed 1 & goed 2) bezwaard tot zekerheid van een schuld van € 1.000. Hij overlijdt voordat hij zijn schuld heeft betaald met achterlating van twee erfgenamen. Erfgenaam A verkrijgt door de boedelverdeling bezwaard goed 1 in eigendom, terwijl erfgenaam B bezwaard goed 2 in eigendom verkrijgt. Erfgenaam A betaalt vervolgens zijn schuld van € 500 aan de schuldeiser. De schuldeiser kan in dat geval nog steeds elk bezwaard goed executeren en de resterende schuld van € 500 verhalen op de verkoopopbrengst. Hij is dus gerechtigd om goed 1 uit te winnen onder erfgenaam A, ondanks het feit dat A zijn schuld al heeft betaald. De betaald hebbende erfgenaam A wordt dan geconfronteerd met een zekerheidsrecht tot verhaal van een schuld van een derde. Erfgenaam A kan derhalve een beroep doen op het voorrecht van uitwinning van artikel 3:234 lid 1 BW en de zekerheidsnemer zodoende dwingen eerst het bezwaarde goed 2 onder erfgenaam B uit te winnen. Het bezwaarde goed 1 van erfgenaam A wordt in dit geval immers niet uitgewonnen tot verhaal van een schuld van hemzelf, maar van zijn mede-erfgenaam B. Het betreft met andere woorden een derdenpand.

We hebben nu dus vastgesteld dat het gehele onderpand voor elk deel van de verzekerde schuld kan worden uitgewonnen. Tevens hebben we vastgesteld dat elk deel van het onderpand voor de gehele schuld kan worden uitgewonnen. Wanneer verschillende goederen tot zekerheid van een schuld zijn bezwaard kan de zekerheidsnemer met andere woorden de gehele vordering op ieder goed verhalen.³⁸ Dit volgt uit de ondeelbaarheid van het pand- en

36 Het is natuurlijk ook niet het geval dat hij twee zekerheidsrechten heeft elk op één goed en elk tot zekerheid van € 1.000.

37 Zie hoofdstuk 2 over het Romeinse recht.

38 Stein 2004, p. 28.

hypotheekrecht. Het doel van het zekerheidsrecht maakt dat het zekerheidsrecht ondeelbaar is. Wanneer er met andere woorden eenmaal een zekerheidsrecht is gevestigd tot zekerheid van een bepaalde schuld, dan maakt het niet uit hoeveel schuldenaren van de verzekerde schuld er zijn, noch hoeveel goederen er zijn bezwaard tot zekerheid van die schuld. Men moet met betrekking tot het zekerheidsrecht uitgaan van het verzekerde bedrag. De eenheid en ondeelbaarheid van het zekerheidsrecht ligt in het feit dat de zekerheidsnemer zijn recht altijd uitoefent tot verhaal van dat verzekerde bedrag. Ook al neemt het aantal schuldenaren toe, of het aantal bezwaarde goederen: dit leidt niet tot een vermenigvuldiging van het aantal zekerheidsrechten. Er is nog steeds één zekerheidsrecht.

7.5 PLURALITEIT VAN SCHULDEISERS

De rechten van pand en hypotheek zijn volgens artikel 3:230 BW ook ondeelbaar wanneer de verbintenis tot zekerheid waarvan het recht is gevestigd twee of meer schuldeisers heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld.³⁹ De wetgever stelt zich dus het geval voor dat er *één verzekerde verbintenis* is waartoe *verschillende schuldeisers* zijn gerechtigd (pluraliteit van schuldeisers) en waarbij de schuldeisers overgaan tot verdeling van de verzekerde verbintenis. Er is discussie over de vraag wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in dergelijke gevallen behelst. De premisse van die discussie is dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht dwingende regels meebrengt. In § 7.3 is echter vastgesteld dat de ondeelbaarheid van pand- en hypotheekrecht *geen* goederenrechtelijk beginsel is. Er dient dus voorop te worden gesteld dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht geen dwingendrechtelijke regels meebrengt, ook niet in gevallen waarin er verschillende schuldeisers bij het zekerheidsrecht zijn betrokken. De vraag wat er met het zekerheidsrecht gebeurt bij een verdeling van een verzekerde verbintenis tussen verschillende schuldeisers is (primair) een vraag naar de uitleg van de zekerheidsovereenkomst. Nu zou men het bij deze vaststelling kunnen laten. We zullen echter enkele opmerkingen maken over wat deze vaststelling betekent wanneer een verzekerde verbintenis wordt verdeeld tussen verschillende schuldeisers. Eerst zullen echter de gevallen worden genoemd waarin pluraliteit van schuldeisers zich kan voordoen.

Een pluraliteit van schuldeisers kan zich voordoen wanneer bij de *vestiging* van het zekerheidsrecht reeds sprake is van verschillende schuldeisers, bijvoorbeeld wanneer verschillende banken gezamenlijk een lening verstrekken en

39 Art. 3:230 BW: Een recht van pand of hypotheek is ondeelbaar, zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld.

tot zekerheid van die lening een pand- of hypotheekrecht verkrijgen.⁴⁰ Het hangt dan van de zekerheidsovereenkomst af of er verschillende vorderingen zijn die zijn verzekerd door verschillende zekerheidsrechten, of dat er slechts één vordering is waartoe verschillende schuldeisers zijn gerechtigd en tot zekerheid waarvan slechts één zekerheidsrecht door de schuldenaar is gevestigd.

Een pluraliteit van schuldeisers kan zich ook voordoen wanneer een zekerheidsrecht dat voor één schuldeiser was gevestigd, naderhand toevalt aan verschillende schuldeisers. Dit geval doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de zekerheidsnemer overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen. Ten aanzien van de vorderingen van de erflater geldt in het huidige Nederlandse recht namelijk niet meer de Romeinsrechtelijke regel dat vorderingen van rechtswege worden verdeeld over de erfgenamen van de schuldeiser.⁴¹ Een vordering is een vermogensrecht en valt als zodanig in de boedel. Op grond van artikel 6:15 lid 2 juncto artikel 4:182 lid 1 BW zijn de erfgenamen gezamenlijk gerechtigd tot de vorderingsrechten van de erflater. Ten aanzien van een eventueel pand- of hypotheekrecht dat aan een vordering is verbonden zijn de erfgenamen eveneens gezamenlijk gerechtigd.⁴² Dit laatste is geen gevolg van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht, maar van het feit dat de vordering, evenals het zekerheidsrecht, in de boedel valt.⁴³ Net als bij het eigendomsrecht kunnen er ook verschillende gerechtigden van een pand- of hypotheekrecht zijn. Ten aanzien van het zekerheidsrecht gelden dan de regels van de gemeenschap van titel 7 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Aan de hand van die bepalingen zal bijvoorbeeld moeten worden bepaald of de deelgenoten ieder afzonderlijk of slechts gezamenlijk gerechtigd zijn tot executie van het onderpand over te gaan. Er is kortom één vorderingsrecht en één zekerheidsrecht waartoe verschillende schuldeisers gezamenlijk gerechtigd zijn. Deze erfrechtelijke casus is in de praktijk wellicht niet heel relevant. Een zelfde geval kan zich echter ook voordien in een commerciële context, namelijk wanneer een onderneming wordt gesplitst. De ondernemingen die uit de oorspronkelijke onderneming voortkomen zijn opvolgers onder

40 De kredietverlening door een aantal financiële instellingen gezamenlijk (syndicaat) wordt wel een syndicaatslening genoemd. Zie over deze financieringsvorm M. Scheffers, 'Knelpunten bij de securering van syndicaatsleningen door gezamenlijke (bank)hypotheek', *AA* 48 (1999), p. 4-14.

