



# De crediethypotheek

<https://hdl.handle.net/1874/240751>

17 Dec. 1885

1885

A. 4: 192

H. M. A. S AVELBERG.

DE

**CREDIET-HYPOTHEEK.**

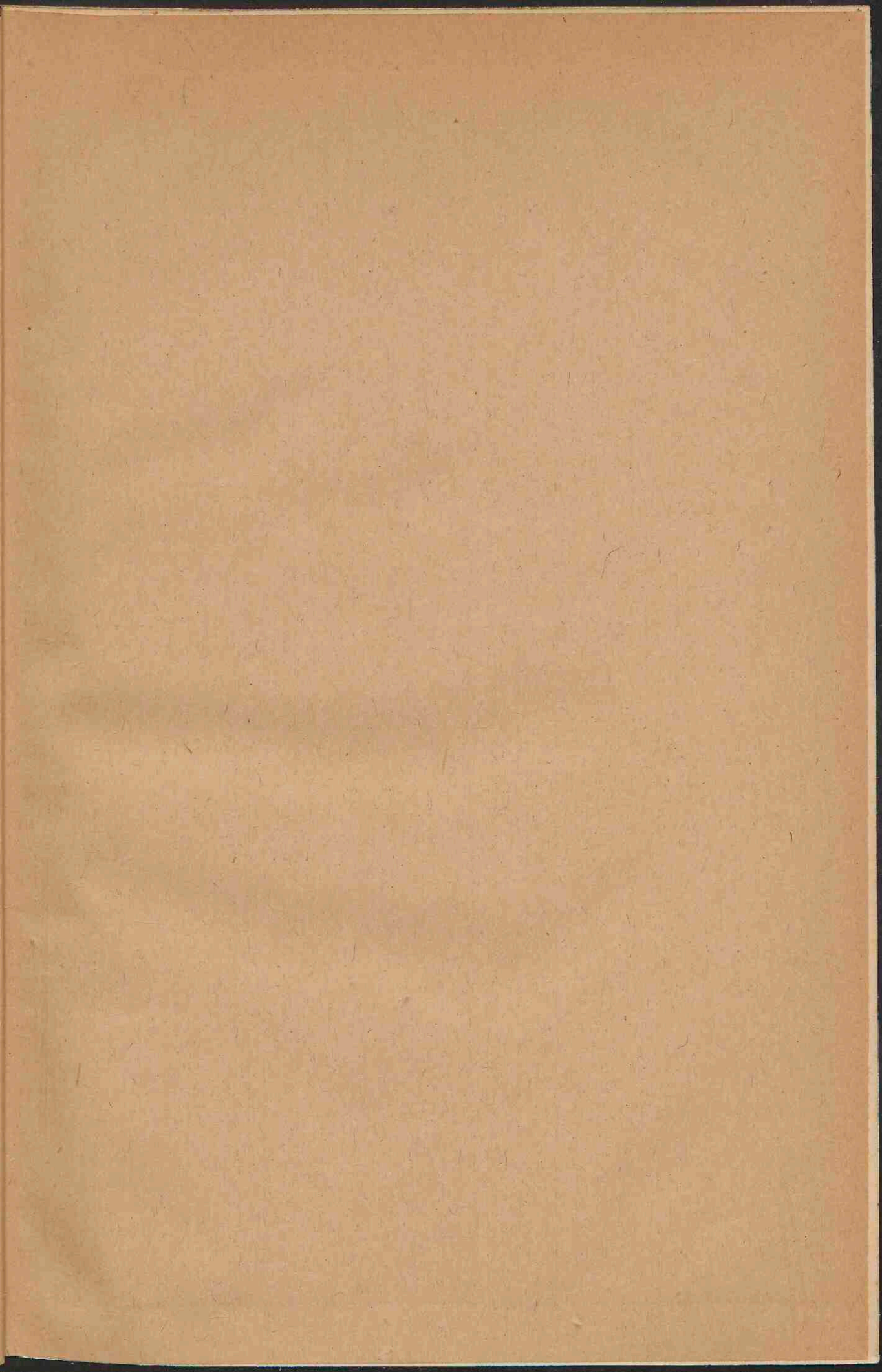
HEERLEN, — K. WEYERHORST.

1885.

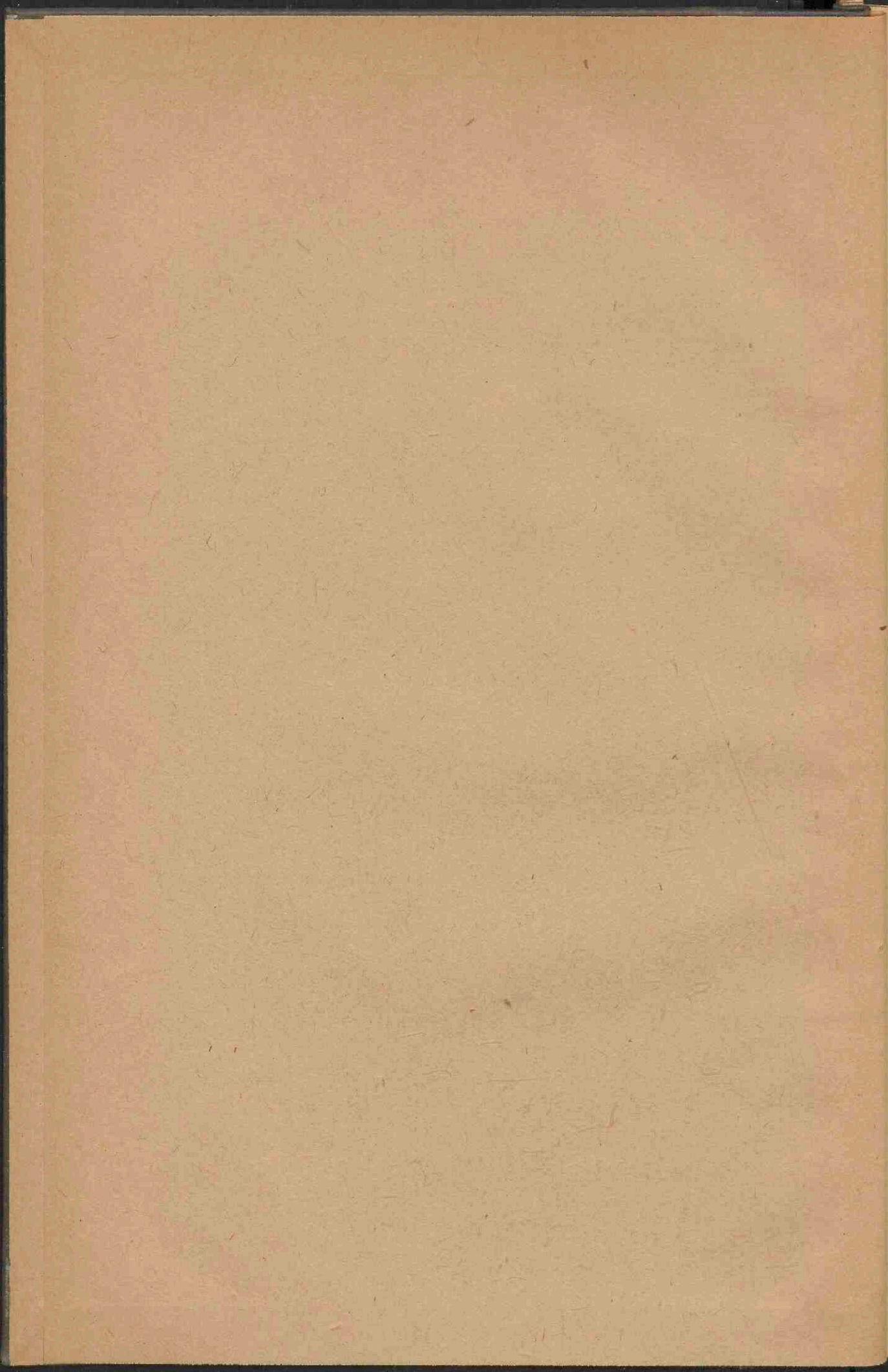
u.



**A. qu.**  
**192**







A 4p 192

DE

CREDIET-HYPOTHEEK.



DR

# De Crediet-Hypotheek.

---

## PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

## DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,

AAN DE

RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACTHIGING VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS,

**Dr J. A. WIJNNE,**

Hoogleeraar in de Faculteit van Letteren en Wijsbegeerte,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAI DER UNIVERSITEIT,

TEGEN DE BEDENKINGEN VAN DE

FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

TE VERDEDIGEN,

*op Donderdag den 17<sup>den</sup> December 1885,*

des namiddags te 3 uur,

DOOR

**HENDRIK MARIE AUGUST SAVELBERG,**

geboren te **HEERLEN.**



---

HEERLEN. — K. WEYERHORST.

1885.





AAN MIJNE OUDERS.





*Bij het verlaten der academie maak ik gaarne gebruik van de gelegenheid, die mij dit Proefschrift aanbiedt, om een woord van dank te richten aan de Hoogleraren der juridische faculteit.*

*Aan de Hoogleraren HAMAKER, DE LOUTER, D'AULNIS, POLS en DE GEER zij die dank betuigd voor het onderwijs dat ik van hen heb mogen genieten en waardoor ik in staat werd gesteld thans onmiddelijk naar den meesterstitel te dingen. Mocht ik ook den, helaas, te vroeg ontslapen Hoogleeraar M<sup>r</sup> J. A. FRUIN mijn dank kunnen aanbieden!*

Inzonderheid zij nog eens mijn dank betuigd  
aan U, Hoogeleerde HAMAKER, mijn Promotor,  
voor de hulp mij zoo bereidvaardig verleend bij het  
samenstellen van dit Proefschrift, voor de nuttige  
wenken mij daarbij gegeven.

U. vrienden en bekenden, roep ik een hartelijk  
vaarwel toe.

---



## INLEIDING.

---

De noodzakelijkheid van het crediet voor den handel is onbetwist. Vooral in den nieuweren tijd is er op zoo groote schaal gebruik van gemaakt, dat er werken zijn tot stand gekomen, aan wier mogelijkheid vroeger niet gedacht werd. Terwijl het oorspronkelijk slechts tusschen bijzondere personen werd verleend, hebben zich thans ook inrichtingen gevormd, die zich uitsluitend of bijkomend ten doel stellen crediet te geven aan hen die het behoeven. Dit geschiedt onder zeer verschillende vormen. Zoo verleen personen, die in rekening-courant staan, elkander crediet voor het op zeker tijdstip vast te stellen saldo. <sup>1)</sup> Een zeer gewoon geval is de overeenkomst tot opening van crediet, waarbij de credietgever zich verplicht een zeker bedrag beschikbaar te houden ten behoeve van den

<sup>1)</sup> Meer voorbeelden in Archiv f. d. civ. Praxis, Dl. 35, bl. 61.

credietnemer, die daarvoor dan eene geringe provisie betaalt en het werkelijk opgenomen bedrag met den intrest van het tijdstip der opneming af te vergoeden heeft. Het bedrag, tot hetwelk crediet wordt verleend, kan worden bepaald of eenvoudig afhankelijk gesteld van de behoefte van den credietnemer binnen zeker tijdsverloop.

Noch privaatspersonen noch credietinrichtingen zullen er echter toe overgaan hun kapitaal voor anderen beschikbaar te stellen tenzij bij voldoende waarborg tegen geldverlies of nadeel: 't is daarom dat zij hun toevlucht nemen tot middelen, geschikt hen hiertegen te vrijwaren. Tot die middelen behooren: borgtocht, lastgeving van een derde, pand en hypotheek. Het is dit laatste middel dat ik wensch te bespreken: men noemt het crediet-hypotheek. WINDSCHEID <sup>1)</sup> definiëert ze: „Die Hypothek, welche einem Banquier, der sich Jemanden zur Gewährung eines Credits verbunden hat, zur Sicherheit der ihm aus der wirklichen Entnehmung von Vorschüssen erwachsenden Ansprüche, bestellt worden ist.“ In deze definitie mag natuurlijk het woord bankier door ieder ander vervangen worden: overigens is deze voorstelling der crediet-hypotheek de meest algemeene. De credietgever is verplicht een zeker bedrag voor den credietnemer beschikbaar te houden en voor te schieten, zoodra deze het verlangt, terwijl de

1) Archiv. t. a. p.



laatste daarentegen hypotheek stelt tot zekerheid der teruggave van het bedrag, waarover hij tengevolge van het geopend crediet mocht beschikken. Sommige schrijvers wijken, gelijk wij later zien zullen, van deze opvatting af.

