



De subrogatie in het burgerlijk recht

<https://hdl.handle.net/1874/358892>

A. qu. 192, 1941 (Diss. Litt 1941)

iii

DE SUBROGATIE
IN HET
BURGERLIJK RECHT

H. D. PIERSON

PIERSON

1941

1941

A. qu.
192

(Diss utr 1946)

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK UTRECHT



4039 2056

De Subrogatie in het Burgerlijk Recht

INHOUDSOPGAVE

DE SUBROGATIE IN HET BURGERLIJK RECHT

De Subrogatie in het Burgerlijk Recht

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN
DOCTOR IN DE RECHTSGELEERDHEID AAN
DE RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT, OP
GEZAG VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS
Dr. H. R. KRUYT, HOOGLEERAAR IN DE FA-
CULTEIT DER WIS- EN NATUURKUNDE,
VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER
UNIVERSITEIT TE VERDEDIGEN TEGEN DE
BEDENKINGEN VAN DE FACULTEIT DER
RECHTSGELEERDHEID OP WOENSDAG, 28
MEI 1941, DES NAMIDDAGS TE 4 UUR

DOOR

HENRI DANIEL PIERSON

GEBOREN TE 's-GRAVENHAGE

KEMINK EN ZOON N.V. — DOMPLEIN 2 — UTRECHT
1941

De Subrogatie in het Burgerlijk Recht

PROEFSCHRIFT

TEN VERVOLGEN VAN DEN GRAAD VAN
DOCTOR IN DE RECHTGELEERDHEID AAN
DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT OP
DAG VAN HET EERSTEN WAKEN
DIE IS HET JAAR 1887 HOOGSTANDE IN DE JA-
RELIJKEN DOOR DEN WILLEN VAN NATUURLIJKE
RECHTEN BEKENT VAN DEN SERVAAT DER
UNIVERSITEIT TE VERVOLGEN TOEGEN DE
RECHTGELEERDHEID VAN DE FACULTEIT DER
RECHTGELEERDHEID OP WOENSDAG 2
MAY 1887 NACHMIDDAG 12 1/2 UUR

DOOR

DR. J. VAN DER WOUDE

DE RECHTGELEERDHEID



UNIVERSITEIT VAN UTRECHT — BOMBEIJEN 2 — UTRECHT

1887

AAN MIJN OUDERS

VOORWOORD.

Het is een gelukkige gewoonte, dat de betrokkene bij de voltooiing zijner academische studiën in de gelegenheid wordt gesteld een woord van dank te richten tot allen, die hem hierin hebben bijgestaan.

Ik denk daarbij in de eerste plaats aan het onderricht, dat ik van U, Hoogleraren der Juridische Faculteit te Utrecht, heb mogen ontvangen.

Voor U, Professor van Brakel, wil ik mijn warmen dank betuigen voor de groote medewerking, die ik van U heb ondervonden. Helaas heb ik door overmacht Uw steun gedurende de voorbereidende werkzaamheden van dit proefschrift moeten missen. Dit vergroot echter mijn waardeering voor de intensiteit, waarmee Gij onmiddellijk na Uw terugkomst mijn belangen ter harte hebt kunnen en willen nemen.

Tenslotte ben ik allen zeer erkentelijk, die mij met raad en daad ter zijde stonden en wel in het bijzonder de staf van de Bibliotheek der R.K. Universiteit te Nijmegen.

INLEIDING.

Oorspronkelijk lag het in mijn bedoeling alleen art. 1438-3e B.W. aan een nader onderzoek te onderwerpen. Twee redenen brachten mij er echter toe dit proefschrift zijn tegenwoordige gedaante te geven.

In de eerste plaats bleek, dat art. 1438-3e bezwaarlijk van de overige gevallen van subrogatie kon worden gescheiden, daar alle een toepassing van hetzelfde beginsel zijn en het verbreken van dit verband ten koste van de duidelijkheid en het overzicht zou gaan. In de tweede plaats is over dit onderwerp buiten het verouderde werk van Mr. van Bell geen monographie verschenen, al werden verschillende vraagstukken in verspreide geschriften aan de orde gesteld en kan men ook in de algemeene standaardwerken te bestemder plaatse dikwijls uitvoerige beschouwingen vinden. Toch meen ik, dat het voor een juist begrip van het wezen der subrogatie en hare toepassingen in het burgerlijk recht niet geheel overbodig is, de meeste vraagstukken in één band vereenigd onder de oogen te zien. Vooral ten aanzien van art. 1438-2e kan dit misschien verhelderend werken.

Hoofddoel blijft echter den wensch om ook hen, die alleen door hun betrekking tot een zaak voor de schuld van een ander gehouden zijn, de beschermende werking van art. 1438-3e B.W. ten deel te doen vallen. Enkelen hebben dit reeds tevergeefs betoogd, doch onlangs heeft ook de Hooge Raad zich in dien zin uitgelaten en ik wil hopen, dat dit arrest de heerschende meening in andere banen zal weten te leiden.

EERSTE AFDEELING.

BESCHOUWINGEN VAN ALGEMEENEN AARD.

HOOFDSTUK I.

HISTORISCH OVERZICHT.

A. Romeinsch Recht.

Indien wij als inleiding een kort historisch overzicht van de subrogatie willen geven en daartoe den gebruikelijken weg volgen door eerst na te gaan hoe deze rechtsinstelling zich in het Romeinsche recht heeft ontwikkeld, zullen wij daar tevergeefs naar het woord subrogatie zoeken.

Wel bevat het R.R. verschillende bepalingen waardoor een derde, die de schuld van een ander betaalde, in de rechten van den schuldeischer kon worden gesteld, doch dan werd gesproken van *cessio actionum*, *beneficium cedendarum actionum*, *successio in locum creditoris* en andere uitdrukkingen. Hierin zullen wij dan ook den oorsprong der subrogatie moeten zoeken.