41 Vgl. over dit onderwerp Lokin, J.H.A., 'De vordering tot levering ener ondeelbare zaak die aan meerdere erfgenamen toevallt', in: *Samenleven, samenwerken (Henriquez-bundel)*, Deventer: Kluwer 1983, p. 207 e.v.

42 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 750 en Stein, *GS aantekeningen vermogensrecht*, aant. 3.1.2 bij art. 3:230 BW.

43 Van Mierlo en Steneker menen eveneens dat het zekerheidsrecht niet op grond van de ondeelbaarheid gezamenlijk aan de erfgenamen toekomt, maar ze geven geen argument voor het feit dat het zekerheidsrecht gezamenlijk aan de erfgenamen toekomt. Zie Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56 en Steneker 2012, nr. 17.

algemene titel. De gevolgen hiervan zijn dezelfde als bij de opvolging onder algemene titel van natuurlijke personen.

In de hierboven genoemde gevallen zal het probleem van de verdeling van de gemeenschappelijke vordering zich niet snel voordoen. De erfgenamen van de schuldeiser zullen de verzekerde vordering waarschijnlijk niet onderling verdelen, maar deze bij de boedelverdeling aan één van hen toedelen.⁴⁴ Deze erfgenaam verkrijgt door de boedelscheiding dan niet alleen de vordering, maar ook het daaraan verbonden zekerheidsrecht.⁴⁵ Er is kortom één vorderingsrecht en één zekerheidsrecht waartoe slechts één schuldeiser gerechtigd is. De vraag naar de gevolgen van de verdeling van een verzekerde vordering rijst daarentegen wel in gevallen waarin een deel van de verzekerde vordering of vorderingen overgaat op een derde. Verschillende rechtsfiguren zijn hierbij denkbaar, zoals de partiële cessie van een verzekerde vordering, gedeeltelijke subrogatie in een verzekerde vordering en cessie van een vordering bij een bankhypotheek.⁴⁶ De vraag naar de gevolgen voor het zekerheidsrecht in dergelijke gevallen wordt vaak besproken bij de rechtsfiguur van de partiële cessie van een verzekerde vordering.⁴⁷

Wanneer een verzekerde vordering wordt gecedeerd is het vaststaand recht dat het zekerheidsrecht van rechtswege overgaat op de cessionaris.⁴⁸ Er wordt regelmatig de vraag opgeworpen wat rechtens is ten aanzien van het zekerheidsrecht wanneer de verzekerde vordering niet volledig wordt gecedeerd, maar slechts *een gedeelte van de verzekerde vordering*. Sinds het arrest Sanders / Daumiller (HR 19 februari 1960, NJ 1960/178) staat vast dat door partiële cessie twee afzonderlijke vorderingen ontstaan, die zich tot de oorspronkelijke vordering niet verhouden als gedeelten van één inschuld. Hoewel de vordering zich opsplijt in twee vorderingen behouden deze twee nieuwe vorderingen wel de identiteit van de oorspronkelijke vordering.⁴⁹

Ten aanzien van het lot van het zekerheidsrecht vallen er verschillende opvattingen te onderscheiden. In § 7.1 is al gerefereerd aan de twee opvattingen die in dit geval diametraal tegenover elkaar staan. De heersende leer is dat het zekerheidsrecht niet wordt verdeeld, wanneer men de verzekerde

44 Natuurlijk op een zodanige wijze dat de andere erfgenamen worden gecompenseerd voor het feit dat zij na de verdeling niet meer gerechtigd zijn tot (de opbrengst van) de vordering.

45 Dezelfde oplossing werd al in het Romeinse recht gehanteerd. Zie D. 10,2,3 en D. 20,5,14.

46 Zie Steneker 2012, nr. 6 voor een bespreking van deze gevallen. Zie voor de 'bankhypotheek' L. Timmerman, 'Bankhypotheek en afhankelijkheid' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 409-424. Zie voor gedeeltelijke subrogatie in een verzekerde vordering Steneker 2012, nr. 6.

47 Biemans 2011, nr. 220, 225 en 671; Rongen 2012, nr. 1050; Tweehuysen 2014, p. 293 en Verhagen & Rongen 2000, p. 137-147.

48 Art. 3:82 en art. 6:142 BW.

49 Steneker 2012, nr. 6.

vordering verdeelt tussen verschillende schuldeisers.⁵⁰ Er blijft met andere woorden één zekerheidsrecht bestaan dat gemeenschappelijk toekomt aan de verschillende schuldeisers. Deze opvatting sluit goed aan bij de tekst van artikel 3:230 BW, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat het *recht* van pand- en hypotheek ondeelbaar is 'zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld'. Bovendien is deze opvatting verenigbaar met de hier voorgestane leer van de *ondeelbaarheid van de pandaflossing* die inhoudt dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten totdat de gehele verbintenis is voldaan tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht is gevestigd. Deze regel heeft, zoals hierboven is besproken, tot gevolg dat het zekerheidsrecht voor elk deel van de verzekerde vordering op het gehele onderpand kan worden uitgeoefend. Wanneer men deze regel toepast op het geval waarin de verzekerde vordering wordt verdeeld dan brengt dit mee dat het gehele onderpand bezwaard blijft totdat elke vordering is voldaan die is ontstaan uit de verdeling van de verzekerde vordering. De vorderingen die zijn ontstaan uit de verdeling moeten namelijk worden gezien als delen van de oorspronkelijke verzekerde vordering. Wanneer de vordering van één van de schuldeisers wordt betaald, dan blijft het zekerheidsrecht op het gehele onderpand rusten tot zekerheid van de resterende vorderingen.

In artikel 1206 OBW werd deze regel als volgt uitgedrukt: 'Wederkeerig mag de erfgenaam van den schuldeischer, die zijn aandeel in de schuld ontvangen heeft, het pand niet terug geven ten nadeele van diegenen zijner mede-erfgenamen die niet betaald zijn'. In artikel 1206 OBW was de ondeelbaarheid van het *vuistpand* gecodificeerd. Het vuistpandrecht ging teniet wanneer het onderpand werd teruggegeven aan de schuldenaar, vandaar dat in artikel 1206 OBW uitdrukkelijk werd bepaald dat de erfgenaam van de schuldeiser die betaald was niet het vuistpand mocht teruggeven aan de schuldenaar wanneer één van zijn mede-erfgenamen nog niet was betaald, omdat dit tot gevolg zou hebben dat het vuistpandrecht teniet ging. Hieruit kan worden afgeleid dat het vuistpandrecht strekte tot zekerheid van de vorderingen van alle erfgenamen.

Er wordt algemeen aangenomen dat het gehele onderpand bezwaard blijft tot zekerheid van elk deel van de oorspronkelijke verbintenis en dus bezwaard blijft tot zekerheid van alle vorderingen die uit de oorspronkelijke verbintenis zijn ontstaan. Uit het volgende voorbeeld blijkt goed wat dit meebrengt:

'Stel A en B zijn de gezamenlijke gerechtigden tot een vordering van € 10.000 op C, waarvoor C tien toondereffecten van één en dezelfde soort in pand heeft gegeven.