Het is opmerkelijk, dat bijna alle schrijvers, die de crediet-hypotheek behandelen, tot hetzelfde resultaat trachten te komen: de crediet-hypotheek is bestaanbaar en geldig van den dag harer inschrijving af. De oorzaak hiervan is gelegen in het gewenschte van dat resultaat voor den handel, in het streven om het crediet te bevorderen. Vele juristen beroepen zich uitdrukkelijk op de billijkheid en het rechtsgevoel. Zoo VON VANGEROW <sup>1)</sup>: „Denn es würde ja die schreiendste Unbilligkeit sein, wenn der künftige Schuldner, welcher den Gläubiger in jedem Augenblick zwingen kann sein Wort zu halten, von seiner Seite zum Nachtheil des Gläubigers die verpfändete Sache veräussern oder weiter verpfänden könne.”

ARNDTS <sup>2)</sup> begint zijn betoog met de overschrijving van dezen volzin, terwijl GESTERDING <sup>3)</sup> bijna dezelfde woorden gebruikt. Zoo rechtvaardigt DURANTON <sup>4)</sup> eene beslissing van het Hof van Caën o. a. als volgt: „D'abord l'intérêt du commerce, qui ne vit que du crédit, était un

1) Pandekten, Bd. I, § 372, Aanm. III.

2) Pandekten, § 384, nota 6.

3) Pfandrecht, bl. 45, fr. Archiv t. a. p. bl. 68.

4) Cours de droit français, Dl. XIX, no. 244.



motif puissant; et l'on sent qu'un capitaliste ne voudrait pas s'engager à compter telle somme à des époques déterminées ou à simple demande, s'il pouvait craindre que l'hypothèque qui lui est donnée pour sûreté du remboursement, serait primée par d'autres hypothèques postérieures." DIEPHUIS <sup>1)</sup> wijst op het feit, dat onze wet hypotheek voor eene niet bestaande verbintenis niet uitdrukkelijk verbiedt, en voegt er bij: „Het maatschappelijk belang wordt door de mogelijkheid daarvan bevorderd en de wet ontzegt daaraan hare erkenning niet.”

Niettemin het resultaat, waartoe deze schrijvers en vele andere komen, is in ons recht betwistbaar bij het stilzwijgen der wet. Er blijven dus deze twee vragen te beantwoorden:

*a.* Is de crediet-hypotheek bestaanbaar? Strijdt zij niet met het in onze wet aangenomen beginsel van specialiteit?

*b.* Aangenomen dat ze bestaanbaar is, welke is dan haar rang? Gaat zij vóór eene hypotheek, die wel ná haar is ingeschreven, doch tot zekerheid eener verbintenis, tengevolge van welke de schuldenaar reeds verbonden was, voordat de credietnemer geld opnam.



1) Het Ned. Burg. R., Dl. VII, bl. 454.

Het ligt voor de hand, dat wij eerst de bestaanbaarheid der crediet-hypotheek bespreken. De schrijvers over dit onderwerp kan men in drie klassen verdeelen, naar gelang den grond waarop zij steunen in hunne verhandelingen. Tot de eerste klasse behooren zij die de crediet-hypotheek voorstellen als eene hypotheek tot zekerheid van eene potestatief voorwaardelijke verbintenis. Tot de tweede: zij die hypotheek voor eene toekomstig mogelijke verbintenis bestaanbaar achten. Tot de derde: zij die het contract tot opening van crediet als wederkeerig voorstellen.

*I. Strekt crediet-hypotheek tot zekerheid eener potestatief-voorwaardelijke verbintenis?*

Deze vraag wordt bevestigend beantwoord door DELVINCOURT <sup>1)</sup>, TROPLONG <sup>2)</sup>, DURANTON <sup>3)</sup>, PAUL PONT <sup>4)</sup>, MERLIN <sup>5)</sup>, WINDSCHEID <sup>6)</sup>, LEVY <sup>7)</sup> e. a. De verbintenis van den credietnemer zou afhankelijk zijn van eene voorwaarde en wel van eene zoodanige, wier vervulling in zijne macht staat. Er moet dus aangetoond worden, dat deze

1) Dl. III, p. 159.

2) Droit civil expliqué, Priv. et Hyp., Dl. II, 474.

3) Cours de droit commercial, No. 244.

4) Vervolg op Marcadé, Priv. et Hyp., Dl. VI.

5) Questions V<sup>o</sup> hypothèque, — III, § 2.

6) Archiv, Dl. 35 t. a. p.

7) Rekening-courant.



voorwaarde aanwezig is. Blijkt dit, dan blijft nog over de kwestie der terugwerkende kracht. De voorstelling, waarvan deze schrijvers uitgaan, is die welke wij boven<sup>1)</sup> aanhaalden.

Ten einde verwarring te ontwijken, is het hier noodzakelijk op twee verschillende soorten van voorwaarden de aandacht te vestigen. Men heeft:

*a.* *Conditiones juris* of *tacitæ* <sup>2)</sup>. Deze zijn aanwezig, wanneer tot voorwaarde gesteld wordt een feit, waaruit de verbintenis noodzakelijk voortspruit, b. v. als ik van u leen, geef ik u terug.

*b.* *Conditiones potestativæ*, wier vervulling afhangt van de eene of de andere der partijen. Is de voorwaarde potestatief van den kant van den verbondene, dan is er een tweede onderscheiding noodig: of nl. de vervulling bestaat in een eenvoudige wilsuiting, m. a. w. of zij afhankelijk is bloot van den wil van den verbondene, dan wel of er van dezen laatste noodig is eene daad, onverschillig of hij die naar verkiezen kan verrichten of niet. De eerstgenoemde soort noemt men wel eens „*dabo si volam*”, de laatste „*dabo si faciam*“. De beloften onder *conditio juris* en onder de *conditio „dabo si volam”* zijn uit den aard der zaak nietig: er is nog geen gebonden wil. WINDSCHEID zegt over deze voorwaarden 't volgende <sup>3)</sup>:

1) Bl. 2.

2) cf. *lex* 21, D. 35, 1, en *lex* 68, D. 33, 3.

3) *Archiv t. a. p.* bl. 54. *Pandr. I.* bl. 233.



„Wer sagt: ich will dass Dieses sein solle, wenn ich wollen sollte dass Dieses sein solle, spielt mit Worten; wer sagt: ich will dass Dieses sein solle, wenn ich wollen sollte dass Jenes sein solle, sagt etwas sehr vernünftiges”. Op een andere plaats: „Wer sagt: ich will wenn ich wollen sollte, sagt in der That gar nicht dass er wolle. Er ist daher so ungebunden, als wenn er gar keine Erklärung abgegeben hätte.” Dit goldt van de opschortende voorwaarde „si voluero”, maar eveneens van de ontbindende.

Mr. PHILIPS <sup>1)</sup>, daarin gevolgd door Mr. v. RIESSEN <sup>2)</sup>, beweert, dat er bij een crediet-hypotheek van den kant van den credietnemer (hypotheekgever) niet bestaat eene potestatief-voorwaardelijke verbintenis, maar eene verbintenis met *conditio juris*. Ten onrechte werd hiertegen opgekomen door Mr. LEVY met de bewering <sup>3)</sup>, dat er bij het verleenen van hypotheek voor een geopend crediet iets meer aanwezig is dan een gewone verbintenis onder *conditio juris*. Volgens hem is de credietnemer verplicht tot hypothecaire teruggave, voor het geval dat hij leent. De voorwaarde, onder welke hij hiertoe gehouden is, is geen *conditio juris*; hypothecair teruggeven is eene verplichting, die niet *ipso jure* uit het feit van leenen voortvloeit. Men heeft derhalve met eene potestatieve

1) Nieuwe Bijdragen, 1856, DL. VI, bl. 128 v.

2) „Over Crediet-hypotheek”, Diss. Leiden, 1870.

3) „Rekening-courant”, laatste gedeelte.

conditio te doen, en wel eene zoodanige, die onder de klasse „dabo si faciam” valt, daar het leenen eene daad van den schuldenaar noodzakelijk maakt.

Volgens Mr. LEVY zou dus de crediet-hypotheek een rechtsgeldig bestaan hebben, indien de voorstelling der schrijvers, over welke wij thans spreken, niet aan andere gebreken leed. Mijns inziens heeft echter Mr. LEVY zich laten verleiden door de woorden: „hypothecaire teruggave”. De vraag is: waar is de verbintenis, tot wier zekerheid de hypotheek strekt? Mr. LEVY noemt er eene, waarin de credietnemer zich onder eene potestatieve voorwaarde verplicht tot teruggeven en tot hypotheek stellen. Immers een andere zin kan moeilijk aan de woorden „hypothecaire teruggave” gegeven worden. Doch wij spreken over eene hypotheek, die reeds verleend is, en men vraagt: waar is de verbintenis, tot wier zekerheid zij strekt? Er is geen sprake van eene voorwaardelijke verplichting om terug te geven met hypotheek. De gewenschte verbintenis kan, dunkt mij, niet gevonden worden; immers de credietnemer is nog volstrekt niet gebonden, daar zijne verbintenis luidt: „ik geef u terug, indien ik leen”, eene verbintenis, door welke iedereen gebonden is, eene verbintenis onder *conditio juris*.

II. Te vergeefs zoekt men eene *ab initio* aanwezige verbintenis, tot wier zekerheid de crediet-hypotheek strekt;



zelfs geene potestatief-voorwaardelijke is er aanwezig. Thans is het van belang de tweede vraag te behandelen: „*is crediet-hypotheek te verdedigen, op grond dat hypotheek voor een toekomstig mogelijke verbintenis geldig kan worden verleend en ingeschreven?*” Door vele schrijvers wordt de crediet-hypotheek ook op dien grond bestaanbaar geacht. Hiertoe behooren: VAN RIESSEN <sup>1)</sup> in navolging van DERNBURG <sup>2)</sup> en DIEPHUIS <sup>3)</sup> en vele Duitsche juristen. Ook bestaat er een arrest van den H. R. <sup>4)</sup> met een considerans in dien zin. — De hypotheek kan volgens hen in tijd aan eene verbintenis voorafgaan, die nog niet aanwezig is, over wier ontstaan nog niets bekend is.

Mr. VAN RIESSEN <sup>5)</sup> beroept zich op het R. Recht. Hij haalt aan lex 5 pr. D. 20, 1, luidende: „Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos . . . . et sive pura est obligatio vel in diem vel sub conditione et sive in præsentî contractu, sive etiam præcedat, sed et futuræ obligationis nomine dari possunt.” Futura obligatio wordt door hem vertaald: „toekomstig mogelijke verbintenis” en hij definiëert deze <sup>6)</sup>: „eene verbintenis, die op dit oogenblik nog niet bestaat,

1) Over Crediet-hypotheek, Leiden, 1870.

2) Pfandr. I.

3) t. a. p.

4) W. 3414, Arr. 22 Dec. 1871.

5) t. a. p.

6) t. a. p. bl. 16.



die ook niet voorwaardelijk is, maar die misschien later zal ontstaan." DERNBURG <sup>1)</sup> bespreekt deze aldus: „Wie aber wenn weder der Gläubiger noch auch der Schuldner fest gebunden ist, wohl aber der Wille sofortiger Con-stituierung des Pfandrechts aus der Gesamtlage erhellt oder etwa ausdrücklich erklärt ist? Der Wille der Contra-herenten bestimmt den Beginn des Pfandrechts nach freiem Ermessen; nichts hindert ein zeitliches Vorangehn des Pfandrechts auch in solchem Fall." Tot bewijs voert hij aan lex 3, § 11, D. 19, 2: „Qui impleto tempore con-ductionis remansit in conductione non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priori conductione res obligaverat: hujus enim novus consensus erit necessarius." Algemeen erkend is, dat de voortzetting van den huur een nieuw contract is: toch blijft het pand bestaan „durare obligata" van den ouden datum af. Zoo rede-neert DERNBURG en concludeert tot bovengemelde stelling.