De grondslag van deze overdracht van bevoegdheden uit een verbintenis was echter een geheel andere dan in het moderne recht. In het Romeinsche recht werd wijziging in den persoon der partijen met instandhouding der oorspronkelijke verbintenis onmogelijk geacht. In tegenstelling tot de zakelijke rechten, waar de gerechtigde vrijelijk over beschikken kon, schiep de verbintenis in het R.R. een strict persoonlijken rechtsband. Werd deze band tusschen de partijen verbroken, dan ging hiermede de geheele verbintenis, welke daaruit was voortgekomen, teniet. Wel kon door middel van de novatie bereikt worden, dat een nieuwe verbintenis, weliswaar geheel gelijk aan de oude maar tusschen andere partijen, werd gesloten; deze overgang was echter omslachtig en

steeds afhankelijk van de toestemming en medewerking van den debiteur. Indien deze onwillig was, kon hij aanvankelijk niet gedwongen worden met een ander dan den oorspronkelijken schuldeischer genoeg te nemen.

Dit werd natuurlijk al spoedig in het rechtsverkeer als een groot bezwaar gevoeld en deed naar een middel zoeken om zonder aan het beginsel te tornen, dat een verbintenis slechts tusschen de oorspronkelijke contractanten kon bestaan, toch het vorderingsrecht aan een ander over te dragen. Hiertoe riep men de hulp in van de *procuratio in rem suam*, waardoor de crediteur een derde machtigde den schuldenaar in rechten tot nakoming aan te spreken¹⁾. In de rechtsbetrekking kwam geen wijziging, want de schuldeischer bleef de gerechtigde, alleen werd een derde den last verstrekt diens vordering te innen. Tusschen den cedent en den verkrijger ontstond slechts een mandaatsverhouding, al werd de laatste na de *litis contestatio de dominus litis* en luidde de *condemnatio* zelfs te zijnen name.

Aan deze wijze van overdracht waren echter alle bezwaren van een lastgeving verbonden en de mandataris stond rechteloos, indien de schuldeischer vóór de *litis contestatio* zijn last wilde herroepen, aan een ander overdragen of deze door den dood van den lastgever inmiddels was geëindigd. Bovendien kon de mandataris den schuldenaar vóór de *l.c.* niet tot nakoming dwingen, indien deze niet bereid was te betalen, want de lastgeving gaf hem slechts de bevoegdheid de vordering te innen; van de machtsmiddelen, die de schuldeischer mocht hebben kon hij geen gebruik maken.

Ook deze ongewenschte gevolgen werden op den duur voorkomen, doordat de praetor den derde, die de schuld betaald had, in plaats van de *actio mandati* een *actio utilis suo nomine* gaf, eerst indien er wel een last was gegeven, doch deze vóór de *litis contestatio* was geëindigd, later — in het Justiniaansche recht — zelfs wanneer er geen last was gegeven in die gevallen waarin cessie van acties kon worden geëischt. Deze bevoegdheid om van den crediteur bij betaling cessie van zijn acties te vorderen — het

1) Girard, blz. 771 e.v., Cornil, blz. 287 e.v., Czyhlarz, blz. 210 e.v., Hijmans Rom. Verb. recht blz. 411 e.v.

beneficium cedendarum actionum — werd gegeven aan hen, die gedwongen werden de schuld van een ander, welke hen niet of slechts ten deele aanging, te betalen, zooals solidaire medeschuldenaren en borgen ¹⁾. Zij konden met een exceptio doli de betaling weigeren als de schuldeischer hen dezen afstand van rechten niet verleende. Had de crediteur aanvankelijk toegestemd, maar weigerde hij na de betaling de procuratio in rem suam te bewerkstelligen, dan kon de betaler met een actio utilis zelfstandig nakoming van den schuldenaar vorderen. Ook hiermede was hij echter nog niet voldoende beschermd, want tot op de l.c. kon de cedent nog, als rechthebbende uit de verbintenis, de vordering doen tenietgaan door betaling in ontvangst te nemen of kwijtschelding te verleenen. Dit bezwaar werd tenslotte eveneens ondervangen door de bepaling, dat de debiteur niet langer rechtsgeldig aan den cedent kon betalen zoodra de cessie hem bekend was geworden.

Dit beneficium cedendarum actionum komt wat zijn doel betreft met onze subrogatie van rechtswege in art. 1438—3e B.W. overeen. Beiden hebben de strekking om het verhaal te versterken van hem, die verplicht was de schuld van een ander te voldoen. Hiermede houdt echter de overeenstemming tusschen beide begrippen op, want bij ons is deze subrogatie een automatisch gevolg der betaling, terwijl deze overgang van acties in het R.R. als een verkoop werd beschouwd: Non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones, Paulus D. 46.1.36.

Toch was ook toen een beperkte in de plaatsstelling van rechtswege niet onbekend. Dit noemde men successio in locum creditoris ²⁾, waardoor in enkele gevallen ³⁾ een derde van rechtswege den hypothecairen rang verkreeg van den schuldeischer, wiens vordering door hem betaald werd. De verdere aan deze vordering verbonden rechten gingen echter niet op den betaler over, zoodat ook deze instelling een vergelijking met de subrogatie niet kan doorstaan.

1) Hijmans Rom. Verb. recht, blz. 162, Cornil, blz. 255 en 322.

2) Hijmans Rom. Zakenrecht, blz. 311, Girard, blz. 828, Cornil, blz. 245, Czyhlarz, blz. 140.

3) Twee daarvan vinden wij in art. 1438—1e en 2e B.W. terug.

