

University of Groningen

## Onze zoogenaamde zakelijke zekerheidsrechten. Proeve eener publicatietheorie

Talsma Janszoon, Jan

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

1930

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Talsma Janszoon, J. (1930). *Onze zoogenaamde zakelijke zekerheidsrechten. Proeve eener publicatietheorie*. Koninklijke Van Gorcum.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## HOOFDSTUK I. ZEKERHEIDSRECHT EN GENOTSRECHT.

---

Wanneer men spreekt van zakelijke zekerheidsrechten, dan zou men kunnen denken aan die rechten, die staan tegenover het zoogenaamde *persoonlijke* zekerheidsrecht borgtocht, waarbij de kans op nakoming der verbintenis versterkt wordt door de in de gegoedheid van den borg gelegen zekerheid, aan de tegenstelling dus, zooals onze wet die kent in art. 831 B.W. Alsdan zou men onder de zakelijke zekerheidsrechten al die rechten kunnen begrijpen, waarbij de zekerheid gelegen is in een zaak en niet in de suppletoire verbintenis van een derde. Daaronder zouden dan dus vallen: hypotheek, pand, voorrecht, recht van retentie, recht van reclame. Intusschen is het niet onze bedoeling bij ons uitgangspunt dien term in dezen ruimen zin op te vatten, doch allereerst die zekerheidsrechten tot voorwerp van onze beschouwingen te maken, die algemeen als *zakelijk* worden opgevat, waarbij de gerechtigde dus een *zakelijk* recht heeft op het voorwerp van zijn zekerheidsrecht. In dezen zin opgevat beginnen we dus met ons vrijwel te beperken tot hypotheek en pand, behoudens dan die enkele voorrechten, waar naast het privilege nog een soort zakelijk recht wordt erkend (dat van den verhuurder, herbergier en logementhouder, vervoerder en de boven hypotheek gaande scheepsvoorrechten — art. 318<sup>o</sup> K). Hoewel zoowel DIEPHUIS (VII. 583) als OPZOOMER (IV. 531) in privilege een zakelijk recht zien, waartoe de plaatsing in onze wet ook wel eenige aanleiding geeft, is het niet goed in te zien, waarin bij dit recht, dat enkel voorrang op de *opbrengst*, doch geen enkele bevoegdheid t. a. v. de zaak zelf geeft, het zakelijke zou bestaan, wil men althans niet de consequentie aanvaarden, dat ieder crediteur een zakelijk recht heeft op de goederen van zijn debiteur. Te meer, omdat het ook geenerlei werking tegenover derde-verkrijgers geeft en evenmin recht tot eigenmachtigen verkoop van de betrokken zaak.

Zagen we dus, dat aan privilege geen zakelijk karakter kon worden toegekend, algemeen neemt men aan, dat onze

pandrechten <sup>1)</sup> wel degelijk zakelijke rechten zijn. De traditioneele omschrijving van een zakelijk recht houdt in, dat het rechtstreeksche, onmiddellijke heerschappij geeft over de zaak, die er het voorwerp van is. Zoodanig recht geeft bevoegdheid tot genot, tot gebruik, tot heerschappij over de zaak, die beschikking in zich sluit. Bij de zakelijke zekerheidsrechten heeft de gerechtigde uit kracht van zijn recht wel geen gebruik of genot van de zaak, maar dit komt, doordat de strekking van het recht hier niet is het geven van genot, maar het geven van zekerheid. Hier drukt het recht niet op de zaak als gebruiksobject, maar als object van handelswaarde. Intusschen ook op de zaak als zoodanig oefent de gerechtigde directe, onmiddellijke heerschappij uit: men denke bij hypotheek aan de werking van zijn recht tegen derde-verkrijgers, aan het recht bij pand om op te komen tegen onvrijwillig bezitsverlies, aan de mogelijkheid bij pand zoowel als bij hypotheek, om eigenmachtig de verbonden zaak te verkoopen, ten einde zichzelf uit de opbrengst te voldoen, aan de omstandigheid, dat de pandhouder en de eerste hypotheekhouder met het recht van eigenmachtigen verkoop buiten het faillissement blijven. Uit dit alles blijkt, dat de bezwaarde zaak rechtstreeks aan den pand- of hypotheekhouder is verbonden, dat we dus bij deze zekerheidsrechten met zakelijke rechten te doen hebben.