De woorden „durare obligata" zijn echter geheel anders op te vatten. Het pand blijft continueeren; dit staat vast en volgt duidelijk uit de woorden. De vraag blijft echter: met welken rang? Hierover laat die lex zich niet uit: hierop doelen de woorden niet. Door eene

1) Pfandr. I, p. 533. Hij rekent tot toek. mogelijke ook die verb., welke zich uit een reeds bestaande ontwikkelen kunnen. VAN RIESSEN komt hiertegen op.

andere plaats wordt die kwestie echter duidelijk opgelost, alhoewel zij door den schrijver „weniger deutlich” genoemd wordt. Het is l. 16, C. 4, 65: „tacito consensu eandem locationem una cum vinculo pignoris renovari videtur.” Deze wet laat geen twijfel meer toe. Het pand wordt vernieuwd en begint dus eerst geldig te zijn van de stilzwijgende voortzetting van den huur af.

Een tweede bewijs voor de mogelijkheid eener hypotheek voor een toekomstig mogelijke verbintenis vindt DERNBURG in l. 9, § 2, D. 20, 4. L. 42, pr. de O. et A. zegt, dat de voorwaardelijke legataris voor de vervulling der voorwaarde, pendente conditione, geen schuldeischer is en de bezwaarde geen schuldenaar. L. 9, § 2, D. 20, 4 luidt nu als volgt: „Sed et si heres ob ea legata, quæ sub conditione data erant de pignore rei suæ convenisset et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit ac post conditio legatorum exstitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.” De legataris is nog niet schuldeischer: dit staat in lex 42, pr. d. O. et A. Toch is 't pand, dat de bezwaarde hem geeft, geldig van de vestiging af. Dus, concludeert hij schijnbaar logisch, is pandrecht mogelijk voor eene toekomstig mogelijke verbintenis. Terecht wordt echter hier tegen door SCHEURL <sup>1)</sup> aangemerkt: „Die richtige

1) Kritisches Vierteljahrschrift, bl. 499.



Erklärung (dieser Stelle) scheint mir nunmehr diese: Indem der Onerirte dem Vermächtnissnehmer ein Pfandrecht für die bedingte Vermächtnissschuld bestellt, contrahirt er mit ihm stillschweigend durch eine Art von constitutum eine der Vermächtnissschuld zur Seite tretende Vertrags-Obligation: er macht dadurch den Onerirten <sup>1)</sup> zu seinem creditor sub conditione; für diese Vertrags-Obligation findet Rückziehung der Bedingung statt, und darum kommt diesem eigentlich für diese Obligation gegebenen Pfandrecht, bei eingetretener Bedingung, der Altersvorzug vor dem nachher bestellten zu." Bij dit betoog, dunkt mij, behoeft niets meer toegevoegd te worden. Andere uitleggingen van de woorden „futura obligatio" kan men vinden bij DERNBURG <sup>2)</sup>, bij SINTENIS <sup>3)</sup> en bij BRINZ. <sup>4)</sup>

Zoowel DERNBURG als VAN RIESSEN doen een beroep op de analogie met fidejussio. Of deze opgaat, kunnen wij in het midden laten; onweersproken is ze niet. <sup>5)</sup>

VAN RIESSEN zegt verder <sup>6)</sup>; „Opdat die inschrijving plaats hebbe, is het noodig, dat de in te schrijven hypotheek bestaan kan, dat ze beantwoordt aan de vereischten, door de wet daarvoor gesteld.

- 
- 1) Hiervoor dient klaarblijkelijk gelezen te worden »Vermächtnissnehmer."
  - 2) Pfandr. § 69.
  - 3) Pfandr. bl. 61.
  - 4) Pandekten Dl. I, § 78.
  - 5) SCHEURL, Krit. Viert. bl. 498 v.
  - 6) bl. 86, t. a. p.



Dit is volkomen het geval bij eene hypotheek voor toekomstig mogelijke verbintenissen; wel is het onzeker, of de schuldenaar iets schuldig zal zijn, en zoo ja, hoeveel de schuld zal bedragen, maar daarin voorziet artikel 1221, 2de al. B. W.; het bedrag waarvoor men rekent te eeniger tijd schuldeischer te zullen of kunnen zijn, moet volgens dat artikel begroot worden." Daarna: „Krachtens den wil der partijen moet de hypotheek hier dus dadelijk rang hebben. — Met die beslissing op grond der algemeene rechtsbeginselen, is geen enkel art. van ons B. W. in strijd; zelfs meen ik daarvoor steun te vinden in hetgeen bepaald is omtrent de hypotheek, die door voogden en curators gesteld moeten worden, tot zekerheid van hun beheer." B. W. 390.

Zoo zegt DIEPHUIS <sup>1)</sup>: „Nergens bepaalt deze, (de wet), dat hypotheek alleen mag strekken tot verzekering eener tijdens hare vestiging, reeds werkelijk bestaande schuld, (arr. H. R. 22 Dec. 1871, W. 3414); zij wijst veelmeer op het tegendeel, in art. 390 en v. en 506 c en vooral in art. 1221 b." Hij concludeert, dat crediet-hypotheek dus ook bestaanbaar is en geldig van de inschrijving af.

In het door DIEPHUIS geciteerde arrest van den H. R. <sup>2)</sup>

1) DIEPHUIS, Dl. VII, bl. 458.

2) 22 Dec. 1871, W. 3414.

vinden wij de volgende beschouwingen: „O. dat naar art. 1208 B. W., hypotheek strekt om op de daarbij verbonden onroerende goederen te verhalen, de voldoening eener verbintenis;”

„dat zij naar art. 1220, 1ste zinsnede B. W., alleen kan worden gevestigd op tegenwoordige goederen, maar dat nergens is bepaald, dat zij alleen mag strekken ter verzekering eener reeds aanwezige verbintenis, en alzoo ter verzekering eener tijdens hare vestiging reeds bestaande schuld;”

„dat het tegendeel volgt uit de voorschriften, van de artt. 390, 428 en 506 B. W., omtrent de door den voogd en den curator dadelijk bij den aanvang hunner betrekking te stellen hypotheek tot zekerheid van hun toekomstig beheer of toezicht en ten waarborge van het later wellicht verschuldigde;”

„dat wel bij het aangehaald art. 491 B. R. voor de onteigening bij executie wordt gevorderd een vonnis of andere executoriale titel, doch dat bij het beklagde arrest met juistheid is aangenomen, dat een crediet-hypotheek in verband met het bewijs der schuld, ten opzichte der executie met eene gewone hypotheek gelijk staat, en dat daardoor noch gezegd artikel noch de beide andere aangehaalde, niets ter zake afdoende, artikelen zijn geschonden.”

De analogie der hypotheek voor eene toekomstig



mogelijke verbintenis, met die welke de voogd of curator te stellen heeft, gaat m. i. niet op. Immers de voogd heeft reeds bij 't vestigen der hypotheek eene verplichting, tot zekerheid van wier nakoming hij hypotheek stelt. Die verplichting is: beheeren. De wet zegt dan ook duidelijk dat de hypotheek dient „tot zekerheid van het beheer” B. W. 398. Deze woorden beteekenen natuurlijk niet, dat zij dient tot zekerheid dat de voogd zal beheeren, maar tot zekerheid dat hij goed zal beheeren. Dat hij zal beheeren, veronderstelt de wet. Uit dat beheer kan een schuld ontstaan, waarvan het bedrag onzeker is. Doch hier helpt 1221 b.

Dit laatste artikel kan, dunkt mij, wel dienen tot bewijs dat er nog geen eigenlijke vereffende schuld behoeft te bestaan bij 't vestigen der hypotheek <sup>1)</sup>, maar eene verbintenis is er noodig. Dit veronderstelt ook 1221 b; de H. R. haalt het dan ook niet als bewijs hertegen aan. DIEPHUIS daarentegen gebruikt schuld en verbintenis door elkander en schijnt er de conclusie uit te willen trekken, dat er geene verbintenis noodig is. Art. 1221 b bepaalt: „Indien de schuld voorwaardelijk of derzelve hoegrootheid onbepaald is” enz. Het veronderstelt het bestaan eener schuld, die wel is waar voorwaardelijk of onbepaald is. Doch waarom is die schuld voorwaardelijk of onbepaald?

1) DIEPHUIS, Dl. VII, bl. 453.



Omdat het onzeker is of de bestaande verbintenis eene schuld zal doen ontstaan, omdat het onzeker is, hoe groot het bedrag der schuld, uit die verbintenis ontstaande, zijn zal. Eene verbintenis, al is het dan maar eene voorwaardelijke, is er steeds; zonder die is er geene voorwaardelijke of onbepaalde schuld mogelijk.

De analogie met de hypotheek van den voogd, of een beroep op 1221 *b*, gaan dus niet op. Evenmin dunkt mij, ligt er een argument in de woorden 1): „Nergens is bepaald dat zij (de hypotheek) alleen mag strekken ter verzekering eener reeds aanwezige verbintenis.” Mij dunkt dat dit laatste argument juist het tegendeel moet bewijzen van datgene waarvoor het wordt aangevoerd. Immers is men niet eerst in den laatsten tijd het vroeger algemeen erkende beginsel „accessorium, sequitur principale, non contra”, anders gaan uitleggen? Onze wetgever heeft het zeker nog voor bindend gehouden. Ten onrechte beroept zich dus VAN RIESSEN op onze wet om zijne bewering te staven. Al ware de opvatting van DERNBURG juist, het staat vast, dat onze wetgever eene dergelijke niet gekend heeft, dat dus eene hypotheek voor t. m. verbintenissen, niet bestaanbaar is, als in strijd met de rechtsbeginselen onzer wetgeving.

Laten wij thans zien, hoe DERNBURG zijn stelling

1) Arr. H. R.

met het karakter der hypotheek zoekt overeen te brengen.

Hij zegt: „Wir sind weit entfernt den accessori-schen Karakter des Pfandrechts zu leugnen. Worin aber liegt dessen Wesen und Eigenthümlichkeit? Sicher nur darin, dass es den Zwecken einer Forderung ausdient, dass es mit Erlischung dieses Ziels erlischt. Aber die Wege die es zu diesem Zweck einschlägt, sind selbständige; die Mittel eigenthümliche. Daher hindert nichts dass es dem Hauptrecht zu besserem Dienste zeitlich vorausgeht.”

Het komt DERNBURG dus heel natuurlijk voor, dat pandrecht in tijd aan de verbintenis voorafgaat. Ik ben van oordeel, dat eene hypotheek voor een toekomstig mogelijke verbintenis, (in den zin zooals deze verklaard wordt door DERNBURG e. a.) eene onmogelijkheid is. Ook zij kennen blijkbaar aan de hypotheek een accessoir karakter toe; ook zij wenschen, dat de hypotheek tot zekerheid strekke van het nakomen eener verbintenis, doch of die verbintenis bestaat of niet, komt bij hen niet in aanmerking; de hypotheek is evenzeer geldig.

Deze opvatting is ongetwijfeld in strijd met het accessoire karakter der hypotheek. Eene verbintenis van den credietnemer bestaat er nog niet, en toch wordt er reeds een hypotheekrecht gegeven. Deze hypotheek mist voorloopig haar doel, is nog geen hypotheek. Zij strekt



tot zekerheid van eene vordering die nog niet bestaat; ze strekt u tot zekerheid, die nog niets te vorderen hebt, zelfs niet eens voorwaardelijk. Eene hypotheek werking toekennen van de vestiging af, terwijl ze bestemd is om voor latere vorderingen zekerheid te geven, is eene miskenning van haar karakter, eene ongeoorloofde uitbreiding harer werking. Niemand toont dit duidelijker aan dan SCHEURL <sup>1)</sup>.