Resumeerende kan dus gezegd worden, dat de subrogatie in het Romeinsche recht onbekend was en eerst later ontstaan is door fusie van het beneficium cedendarum actionum en de successio in locum. Wilde de schuldeischer een derde in zijn plaats stellen, dan kon dit met medewerking van den debiteur door novatie geschieden of zonder diens medewerking door middel van cessie, d.w.z. verkoop van het vorderingsrecht. De onverbreekelijke rechtsband tusschen de partijen eener verbintenis verhinderde den oorspronkelijken schuldeischer een ander als rechtstreeksch gevolg der betaling in al zijn rechten te stellen, laat staan een subrogatie te erkennen, welke van rechtswege kon plaats vinden.

B. Oud Fransch Recht.

De subrogatie zooals wij die thans kennen, heeft zich pas in het Oud-Fransche recht ontwikkeld, toen het Romeinschrechtelijke begrip van het strict persoonlijke karakter der verbintenis had afgedaan, waardoor de overgang van rechten uit een verbintenis ruimere toepassing kon vinden zonder de hulp van allerlei vreemde middelen in te roepen om aan het *ius strictum* te ontkomen ¹⁾.

Ook de term subrogatie verkreeg pas in de 16e eeuw burgerrecht en vindt naar Renusson in zijn *Traité de la Subrogation* zegt, zijn oorsprong in het Kanonieke recht waar „le verbe subroger était employé en matière bénéficiaire dans un sens approchant de celui que nous en donnons en matière civile touchant les hypothèques et privilèges pour signifier qu'une personne a succédé aux droits d'une autre et qu'elle est entrée en son lieu et place”.

Pothier onderscheidt in de *Coutumes d'Orléans* ²⁾ vier wijzen van subrogatie:

1. de la subrogation qui se fait en vertu de la loi seule;
2. de la subrogation qui se fait en vertu de la requisition qui en est faite;
3. de la subrogation qui se fait par la convention avec le créancier;
4. de la subrogation qui se fait par la convention avec le débiteur.

1) Van Bemmelen *Themis* 1886, blz. 171.

2) *Titre XX chap. 1 section V nos. 70 e.v.*

ad 1. Allereerst noemt hij t.a.p. en wederom in de *Traité des Obligations* no. 558 eenige gevallen van wettelijke subrogatie, waarvan wij er één terugvinden in art. 1438—1e B.W. en welke daar nadere bespreking zal vinden.

ad 2. In no. 75 vervolgt hij met de woorden: „Un coobligé, une caution, un tiers détenteur de biens hypothéqués, sont en droits lorsqu'ils paient, d'exiger que le créancier les subroge en tous ses droits, actions, privilèges et hypothèques; ils sont en droit de lui dire: ou déchargez-nous ou subrogez-nous”, en dit licht hij in no. 76 als volgt toe: „Autrefois, lorsqu'il refusait, il fallait l'assigner pour la faire prononcer sur son refus; mais selon la jurisprudence présente, il suffit que la subrogation ait été requise par la quittance pour que la loi supplée de plein droit au refus injuste que le créancier ferait de l'accorder”.

Tot deze groep behooren dus zij, die in het Romeinsche recht het *beneficium cedendarum actionum* hadden. Wel werd ten tijde van Pothier geen dezer personen van rechtswege gesubrogeerd en moesten zij evenals in het Romeinsche recht daartoe eerst het verlangen te kennen hebben gegeven, toch kwam de requisitoriale subrogatie die van rechtswege zeer nabij, want indien de crediteur weigerde aan hun verlangen te voldoen, werden zij toch geacht in diens rechten te zijn gesteld. Zij verschilt slechts hierin van de wettelijke subrogatie, dat indien bij de voldoening de subrogatie niet was geëischt, de normale gevolgen van betaling eener schuld intraden en de verbintenis dientengevolge teniet ging (art. 1418 B.W.). De betaler kon deze dan niet doen herleven door later alsnog om subrogatie te verzoeken. Zoo was het ook in het Rom. recht, met uitzondering van den *mandator pecuniae credendae*, die krachtens zijn bijzondere positie ook na betaling „*ex intervallo*” nog cessie van acties kon vorderen¹⁾.

De reden waarom de wensch om gesubrogeerd te worden uitdrukkelijk te kennen moest worden gegeven, is naar Pothier, *Tr. des Obl.* no. 280, zegt: *Le débiteur qui paye, ayant un autre motif pour payer, que d'acquérir la subrogation, savoir celui d'éviter les contraintes du créancier et de libérer sa personne et ses biens, le payement qu'il fait sans requérir la subrogation n'établit pas qu'il ait*

1) Pothier *Traité des Obligations* no. 446 en *Coutumes d'Orléans* no. 77.

voulu autre chose que se libérer, et qu'il ait voulu acquérir la subrogation".

Op dit punt vond hij echter een tegenstander in den persoon van Dumoulin, die van meening was, dat deze groep van personen wel degelijk van rechtswege werd gesubrogeerd. Hij baseerde deze opvatting op een persoonlijke interpretatie van D. 46.3.76., waarvan hij een bevestiging meende te zien in D. 27.3.1.13. Ik meen hier echter een uiteenzetting zijner argumenten achterwege te mogen laten, want tot de Code tot stand kwam heeft zijn meening noch bij de rechtspraak noch in de rechtslitteratuur ingang gevonden. Een uitvoerige weerlegging van zijn betoog kan men overigens vinden bij Pothier, Tr. des Obl. no. 280.