50 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56; Biemans 2011, nr. 220 en 225; Booms 2015, nr. 3; Scheffers 1999, p. 6; Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522; Steneker 2012, nr. 6; Storm 2007, p. 213-214; Timmerman 2002, p. 416-417 en Van 't Westeinde 1999, p. 689. Onduidelijk Huijgen: 'De ondeelbaarheid van de hypotheek doet zich dan gevoelen.' Zie Huijgen 2016, nr. 22.

Stel vervolgens, dat A en B de vordering verdelen in dien zin, dat A € 6.000 daarvan verkrijgt en B € 4.000, dan brengt de bepaling [nl. art. 3:230 BW] mee, dat zij nog steeds gezamenlijk de totaliteit van de tien effecten in pand hebben, niet A 6/10 in die totaliteit en B 4/10 en nog minder A pandrecht op zes en B pandrecht op vier dier effecten.⁵¹

De meningen lopen echter uiteen ten aanzien van de vraag hoeveel zekerheidsrechten er in een dergelijk geval zijn. De opvatting dat het zekerheidsrecht ondanks deling van de verzekerde vordering onverdeeld blijft wordt namelijk bestreden.⁵² Er is een aantal auteurs dat van mening is dat het pand- en hypotheekrecht wél wordt verdeeld wanneer men de verzekerde vordering verdeelt én indien partijen niet anders zijn overeengekomen.⁵³ De gedachte is dat de cedent en cessionaris zelf het lot van het zekerheidsrecht kunnen bepalen. Zo zouden zij bijvoorbeeld kunnen overeenkomen dat de cessionaris niet slechts een gedeelte van het hypotheekrecht verkrijgt, maar het gehele hypotheekrecht. Als de cedent en cessionaris bij de partiële cessie niets uitdrukkelijk zijn overeengekomen ten aanzien van het zekerheidsrecht dient te worden uitgegaan van een splitsing van het hypotheekrecht.⁵⁴ In dat geval heeft dus zowel de cedent als de cessionaris een afzonderlijk zekerheidsrecht op het gehele onderpand. In deze opvatting wordt het zekerheidsrecht door de deling van de vordering vermenigvuldigd en zijn er evenveel zekerheidsrechten als vorderingen. In het voorbeeld heeft zowel A als B een zekerheidsrecht: A heeft een zekerheidsrecht op de tien effecten tot verhaal van zijn vordering van € 6.000 en B heeft een zekerheidsrecht op dezelfde tien effecten tot verhaal van zijn vordering van € 4.000. Deze vermenigvuldiging van het zekerheidsrecht acht men niet in strijd met de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Volgens deze auteurs brengt de ondeelbaarheid namelijk slechts mee dat het gehele onderpand strekt tot zekerheid van elk deel van de vordering. De ondeelbaarheid heeft volgens hen daarentegen geen betrekking op het *recht* van pand en hypotheek. Deze rechten zijn volgens hen wel deelbaar.

Molenaar lijkt deze opvatting zelfs te baseren op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Hij stelt dat wanneer een schuldeiser 'gerechtigd is zijn deel in de gezamenlijke vordering op te eisen of zijn vordering onafhankelijk van de gerechtigde(n) tot de andere vordering(en) op te eisen' hij ook gerechtigd is de rechten uit het zekerheidsrecht uit te oefenen, *omdat* het pand- en hypotheekrecht

51 Het (aangepaste) voorbeeld is ontleend aan Molenaar, zie Molenaar 1999, nr. 14.

52 De Parlementaire Geschiedenis biedt geen uitkomst in deze discussie. Er wordt slechts vermeld dat bij een gedeeltelijk overgang van het vorderingsrecht de in art. 6:142 lid 1 Bw genoemde rechten en voorrechten 'voor hetzelfde breukdeel' mee overgaan, zie PG Boek 6, p. 528.

53 Rongen 2012, nr. 1052 en Verhagen & Rongen 2000, p. 146. Onder het Oud Burgerlijk Wetboek werd dit reeds verdedigd door Suijling, zie Suijling V, nr. 473.

54 Verhagen & Rongen 2000, p. 146-147.

ondeelbaar zijn.⁵⁵ Molenaar laat in het midden hoeveel zekerheidsrechten er in dergelijke gevallen zijn, maar deze opvatting komt er op neer dat iedere schuldeiser een zekerheidsrecht heeft en dat er net zoveel zekerheidsrechten zijn als (zelfstandige) vorderingen.⁵⁶

De opvatting dat er verschillende zekerheidsrechten bij verdeling van de verzekerde vordering ontstaan heeft verschillende consequenties. Ten eerste worden er in dit geval zekerheidsrechten gecreëerd die er eerst niet waren. In het voorbeeld was er één zekerheidsrecht voor A en B gezamenlijk, maar na verdeling van de vordering tussen A en B zijn er twee zekerheidsrechten. De schuldenaar kan dus worden geconfronteerd met twee zekerheidsrechten, terwijl hij zelf slechts één zekerheidsrecht had gevestigd. Bovendien zijn de zekerheidsrechten van *gelijke rang*.⁵⁷ Ze zijn immers ontstaan uit een en hetzelfde zekerheidsrecht. Wanneer een van de schuldeisers overgaat tot executie gaat het zekerheidsrecht van de andere schuldeiser teniet. Iedere schuldeiser is desondanks gerechtigd over te gaan tot executie van het gehele onderpand, want iedere schuldeiser heeft immers een zekerheidsrecht op het gehele onderpand. De gevolgen van deze opvatting laten zich goed illustreren aan de hand van het geval waarin één van de schuldeisers overgaat tot executie van het onderpand. Wanneer A tot verhaal van zijn vordering van € 6.000 alle effecten executeert en € 10.000 aan opbrengst verkrijgt, dan kan de schuldenaar C € 4.000 als overschot opeisen. De andere schuldeiser, in casu B, heeft in dat geval slechts nog een onverzekerde vordering van € 4.000 op schuldenaar C. B heeft geen vordering op A, want er is geen enkele rechtsverhouding tussen hen. Deze situatie is voor schuldenaar C ook bezwaarlijk. Hij heeft nu een onverzekerde vordering voor het overschot van de executieopbrengst op A en hij kan nog steeds worden geconfronteerd met een vordering van B.

De gedachte dat er verschillende zekerheidsrechten ontstaan bij verdeling van de verzekerde vordering kan rijzen op grond van de gedachte dat men elk deel van de vordering op het gehele onderpand kan verhalen. Men zou uit deze regel kunnen afleiden dat elke vordering die ontstaat uit de verdeling van een verzekerde vordering wordt verzekerd door een eigen zekerheidsrecht. De regel dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand kan worden uitgeoefend voor elk deel van de vordering heeft echter betrekking op het feit dat de *zekerheidsnemer* nog steeds het zekerheidsrecht op het gehele onderpand kan uitoefenen, wanneer al een deel van de verzekerde vordering door de schuldenaar is betaald. Deze regel ziet, met andere woorden, op de verhouding tussen de zekerheidsnemer en de zekerheidsgever. Hij behelst níet dat er voor elk deel van de verzekerde vordering een zekerheidsrecht is: er is één zeker-

⁵⁵ Molenaar 1999, nr. 14.

⁵⁶ Vgl. Van Mierlo die stelt dat Molenaar de regeling van de gemeenschap hiermee miskent, zie Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56.