Na eerst de analogie met fidejussio te hebben verworpen, schrijft hij: „Niemand kann eine Prädial servitut ür ein crst künftig zu erlangendes Grundstück erwerben. Dieser Art ist auch das reine Vertragspfandrecht. Es gehört wesentlich zu seinem begriff, dass es accessio einer bestehenden Forderung sei. Verpfänden kann man für eine künftige Forderung; aber ein Pfandrecht für eine künftige Forderung ist eine contradictio in adjecto, ein absolut undenkbares Ding. Man kann ebenso gut sagen: „pignus hypothecave sine obligatione esse non possunt,“ wie „dos sine matrimonio esse non potest.“ Es lässt sich eine dos bestellen für eine künftige Ehe, selbst durch sofortige Eigenthums-Uebertragung an bestimmten Sachen; aber dass diese dem künftigen Ehemann zu eigen gegebenen Sachen, eine dos bilden ist juristisch unmöglich. Nicht minder ist es juristisch unmöglich, dass an eine

1) Krit. Vierteljahrschrift.



für eine künftige Obligation, (mit oder ohne Besitzes-  
übergabe), obligirten Sache ein Pfandrecht entstehe, ehe  
der Schuldner obligirt is. — Die Anerkennung dieser  
juristischen Unmöglichkeit is nichts weniger als eine bloß  
formalistische Auffassung der accessorischen Qualität des  
Pfandrechts. Der Verfasser <sup>1)</sup> müsste den Satz, dass die  
dotis nomine, den Verlobten zu eigen gegebenen Sachen  
noch nicht dotal-Sachen seien, folgerichtig ebenso als einen  
solchen verwerfen, der aus bloß formalistischer Auffassung  
der Beziehung der dos auf die Ehe hervorgegangen sei.”

Mr. VAN RIESSEN <sup>2)</sup> teekent in een nota aan, dat  
zij, die het hoofrecht, voorstellen als grondslag, waarop  
de hypotheek rust, een onjuist voorbeeld kiezen: „Want  
het is juist het hoofrecht dat de steun van het hulp-  
recht, de hypotheek behoeft.” Onmiddelijk daarop laat hij  
volgen: „De hypotheek geeft steun, zij behoeft die niet.”  
Mij dunkt dat men aan iets wat nog niet bestaat, geen  
steun kan geven, al kan men iets tot steun voor eene  
toekomstige zaak bestemmen. Een hypotheek kan geen  
zekerheid geven aan eene verbintenis, voor dat deze zelf  
bestaat; tot op het tijdstip van haar ontstaan kan zij  
niet als zoodanig werken.

Wij komen tot de derde categorie van verdedigers

1) d. i. DERNBURG.

2) t. a. p. p. 47.

der crediet-hypotheek. Deze wijken af van de voorstelling, die wij bladzijde twee aangaven, en beschouwen het contract tot opening van crediet als „obligation réciproque”. Hiertoe behooren vooral fransehe schrijvers, o. a.: PARDESSUS, DURANTON, PERSIL.

Zoo zegt PARDESSUS 1): „Il est intervenu un véritable contract synallagmatique dans lequel chacun a contracté envers l'autre une obligation, dont celle souscrite envers lui est la cause.” De credietgever is verplicht jegens den credietnemer: „à lui compter des sommes d'argent en telle quantité qu'il voudra, pourvu qu'elles n'excèdent pas le montant du crédit convenu.” De credietnemer is verbonden niet door: „une obligation éventuelle pour la restitution des sommes, qu'il prendra chez lui, mais une obligation principale de prendre à l'intérêt convenu telle somme dans tel délai; en cas d'inexécution il peut être poursuivi en dommages et intérêts. Son obligation n'est donc pas purement potestative puisqu'il ne peut impunément s'y refuser.”

Gelijk wij later zullen zien, is deze voorstelling van het contract van crediet-opening niet juist, omdat de schrijver geene juiste voorstelling heeft van het begrip crediet, — de credietnemer is niet absoluut verplicht, „de prendre à l'intérêt convenu telle somme dans tel délai,”

1) Dr. commercial II n. 1147.



op straffe van vergoeding v. kosten, schaden en intresten. PARDESSUS nadert echter onbewust de juiste leer.

DURANTON <sup>1)</sup> heeft een soortgelijke opinie, is echter minder duidelijk. Hij maakt een onderscheiding naar gelang er intresten bedongen zijn of niet. Zijn er intresten bedongen, dan is volgens hem de credietnemer niet potestatief-voorwaardelijk verbonden, maar door eene gewone suspensieve voorwaarde welke retroageert. Op dien grond verdedigt hij eene decisie van het Hof van Caën bevestigd in cassatie den 26 Januari 1814. In die redeneering zegt hij: „On ne peut pas dire absolument comme dans la promesse de faire un prêt gratuit qu'il dépendait du débiteur de recevoir ou de ne recevoir pas les deniers” etc. Hier doelt hij dus op een soort „obligation réciproque.” Waar nu de gewone suspensieve voorwaarde te vinden is, zie ik niet in.

Ook PERSIL geeft zich alle moeite om aan te toonen, dat de credietnemer reeds van den beginne verbonden is. Zoo zegt hij <sup>2)</sup>: dat de credietnemer dadelijk verbonden is tot het geven van schadeloosstelling, voor 't beschikbaar stellen der som. Verder <sup>3)</sup> dat in den handel alles berekend is. Hiermee bedoelt hij, dat de credietgever erop gerekend heeft, dat de nemer zijn geld zal

1) XIX 244.

2) Régime hypothécaire f. 105, 106.

3) Questions I p. 1 64 s.



gebruiken, en leidt daaruit de verplichting van dezen laatste hiertoe af. Hij zegt dan ook, dat het anders een negotium claudicans zou zijn. Ook voert hij aan, dat de nemer misschien reeds over de beschikbaar gestelde som beschikt heeft. Men gevoelt, dat al deze argumenten zwak zijn. Eene nadere behandeling kan men vinden bij VAN RIESSEN.

Mijn oordeel over het stelsel dezer schrijvers zal blijken, zoodra ik mijn eigen meening zal zeggen.

Thans gaan wij over tot het behandelen der tweede kwestie. „Van welk tijdstip af, dateert de rang der crediet-hypotheek.”

Het oordeel der eerste categorie van juristen, die welke de potestatieve voorwaarde voorstaan, luidt verschillend, naar gelang het Recht volgens hetwelk geoordeeld wordt. Slechts terloops zal ik aanstippen het Romeinsche en Fransche Recht, omdat met hunne praemisse omtrent hypotheek tot zekerheid van een potestatief voorwaardelijke verbintenis, de vraag over de terugwerkende kracht overbodig wordt.

Daarna zal ik de duidelijke bepalingen onzer wet aangeven.

A. In 't Rom. Recht wordt, volgens WINDSCHEID <sup>1)</sup>),

1) t. a. p. bl. 76 v. cfr. Windscheid Archiv f 65.

2) Archiv p. 31, 80, Dl. 35.

die een geheel betoog aan deze kwestie wijdt, de leer gehuldigd: „es kommt darauf an, ob das eingeräumte Recht ohne den Willen des verleihenden oder nur durch den Willen desselben entstehen kann. Im letzteren Falle ist er ungebunden, und seine später gemachten Dispositionen gehen daher, dem durch die Erfüllung der Bedingung entstehenden Rechte vor.“

Hij beweert dus dat de potestative voorwaarde in het Romeinsche Recht niet terugwerkt. Tot staving hiervan beroept hij zich op verschillende plaatsen. Zoo haalt hij aan *lex. 4. Dig. 20, 3*: „Titus, quum mutuam pecuniam accipere vellet a Mævio cavit ei, et quasdam res hypothecæ nomine dare destinavit; deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam; quæsitum est an et res prius venditæ creditori tenerentur. Respondit cum in potestate fuerit debitoris post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis numeratæ pecuniæ tempore habuerit.“ *Lex. 11 pr. D. 20, 3*: „Potior est in pignore qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.“ *Lex. 9 § D. 20, 4*: „Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus



eum, cui posteo quidquam debere cœperit, si modo non ea conditio sit quæ invito debitore impleri non possit.”

Dat deze plaatsen voor andere uitlegging vatbaar zijn, zullen wij later aantonen. WINDSCHEID keurt die uitspraken der juristen af en wil altijd retroactie voor potestatieve voorwaarden: hij beweert, dat men zonder deze aan te nemen de crediet-hypotheek niet verdedigen kan. Daarom wijst hij op de mislukte pogingen van PUFFENDORF, GESTERDING, VANGEROW, CROPP, PERSIL, PARDESSUS, DURANTON. Hij toont aan, dat ook zij ongelijk hebben die beweren dat 't Rom. R. zelf eene uitzondering maakt voor verbintenissen als crediet-hypotheek, bij welke de toekomstige schuldeischer kan gedwongen worden, en waarvoor zij in lex 1 pr. 20, 4 een bewijs zoeken. 1) Wij zullen den schrijver in dit betoog niet volgen. Voor ons is het voldoende, dat wij het werk aanhaalden van dien uitmunden rechtsgeleerde en zoo eenig inzicht in de vraag op Romeinsch-rechtelijk gebied gaven.

*B.* In 't Fransche Recht zijn er drie verschillende

1) Qui dotem pro muliere promisit pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit; subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuæ quantitatis numeratio impleta est. Quærebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universæ quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur non utique solutionum observanda sunt tempora sed dies contractæ, obligationis. Nec probe dici, in potestate ejus esse ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.”



groepen van schrijvers wat deze vraag betreft. De betrekkelijke artt. van den C. N, zijn 1070 en 1174.

ART. 1170: „La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention, d'un événement, qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire ou d'empêcher “

ART. 1174: „Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.“

Tot de eerste groep behoort DELVINCOURT. 1) Deze verklaart hypotheek voor geopend crediet op grond van C. N. 1174 nietig en vat dat artikel dus letterlijk op.

Tot de tweede behooren zij die de crediet-hypotheek onbestaanbaar achten, doch haar kracht wenschen te verleenen van het ontstaan eener werkelijke schuld af. Zoo oordeelen o. a. DURANTON 2) en TROPLONG. 3)

Mij komt de redeneering van DELVINCOURT logischer voor: quod in initio non valet, non potest postea convalescere.

Een derde meening o. a. door MERLIN, 4) PAUL PONT 5) en AUBRY et RAU 6) voorgestaan, is dat de bedoeling van 1174 C. N. dezelfde is als die van POTHIER.

1) III p. 159.

2) Cours de droit commun no. 244.

3) Dr. civ. expliqué, Priv. et Hyp. Dl. II 474.

4) Questions Vo. Hyp. III, § 2.

5) Vervolg op Warcade Priv. et Hyp. Dl. III p. 709.

6) Dl. I p. 339. 5de Duitsehe ed. v. 1838.

„Toute obligation, contractée sous une condition qui en fait dépendre le lien de la seule volonté de celui qui s'oblige est nulle,„ etc.

Zij die de eerste meening aanhangen, zullen zelfs het bestaan der crediet-hypothek verwerpen; de tweede meening verwerpt haar voorrang, terwijl de laatste dien erkent.

C. In „Ons Recht” vindt men bepalingen dienaangaande in art. 1292, j<sup>o</sup> 1297 B. W. Zij luiden als volgt:

ART. 1292: „Alle verbintenissen zijn nietig, indien derzelve vervulling alleenlijk afhangt van den wil van dengene die verbonden is. Indien echter de verbintenis afhangt van eene daad, waarvan de vervulling in zijn macht staat en die daad heeft plaats gehad, is de verbintenis van kracht.” ART. 1297: „Indien de voorwaarde vervuld is, werkt zij achteruit tot den tijd, waarop de verbintenis is geboren.” De juristen, die bij crediet-hypothek een potestatief voorwaardelijke verbintenis aannemen, komen dus in ons recht tot de erkenning van het bestaan en den voorrang der hypothek. Ten onrechte, daar, gelijk wij zagen, er geene verbintenis met potestatieve voorwaarde te vinden is.