Wanneer we intusschen het zekerheidsrecht als directe heerschappij gevend op een zaak als waarde-object nader vergelijken met de rechten op een zaak als object van genot en gebruik, dan moeten we constateeren, dat op verschillende punten de analogie niet opgaat. Zoo bv. t.a.v. de onmiddellijke machtsuitoefening over de zaak. Gelijk wij zagen, brengt noch pand noch hypotheek uit zich zelf ook maar eenig gebruiks- of genotsrecht mee. Bij pand zou men nog iets van die machtsuitoefening kunnen zien in het onder zijn macht hebben, het houden van het pand, maar eenig recht tot genot of gebruik geeft dit houden-zonder-meer niet. Bij hypotheek is van feitelijke heerschappij over de zaak zelfs in dezen geest in het geheel geen sprake. Ook zagen wij boven reeds, dat men den voorrang, dien de pandrechten geven op de *opbrengst* eener zaak, niet als symptoom erkent van een zakelijk recht op de *zaak zelf*. Men ziet nu de directe machtsuitoefening wel in de bevoegdheid tot eigenmachtigen verkoop. Maar men bedenke,

---

<sup>1)</sup> Onder dezen term begrijpen wij zoowel hypotheek als pand.

dat bij hypotheek deze bevoegdheid speciaal bedongen moet zijn. En toch ontzegt men aan een hypotheek zonder zoodanige onherroepelijke machtiging ook haar zakelijk karakter niet. Bij zoo'n hypotheek, vooral als daarbij ook niet is gemaakt het verbod van verhuring, blijft er inderdaad al heel weinig van heerschappij-uitoefening over de verbonden zaak over, zelfs niet over haar als object van handelswaarde. Immers door een bepaalde wijze van verhuring (voor te lage huur of met vooruitbetaling van huur) kan de waarde der zaak grovelijk worden aangetast. Men zal moeten erkennen, dat het hypotheekrecht dan weinig meer beteekent, dan een recht van voorrang op de opbrengst. Maar juist dit verwerpt men als criterium voor de zakelijkheid van een recht. Het zakelijke van zulk een hypotheek moet dan ook vooral gezocht worden in zijn werking tegenover derde-verkrijgers. Wanneer echter ook het beding van niet-zuivering niet is gemaakt, kan deze werking tegen derde-verkrijgers bovendien nog, *zelfs tegen den wil van den hypotheekhouder*, illusoir gemaakt worden door zuivering te vragen. Het is dan ook niet te ontkennen, dat er van de analogie tusschen de zakelijke zekerheidsrechten en de zakelijke genotsrechten, wat de directe heerschappijvoering betreft, weinig overblijft. Nog erger wordt dit, wanneer men met HAMAKER en SCHOLTEN deze werking tegenover derden der zakelijke genotsrechten beschouwt als een gevolg van de publicatie, die gelegen is in de overschrijving van den rechtstitel ten hypotheekkantore. Immers dan zou men bij analogie er toe komen, dat bij het hypotheekrecht door de publicatie, die toch naar men aanneemt geen handeling is met zelfstandige beteekenis <sup>1)</sup>, het recht, dat op zich zelf niet zakelijk is, zakelijk wordt, hetgeen intusschen in hun leer moeilijk als juist zal kunnen worden aanvaard. Het is dan ook geen wonder, dat SCHOLTEN (449) zijn opvatting omtrent de beteekenis der overschrijving als publicatie van het zakelijke genotsrecht bij hypotheek aanvult in dien zin, dat hij aan de inschrijving bij hypotheek een belangrijker beteekenis toekent door deze hier als voorwaarde voor het ontstaan van het recht te beschouwen. Doch dan blijkt, dat ook op dit punt de analogie niet opgaat, afgezien van het formeele verschil tusschen overschrijving en inschrijving. In dit verband kan ook gewezen worden op art. 1229 B.W., dat het meermalen nemen van

<sup>1)</sup> Cf. SCHOLTEN 511.

inschrijvingen op grond derzelfde hypotheekacte kent. Het is duidelijk, dat dan de inschrijving meer is dan een onzelfstandige publicatie. Immers herhaalde publicatie van hetgeen reeds gepubliceerd is, zou dan geen zin hebben.