Tot de Code tot stand kwam, want de ontwerpers van dit wetboek hebben met de gangbare meening gebroken en volgden Dumoulin door in art. 1251—3e C.C. allen, die met of voor anderen gehouden zijn een schuld te voldoen, bij betaling van rechtswege te subrogeeren. In de Exposé des Motifs¹⁾ wordt hierover door Bigot-Préameneu gezegd, dat de meening van Dumoulin de voorkeur verdient, omdat de billijkheid eischt, dat deze personen ook zonder hierom te vragen in de rechten van den schuldeischer dienen te worden gesteld, teneinde hen zooveel mogelijk hun verhaal te verzekeren. Men mag wel aannemen, dat zij niet de bedoeling hadden door de betaling den eigenlijken debiteur te bevrijden en mocht dit een enkele keer wel het geval zijn, dan is de subrogatie nog geen bezwaar, want niets dwingt hen van de verkregen rechten gebruik te maken.

ad 3. De subrogatie door toedoen van den schuldeischer heeft zich in het oud-Fransche recht vermoedelijk ontwikkeld, teneinde een crediteur op eenvoudige wijze in de gelegenheid te stellen betaling zijner vordering te ontvangen. „Wie goede schuld-vorderingen had en geld behoefde, maar dit van den schuldenaar niet dadelijk kon krijgen en dezen niet te zeer wilde kwellen of ook wegens de niet opeischbaarheid der vordering nog wachten moest, stelde gaarne een ander in zijn plaats als schuldeischer, zoo hij daardoor betaling van dezen kon krijgen" ²⁾). Van Bemmelen vervolgt met te zeggen, dat de tegenstelling tot cessie hierin

1) Loaré XII 370.

2) Van Bemmelen Themis 1886, blz. 174.

tot uiting komt, dat men bij cessie niet zoozeer de bedoeling had een derde in alle rechten van den schuldeischer te stellen, als wel juist den verkoop van een vordering voor oogen had, waarvan men niet dan met veel moeite de voldoening zou krijgen en dus gaarne, zij het met eenig verlies, de inning aan een ander overliet, die wel bereid was door „aanhouden, door pressie en intimidatie, met behulp van deurwaarders, advocaten en rechters” den schuldenaar tot nakoming te dwingen.

Dit zal inderdaad veelal het geval zijn geweest, want in tegenstelling tot een gesubrogeerde derde, kan, zooals wij later zullen zien, een cessionaris steeds nakoming der volledige schuld vorderen, ook indien hij er den oorspronkelijken crediteur minder voor betaald heeft. Nu dit speculatieve karakter bij subrogatie ontbreekt zal een derde niet gaarne, zelfs indien hij in alle rechten van den schuldeischer treedt, een dubieuze vordering betalen zonder het vooruitzicht te hebben eenig voordeel voor zijn moeite te kunnen genieten. Een reden voor het scheppen der subrogatie naast de bestaande cessie acht ik dit echter niet, want ook volwaardige vorderingen kunnen immers door cessie overgedragen worden. Veeleer zal, zooals ook Planiol en Ripert VII no. 1245 opmerken, de wensch om op eenvoudiger wijze dan door cessie *alle* rechten uit een verbintenis op een ander te doen over gaan, tot de instelling der subrogatie geleid hebben. Voor de totstandkoming dezer subrogatie wordt namelijk slechts verlangd, dat zij uitdrukkelijk en gelijktijdig met de betaling geschiedt, zoodat zij zelfs mondeling kan worden verleend.

ad 4. De subrogatie door toedoen van den schuldenaar zonder de toestemming van den schuldeischer, is in de 17e eeuw ingevoegd om den schuldenaar in de gelegenheid te stellen zich een anderen schuldeischer te verschaffen, indien hij zelf niet in staat is dezen te betalen, maar een derde bereid heeft gevonden het verschuldigde voor te schieten mits hij dezelfde waarborgen verkrijgt, welke aan de betaalde schuld zijn verbonden, terwijl de schuldeischer onwillig is dezen geldschietter zelf te subrogeeren. Wat de aanleiding geweest is den schuldeischer deze oogenschijnlijk vergaande beperking zijner rechten op te leggen, zal bij de behandeling van dezen vorm van subrogatie nader besproken worden.

Op een enkele uitzondering na, hebben de ontwerpers van den Code in de artikelen 1249—1252 handelende „du Payement avec Subrogation”, Pothier, soms zelfs woordelijk, nagevolgd. Onze artikelen over de subrogatie of in de plaatsstelling in de rechten des schuldeischers, 1436—1439 B.W., zijn weliswaar niet in een afzonderlijke afdeeling, maar aan het slot van de Afdeeling „Van Betaling” geplaatst, zij zijn echter een getrouwe vertaling van de overeenkomstige artikelen in den Code, zoodat ook wij, indien een historisch onderzoek gewenscht is, ons licht bij Pothier kunnen opsteken.

HOOFDSTUK II.

HET RECHTSKARAKTER EN DE GEVOLGEN DER SUBROGATIE.

Alvorens een onderzoek in te stellen naar de gevallen waarin subrogatie plaats vindt, behoort een nauwkeurige begripsbepaling en behandeling harer gevolgen vooraf te gaan, temeer daar vooral over de draagwijdte der gevolgen in de rechtslitteratuur nog volstrekt geen eenstemmigheid heerscht.

A. De verbintenis gaat na betaling met subrogatie niet teniet.

Zooals uit de geschiedenis is gebleken, werd de subrogatie geboren uit het verlangen den derde, die hetzij vrijwillig hetzij daartoe gedwongen de schuld van een ander of meer dan zijn eigen aandeel in die schuld heeft betaald, bij te staan en te bevorderen, dat de vermogensverschuiving welke ten gunste van den crediteur heeft plaats gevonden, ten laste gebracht wordt van hem, die hetzij uit overeenkomst hetzij uit de wet, dezen last behoort te dragen.