⁵⁷ Rongen 2012, nr. 1057.

heidsrecht tot verhaal van één vordering. Dat geldt in de verhouding tussen de zekerheidsnemer en de zekerheidsgever, maar dit geldt ook als het aantal schuldeisers in de zekerheidsverhouding wordt uitgebreid doordat de verzekerde vordering wordt verdeeld. Wanneer het aantal schuldeisers wordt uitgebreid is er nog steeds één zekerheidsrecht waartoe de verschillende schuldeisers gezamenlijk zijn gerechtigd, nu ter verzekering van verschillende vorderingen. Slechts op deze wijze kan worden gegarandeerd dat het zekerheidsrecht elk deel van de oorspronkelijke verbintenis verzekert. Wanneer namelijk een van de deelgenoten in het gemeenschappelijke zekerheidsrecht wordt betaald, dan gaat zijn aandeel in het zekerheidsrecht teniet en neemt het aandeel in het zekerheidsrecht van de andere schuldeisers toe. Het gehele onderpand strekt dan met andere woorden tot zekerheid van de resterende vorderingen.

De partijen die bij de verdeling van een zekerheidsrecht zijn betrokken, zoals verschillende schuldeisers of een cedent en een cessionaris, kunnen wel afspraken maken over de uitoefening van het zekerheidsrecht. Dergelijke afspraken raken echter niet het zekerheidsrecht zelf, maar moeten worden gekwalificeerd als afspraken met betrekking tot de gemeenschap waarin het zekerheidsrecht valt. Wanneer bijvoorbeeld wordt overeengekomen dat slechts de cessionaris het zekerheidsrecht mag uitoefenen, dan betekent dit niet dat het zekerheidsrecht niet meer strekt tot zekerheid van de vordering van de cedent. Slechts de partijen die de zekerheidsovereenkomst sluiten kunnen bepalen hoe het zekerheidsrecht wordt vormgegeven; door een overeenkomst tussen de schuldeisers onderling of door een schuldeiser met een derde, bijvoorbeeld een cessionaris, kunnen geen nieuwe zekerheidsrechten ten aanzien van de schuldenaar tot stand komen. De conclusie is derhalve dat partiële cessie en andere wijzen van verdeling van een verzekerde vordering tussen verschillende schuldeisers niets veranderen aan het zekerheidsrecht: er blijft één zekerheidsrecht dat strekt tot zekerheid van verschillende vorderingen van verschillende schuldeisers.

7.6 HET KEUZERECHT VAN DE ZEKERHEIDSNEMER

In het Nederlandse recht is de gedachte dat pand- en hypotheekhouders *op grond van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht* een keuzerecht hebben wijdverbreid.⁵⁸ Deze gedachte heeft pas recent, namelijk na de invoering van de Code civil in 1804, ingang gevonden. Voordien had de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht slechts betrekking op de regel dat het gehele onderpand bezwaard bleef, zolang nog niet de gehele schuld was voldaan.

58 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56; Gerver 2001, p. 13; Molenaar 1999, nr. 14; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 750; Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522; Verstijlen 2013, nr. 14; Tweehuysen 2016, p. 184.

In deze paragraaf zal worden onderzocht of uit de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inderdaad een keuzerecht voor de zekerheidsnemer voortvloeit.

Eerst zal dan moeten worden vastgesteld wanneer de vraag rijst of de zekerheidsnemer een keuzerecht heeft. Er is vanzelfsprekend geen keuzemogelijkheid als er slechts één goed is bezwaard; de zekerheidsnemer zal zich bij wanprestatie van de schuldenaar op dat ene bezwaarde goed moeten verhalen. Er is pas een keuze mogelijk wanneer er verschillende goederen zijn bezwaard. Bovendien moeten die goederen zijn bezwaard tot zekerheid van één verbintenis. In het geval waarin een schuldeiser verschillende vorderingen heeft die ieder zijn verzekerd door een afzonderlijk zekerheidsrecht op een enkel goed doet de vraag naar het keuzerecht zich niet voor. De schuldeiser kan zich ook in dat geval slechts op een enkel goed verhalen. Slechts in het geval waarin *verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld zijn bezwaard* rijst de vraag of de zekerheidsnemer een keuzerecht heeft. De volgende vraag die dan rijst is wat een keuzerecht inhoudt. Er worden verschillende mogelijkheden voor de zekerheidsnemer aangegeven. De zekerheidsnemer zou tot verhaal van zijn vordering alle bezwaarde goederen kunnen uitwinnen, ofwel een aantal goederen ofwel een bepaald goed. Daarnaast zou hij ook een deel van zijn vordering kunnen verhalen op goed A en een ander deel van zijn vordering op een later moment op goed B.⁵⁹

Er dienen twee gevallen te worden onderscheiden voor de bespreking van het keuzerecht. Ten eerste het geval waarin slechts de goederen van de schuldenaar zijn bezwaard en ten tweede het geval waarin naast goederen van de schuldenaar ook goederen van derden zijn bezwaard. Het laatste geval zal als eerste worden besproken.

Als zowel goederen van derden, als van de schuldenaar zijn bezwaard wordt er een inbreuk gemaakt op het keuzerecht van de zekerheidsnemer door het voorrecht van uitwinning zoals dat is gecodificeerd in artikel 3:234 BW. Derden die een zakelijk recht hebben op een goed dat de zekerheidsnemer wil uitwinnen, kunnen verzoeken dat bij de executie ook de goederen van de schuldenaar worden inbegrepen en dat deze goederen als eerste worden verkocht. De zekerheidsnemer kan in het Nederlandse recht dus niet altijd kiezen welk bezwaard goed hij wil uitwinnen.⁶⁰ Er wordt daarom vaak gesteld dat artikel 3:234 BW een inbreuk maakt op het 'beginsel van ondeelbaarheid'.⁶¹ Dit is echter alléén het geval als men aanneemt dat de ondeelbaarheid meebrengt dat de zekerheidsnemer vrij kan kiezen uit de bezwaarde goederen. Zoals eerder is vastgesteld ziet de ondeelbaarheid echter op de ondeelbaarheid

59 Gerver 2001, p. 13 en Tweehuysen 2016, p. 184.

60 Zoals de zekerheidsnemer in Duitsland dat bijvoorbeeld wel kan, omdat geen enkele derde daar een voorrecht van uitwinning kan invoeren. Zie voor het Duitse recht § 7.7.

61 Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 750.

van de aflossing van het zekerheidsrecht. De ondeelbaarheid van de aflossing houdt in dat het gehele onderpand bezwaard blijft zolang nog niet de gehele verzekerde schuld is voldaan. Dit geldt ook in het geval een derde met succes het voorrecht van uitwinning inroept. Diens goederen blijven namelijk bezwaard zolang nog niet de gehele vordering van de zekerheidsnemer is voldaan. Dit blijkt uit het feit dat de zekerheidsnemer nogmaals tot executie mag overgaan wanneer de goederen van de schuldenaar niet voldoende hebben opgebracht. Uit dit geval blijkt dus opnieuw dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht ziet op de ondeelbaarheid van de pandaflossing.