Tot de 2de categorie behooren, gelijk wij zagen, <sup>1)</sup> die schrijvers, welke het accessoire karakter der hypothek zoo uitleggen, dat een tijdelijk voorafgaan aan het ontstaan

1) Bladz. 7 v.



eener verbintenis hiermede niet in strijd zou zijn. Mijn opinie over het accessoire karakter der hypotheek heb ik reeds gezegd. 1) Eene hypotheek gevestigd, afgezien van eenige verbintenis, niet in verband staande met eenige verbintenis, is niet denkbaar.

Voor de juristen, die het accessoire karakter der hypotheek ontkennen, is het zeer moeilijk om tot bepaalde conclusies te geraken. Naar de verscheidenheid, die zich hierin bij de verschillende schrijvers openbaart, schijnen zij inderdaad willekeurig te zijn. De eigenlijke grond waarop zij steunen is de billijkheid of de vermoedelijke wil der partijen: twee nauw verwante begrippen. Deze worden dan nog dikwijls door de woorden: „gebondenheid van den creditor” verbloemd.

DERNBURG was een der eersten, die getracht hebben hypotheeken voor futurae obligationes in den zin van „toekomstig mogelijke” te verdedigen. Voor den rang dier hypotheeken wil hij alles laten aankomen op den vermoedelijken wil van partijen. Dat wij dergelijke hypotheeken onbestaanbaar achten, hebben wij boven aangetoond: ook hebben wij hun bestaan zoowel voor 't Rom. R. als voor het onze ontkend. Laten wij echter DERNBURG volgen in zijn betoog over den rang dier hypotheek.

DERNBURG bewijst in de eerste plaats, dat rang der

1) o. a. bladz. 16, 17.



hypotheek van de vestiging af mogelijk is. Deze heeft echter niet altijd plaats. Immers het hangt van den vermoedelijken wil der partijen af. Wanneer de creditor gehouden is tot eene prestatie, is de praesumptie ervoor dat men rang van de vestiging af wilde: doch dit is slechts eene praesumptie. Ook waar noch de eventueele creditor noch debitor gebonden is, kan hypotheek geldig zijn van hare vestiging af. — Deze laatste stelling hebben wij reeds in het breede besproken.

Tot bewijs dat de rang slechts van den vermoedelijken wil der partijen afhangt, bedient hij zich van l. 11 pr. D. 20, 4 en l. 4 Dig 20, 3<sup>1)</sup> en van lex 1 D. 20, 4.<sup>2)</sup> In de twee eerstgenoemde gevallen, zegt hij, ontstaat de hypotheek pas bij 't ontvangen van het geld: de vroeger gevestigde gaan voor. In het laatste geval ontstaat ze dadelijk bij de vestiging. Van waar dat verschil? In de twee eerste gevallen wilden partijen ze niet dadelijk vestigen, in het laatste wel, en dit blijkt uit de gebondenheid v. d. dotis promissor. Zoo redeneert DERNBURG — Dat het in de twee eerste gevallen in de bedoeling der partijen ligt de hypotheek eerst later te doen ontstaan, is ook mijne meening en niets is er tegen. Het blijkt nog duidelijker, wanneer men in plaats van „si ab eo pecuniam acciperet”

1) Zie boven bl. 20, 21, waar WINDSCHEID er zich op beriep tot bewijs dat de potestatieve voorwaarde niet terugwerkt.

2) ib.

met KRIEGEL leest „acceperit.” In lex 4 D. 20, 3 staat duidelijk: „quasdam res hypothecæ dare destinavit.” Ook hier blijkt dus duidelijk de bedoeling van latere vestiging. Maar daartegen is niets in te brengen. Het bewijs van DERNBURG, dat de wil der partijen de vestiging ook tot vóór 't ontstaan eener verbintenis kan vervroegen, hebben wij boven weerlegd. 1) Doch hier beroept zich de schrijver op een nieuwe plaats: de l. 1 pr. D. 20, 4 2), die echter ook niet steekhoudend is. Het pignus de restituenda sibi dotæ bestond reeds voor dat de maritus de dos ontvangen had, zegt hij. Er bestond dus nog geene verbintenis, en toch was het pandrecht geldig van de vestiging af.

Hiertegen kunnen vele argumenten worden aangevoerd. DERNBURG zelf noemt in eene noot vele schrijvers, welke deze plaats anders uitleggen. MAYER 3), PUCHTA 4), HUSCHKE 5), WINDSCHEID. 6) Verder SCHEURL 7) en Mr. PHILIPS 8). Deze schrijvers beweren: een dotis promissio is gelijk aan eene dotis solutio. De maritus is dus reeds ab initio tot de dotis restitutio verbonden (ex die) DERNBURG weerspreekt die opinie, door zoovele schrijvers voor-

1) bl. 9 v.

2) Boven p. 21.

3) Tüb. krit. Zeitschrift Bd. II p. 81.

4) Pandrecht § 210b.

5) LINDE'S Zeitschrift Bd. 20 p. 155.

6) Archiv 35 p. 69.

7) Krit. Viert. f. R. und g. II p. 504.

8) Themis 1 855 p. 417.



gestaan: doch de verschillende uitleggingen bewijzen reeds dat aan dit argument niet veel kracht toe te kennen is.

Hieruit volgt, dat DERNBERG volstrekt niet bewezen heeft, dat eene hypotheek geldig kan gevestigd worden en rang hebben van het oogenblik af dat partijen dat willen. Voor het eerste is noodig dat haar accessoir karakter geen geweld worde aangedaan.

VON VANGEROW <sup>1)</sup> komt met GESTERDING tot eene weinig afwijkende conclusie, alhoewel in andere woorden. Zij luidt:

*a.* Wenn der künftige Gläubiger gebunden ist, also genöthigt werden kann durch eine Leistung von seiner Seite Gläubiger zu werden, so fängt stets das Pfandrecht von dem Augenblick der Pfandbestellung, nicht erst von dem der geschehenen Leistung, an.

Dit resultaat is zeer twijfelachtig, daar de beoordeeling der vraag of een hypotheek geldig is, steeds moet afhangen van het onderzoek naar eene gehoudenheid van den debitor, niet van den creditor. Door dit laatste tot criterium te nemen, neemt men veeleer billijkheid als uitgangspunt aan.

*b.* Ist der künftigen Gläubiger nicht gebunden, aber wohl der künftige Schuldner, so greift dieselbe Entscheidung Platz *cf.* 1 9 § 2 D. 20, 4, FITTUNG Zurückziehung S. 40 fgg.

1) Pand. p. 738.



Zijn 3de resultaat is in scherpe tegenspraak met de resultaten van DERNBURG. 1) Het luidt:

c. Wenn aber weder Gläubiger noch Schuldner gebunden sind, so fängt das Pfandrecht allerdings erst mit dem Moment an, wo das Schuldverhältniss wirklich zur Existenz gekommen ist." De twee eerste regelen steunen op de billijkheid, m. a. w. op den vermoedelijken wil der partijen. Terwijl DERNBURG dezen ook in geval *c* laat gelden, kent von VANGEROW, onbewust doordrongen van het accessoir karakter der hypotheek, haar in dit geval nooit voorrang toe.

ARNDT'S 2) redeneert aldus: „Ist die Schuld bedingt so wird nach Erfüllung der Bedingung, wenn diese nicht in das Belieben des Verpfänders gesteld ist, zurückgerechnet, und ebenso ist auch der Anfang des für eine Künftige Forderung bestellten Pfandrecht zurück zu rechnen, wenn die wirkliche Entstehung der Forderung nicht der Willkür des Verpfänders überlassen ist. Aber auch wenn nur der Gläubiger gebunden war das Geschäft ein zu gehen, woraus ihm die Forderung entsteht, muss dasselbe gelten.“ WINDSCHEID weerspreekt dit, gelijk we zagen. Overigens, wat heeft de gebondenheid van den creditor met het ontstaan van een pandrecht te maken, tenzij hier weer de billijkheid in het spel kwam? Hij sluit zich dan ook

---

1) Zie bl. 8. en 9.

2) Pard. no. 384.

onmiddellijk bij VANGEROW aan: „Es wäre ja die schreiendste“ enz. 1)

Tot de 3de categorie behooren gelijk we zagen PARBESSUS, DURANTON en PERSIL. Ik heb reeds er op gewezen, dat hunne leer niet met de werkelijkheid overeenstemt. DURANTON is daarenboven zeer onduidelijk: hij doet het voorkomen, alsof het contract afhing van eene niet potestatieve voorwaarde, omdat de credietnemer verplicht zou zijn, zoo er intresten bepaald zijn, het geld te nemen, als zijnde dit contract ook in het voordeel van den credietgever. Hierdoor blijkt, dat hij ook overhelt tot de voorstelling dier verbintenis als eene wederkeerige.

In elk geval houden deze schrijvers nog vast aan het accessoire karakter der hypotheek: zij verklaren deze geldig, zoodra de credietnemer verbonden is, al zal ook later eerst blijken tot welk bedrag. Hunne voorstelling van de verbintenis tot wier zekerheid de hypotheek dient, is echter onjuist, en daarmede vervalt de waarde van hun betoog.

Wij hebben gezien dat sommigen de crediet-hypotheek opvatten als toegestaan voor eene verbintenis onder de potestatieve voorwaarde, dat men geld zal opnemen: anderen als eene hypotheek voor eene toekomstig mogelijke verbintenis. Deze beide gevoelens gaan uit van de

1) Zie bladz. 2.



voorstelling die wij bladzijde twee van de crediet-hypothec hebben gegeven: als ware voor het ter leen nemen nog geen directe verplichting tot wier zekerheid de schuldenaar ze zou geven.

De schrijvers welke, de overeenkomst van crediet-opening willen voorstellen als een obligation réciproque, zijn, dunkt mij, op den waren weg, ofschoon hun voorstelling gebrekkig is. Thans wordt het tijd dat wij ons eigen gevoelen uiteen zetten.

Het woord „crediet“ is afkomstig van het Romeinsche credere, vertrouwen. Het ethisch begrip ligt dus aan het juridisch en handelsbegrip ten grondslag. Credere kwam bij de Romeinen voor in drieërlei beteekenis naar mate het vertrouwen, dat aan de rechtshandeling ten grondslag lag. In den meest algemeenen zin komt het voor bij elke verbintenis, door welke men iets van den anderen te vorderen heeft, als koop. In meer beperkten zin, wanneer men iets aan een ander afstond, doch met het doel om het weer terug te krijgen, (commodatum, depositum regulare, pignus). In den technischen meest gewonen zin bij mutuum of pecunia credita, waarbij men de rei vindictio tegen eene condictio afstond. Spoedig kwam echter het „creditum“ ook bij andere res fungibiles voor.

Iedere schuld, uit welk contract ook gesproten, kon door eene formeele obligatie in een leeningsschuld worden veranderd. De Romeinen verlangden voor het *creditum* in den engeren zin den stipulatievorm of eene *litterarum obligatio*. De voordeelen, die het omzetten van een vordering uit een ander contract in een *creditum* opleverde waren vooral deze twee: *a.* men verkreeg hierdoor eene *condictio certi*, daar er een *certum debitum* ontstond. Hierdoor werd de procedure zeer vereenvoudigd, alhoewel de materieele *causa* der schuld, niet steeds buiten geding kon blijven; *b.* het bedingen van intresten werd mogelijk gemaakt. Later toen de kracht van een *pactum adjectum* met die eener formeele obligatie gelijk werd gesteld, was was ook dit voldoende.

In 't Romeinsche recht was dus het *mutuum* het *creditum* bij uitstek. Het was afstand van kapitaal, van een vermogensdeel, tegen belofte van latere teruggave. Hoe kon men nu de verschillende contractsschulden in een leeningsschuld omzetten? Bij een *depositum irregulare* kon men reeds dadelijk door stipulatie een *creditum* doen ontstaan: het *dare*, de eigendomsoverdracht, heeft hier gelijk bij *mutuum* plaats. Bij *depositum regulare* maakt men een contract voor de teruggave der waarde: aan de *traditio*, de inbezitstelling werd zoo het karakter der *datio* gegeven, gelijk dit bij *mutuum* het geval is.