Dit geschiedt door hem bij de betaling in de plaats van den schuldeischer te doen treden, waardoor hij alle waarborgen, welke de crediteur ter verzekering van zijn vordering mocht hebben bedongen, ten eigen bate kan aanwenden ter versterking van het verhaalsrecht, dat hij reeds uit eigen hoofde bezit. De crediteur heeft na ontvangst der betaling aan deze waarborgen geen behoefte meer en het is niet minder dan een eisch van recht en billijkheid den derde-betaler het genot dezer rechten over te dragen; want waarom zou de debiteur zonder zelf iets te hebben gepresteerd, bevrijd worden van de verplichtingen, die hij tot zekerheid van de voldoening der schuld heeft aangegaan? Men zou kunnen betwijfelen of het wel billijk is, dat ook eventueele borgen verbonden blijven en op grond daarvan is vroeger wel eens beslist, dat dezen bevrijd werden ¹⁾. Hoe dit ook zij, het wezen der subrogatie brengt mede,

1) Zie Baudry-Lacantinerie XIII no. 1567.

dat ook zij verbonden blijven en de wetgever heeft dit om iederen twijfel uit te sluiten uitdrukkelijk in art. 1439 B.W. bepaald.

Langen tijd hebben de rechtsgeleerden in Frankrijk en ook in ons land, zij het in mindere mate, met sterk uiteenlopende conclusies trachten te verklaren hoe, ondanks de betaling, welke in art. 1417 B.W. als één der wijzen van tenietgaan eener verbintenis wordt genoemd, de rechten uit deze verbintenis toch konden blijven voortbestaan en aan den betaler worden overgedragen. Normaliter gaan immers alle accessoria met de verbintenis, waaraan zij verbonden waren, teniet.

Tegenwoordig neemt men echter vrijwel steeds¹⁾ aan, dat de betaling met subrogatie niet dezelfde gevolgen heeft als de gewone betaling en de verbintenis door deze bijzondere wijze van voldoening alleen ten opzichte van den schuldeischer wordt gekweten, terwijl zij ten aanzien van den schuldenaar blijft bestaan. Voor een juist inzicht lijkt het mij echter wel gewenscht eenige opvattingen van dit voormalig twistpunt in het kort te bespreken.

Zooals wij reeds gezien hebben, ontkwam het Rom. recht aan deze moeilijkheid door niet van betaling maar van verkoop van de uitoefening der vorderingsrechten te spreken en werd de schuldeischer geacht deze aan een derde te verkoopen voor een prijs gelijk aan het bedrag, dat hem uit de verbintenis toekwam. De Romeinen kenden echter slechts cessie en dan kan men inderdaad van een verkoop van het vorderingsrecht als vermogensbestanddeel spreken, de subrogatie is daarentegen een gevolg der betaling eener schuld en op haar kunnen de bepalingen van koop en verkoop niet worden toegepast.

Volgens Pothier Tr. des Obl. no. 560 is hier dan ook van verkoop geen sprake: „Dans la vérité elle est payée et éteinte; car la véritable intention des parties a été de faire un paiement et non un transport” en hij beroept zich op een rechtsfictie om het voortbestaan der verbintenis te verklaren: „Il n'est que par une fiction de droit, établie en faveur de celui qui a payé avec subrogation que la créance est réputée subsister”. Ook Duranton²⁾ en Laurent³⁾ zijn dezelfde meening toegedaan.

1) Ten onzent stelt alleen Hofmann I 330 zich op een ander standpunt.

2) Cours de Droit civil XII 108.

3) Princ. de droit civil français XVIII C. VII sect. I § 4.

Anderen (Merlin en Marcadé) erkennen, dat de verbintenis door betaling teniet gaat, doch veronderstellen, dat door de subrogatie een nieuwe verbintenis in het leven wordt geroepen, waaraan de wet de waarborgen der oude schuld verbindt: „Le paiement avec subrogation anéantit la créance (puisque le paiement est nécessairement un mode et le mode principal et le plus national d'extinction des obligations) et que dès lors la créance qui existe ensuite contre le débiteur au profit de celui qui a payé (et qui nait aussi d'une gestion d'affaires) est bien une créance nouvelle, mais que la loi par sa volonté toute puissante, transporte sur cette créance toutes les garanties de l'ancienne" ¹⁾).

Dumoulin is de eerste geweest om te betoogen, dat bij subrogatie de verbintenis ook zonder steun van een fictie blijft voortleven: „La subrogation ne crée pas une nouvelle obligation, c'est toujours l'ancienne créance qui subsiste, sauf que la personne du créancier est changée, le subrogeant est remplacé par le subrogé" ²⁾ en hij wordt hierin nagevolgd door Renusson: „La qualité de la dette ne change pas par la subrogation, ce n'est qu'un changement des personnes" ³⁾).

Ten onzent deelde vroeger ook Diephuis de meening van Pothier, in een lateren druk van zijn werk zegt hij echter: „Subrogatie veronderstelt het voortbestaan derzelfde schuld en art. 1439 B.W. laat hieromtrent geen twijfel over. En wij hebben daarbij aan geen fictie der wet te denken: deze fingeert noch dat iets geschied is, wat niet is gedaan, noch dat iets niet geschied is, wat wel is gedaan; wat zij bepaalt zegt zij met volle bewustheid, maar ook met volkomen erkenning van de gedane betaling en de daaraan verbonden in de plaatsstelling, die juist in verband met en om de betaling plaats had", X 539.