Als slechts goederen van de schuldenaar zijn bezwaard lijkt de zekerheidsnemer a priori wel een keuzerecht te hebben: de schuldenaar kan immers niet zelf een volgorde van uitwinning bepalen, noch kan de schuldenaar met succes vorderen dat de schuldeiser zijn verhaal verdeelt over de verschillende bezwaarde goederen. Het keuzerecht van de zekerheidsnemer is echter ook in dat geval niet onbeperkt. Ten eerste dient de zekerheidsnemer bij de uitwinning rekening te houden met de belangen van de schuldenaar.⁶² Hij dient zijn zekerheidsrecht met andere woorden te goeder trouw uit te oefenen. Dit brengt mee dat hij geen misbruik mag maken van zijn zekerheidsrecht. Een wijze van uitwinning die enkel tot doel heeft de schuldenaar te benadelen en waarbij de zekerheidsnemer geen belang heeft, zal leiden tot aansprakelijkheid van de zekerheidsnemer op grond van misbruik van recht. Daarnaast zijn ook er regels van executierecht die de vrije keuze van de zekerheidsnemer inperken. De executerende hypotheekhouder is bijvoorbeeld op grond van artikel 546 juncto artikel 522 Rv niet gerechtigd alle goederen te executeren als tijdens de executie blijkt dat de opbrengst van de reeds geëxecuteerde goederen voldoende is om zijn vordering te voldoen. De zekerheidsnemer dient de executie in dit geval te staken. Hetzelfde geldt op grond van artikel 470 lid 1 Rv voor de pandhouder die overgaat tot executie van verschillende roerende zaken. De stelling dat de zekerheidsnemer naar eigen inzicht tot verhaal van zijn vordering alle bezwaarde goederen mag executeren is dus niet vol te houden.

De ondeelbaarheid zou ook meebrengen dat de schuldeiser het verhaal van zijn verzekerde vordering kan verdelen over de verschillende bezwaarde goederen. De zekerheidsnemer kan eerst een deel van de vordering verhalen op het ene goed om vervolgens het resterende deel te verhalen op een ander goed. Gerver geeft het volgende voorbeeld:

‘Ter verduidelijking: wie € 100.000 heeft geleend en tot zekerheid voor de terugbetaling ervan drie huizen als hypothecair onderpand heeft gekregen kan bij wanbetaling het eerste huis uitwinnen en als dit niet voldoende opbrengt het tweede en zo vervolgens. Ook mag hij in één keer de drie huizen uitwinnen. Zelfs mag hij

62 Vgl. Verstijlen 2013, nr. 14.

het ene huis uitwinnen voor € 25.000 in een later stadium het tweede voor € 10.000 en het derde voor € 65.000.⁶³

Ook anderen stellen dat de zekerheidsnemer kan kiezen welk deel van de vordering hij op welk bezwaard goed verhaalt.⁶⁴ Dit recht gaat nog verder dan het recht van de zekerheidsnemer om te kiezen welk goed of welke goederen hij wil *uitwinnen*. De zekerheidsnemer heeft volgens deze auteurs – als wij hen goed begrijpen – namelijk ook het recht te bepalen op welke wijze hij zijn verzekerde vordering met de executieopbrengst verrekent. Dit ziet met andere woorden op een keuzerecht na executie ten aanzien van de executieopbrengst van een bezwaard goed. De zekerheidsnemer kan naar believen de executieopbrengst aanwenden om zijn gehele vordering te verhalen, maar hij kan ook slechts een gedeelte van zijn vordering op de executieopbrengst verhalen. Afgezien van het feit dat deze gang van zaken in de praktijk waarschijnlijk weinig voorkomt, lijkt het mij niet mogelijk dat de zekerheidsnemer slechts een gedeelte van de executieopbrengst aanneemt. Indien de executie van een bezwaard goed voldoende oplevert om de verzekerde vordering te voldoen is de schuldeiser niet gerechtigd zich slechts gedeeltelijk op de opbrengst te verhalen. Als de zekerheidsnemer de executieopbrengst (gedeeltelijk) weigert is hij namelijk in schuldeisersverzuim. De schuldeiser kan dus ook niet zelf zijn vordering verdelen over de bezwaarde goederen. Het recht van de zekerheidsnemer strekt niet zover dat hij kan bepalen hoe de executieopbrengst van een bepaald goed wordt aangewend.⁶⁵ Indien hij een zekerheidsrecht heeft op een goed dat wordt uitgewonnen kan *en moet* hij met andere woorden voor zover mogelijk zijn gehele vordering op de opbrengst verhalen. Dat is in overeenstemming met het doel van het zekerheidsrecht en de belangen van de betrokken partijen.

Naar huidig Nederlands recht valt gezien het voorgaande niet vol te houden dat de zekerheidsnemer een onbeperkt keuzerecht heeft wanneer verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde vordering zijn bezwaard. De conclusie dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht ziet op de regel dat het gehele onderpand bezwaard blijft, zolang nog niet de gehele schuld is voldaan, kan echter wel worden gehandhaafd. Dit aspect van de ondeelbaarheid is veel fundamenteeler dan het zogenoemde keuzerecht van de zekerheidsnemer. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de zekerheidsnemer nadat het voorrecht van uitwinning is ingeroepen, nogmaals mag executeren wanneer de opbrengst van de goederen onder de schuldenaar niet voldoende blijkt te zijn. De andere grenzen aan het keuzerecht van de zekerheidsnemer,

⁶³ Gerver 2001, p. 13 (voorbeeld enigszins aangepast).

⁶⁴ Molenaar 1999, nr. 14 en Tweehuysen 2016, p. 184.

⁶⁵ Opnieuw geldt dat het Duitse recht op dit punt afwijkt van het Nederlandse recht door *wel* een beschikkingsrecht over de executieopbrengst toe te kennen aan de zekerheidsnemer. Zie § 7.7 voor een fraai voorbeeld van de gevolgen van een dergelijke regeling.

zoals de staking van de executie en de uitoefening binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid, maken ook geen inbreuk op de ondeelbaarheid van de pandaflossing. In alle gevallen blijft het gehele onderpand bezwaard totdat de laatste cent van de verzekerde vordering is voldaan. Dit is in overeenstemming met het karakter van het zekerheidsrecht. Het doel is dat de zekerheidsnemer zijn gehele vordering betaald krijgt. Om dat doel te bereiken kan hij zich op het gehele onderpand verhalen. De zekerheidsnemer heeft er echter geen belang bij te bepalen op welke wijze de vordering op de opbrengst van het onderpand wordt verhaald. Zijn recht strekt dan ook niet zover dat hij dit kan bepalen.

7.7 EXCURS: DE LEER VAN DE 'ONGEDEELDE VERHAALSAANSPRAKELIJKHEID VAN HET ONDERPAND' IN HET DUITSE RECHT

Er wordt soms betoogd dat er in het Nederlandse recht geen sprake is van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht, maar van een 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid' van verpande en verhypothekerde goederen.⁶⁶ In de literatuur onder het Oud Burgerlijk Wetboek werd de term 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid' niet gebruikt in verband met het pand- en hypotheekrecht. De leer van de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid' is pas recent geïntroduceerd en is overgenomen uit het Duitse recht, waar zij bekend staat als de 'ungeteilte Pfandhaftung'.⁶⁷ In deze paragraaf zal worden aangetoond dat wij dit leerstuk niet behoren over te nemen. Hij past niet binnen het Nederlandse systeem van de goederenrechtelijke zekerheidsrechten dat op Romeins-Franse leest is geschoeid. Ter adstructie van deze stelling volgt hier een – korte – uiteenzetting over het Duitse recht ten aanzien van dit onderwerp. De hiernavolgende beschouwing is voor het Duitse recht vooral van theoretisch belang, aangezien in de Duitse financieringspraktijk de rechten van vuistpand en hypotheek niet veel worden gebruikt. Men maakt hoofdzakelijk gebruik van de eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid bij roerende goederen en de 'Grundschild' bij onroerende goederen. Desalniettemin is het verhelderend om het Duitse systeem van de beperkte, accessoire zekerheidsrechten te contrasteren met het Nederlandse recht.