Ook ten aanzien van het roiment, dat naar de gebruikelijke opvatting omtrent het hypotheekrecht enkel is de publicatie van het teniet gegaan zijn van het recht en mitsdien slechts een bloot administratieve maatregel zonder rechtsgevolgen (H.R. 14 April 1843, W. 389), is de practijk geheel in strijd met de theorie <sup>1)</sup>. Want reeds lange jaren en nog steeds dagelijks heeft het zgn. „oplichten” van een hypotheek plaats, waarbij een tweede of verdere inschrijving tijdelijk wordt doorgehaald om gelegenheid te geven, dat de eerste hypotheek door een andere vervangen wordt, waarna de tweede of verdere op grond der oorspronkelijke acte weder wordt ingeschreven. SCHOLTEN (511) geeft toe, dat dit gebruik moeilijk te vereenigen is met zijn theorie, zoodat bij hem de vraag rijst „of wij „onze opvattingen over rechtskarakter en gevolgen der door-„haling in het algemeen niet hebben te herzien”. Ook op dit punt levert het zakelijke zekerheidsrecht van hypotheek dus nog vraagpunten op. Trouwens op nog meer punten heeft men moeten erkennen, dat een consequente doorvoering der regels betreffende de zakelijke genotsrechten ten aanzien van de zakelijke zekerheidsrechten niet mogelijk was. Zoo heeft men aan de vermenging en afstand, waardoor zakelijke rechten teniet gaan, hun werking moeten ontzeggen ten opzichte van de bevorens op die rechten gevestigde hypotheek. Evenzeer heeft men ook in art. 1438.2° B.W. een voorschrift, waaruit blijkt, dat al wil men niet spreken van hypotheek op eigen zaak, men toch moet toegeven, dat ook hier de vermenging slechts beperkte werking heeft.

Eindelijk heeft men ook de voor de zakelijke genotsrechten geldende wijze van tenietgaan door verjaring (non-usus) bij de zakelijke zekerheidsrechten niet kunnen erkennen (art. 1236 B.W.).

Tot dusver hebben we bij het aanwijzen der punten, waarop de analogie tusschen de zakelijke genotsrechten en de zakelijke zekerheidsrechten ontbrak, ons speciaal bezig gehouden met

---

<sup>1)</sup> Vgl. SCHOLTEN W.P.N.R. 2271, A. HERMAN: „Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd” (178 v.).

het hypotheekrecht. Ook t.o.v. het pandrecht is er echter hier en daar een disharmonie aan te wijzen tusschen dit recht en de zakelijke genotsrechten. Zoo valt bv. t.a.v. de gevolgen der inbezitstelling bij pand een afwijking op. SCHOLTEN (399) leert, dat bij pand de inbezitstelling te vergelijken is met de levering bij eigendomsovergang. Bij beide is het de uiterlijk waarneembare handeling, die het tot stand komen van het zakelijk recht voltooit. Ook bij pand dus doet de inbezitstelling het zakelijk recht ontstaan, maar toch wordt de pandhouder geen juridisch bezitter. Immers hij heeft de zaak slechts krachtens een rechtsverhouding tot den pandgever onder zich. SCHOLTEN erkent de juistheid hiervan, doch oordeelt dit zonder practisch belang. Dit kan zijn, maar toch blijft het eigenaardig, dat de pandhouder geen juridisch bezit van de zaak heeft en toch wel weer de aan den juridisch bezitter toegekende actie ex art. 2014<sup>2</sup> B.W. (art. 1198<sup>4</sup> B.W.) en in ieder geval is er op dit punt disharmonie tusschen pand en eigendom van roerend goed.

Eveneens valt het op, dat het constitutum possessorium, dat, naar vrij algemeen wordt aangenomen, bij levering toegelaten is <sup>1)</sup>, bij pand uitdrukkelijk wordt uitgesloten (art. 1198<sup>2</sup> B.W.). Nog op een ander punt leidt het pandrecht als zakelijk zekerheidsrecht tot eigenaardige consequenties, zóó eigenaardig, dat men zich gaat afvragen, of men ze wel mag aanvaarden. We doelen op het pandrecht op vorderingsrechten. SCHOLTEN aanvaardt deze consequenties niet, doch meent, dat de wettelijke bepalingen nopens pandrecht enkel voor lichamelijke zaken geschreven zijn en leidt dan bij gebreke van wettelijke voorschriften een stel regels uit den aard der verpanding van zulke vorderingsrechten af, doch komt dan ook tot deze erkenning: „Het wordt zoo wel twijfelachtig of „de voorstelling van het pandrecht op rechten als een zakelijk „recht *op* een ander recht nog wel waarde heeft” (414).

De vraag, waar het bij dit pandrecht op vorderingsrechten in de practijk om gaat, is deze, of de pandhouder recht tot inning heeft, of dat hij, evenals bij pandrecht op lichamelijke zaken, enkel tot verkoop bevoegd is. Dit laatste zou de consequentie zijn van de toepasselijkheid der wettelijke bepalingen omtrent pandrecht ook op vorderingsrechten en de H.R. (18 Jan. 1889, W. 5666, 25 Febr. 1898, W. 7090) heeft deze dan ook aanvaard,

<sup>1)</sup> Bv. H. R. 10 Nov. 1916, W. 10065, N.J. 1916. 1314, W.P.N.R. 2476.