Men paste dit toe, wanneer men niet meer op de zaak zelve maar slechts op de waarde kon rekenen, om zoo de actio depositi te vervangen door eene conditio certi. In de praktijk gebeurde die omzetting het meest bij consensueele contracten: de verbintenissen van koper of huurder werden in een stipulatie overgegoten, om een creditum met conditio certi te doen ontstaan.

De vraag is nu: Welke is de beteekenis van een dergelijk creditum? Gaf men zich rekenschap van de waarde en de beteekenis van „het crediet“ zooals het in den nieuweren tijd wordt opgevat? Dat men er de waarde van kende, is niet twijfelachtig. Zoo was het geoorloofd *ratione temporis*, dat is: voor het geval van latere betaling, een hogere koopsom te bepalen; bij vervroegde betaling werd eene bepaalde prijsvermindering toegestaan (l. 24 § 2. 24, 3; l. 9 § 8 D. 15. 1.) De verkooper mocht intresten vaststellen van de gecrediteerde som. (L. 5 C. 4, 54.)

De beteekenis van het crediet, het objectieve begrip was hun onbekend. Laten wij b.v. het begrip onderzoeken bij een verkoop op crediet. Volgens het Romeinsche Recht moet de koper dadelijk bij ontvangst betalen: zoolang de koopprijs niet betaald, is mag de verkooper zijn waar terugeischen (*rei vindicatio*). Er is dus een afzonderlijk beding noodig om aan te nemen dat de koper niet dadelijk behoef te betalen. Dat beding moest oorspron-

kelijk formeel zijn <sup>1)</sup> en dan kon men er intresten bij stipuleeren. Hierdoor ontstond dan een gewoon creditum dat de bonæ fidei verplichting verving. Maakte men dat beding niet, en bepaalde men in het contract uitstel van betaling, dan wist men, dat hierin eene vermindering van koopprijs lag, zoo men hem niet reeds hooger gesteld had wegens dat uitstel van betaling. In den lateren tijd kon men ook door een pactum een creditum en intresten doen ontstaan. Men wist dat de verkooper voor het gemis van intresten der koopsom en het vruchtgebruik van het verkochte een æquivalent moest hebben, doch men bracht dit terug tot de billijkheid.

Terecht zegt ENDEMANN dat men bij de Romeinen alleen van „kreditirte Leistungen„ kon spreken en niet van „geleisteter Credit.“ Dit laatste begrip was hun onbekend. „Ueber die Eigenschafts-qualität kam man nicht hinaus. Creditum is die Creditirte Leistung, nicht der geleistete Credit, oder als Creditgeschäft genommen dasjenige, das, abgesehen von der datio mutui, welche diese Natur von selbst in sich trägt, diese Eigenschaft anfangs durch Stipulation, in der Folge durch Pact begründet.“ <sup>2)</sup>

In den nieuweren tijd is men meer op het begrip crediet gaan letten. Men heeft gezien dat het een

1) ENDEMANN t. a. p. bl. 41.

2) ib. p. 71.



zelfstandig karakter heeft, dat het op zich zelve eene waarde representeert, en voorwerp van verbintenissen zijn kan. Zoo-  
wel juristen als oeconomisten hebben het begrip uitvoerig  
besproken, ieder uit zijn standpunt.

Met het oeconomisch begrip zullen wij ons niet lang  
bezig houden. Mr. LEVY <sup>1)</sup> omschrijft het aldus: „Hem  
die ter voortbrenging kapitaal behoeft dat hij geheel of ten  
deele mist, staat slechts één middel ter verhooging zijner  
oconomische krachten ten dienste. Dit middel is tegenbe-  
lofte van teruggave elders zich te verschaffen wat hem  
ontbrekt. De mogelijkheid dier tijdelijke aanvulling draagt  
in het maatschappelijk verkeer den naam van crediet.“  
CARL KNIES <sup>2)</sup> definiëert het: „der entgeltliche Verkehr,  
in welche die leistung des Einen in der Gegenwart und  
die Gegenleistung des Anderen in die Zukunft fällt.“  
Doch hiermede is niet het begrip crediet, maar de han-  
deling op crediet omschreven, eene dwaling waarin ook  
COURCELLE-SENEUIL valt. Anderen letten in hun definitie  
te veel op de motieven van het crediet, zoo NEBENIUS <sup>3)</sup>  
en RAU <sup>4)</sup> welke crediet als een vertrouwen beschouwen.  
Het is onmogelijk al de invloeden op te sommen die het  
geven van crediet bevorderen.

1) Rekening-Courant bl. 166.

2) Erörterungen über den Credit in Zeitschr. f. d. gesammte  
Staatswissenschaft Dl. XV a<sup>o</sup> 1859 bl. 576.

3) Der öffentliche Credit 2de ed. 1829 init.

4) Grundsätze der Volkswirtschaftslehre I. p. 43 ed. 1869.

Ten onrechte verwerpt Mr. LEVY de definitie van ROSCHER, <sup>1)</sup> welke luidt: „die freiwillig eingeräumte Befugniss über fremde Güter gegen das blosser versprechen des Gegenwerthes zu verfügen.“ Hij doet dit op grond dat het woord „Befugniss“ doet veronderstellen dat de schuldenaar het crediet reeds ontvangen heeft. M. i. heeft men op juridisch gebied juist met een zoodanig begrip te doen; wat in staathuishoudkundigen zin eene mogelijkheid genoemd wordt, kan zich op juridisch gebied als eene bevoegdheid doen gelden.

De definitie van ROSCHER werd dan ook door ENDEMANN overgenomen en zij verschilt mijns insziens niet van die, welke Mr. LEVY geeft <sup>2)</sup>: „tijdelijke beschikbaarstelling van kapitaal“. Immers wat doet hij, die kapitaal beschikbaar stelt, anders dan de bevoegdheid geven, om over dat kapitaal te beschikken? Wat ontvangt nu hij die crediet heeft gekregen? „Hij die crediet vraagt wenscht niet dat vreemd, kapitaal voor zekeren tijd hem worde afgestaan. Hij wenscht niet dat door en na dien afstand de bevoegdheid tot beschikking hem worde verstrekt. Hij wenscht niet, dat zeker bezitter van kapitaal bereid bevonden worde, deze speciale verbintenis met hem aan te gaan. Hij wil meer. Hij wil onmiddellijk

1) Die Grundlage der National-Öconomie.

2) bl. 206 t. a. p.



beschikbaarheid van vreemd goed ten zijnen bate. Hij wil in de gelegenheid worden gesteld om een deel van eens anders goed te beschouwen als ware het zijn eigendom. Hij wil in de mogelijkheid zijn het crediet dat hij heeft, (de beschikbaarstelling die hem toegezegd is) al of niet tegen andere waarden in te ruilen, zelf te gebruiken of door anderen doen te gebruiken. 1)

Men ziet dat men bij eene overeenkomst tot opening van crediet, niet met een pactum de mutuo dando of meer algemeen de contrahendo te doen heeft. De verplichting van den schuldeischer bestaat bij dit laatste in het geven van een creditum, niet van crediet. Het pactum de mutuo dando, eene obligatio faciendi, loste zich op in poena seu interesse bij niet nakoming. De credietgever is verplicht tot dare nl. van crediet en kan hiertoe genoodzaakt worden. 2)

Hier is het, dunkt mij, de plaats ter omschrijving van het contract tot opening van crediet. De verplichting van den credietgever is na het gezegde duidelijk: hij moet crediet geven, beschikbaarstelling van kapitaal.

De verbintenis van den credietnemer bestaat in de verplichting om na het verstrijken van den termijn de waarde van het crediet, dat hij ontving, aan den credietgever terug te geven. Hiermede stemt volkomen overeen

---

1) ib.

2) SEUFFERT, Archiv 10 no. 37, cfr. 4 no. 32. Zie ENDEMANN p. 200.

de definitie van ROSCHER en ENDEMANN welke wij boven aangaven. Zij luidt: „die freiwillig eingeräumte Befugniss über fremde Güter gegen das blosse Versprechen des Gegenwerthes, zu verfügen.” Bij het ontvangen der bevoegdheid om over het kapitaal van een ander te beschikken, of m. a. w. bij het ontvangen der beschikbaarstelling van kapitaal, d. i. van het crediet, ontstaat voor den credietnemer dadelijk eene verplichting. Deze verplichting bestaat in de verbintenis om „den Gegenwerth” te presteeren en wel na verloop van den termijn van het crediet. Deze waarde, dit æquivalent is niet van af den beginne bepaald; zij blijkt echter op het oogenblik van het vervallen van het geopend crediet. In het algemeen bedraagt zij zooveel als het vermogen van den credietgever door het afstaan van crediet is verminderd, plus eene conventioneele berekening van credietprijs, gewoonlijk bestaande in eene provisie en een aantal procenten van het werkelijk genoten bedrag. „Die Revallirung eines Jeden, der Credit gewährt, nämlich der Anspruch auf Schadloshaltung, folgt schon aus dem Creditvertrag von selbst. Sie begreift die wirklich in Volziehung des Creditversprechens aufgewendeten Werthe, deren Miethgeld, und die vorerwähnte Vergütung des Credits als Bestandtheil der Zinsen und der Provision.” De verplichting om dit (ex die) terug te geven, bestaat



terstond; doch het bedrag is onzeker; ziedaar de voorstelling, welke ik van de verbintenis tot opening van crediet geef, in overeenstemming met ENDEMANN. De credietgever krijgt als het ware zijn crediet terug; daar het crediet echter, wanneer er niet ten behoeve van een ander over beschikt is, geheel met den eigendom samenvalt, in zooverre als hij, die eigendom heeft, daardoor van zelf crediet geven kan, door eenvoudig dien eigendom voor een ander beschikbaar te stellen, is het duidelijker te zeggen, dat de credietgever de waarde, den prijs van het crediet, dat hij gaf, terugkrijgt. Zoo ligt vruchtgebruik ook in eigendom; zoolang het geen voorwerp is eener afzonderlijke verbintenis, heeft het dien naam niet, maar is het in eigendom opgesloten. Door crediet te geven heeft de schuldeischer iets afgestaan, daardoor is zijn vermogen verminderd. Het bedrag dier vermindering en de vergoeding voor den afstand van het crediet is onzeker. De credietgever is in den regel niet geneigd, (het geval van schenking daargelaten), zijn vermogen voor anderen zoo maar beschikbaar te stellen, maar hij vraagt daarvoor eene tegenprestatie, en wel eene zoodanige, waardoor hij zeker is van tegen geldverlies behoed te wezen. Bij eene verbintenis tot opening van crediet, is het juist de aard van het voorwerp der verbintenis, het crediet zelve, dat aanleiding geeft tot de oorspronkelijke onzekerheid der

terug te geven waarde. Daarom wordt er in het contract geen vaste som ter teruggave vastgesteld, maar wel regels naar welke het bedrag der terug te geven waarde berekend wordt. Gewoonlijk berekent de credietgever een aantal percenten of gedeelten van percenten als provisie, met het doel om ook voor het geval, dat de credietnemer de beschikbare sommen laat liggen, iets vergoed te krijgen. Verder berekent hij een aantal percenten van de sommen waarover de credietnemer beschikt, uit kracht van zijn crediet. Dit is zeer redelijk, daar hiervoor *pretium periculi* enz. in aanmerking komt, evengoed als bij geleend geld.

Tot resultaat krijgen wij dus de volgende voorstelling der verbintenis van den credietnemer: bij het sluiten van het contract ontvangt hij crediet, waartegen hij de verplichting op zich neemt de waarde, te bepalen volgens conventionele regelen, welke òf in het contract zijn opgenomen, òf steeds gebruikelijk zijn, terug te geven na verloop van den termijn. Alleen het bedrag is dus onzeker; de verplichting van den credietnemer zeker. Is dit zoo dan vervalt elke moeilijkheid omtrent ons onderwerp. Wij zijn thans in staat de volgende definitie te geven: Crediet-hypotheek is eene hypotheek welke dient tot zekerheid der teruggave van het bedrag, uitmakende de waarde van het genoten crediet. Ook Mr. LEVY komt ten opzichte van rekening-courant, welke volgens hem is



eene overeenkomst tot wederkeerige crediet-verleening tot deze conclusie: „Vraagt men derhalve wat de hypotheek te verwaarborgen heeft, wij antwoorden, het crediet dat partijen (elkander) beloven.”