⁶⁶ Tweehuysen gebruikt deze uitdrukking met zoveel woorden. Zij verwijst naar andere auteurs die ook het leerstuk van de ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid zouden voorstaan. Zie Tweehuysen 2014, p. 302 en Tweehuysen 2016, p. 184, 187 en 190.

⁶⁷ Tweehuysen, t.a.p.

De Duitse 'Gesamthypothek'

De ontwerpers van het BGB hebben de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht niet uitdrukkelijk opgenomen in het BGB.⁶⁸ Zij kennen daarentegen wel het beginsel van de 'ungeteilte Pfandhaftung' dat als 'allgemeines pfandrechtliches Prinzip' aan verschillende bepalingen in het BGB ten grondslag ligt. 'Pfand' moet in deze uitdrukking worden geïnterpreteerd als een niet-wettelijke term voor beperkte zekerheidsrechten in het algemeen, op dezelfde wijze als de term 'Pfand' wordt gebruikt in de uitdrukking 'Gesamtgrundpfand'.⁶⁹ 'Haftung' is oorspronkelijk een begrip dat in contrast staat met 'Schuld'. Er kan sprake zijn van een 'Haftung', zonder dat er sprake is van een persoonlijke schuld.⁷⁰ In het Nederlandse recht spreekt men dan van 'verhaalsaansprakelijkheid'. De Duitse uitdrukking 'ungeteilte Pfandhaftung' kan derhalve worden vertaald als de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid van het onderpand'. Het leerstuk van de 'ungeteilte Pfandhaftung' laat zich echter niet goed vergelijken met het Nederlandse leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Dit kan worden verduidelijkt aan de hand van de rechtsfiguur van de 'Gesamthypothek'.⁷¹ De 'Gesamthypothek' is een rechtsfiguur waarbij tot zekerheid van één vordering een hypotheek op verschillende goederen is gevestigd:

'(1) Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesamthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung. Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teil suchen.

(2) Der Gläubiger ist berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, dass jedes Grundstück nur für den zugeordneten Betrag haftet. Auf die Verteilung finden die Vorschriften der §§ 875, 876, 878 entsprechende Anwendung.'⁷²

68 Men vond het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht niet in een burgerlijk wetboek thuishoren, maar in een leerboek. Zie de Protokolle, dl. III, p. 450.

69 Op onroerend goed kan in het Duitse recht geen pandrecht rusten. Het 'Grundpfandrecht' is dus geen 'Pfandrecht' in de wettelijke zin (wat in Duitsland een vuistpandrecht is, zie § 1204 e.v. BGB); de term 'Pfandrecht' wordt hier gebruikt in de meer algemene betekenis van 'beperkt zekerheidsrecht' en heeft dus zowel betrekking op het hypotheekrecht als het pandrecht, zie Staudinger/Wolfsteiner 2015, § 1113, rn. 1.

70 Vgl. Asser/Scholten 1945, p. 459.

71 Tweehuysen stelt dat de rechtsregels die gelden voor de 'Gesamthypothek' in het Nederlandse recht volgen uit de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Zie Tweehuysen 2014, p. 301.

72 § 1132 BGB. Het BGB bevat nog een aantal bepalingen waarin de rechtsgevolgen van de 'Gesamthypothek' nader zijn uitgewerkt. § 1132 BGB bevat echter de kern van deze rechtsfiguur. Dezelfde constructie kende onder het gemene recht verschillende namen, zoals 'Korrealthypothek', 'Solidarhypothek' en 'Verbundhypothek', zie Staudinger/Wolfsteiner 2015, § 1132, rn. 1 en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 485. In het Oostenrijkse Grundbuchgesetz (1955) wordt deze hypotheek in § 15 'Simulthanhypothek' genoemd.

Het is kenmerkend voor de ‘Gesamthypothek’ dat de gehele vordering op elk onroerend goed kan worden verhaald en dat de hypotheekhouder kan kiezen op welk goed hij zijn vordering verhaalt. Het verzekerde bedrag komt de schuldeiser echter slechts één keer toe. Om dit bedrag te verkrijgen is de hypotheekhouder wel gerechtigd zich ‘nach seinem Belieben’ op ieder bezwaard goed voor zijn gehele vordering of een deel van zijn vordering te verhalen (§ 1132 I 2 BGB). Hij kan met andere woorden zelf bepalen op welke wijze hij de bezwaarde goederen uitwint. Hij is gerechtigd alle bezwaarde goederen tegelijk uit te winnen, of een van de goederen, of een aantal goederen (maar niet allemaal), of hij kan één goed uitwinnen voor een deel van het verzekerde bedrag.⁷³ Het Duitse recht gaat nog verder. De hypotheekhouder kan zijn keuzerecht zelfs uitoefenen *nadat* de executoriale verkoop heeft plaats gevonden. De reden dat dit in het Duitse recht – ondanks de vergaande consequenties – mogelijk wordt geacht, ligt in de zaaksvervanging die plaats vindt bij uitwinning van verhypothekerde goederen. Na de toekenning bij de executie gaat het zekerheidsrecht op het geveilde goed teniet. De opbrengst van de goederen die door middel van een ‘Zwangversteigerung’ zijn verkocht treedt in de plaats van die goederen (‘Surrogationsprinzip’).⁷⁴ Het keuzerecht geldt dus niet alleen ten aanzien van de bezwaarde goederen, maar eveneens ten aanzien van de executieopbrengst van die goederen. Dit heeft tot gevolg dat de zekerheidsnemer naar eigen inzicht kan beschikken over de executieopbrengst. Een treffend voorbeeld hiervan biedt een uitspraak van het Oberlandesgericht Köln van 29 april 1958.⁷⁵ A had een ‘Gesamthypothek’ van 40.000 Deutsche Mark op onroerende goederen van B, C en D. Nadat al de bezwaarde goederen waren geëxecuteerd en aan veilingkoper E waren toegewezen (de ‘Zuschlag’), oefende zekerheidsnemer A zijn keuzerecht uit. De zekerheidsnemer koos ervoor om zijn vordering volledig te verhalen op het goed van B. B droeg dus de volledige last van de ‘Gesamthypothek’, zonder dat hij regres kon nemen op C en D. Dit arrest laat goed zien dat het Duitse zekerhedenrecht op hele andere uitgangspunten is gebaseerd dan het Nederlandse pand- en hypotheekrecht.

Het verhaal van de zekerheidsnemer is in het Duitse recht bovendien nog op een andere wijze ‘ongedeeld’. Het BGB kent namelijk geen voorrecht van uitwinning, zoals de meeste ‘Partikularrechten’ die voor de totstandkoming van het BGB van kracht waren dit nog wel kenden. De invoering van een voorrecht van uitwinning is na lang beraad door de ontwerpers niet opgenomen in het BGB. Dit uitgangspunt van het BGB bewerkstelligt dat ook bezwaarde goederen van derden voor de gehele schuld uitwinbaar zijn en dat de zekerheidsnemer dus een onbeperkt keuzerecht heeft. In het Nederlandse recht heeft de zekerheidsnemer geen onbeperkt keuzerecht, zoals in § 7.6 is beschreven.