Ook Opzoomer VII 56 huldigt de opvatting, dat de verbintenis in stand blijft, want anders zou het begrip der subrogatie gelijk zijn aan dat der novatie en van een rechtsfictie om de accessoire rechten, die immers door de novatie verloren zouden zijn gegaan, op de nieuwe verbintenis over te brengen, wil hij niet weten. Hij

1) Marcadé, Explic. théorique et pratique du C. C. IV 672. Evenzoo Hofmann I 330.

2) Tract. de usuris no. 344 II 141.

3) Tr. de la subrogation C. XIV 2, C. IV 24.

meent in art. 1418 B.W. een bevestiging van zijn standpunt te zien, welk artikel luidt: „Een verbintenis kan gekweten worden door een ieder, die daarbij belang heeft, gelijk een medeschuldenaar of een borg. Een verbintenis kan zelfs gekweten worden door eenen derde, die daarbij geen belang heeft, mits die derde handele in naam en tot kwijting van den schuldenaar, of, indien hij in zijn eigen naam handelt, hij niet in de regten van den schuldeischer gesteld worde”.

Uit het tweede lid blijkt zijns inziens duidelijk, dat indien een derde een schuld in eigen naam betaalt en daarbij *wel* wordt gesubrogeerd, de verbintenis niet wordt gekweten en ondanks de betaling blijft voortbestaan. Hoe gaarne ik deze bevestiging in de wet zou willen lezen, ik geloof toch niet, dat dit de strekking van art. 1418-lid 2 kan zijn; het verband met het eerste lid zou dan geheel verstoord worden, tenzij men den wetgever van verregaande slordigheid wil betichten. De personen in het eerste lid bedoeld komen immers na betaling ook voor subrogatie in aanmerking en zullen, indien men met Land IV 365 ieder, die daarbij belang heeft, beschouwt als ieder die daartoe verplicht is, krachtens art. 1438-3e B.W. zelfs van rechtswege worden gesubrogeerd. Indien dan aan art. 1418-lid 2 de beteekenis wordt gehecht, welke Opzoomer er aan geeft, zou men de conclusie moeten trekken, dat de wetgever vergeten heeft ook in het eerste lid dit voorbehoud van subrogatie op te nemen, of moeten aannemen, dat hij dit opzettelijk heeft nagelaten, waaruit volgen zou, dat de verbintenis na betaling met subrogatie in het eene geval wel, in het andere niet zou blijven voortleven. Geen van beide gevolgtrekkingen is echter aannemelijk en dus zal dit artikel een andere interpretatie moeten worden gegeven.

Land IV 367 ontzegt de laatste zinsnede van art. 1418-lid 2 eenige praktische beteekenis en leest in dit artikel alleen de erkenning, dat een verbintenis, behoudens de mogelijkheid van subrogatie, na betaling door den schuldenaar, door een borg en zelfs door een derde, die op geenerlei wijze tot betaling verplicht is, steeds wordt gekweten. Ik geloof evenwel, dat hij dan de beteekenis van art. 1418 onderschat. Deze bepaling zou dan immers gevoeglijk gemist kunnen worden, want indien een derde de schuld

uitsluitend tot bevrijding van den schuldenaar betaalt, volgt reeds uit art. 1417, dat de verbintenis teniet gaat.

Diephuis X 478 en Opzoomer VII 18 kennen dit artikel dan ook een sterkere werking toe en veronderstellen, dat hier naast den schuldenaar ook aan een derde het *recht* wordt gegeven den schuldeischer te betalen. Zonder voorbehoud wordt dit recht gegeven aan de in het eerste lid genoemde personen, evenals blijkens het tweede lid aan hen, die zonder daarbij belang te hebben den schuldeischer in naam en tot kwijting van den schuldenaar betalen. Alleen hij, die in eigen naam de schuld van een ander wenscht te betalen en als voorwaarde stelt, dat hij door den schuldeischer wordt gesubrogeerd, kan hem die betaling niet opdringen. Hij is niet gelijk de anderen, bij weigering van den schuldeischer de betaling in ontvangst te nemen, gerechtigd hem hiertoe te dwingen door aanbod van gereede betaling gevolgd door consignatie¹⁾.

Deze interpretatie voldoet m.i. het meest en verklaart tevens het verband met art. 1419, waarin gezegd wordt, dat bij verbintenissen om te doen, de schuldeischer alleen verplicht is de prestatie van den schuldenaar in ontvangst te nemen en deze dus niet, zooals door art. 1418 wordt mogelijk gemaakt, ook door een derde kan worden verricht. Toch blijft ook in deze lezing van art. 1418 de laatste zinsnede van het tweede lid overbodig, want zonder deze bijvoeging zou een derde evenmin bevoegd zijn den schuldeischer door de betaling te dwingen hem te subrogeeren²⁾. Deze subrogatie is dan reeds door de enkele betaling van rechtswege tot stand gekomen of zij is afhankelijk van de vrijwillige toestemming van den crediteur. Weigert deze, dan kan hij slechts langs den weg van art. 1437-2e B.W. hiertoe gedwongen worden en niet door een eenvoudig aanbod van betaling gevolgd door consignatie.

Na dit intermezzo kom ik thans weer terug op de meening van Opzoomer betreffende het wezen der subrogatie. Zooals gezegd, stelt ook hij zich op het standpunt, dat ondanks de betaling de verbintenis na subrogatie blijft voortleven. Hij vervalt dan echter na verwerping der novatie in een ander uiterste en wil subrogatie met cessie gelijk stellen. Zeker, beide rechtsinstellingen hebben gemeen, dat door ieder een nieuwe schuldeischer in de plaats van

1) Evenzoo Suyling II 2, blz. 16 en van Brakel I, blz. 140 nt 1.

2) Vergelijk van Brakel I, blz. 140 nt 2.

den ouden wordt gesteld, maar het verschil in rechtskarakter is te groot om subrogatie met cessie te mogen assimileeren. Een opsomming dezer verschillen is echter meer op haar plaats na de behandeling van de gevolgen der subrogatie; zie hiervoor blz. 44.