hoewel hij naderhand wel merkwaardige concessies heeft gedaan aan de door hem verworpen opvatting. SCHOLTEN aanvaardt deze consequentie niet, maar acht den pandhouder hier in het algemeen tot beheersdaden bevoegd. Wij gaan hier op deze kwestie niet nader in, doch constateeren alleen: 1<sup>o</sup>. dat SCHOLTEN hier komt tot een zeker beheersrecht van den pandhouder, op grond waarvan deze de vordering kan innen en zich zelf aldus voldoen, hoewel de wet juist geen recht van gebruik of genot als sequeele van het pandrecht kent, wat trouwens ook geenszins uit het pandrecht als *zekerheidsrecht* voortvloeit en 2<sup>o</sup>. dat SCHOLTEN wel hier zich de vraag stelt, of een zakelijk recht op een vorderingsrecht eigenlijk geen onding is, doch niet bv. bij vruchtgebruik van zoo'n recht, enkel omdat daar zijn theorie hem niet leidt tot bedenkelijke consequenties. En hoewel wij nu hier op de voorstelling van een zakelijk recht op een vorderingsrecht niet ingaan, mogen wij er toch op wijzen, dat deze bedenkelijke consequenties bij pandrecht SCHOLTEN er ook toe hadden kunnen brengen zich de vraag te stellen, of zijn theorie omtrent pandrecht als zakelijk zekerheidsrecht wel de juiste was.

Hoewel het bovenstaande misschien zou kunnen worden aangevuld en er op meer punten valt te wijzen, waar de analogie tusschen het zakelijke genotsrecht en het zakelijke zekerheidsrecht zoek is -- men zou zich bv. de vraag kunnen stellen, hoe men zich moet voorstellen, dat bij meer dan één pandrecht op dezelfde zaak hetzelfde zakelijke recht, dezelfde volledige heerschappij-voering, die de rechten geven, *gelijktijdig* bij verschillende personen kan berusten -- wettigt het bovenstaande toch wel reeds deze conclusie, dat er op verscheidene en zeer belangrijke punten een groote disharmonie bestaat tusschen het zakelijke genotsrecht en het zakelijke zekerheidsrecht. En wanneer nu deze niet-toepasselijkheid der regelen omtrent het zakelijke genotsrecht bij het zakelijke zekerheidsrecht zich bepaalde tot onderdeelen van geringe beteekenis, wanneer zij zich beperkte tot een verschil in uitwerking op punten van weinig importantie, dan zou men er niet lang bij behoeven stil te staan. Maar wanneer, gelijk wij boven constateerden, deze afwijkingen bestaan op essentiële punten, zooals t.a.v. de directe heerschappijvoering en de beteekenis der publicatie (overschrijving tegenover inschrijving en roement), wanneer men een instituut als de

verjaring bij de zakelijke zekerheidsrechten eenvoudig terzijde stelt, wanneer men den pandhouder de actie ex art. 2014<sup>a</sup> B.W. geeft, hoewel hij geen juridisch bezitter der zaak is en wanneer het zakelijke zekerheidsrecht op vorderingen tot verwerpelijke consequenties voert, dan is van tweeën één, of aan de juistheid van het begripen der pandrechten onder de *zakelijke* rechten mag ernstige twijfel rijzen, of aan onze voorstelling van de zakelijke rechten in het algemeen hapert iets. Want anders moest men de consequente toepassing der regels omtrent de zakelijke genotsrechten ook bij de pandrechten kunnen aanvaarden. Maar dit laatste doet niemand, doet ook onze wet niet, die op menig boven besproken punt in ronde woorden den van het zakelijke genotsrecht afwijkenden regel decreteert.

Het is nu het doel der navolgende beschouwingen om naar de oorzaak dezer afwijkingen een nader onderzoek in te stellen. Hierbij dienen we ons vooraf rekenschap te geven van het voorwerp van dit onderzoek. Dit is het zakelijke zekerheidsrecht, dat al naar gelang de zaak, die er het voorwerp van is, roerend of onroerend is, onze wet kent als pand of hypotheek. Beide zijn *zekerheidsrechten*, d.w.z. zij strekken om een schuld (bij voorrang) te verhalen op de te dien einde uitdrukkelijk verbonden zaak, hetzij roerend (pand), hetzij onroerend (hypotheek). We hebben hier dus een vordering, waarbij de kans op nakoming verzekerd, althans verhoogd wordt door het zakelijke recht op het onderpand, dat recht van verhaal met voorrang op de opbrengst geeft, dus een verbintenis eenerzijds en een zakelijk recht anderzijds. Omtrent beide, zakelijk recht zoowel als verbintenis, mogen we eerst eenige voorafgaande opmerkingen maken, alvorens tot onze pandrechten terug te keeren.