73 Baur/Stürner 2009, § 36, nr. 127; Staudinger/Wolfsteiner 2015, § 1132, rn. 50.

74 Staudinger/Wolfsteiner 2015, § 1147, rn. 86 en § 1113, rn. 211.

75 KTS 1958, 155.

Er wordt dan gewezen op het feit dat de zekerheidsnemer in het Duitse recht evenals in het Nederlandse recht zijn zekerheidsrecht moet uitoefenen binnen de grenzen van de rechtsfiguur 'misbruik van recht' ('unzulässige Rechtsausübung').⁷⁶ Dit rechtsmiddel biedt echter weinig soelaas aan derden die worden aangesproken door de zekerheidsnemer. Het invoeren van dit rechtsmiddel leidt voor de derde waarschijnlijk niet tot vergelijkbare resultaten als het invoeren van het voorrecht van uitwinning van artikel 3:234 BW in het Nederlandse recht. In het Duitse recht er is namelijk slechts sprake van misbruik van recht als de uitoefening van een recht slechts tot doel heeft de ander te schaden.⁷⁷ De benadeelde derde moet dus stellen en bewijzen dat de uitoefening van het zekerheidsrecht enkel tot doel had hem te schaden. Dit is een hoge drempel, temeer daar § 1132 BGB de hypotheekhouder uitdrukkelijk een keuzerecht geeft. De uitoefening van dit keuzerecht zal dus niet snel leiden tot misbruik van recht. In het Duitse recht kan dus ook om die reden zinvol over een 'ongedeelde verhaals aansprakelijkheid' ('ungeteilte Pfandhaftung') worden gesproken, omdat elk deel van het onderpand voor een deel of het geheel van de verzekerde vordering kan worden uitgewonnen.

Het moge duidelijk zijn dat het Nederlandse recht een dergelijk leerstuk van de 'ongedeelde verhaals aansprakelijkheid van het onderpand' niet kent. In het Nederlandse recht moet de zekerheidsnemer in bepaalde gevallen namelijk wel zijn verhaal verdelen over de bezwaarde goederen, bijvoorbeeld wanneer een derde zich kan beroepen op het voorrecht van uitwinning. Bovendien heeft de pand- of hypotheekhouder naar Nederlands recht geen beschikkingsmacht over de executieopbrengst van het bezwaarde goed. De zekerheidsnemer kan dus niet naar eigen believen zijn vordering verhalen op de verschillende bezwaarde goederen.

7.8 CONCLUSIE

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is voor het huidige Nederlandse recht neergelegd in artikel 3:230 BW. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat dit artikel een vervanging is van de artikelen 1206 en 1209 OBW. Een belangrijk uitgangspunt voor de interpretatie is dus dat de wetgever met artikel 3:230 BW hetzelfde heeft willen regelen als met artikel 1206 en 1209 OBW. Er zijn echter twee uitzonderingen op dit uitgangspunt. Ten eerste heeft de wetgever van het huidige Burgerlijk Wetboek niet meer bepaald dat de rechten van pand en hypotheek 'uit hun aard' ondeelbaar zijn. Hiermee lijkt de wetgever tegemoet gekomen te zijn aan de kritiek op artikel 1209 OBW waarin was bepaald dat het hypotheekrecht 'uit zijn aard' ondeelbaar was. Deze

⁷⁶ Tweehuysen 2014, p. 302.

⁷⁷ § 226 BGB Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.

uitdrukking werd algemeen afgewezen, omdat de ondeelbaarheid van regelend recht werd geacht. Voor het huidige recht wordt eveneens algemeen aangenomen dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht van regelend recht is. Een tweede uitzondering is dat artikel 3:230 BW ruimer is geformuleerd dan de corresponderende artikelen in het Oud Burgerlijk Wetboek. In het Oud Burgerlijk Wetboek was de ondeelbaarheid van toepassing wanneer de verzekerde verbintenis werd verdeeld tussen de erfgenamen van de schuldeiser of de erfgenamen van de schuldenaar. Deze erfrechtelijke context was uitdrukkelijk gecodificeerd in artikel 1206 OBW waarin de ondeelbaarheid van het vuistpandrecht was neergelegd. In artikel 3:230 BW wordt bepaald dat de rechten van pand en hypotheek ondeelbaar zijn wanneer de verzekerde verbintenis tussen twee of meer schuldeisers of schuldenaars wordt verdeeld. De wetgever heeft de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht blijkbaar in meer gevallen dan enkel de erfrechtelijke gevallen van toepassing willen laten zijn.

Hoewel deze uitgangspunten voor de interpretatie van artikel 3:230 BW kunnen worden vastgesteld wordt uit dit artikel niet duidelijk wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt. Het artikel stelt slechts *dat* de rechten van pand en hypotheek ondeelbaar zijn. Dit verklaart dat er verschillende opvattingen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bestaan. In dit hoofdstuk is daarom een systematische uiteenzetting van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht gegeven. In § 7.3 is onderzocht wat de ondeelbaarheid inhoudt in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar. De ondeelbaarheid ziet daar op de regel dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten, totdat de gehele verzekerde vordering is betaald. Deze regel wordt algemeen aanvaard, maar er wordt zelden of nooit een verklaring voor gegeven. Er zijn verschillende verklaringen mogelijk waarom de omvang van het onderpand niet afneemt als een deel van de verzekerde schuld is betaald. Een verklaring van de regel is dat het niet mogelijk is om een deel van een goed als vuistpand achter te houden of een deel van een goed te executeren. Er zijn met andere woorden bepaalde beperkingen die samenhangen met de aard van het object waarop het zekerheidsrecht rust. Deze verklaring gaat echter slechts op als het zekerheidsrecht op een ondeelbare zaak rust, zoals in het geval van een hypotheekrecht op een huis. Het is geen afdoende verklaring wanneer het pand- of hypotheekrecht op een deelbare zaak of op verschillende ondeelbare zaken rust. Er wordt echter algemeen aangenomen dat de regel ook in die gevallen opgaat. Een andere verklaring is dat de schuldenaar op deze manier onder druk wordt gezet om de gehele schuld te betalen. Hoe groter de wanverhouding tussen de verzekerde schuld en het onderpand hoe groter de bereidwilligheid van de schuldenaar zal zijn om zijn schuld af te betalen. Dit effect is echter meer een gevolg van de regel dan dat het verklaart waarom de regel er is. De meest overtuigende verklaring is daarom eenvoudigweg dat de regel berust op de vermoede partijwil. De zekerheidsovereenkomst behelst dat de

schuldeiser het onderpand onder zich mag houden en eventueel executeren wanneer de schuldenaar zijn schuld niet betaalt. Een betaling van een deel van de schuld is geen betaling van de schuld en daarom blijft de zekerheidsverhouding in dat geval ongewijzigd in stand. Dit verklaart bovendien waarom de ondeelbaarheid van regelend recht is. Er bestaat overkoepelend niet zoiets als een 'goederenrechtelijk beginsel van ondeelbaarheid'. In alle gevallen waarin ondeelbaarheid een rol speelt hangt het af van wat partijen zijn overeengekomen.