Ik geef het toe, de argumenten van Diephuis en ook die van Land IV 390 e.v. zijn niet sterk te noemen en op art. 1418-lid 2 mag naar gebleken is, ook geen beroep worden gedaan. Dit alles neemt echter niet weg, dat een aanvaarding van het voortbestaan der verbintenis het rechtsgevoel meer bevredigt, dan wanneer men zich eerst wringt in het enge keurslijf van het begrip betaling en op grond daarvan een stelling verwerpt, welke men later weer met behulp van het weinig elegante lapmiddel eener rechtsfictie tracht te rechtvaardigen.

Wil men nu eenmaal betaling met subrogatie als een species der gewone betaling beschouwen, dan is het toch niet noodzakelijk de consequentie te trekken, dat ook alle gevolgen der betaling op haar toepasselijk zijn. Indien een species alle eigenschappen van het genus zou bezitten, waartoe dient deze onderscheiding dan nog? Betaling zal in den regel door den schuldenaar zelf verricht worden en daarmee zal de verbintenis haar doel hebben bereikt en geheel teniet gaan. Geschiedt de betaling echter door een ander dan den debiteur, en wordt deze in de rechten van den crediteur gesubrogeerd, dan zal de verbintenis slechts t.o.v. den schuldeischer gekweten zijn; wat hem betreft is deze nagekomen. De schuldenaar daarentegen heeft nog niet aan zijn verplichtingen voldaan en ten aanzien van hem zal de verbintenis pas eindigen als de bedoelde vermogensverschuiving haar beslag heeft gekregen. Zoo zeide reeds Bigot-Préameneu: „L'obligation est éteinte à l'égard du créancier par le paiement que lui fait une tierce personne subrogée dans ses droits, sans que cette obligation soit éteinte à l'égard du débiteur" ¹⁾).

Ik zie niet in, zooals Opzoomer, blz. 54 noot 1, opmerkt, dat relatieve betaling — de verbintenis is alleen t.o.v. den schuldeischer gekweten — naast absolute betaling — de verbintenis is ook ten aanzien van den schuldenaar teniet gegaan — een wanbegrip zou zijn. Van Bell ²⁾ heeft zelfs betoogd, dat de wetgever in art. 1418

1) Fenet XIII 268, Locré XII 369. Evenzoo van Brakel I, blz. 157.

2) De subrogatie volgens het Ned. regt, blz. 6 e.v.

B.W. uitsluitend de bedoeling gehad heeft op deze onderscheiding te wijzen. Wij hebben echter gezien, dat dit artikel een andere strekking heeft, terwijl de wetgever zich in de opvatting van v. Bell wel zeer ongelukkig zou hebben uitgedrukt, want zoowel in het eerste als in het tweede lid worden de woorden gebruikt: „de verbintenis kan gekweten worden”, zonder te onderscheiden ten opzichte van wien dit geschiedt. Dat de wetgever deze onderscheiding echter wel gemaakt heeft, staat m.i. buiten twijfel, want anders zou zelfs bij betaling door hen, die in het eerste lid genoemd worden, de verbintenis teniet gaan en deze personen worden juist door de betaling van rechtswege gesubrogeerd krachtens art. 1438-3e B.W. Erkende men dit, dan zou de hulp van een fictie weer ingeroepen moeten worden om de verbintenis te doen herleven en den steun van een fictie ter verklaring van de subrogatie hebben wij juist afgewezen!

Een ander, eenvoudiger te weerleggen bezwaar tegen het voortbestaan der verbintenis, berustte nog op het Rom. rechtelijk beginsel, dat een verbintenis onafscheidelijk aan de oorspronkelijke partijen en hun rechtsopvolgers onder algemeenen titel is gebonden, en dus bij wijziging in den persoon van één der partijen noodzakelijk aan een geval van novatie moest worden gedacht.

Dit orthodoxe beginsel is echter in ons moderne recht verworpen, waar men zelfs van kwalitatieve verbintenissen spreekt, zoals bij art. 1612 B.W., waar men in de hoedanigheid van eigenaar geacht wordt de huurovereenkomst te hebben gesloten en dus successievelijk evenzoo vele personen als partij tot de verbintenis zullen toetreden, als er elkander opvolgende eigenaren van het verhuurde goed zijn. Evenzoo t.a.v. het verzekeringscontract in art. 263 W. v. K.¹⁾.

B. Het verband tusschen de subrogatie en de eigen regresaanspraak van den betaler.

De subrogatie heeft haar ontstaan te danken aan den wensch om een derde, die de schuld van een ander heeft betaald, welke hem niet of slechts ten deele aangaat, een zoo groot mogelijke

1) Zie voor de kwalitatieve verb. Asser-Losecaat Vermeer III 1, blz. 13.

zekerheid te geven, dat hij het voorgeschoten bedrag van den eigenlijken schuldenaar terugontvangt. De vermogensverschuiving, zooals deze door partijen bedoeld is, heeft door zijn betaling slechts ten deele plaats gevonden en pas na de schadeloosstelling van dezen derde zal het economisch evenwicht hersteld zijn. Dit evenwicht zal dus gewoonlijk bereikt worden, indien de schuldenaar aan den derde voldoet, hetgeen deze voor hem aan den schuldeischer heeft betaald.