Op dezelfde bladzijde: „De hypotheek waarborgt het begrip crediet, dat wel verre van eene abstractie te zijn, door de scheppende kracht van den handel tot rechts-object is geworden.“

De verplichting onder tijdsbepaling (ex die) om de waarde terug te geven ontstaat dadelijk bij 't contract: dat is zoodra het crediet ontvangen is. Statim quaidem debetur, sed peti non potest. Zonder dus het accessoir karakter van hypotheek geweld aan te doen, kan de eerste vraag: „is crediet-hypotheek bestaanbaar?” bevestigend beantwoord worden. Immers bij de inschrijving is zij terstond geldig, daar er op dat oogenblik reeds eene verbintenis bestaat. Ook voor de tweede vraag vervalt alle moeielijkheid. Wij krijgen dus tot slotsom: Crediet-hypotheek is bestaanbaar en heeft rang van af hare inschrijving.

Ook andere schrijvers, vooral Fransche, hebben getracht aan te toonen, gelijk wij zagen, dat de overeenkomst tot opening van crediet eene wederkeerige is. Zij hebben echter het ware karakter van het crediet niet ingezien, al geven zij groote bewijzen van practisch rechtsbewustzijn.

Nog een enkel woord over hypotheek. Ik heb altijd

streng aan het accessoir karakter der hypotheek gehouden, omdat onze wetgever aan haar dat karakter geeft. In den nieuwsten tijd is er een strekking ontstaan, om aan de hypotheek een zelfstandig karakter te geven. Men kan hierover eenige opstellen lezen in het Weekblad voor Notarisambt en Registratie No. 820 vlgg. In de „Deutsche Notariats-Zeitung und Zeitschrift für Hypothekenwesen“ brengt Dr. FR. WEBER een advies uit over de herziening van het hypotheek-recht in het »Reichs Civil Gesetzbuch.« Hypotheek ontstaat dan door de inschrijving van een bepaalde geldsom in het grondboek. Het hypotheekboek wordt dan met het grondboek vereenigd en dupliciteit van rechten op grondstukken in en buiten het hypotheekboek opgeheven. In dat grondboek kan bij dat bedrag worden ingeschreven, dat de hypotheek voor een later te noemen schuld is verleend en in dat geval moet de schuldeischer bewijzen dat die schuld bestaat en dat de hypotheek voor die schuld is verleend. Exceptiën zijn dan altijd toegelaten. Geschiedt echter die bijvoeging niet, dan krijgt de hypotheek een heel ander karakter. Enkel door de hypotheek krijgt de schuldeischer het recht om de ingeschreven vordering bij wege van executie op het vaste goed zich te verschaffen. Deze hypotheek is dus in hooge mate zelfstandig.

Dit blijkt ook uit de bepalingen omtrent exceptiën welke men wenscht aan te voeren. De oorspronkelijke schul-



denaar zou tegen den oorspronkelijken eischer mogen aanvoeren de exceptiën uit de materiële causa der hypotheek geput. Een latere eigenaar alleen, wanneer van het recht om op te werpen uit de rechtsbetrekkingen tusschen gedaagde en den oorspronkelijken schuldeischer blijkt. Tegen een cessionaris van den oorspronkelijken eischer zijn exceptiën, die tegen den cedent bestaanbaar zouden zijn geweest, alleen geldig, indien zij uit het grondboek of uit den hypotheekbrief blijken tijdens het verkrijgen der hypotheek bestaan te hebben, of dat de feiten waarop zij berusten aan den cessionaris bekend waren.

Hier wordt dus het accessoire karakter der hypotheek geheel opgeheven. Dr. WEBER merkt hier op »Man sieht dass der accessorischen Hypothek, diesem erprobten, einem wirklichen Rechtsbedürfnisse entsprechenden Institut, im Namen der theoretischen Consequenz das Todesurtheil gesprochen werden soll.» Duidelijk is het, dat bij deze voorstelling der hypotheek, niet veel woorden behoeven verspild te worden, om aan te toonen dat de crediet-hypotheek bestaanbaar is en rang kan hebben, van af de inschrijving. Doch aangezien onze wet tot nog toe een ander hypotheek-stelsel huldigt, terwijl zij door haar stilzwijgen eene leer over het crediet vrijlaat, heb ik mij op deze hypotheek der toekomst niet beroepen, wat er de jure constituendo ook voor te zeggen moge zijn.

De vraag is wel eens gesteld of de erkenning van den voorrang der crediet-hypotheek niet nadeelig is voor andere schuldeischers en in strijd met B. W. 1177. <sup>1)</sup> Mij dunkt, dat de schuldeischers door de openbaarheid der inschrijving voldoende gewaarborgd zijn tegen bedrog; het is aan hun eigen voorzichtigheid overgelaten of zij zich verder met hem inlaten. Deze hypotheek staat gelijk met iedere andere. Is zij dadelijk bij 't contract ingeschreven, dan mag zij zelfs binnen 40 dagen voor 't faillissement gevestigd worden en dan valt zij niet onder de bepalingen van B. W. <sup>1703v.</sup> Aangaande deze vraag bestaan rechterlijke beslissingen en wel een vonnis der Rb. te Rotterdam, (1 Nov. 1880), bevestigd door arrest van het Hof te 's Hage, (27 Juni 1881), en door den Hoogen Raad (23 Dec. 1881. <sup>2)</sup> De drie uitspraken, stemmen hierin overeen, dat het verleenen eener hypotheek op zich zelve niet valt onder het begrip schenking en dus ingeval van faillissement art. 775, K. niet op haar kan toegepast worden. Dat verder art. 774 no. 2 K. niet toepasselijk is op eene crediet hypotheek, daar dit art. spreekt van het geval dat er eerst crediet zou zijn verleend en eerst later hypotheek. In geval van crediet-hypotheek is er dus geene moeielijkheid te vreezen.

Laten wij thans nagaan of ook de verdere juris-

1) Bachiene in N. Bijdr.

2) Zie Rechtsz. Bybl. 1882, dl 8 nieuwe reeks afd. B p. 166.



prudentie met onze voorstelling van het contract tot opening van crediet voor wiens nakoming hypothecaire zekerheid gesteld wordt, is overeen te brengen.

Wat zegt ons hieromtrent de juris prudentie?

De voornaamste beslissingen omtrent ons onderwerp zijn wel de volgende: een Arr. van den Hoogen Raad van 22 December 1871. W. 3414. Van hetzelfde jaar (15 Maart) een vonnis der Rechtbank te 's Bosch en twee beslissingen van het Hof van Drenthe van 2 September 1871 en 27 December 1873.

De overwegingen van het arrest van den H. R. welke speciaal op crediet-hypotheek betrekking hebben, heb ik reeds aangehaald, <sup>1)</sup> en daarbij aangegeven, waarom ik het met den consideranst van dat hooge collegie niet eens ben.

De laatste overweging op het eerste middel van cassatie in casu voorgesteld, betreft evenwel niet de bestaanbaarheid en rang der crediet-hypotheek, maar hare executie. Zij luidt: <sup>2)</sup>

»Overwegende dat wel bij het aangehaald art. 491 Rv. voor de onteigening bij executie wordt gevorderd een vonnis of andere executoriale titel, doch dat bij 't beklagde arrest <sup>3)</sup> met juistheid is aangenomen dat eene crediet hypotheek in verband met het bewijs der schuld ten opzichte

1) Zie boven.

2) W. 3414, v. d. Honert, Burg. R. enz. Dl. 36 bl.

3) Van het Hof van Gelderland.

der executie met eene gewone hypotheek gelijk staat, en dat daardoor noch gezegd artikel noch de beide andere aangehaalde niets ter zake afdoende artt. zijn geschonden."

Niets belet ons deze opinie van den Hoogen Raad in hare volle kracht te omhelzen; vooral werden wij hiertoe overgehaald door de heldere overtuigende uiteenzetting van MR. KARSEBOOM, advokaat-generaal in het aanhangig geding. De eischer in cassatie had zich tegen het beklagde arrest van 17 Mei 1871 (Hof van Gelderland) beroepen op schending der artt. 491 en 436 j<sup>o</sup> 430 Rv. op grond dat bij hetzelfde de crediet-hypotheek executoir was verklaard in verband met het bewijs der schuld. MR. KARSEBOOM voerde ter verdediging van zijn gevoelen aan: 1)

»Hoe nu door die beslissing de artt. 491 en 436 j<sup>o</sup> 430 Rv. kunnen zijn geschonden is mij niet duidelijk; art. 491 Rv. zegt dat hij die voorzien is van een vonnis of anderen executorialen titel onteigening bij executie kan vorderen; art. 430 zegt dat de grossen van Nederlandsche vonnissen, aan het hoofd voerende. »in naam des Konings" executabel zijn en art. 436 kent gelijke kracht toe aan de grossen van authentieke akten in dien vorm verleden, die woorden aan het hoofd voerende. In Casu is geëxecuteerd zoodanige notarieele grosse; had de verweerder niet de schuld waarvoor de hypothecaire zekerheid door hem was toegestemd, en

1) v. d. Honert Burg. R. enz. Dl. 36 p. 337.



binnen het bedrag waarvoor zij was verstrekt erkend, hij zou zich tegen de executie hebben kunnen verzetten door te beweren: het bedrag, waarvoor gij executeert is te groot, of ik ontken ter zake iets of het gansche bedrag schuldig te zijn; maar beweren kan hij niet met rechtsgevolg, dat de aangehaalde artt. geschonden zijn in casu."

Aangaande hetzelfde onderwerp vinden wij eene tweede rechterlijke beslissing van slechts weinig vroegeren datum door de Rechtbank te 's Bosch, 15 Maart 1871. 1) In de notaricele akte was bepaald dat de rekening-courant door den geldschieter gehouden als volkomen bewijs tusschen partijen zou gelden. De geldigheid dier bepaling werd door de rechtbank erkend. Nu bleef de vraag of die akte onder toevoeging van bovenbedoelde rekening-courant kan gelden om executoriaal beslag te leggen, tot verhaal der schuld op de rekening voorkomend.

De betrekkelijke overweging luidt:

»dat gemelde notaricele akte strekt om zekerheid te geven bij hypotheek voor eene eventueel te ontstane schuld; dat zij niet constateert dat de eischer is schuldenaar van den gedaagde beslaglegger; dat alzoo uit kracht van die akte geene betaling kan worden gevorderd en de executoriale vorm daarvan dus ook niet kan worden aangewend als middel van verhaal; dat de schuld van den eischer en

1) Te vinden in Rechts gel. Bijbl. tot de N. Bijdr. Dl. 22 a<sup>o</sup> 1872.

het recht van den gedaagde niet anders geconstateerd zijn dan bij een onderhandsch geschrift, hetwelk niet van aard kan veranderen en gelden als authentieke akte, welke kracht partijen daaraan ook mogen hebben toegekend."

O. dat bedoeld onderhandsch geschrift alzoo wel kan dienen om te bepalen tot welk beloop het tot zekerheid der schuld verleend verband zal gelden, maar niet kan dienen om daarmede eene gerechtelijke uitwinning te ondernemen.«

Op deze gronden werd eene beslaglegging op de verhypothekerde goederen te niet gedaan en de doorhaling van de overschrijving van dat beslag ten kantore van de hypotheeken bevolen, Hoe is dit met de beslissing van den H. R. te rijmen, of liever is dit met het Arr. van 22 Dec. 1871 te rijmen? In dat arrest werd de meening verworpen dat er altijd een vonnis moet zijn waarbij de schuld wordt vereffend en de schuldenaar tot betaling veroordeeld. In casu was de schuld niet betwist, in confesso; in verband met de grosse der notarieele akte werd dit ter executie voldoende geacht. De woorden luiden: dat het Hof terecht had aangenomen dat eene »crediet-hypotheek in verband met het bewijs der schuld met eene gewone hypotheek gelijk staat."