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is zo vanzelfsprekend in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar dat zij nauwelijks uitleg en verklaring behoeft. Dit geldt echter niet voor de gevallen waarin er sprake is van verschillende schuldenaren of verschillende schuldeisers die bij dezelfde zekerheidsovereenkomst zijn betrokken. Een dergelijke pluraliteit van schuldenaren of schuldeisers bij de zekerheidsovereenkomst kan zich op verschillende manieren voordoen. Historisch gezien deden dergelijke situaties zich met name voor als de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen of als de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. De verzekerde verbintenis werd in die gevallen verdeeld over de erfgenamen van de schuldeiser ofwel over de erfgenamen van de schuldenaar. In het laatste geval wordt in het Nederlandse recht nog steeds de verzekerde schuld naar verhouding van de erfden van rechtswege verdeeld over de erfgenamen van de schuldenaar. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht behelst in dit geval dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten totdat alle schulden van de erfgenamen zijn voldaan. Men moet de afzonderlijke schulden van de erfgenamen zien als *delen van de oorspronkelijk verzekerde schuld*. Een betaling door een erfgenaam van zijn schuld moet met andere woorden worden gezien als een deelbetaling. Ook in dit geval blijft het zekerheidsrecht dus op het gehele onderpand rusten totdat de gehele oorspronkelijke, door de erflater verzekerde schuld is voldaan. Deze regel is gerechtvaardigd, omdat de rechtspositie van de schuldeiser niet behoort te worden veranderd door de opkomst van verschillende erfgenamen die de plaats van de schuldenaar innemen. Het goed blijft bezwaard tot zekerheid van de gehele verbintenis tot zekerheid waarvan het oorspronkelijk was bezwaard. De situatie dat er verschillende schuldenaren zijn kan nog worden gecompileerd door het feit dat er verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld zijn bezwaard. Wanneer dit het geval is kan de schuldeiser op ieder goed de gehele vordering verhalen. Hij oefent zijn zekerheidsrecht altijd uit tot verhaal van zijn gehele vordering. De schuldeiser kan dus niet worden gedwongen zijn verhaal te verdelen over de verschillende bezwaarde goederen.

De situatie dat er verschillende schuldeisers betrokken zijn bij het zekerheidsrecht kan zich eveneens op verschillende manieren voordoen. Er kan reeds sprake zijn van een pluraliteit van schuldeisers bij de vestiging van het zekerheidsrecht, maar de pluraliteit van schuldeisers kan ook later ontstaan

doordat de schuldeiser overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bewerkt in deze gevallen dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten totdat elke vordering is voldaan. De schuldeisers hebben een gemeenschappelijk zekerheidsrecht waarvoor de regels van de gemeenschap gelden. Deze onwenselijke situatie kan eenvoudig worden opgelost door de verzekerde vordering aan één schuldeiser toe te delen. Deze schuldeiser verkrijgt dan de gehele vordering en het daaraan verbonden zekerheidsrecht. In sommige gevallen wordt de verzekerde vordering echter verdeeld. De vraag wat er in dat geval gebeurt met het zekerheidsrecht wordt op verschillende manieren beantwoord. Een aantal auteurs meent dat het zekerheidsrecht ook kan worden verdeeld, in de zin dat iedere zelfstandige vordering die ontstaat uit een verdeling van de gemeenschappelijke vordering wordt verzekerd door een zekerheidsrecht. Deze opvatting moet echter worden afgewezen. Het zekerheidsrecht blijft onverdeeld wanneer de vordering wordt verdeeld tussen verschillende schuldeisers en blijft dus gemeenschappelijk toekomen aan de schuldeisers. Op deze wijze wordt gegarandeerd dat het zekerheidsrecht dient tot zekerheid van elk deel van de vordering tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht oorspronkelijk was gevestigd. De opvatting waarbij het zekerheidsrecht wordt vermenigvuldigd bij verdeling van de verzekerde vordering leidt tot een ontoelaatbare vermeerdering van zekerheidsrechten. Een dergelijke vermeerdering is immers nadelig voor de schuldenaar. De schuldeisers kunnen niet het zekerheidsrecht vermeerderen zonder medewerking van de schuldenaar. Wanneer één van de schuldeisers overgaat tot executie gaat het zekerheidsrecht van de andere schuldeiser teniet en houdt de laatste slechts een onverzekerde vordering op de schuldenaar over. Bovendien houdt de schuldenaar zelf een onverzekerde, persoonlijke vordering op de executerende schuldeiser over tot verhaal van het overschot. De positie van de schuldenaar is daarmee slechter dan wanneer het zekerheidsrecht dient tot zekerheid van de gehele oorspronkelijke vordering. De rechten van pand en hypotheek zijn dus daadwerkelijk ondeelbaar in de zin dat het zekerheidsrecht niet wordt gedeeld ook al wordt de verzekerde vordering verdeeld. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* wanneer een verzekerde vordering partieel wordt gecedeerd of wanneer er partieel wordt gesubrogeerd in een verzekerde vordering.

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht behelst – zo volgt uit het voorgaande – dat de zekerheidsnemer zijn vordering in haar geheel op ieder deel van het onderpand en in haar geheel op het gehele onderpand kan verhalen. Vanuit dit perspectief is het begrijpelijk dat er wordt gesteld dat de rechten van pand en hypotheek ‘gelijkelijk rusten op alle goederen’, of dat het zekerheidsrecht in zijn geheel rust op het gehele onderpand en in zijn geheel op elk deel van het onderpand. Het feit dat elk bezwaard goed en elk deel van een bezwaard goed voor de gehele schuld kan worden uitgewonnen leidt echter niet noodzakelijkerwijze tot de conclusie dat de zekerheidsnemer zelf kan bepalen op welke wijze hij zijn vordering op de bezwaar-

de goederen verhaalt. De zekerheidsnemer heeft, met andere woorden, geen onbeperkt keuzerecht. Ten eerste maakt artikel 3:234 BW daarop al een inbreuk. Derden kunnen op grond van dat artikel verlangen dat de zekerheidsnemer eerst de bezwaarde goederen van de schuldenaar in veiling brengt, voordat hij de bezwaarde goederen van de derde veilt. Daarnaast heeft de zekerheidsnemer ook in verhouding tot de schuldenaar geen onbeperkt keuzerecht. De zekerheidsnemer heeft rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar. Dit brengt mee dat de zekerheidsnemer in het geval waarin er verschillende goederen voor dezelfde schuld zijn verbonden de executie dient te staken wanneer de opbrengst van de reeds geëxecuteerde goederen voldoende is om de vordering te voldoen. Bovendien is de zekerheidsnemer niet gerechtigd zijn verhaal naar eigen believen te verdelen over de verschillende bezwaarde goederen. Hij dient de gehele executieopbrengst aan te wenden voor het verrekenen van de verzekerde vordering. De zekerheidsnemer is in schuldeisersverzuim indien hij (een gedeelte van) de executieopbrengst weigert. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht ziet in het Nederlandse recht dus niet, zoals in het Duitse recht, op een ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid. Het Duitse zekerhedenrecht is wat dat betreft op geheel andere uitgangspunten gebaseerd.

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is van toepassing wanneer er eenmaal een zekerheidsrecht is gevestigd. Het zekerheidsrecht blijft ongedeelde ongeacht het aantal schuldeisers of schuldenaren dat bij het recht is betrokken. Het gehele onderpand blijft bezwaard zolang nog niet elk deel van de verzekerde verbintenis is voldaan.