Mij dunkt, dat uit eene vergelijking der beide beslissingen duidelijk kan worden afgeleid dat zij met elkaar in tegenspraak zijn. In beide gedingen werd door de rechterlijke collegieën de schuld voor bewezen gehouden: door



den H. R. omdat ze niet ontkend werd en dus in confesso was: door de rechtbank doordien zij den grond waarop de ontkenning steunde verwierp; als grond hiervoor werd namelijk aangevoerd dat het beding, waarbij de bepaling van het saldo der rekening-courant aan den credietgever wordt overgelaten, met de openbare orde strijdt en dus ongeldig is. Het eerste collegie, de H. Raad keurt de executie goed en staat ze dus toe, terwijl het tweede, de Rechtbank, de inbeslagneming verwerpt en vernietigt. Hier is duidelijk tegenspraak.

De Hooge Raad stelt zich, te oordeelen naar de woorden »in verband met het bewijs der schuld« en naar de feiten in het aanhangig geding, tevreden met elk bewijs der schuld, dus ook met eene onderhandsche akte. De Rechtb. eischt meer, gelijk uit de laatste aangehaalde overweging blijkt.

Naar mijn oordeel is de opinie van den H. R. het meest aannemelijk. Ik verwijs nog eens naar het hetoog van Mr. KARSEBOOM. <sup>1)</sup> Verder dient men te letten op de woorden: de crediet-hypotheek »in verband met het bewijs der schuld.« Eene onderhandsche akte op zich zelf is natuurlijk niet voldoende om eene executie te doen plaats hebben: eene grosse van authentieke akte is daarentegen ook zonder hypotheekakte voldoende. Eene erkende onderhandsche akte zal m. i. wel voldoende zijn ter executie indien blijkt dat

1) Pag. 47.

zij het bestaan bewijst van eene schuld, welke betaling door eene crediet-hypotheek is verzekerd. Dit is de natuurlijke en ware zin der woorden : »in verband met het bewijs der schuld.« Wat uit den aard der zaak niet kan worden opgenomen in de hypotheekakte wordt van elders aangevuld en het eene in verband met het andere maakt executie mogelijk. Dat het verband van de bewezen schuld met de crediet-hypotheek blijken moet, is tevens beslist in eene uitspraak van 't Hof v. Drenthe 27 December 1873. <sup>1)</sup> Indien hypotheek is gegeven voor hetgeen men wegens saldo van rekening-courant zal blijken schuldig te zijn, kunnen alsbewijs van zoodanige schuld niet worden bijgebracht twee orderbiljetten, door den hypotheekgever ten behoeve van den nemer geteekend; laatstgemelde is dus niet gerechtigd tot verkoop zoolang hij niet zijn saldo van rekening-courant bewijst.

De som voor welke geëxecuteerd wordt, behoeft niet in de akte te staan; wel het bedrag tot hetwelk hypotheek wordt verleend. Dit volgt uit art. 1221 B. W. De geldigheid der crediet-hypotheek in dit opzicht wordt bevestigd door het vonnis der rechtbank te 's Bosch van 15 Maart 1871. <sup>2)</sup> Dat de hypotheekakte op zich zelf niet voldoende is ter executie, maar dat er eene verevende en bepaalde vordering zijn moet

1) Pasiecrisie v<sup>o</sup>. hypotheek no. 121 (W. 3952.)

2) ib. no. 115. W. 3494.



wordt aangetoond in eene beslissing van het Hof v. Drenthe 2 September 1871. 1) De inhoud komt hierop neer: »Uit artt. 1221, 1242, 1243 B. W. en art. 499 Rv. volgt dat geen hypotheekrecht mag worden geëxecuteerd dan voor een verevende vordering, alzoo niet krachtens eene akte tot hypotheekstelling voor hetgeen blijken zal bij 't sluiten der loopende rekening te dier zake, of uit welken anderen hoofde ook, aan den crediteur te zijn verschuldigd. Die regel geldt evenzeer ten opzichte van de onherroepelijke volmacht van art. 1223 B. W. en de verkoop is ongeldig al heeft bij de aanzegging van den verkoop de beteekening plaats gehad van een rekening, welke de debiteur niet dan na den verkoop heeft betwist.» Dit is in overeenstemming met het arrest van den H. R. dat wij zooeven hebben besproken: er wordt nl. bij de akte gevorderd het bewijs der schuld en wel der schuld voortspruitende uit het contract van crediet-opening.

Hiermede eindig ik dit proefschrift. Mogen zij, die zich de moeite getroosten het te lezen, het als proefschrift beoordeelen.

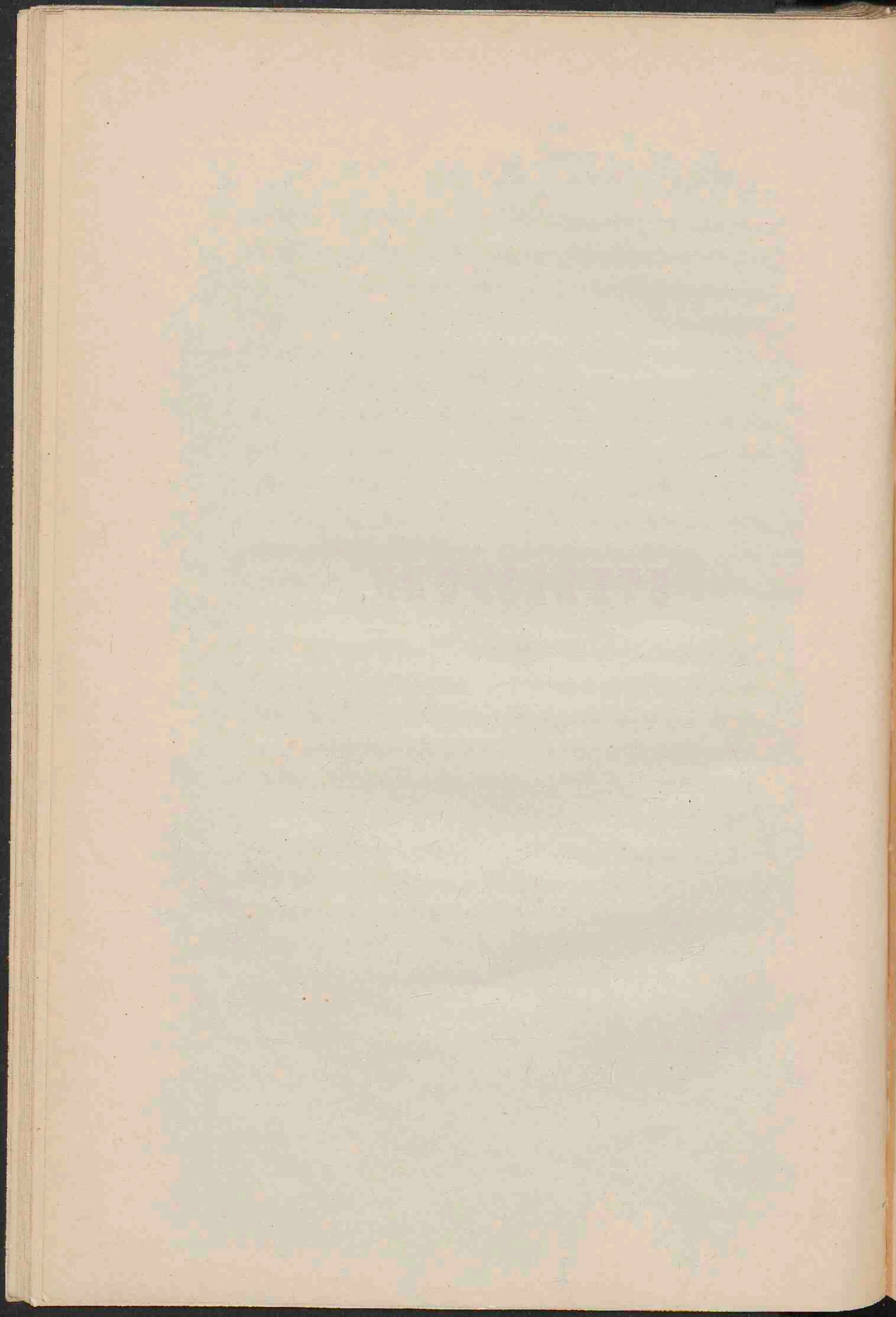
1) ib. no. 120. *W. v. h. R. n. 3502*







**STELLINGEN.**





## STELLINGEN.

---

### I.

Ten onrechte leidt DERNBURG (Pfandr. I § 70 bl. 453) uit lex. 13 § 11 D. 19. 2 af, dat pandrecht voor eene nog niet bestaande verbintenis van af de vestiging rang kan hebben.

### II.

De aansprakelijkheid van den in gemeenschap van goederen getrouwden man, voor de verbintenissen, door zijne vrouw als openbare koopvrouw aangegaan, heeft niet ten gevolge, dat de handelsverbintenissen zijner vrouw, ook voor hem handelsschulden zijn.

## III.

Het recht van bewoning geeft den rechthebbende de bevoegdheid de ter bewoning afgestane vertrekken te gebruiken tot het bergen zijner goederen en ze voor den eigenaar af te sluiten, ook dan wanneer hij de vertrekken niet bewoont.

## IV.

Onwaardig om erfgenaam te zijn en als zoodanig van eene erfenis uitgesloten, kan men alleen worden bij rechterlijk vonnis.

## V.

De bepaling van art. 892 B. W. over plaatsvervulling is af te keuren, daar zij tot eene onredelijke uitsluiting van erfgenamen in de zijdlinie kan aanleiding geven.

## VI.

De *servitus luminum* sluit niet in zich de *servitus altius non tollendi*.

## VII.

De huurder, die zijn verplichting om het gehuurde als een goed huisvader te gebruiken schendt,



kan ook voor het afloopen van de huur tot schadevergoeding gedwongen worden.

### VIII.

Wanneer de handteekening van den trekker valsch is, blijft de acceptant niettemin jegens den houder van een wisselbrief, die te goeder trouw is, tot betaling gehouden.

### IX.

Extra-bevoordeeling van een der crediteuren bij een onderhandsch accoord buiten geval van faillissement is toegelaten.

### X.

Eene zaak, die op de rol geroyeerd is, kan ook zonder nieuwe dagvaarding weder aanhangig worden gemaakt.

### XI.

Elk afgevaardigde ter Staten-Generaal vertegenwoordigt het geheele Nederlandsche volk.

### XII.

De vraag, in welke gemeente iemand zijn

woonplaats heeft, is voor art. 2 Kieswet naar het Burgerlijk Wetboek te beslissen.

### XIII.

Wanneer het ingezetenschap verkregen is na volbrachten twintig-jarigen leeftijd, ontstaat daardoor geen verplichting tot aangeving, nog bevoegdheid tot inschrijving voor de militie.

### XIV.

Art. 24 j<sup>o</sup> 26 Gemeentewet verbieden niet, dat iemand tot raadslid gekozen wordt, die deel heeft in eene nog niet afgelopen levering of aan-neming ten behoeve der gemeente.

### XV.

Het dragen van een revolver is strafbaar volgens den C. P.

### XVI.

Hoon en laster jegens overledenen zijn strafrechtelijk niet vervolgbaar.

### XVII.

Ten onrechte is bij de jongste herziening van



het Wetboek van Strafvordering de bepaling behouden, dat boete op de erfgenamen van den veroordeelde kan worden verhaald.

### XVIII.

Onjuist is de bewering van RAU (Grundsätze der Volkswirtschaftslehre bl. 43 ed. 1869) »Credit ist überhaupt das Vertrauen in welchem Jemand in Hinsicht auf die Erfüllung von vertragsmässigen Verbindlichkeiten in wirthschaftlichen Verkehre bei Anderen steht.»