Indien de schuld niet te zijnen laste behoort te komen, zal de derde die haar betaalde reeds een eigen verhaalsrecht bezitten, dat hem krachtens zijn bijzondere verhouding tot den schuldenaar door de wet kan zijn gegeven, zooals voor hoofdelijke schuldenaren in art. 1329 B.W., voor borgen in art. 1876 B.W. en voor derdebezitters van door hypotheek bezwaarde goederen in art. 1252 B.W. is bepaald, of contractueel kan zijn vastgelegd. Bestond er vóór de betaling geen rechtsband tusschen den schuldenaar en den derde-betaler, dan zal zijn regresrecht berusten op zaakwaarneming en kan hem zoo men wil, als laatste middel eene actie wegens ongerechtvaardigde verrijking worden toegekend, waarover meer bij de bespreking der positie van de borgen t.o.v. hoofdelijke schuldenaren.

Aan geen dezer persoonlijke regresacties is echter eenig voorrecht verbonden en in een eventueel faillissement van den schuldenaar zal hij uit dien hoofde slechts als concurrent schuldeischer kunnen opkomen. In vele gevallen zal de schuldeischer daarentegen zijn vorderingsrecht door pand, hypotheek of op andere wijze hebben verzekerd en kan zijne vordering reeds uit haren aard bevoorrecht zijn krachtens de artt. 1185 of 1195 B.W. Door betaling met subrogatie worden al deze rechten op den gesubrogeerde overgedragen en zijn kansen om het betaalde van den schuldenaar terug te krijgen, zullen hierdoor aanzienlijk gunstiger zijn, dan wanneer hij hem alleen met zijn persoonlijk verhaalsrecht had kunnen aanspreken.

Na subrogatie beschikt de derde-betaler dus in den regel over twee acties om verhaal op den schuldenaar te nemen: de gesubrogeerde vordering van den schuldeischer en het zelfstandig verhaalsrecht, dat hem ook zonder subrogatie door de enkele betaling reeds toekomt. Gewoonlijk zal de gesubrogeerde vordering door

de daaraan verbonden waarborgen voor den regreszoekende voordeeler zijn, maar in enkele gevallen ¹⁾ kan de eigen regresaanspraak de voorkeur verdienen.

Niet steeds zullen den derde-betaler evenwel deze beide acties ten dienste staan. Ten eerste zal het dikwijls voor komen, dat geen subrogatie plaats vond, zoodat het verhaal alleen op de eigen regresaanspraak kan steunen. Anderzijds is het ook mogelijk, dat de derde wel gesubrogeerd werd, maar dat hij ondanks de betaling geen eigen verhaalsrecht heeft verkregen. Dit kan zich b.v. voordoen, indien één der debiteuren eener hoofdelijke verbintenis van zijn wettelijk regresrecht ex art. 1329 B.W. afstand heeft gedaan; deze afspraak kan echter niet beletten, dat hij na de betaling der schuld ingevolge art. 1438-3e B.W. van rechtswege in de rechten van den schuldeischer wordt gesubrogeerd, waardoor hij dus toch een vordering op zijn mededebiteuren verkrijgt. In de practijk heeft zich nog een ander geval voorgedaan, waarbij een gesubrogeerde krachtens een wetsbepaling een eigen regresaanspraak wordt onthouden:

Vijf personen waren hoofdelijk verbonden tot betaling van een schuld, terwijl een zesde zich voor allen tot borg had gesteld. Eén der vijf betaalde de schuld en beweerde nu in de rechten van den schuldeischer tegen den borg te zijn gesubrogeerd, zoodat hij den borg tot betaling der geheele schuld na aftrek van zijn aandeel (1/5) aansprak. De hoofdelijke debiteur kreeg echter door de betaling niet tevens een eigen verhaalsrecht tegen den borg, omdat hij blijkens art. 1878 B.W. juist verplicht is den borg voor gedane betalingen schadeloos te houden; zonder zich op subrogatie te beroepen had hij den borg dus nooit kunnen aanspreken.

In deze gevallen zou de subrogatie haar doel klaarblijkelijk voorbij schieten en gewoonlijk wijst men dit gevolg dan ook van de hand met den stelregel: geen subrogatie zonder verhaalsrecht, of zooals Mej. Knap ²⁾ blz. 71 dit uitdrukt: „wanneer van een verhaalsrecht geen sprake kan zijn, zullen ook de rechten van den schuldeischer niet op den betaler overgaan”. Suyling II 2, blz. 192 formuleert dit nog sterker door het ontstaan der subrogatie krachtens art. 1438-3e B.W. van drie voorwaarden afhankelijk te stellen:

1) Zie blz. 27 en 28.

2) Subrogatie en verhaal op medeschuldenaren diss. Groningen 1925.

„de debiteur moet met of voor anderen tot voldoening van dezelfde schuld gehouden zijn, die schuld moet de anderen intern geheel of althans ten deele aangaan en tenslotte moet de betaling aan den betalenden debiteur een aanspraak op restitutie der door hem volbrachte prestatie schenken". De beide laatste voorwaarden zal men echter tevergeefs in dit artikel zoeken en ook elders in de wet worden zij niet gesteld. Zij berusten uitsluitend op de persoonlijke visie van Suyling, dat subrogatie zonder verhaalsrecht niet behoort plaats te vinden. Deze redeneering, die geen steun vindt in de wet is m.i. onaanvaardbaar, want houden wij ons aan de wettelijke voorschriften, dan zal subrogatie steeds intreden, indien aan de vereischten van art. 1437 en 1438 B.W. is voldaan. De tot standkoming der subrogatie wordt hier niet van de aanwezigheid van een eigen verhaalsrecht afhankelijk gesteld en ook indien deze ontbreekt zal den derde-betaler een beroep op subrogatie niet mogen worden onthouden.

Dit beteekent echter niet, dat een gesubrogeerde ook zonder eigen verhaalsrecht steeds vrijelijk van de gesubrogeerde rechten gebruik kan maken, want veelal zal de subrogatie dan haar nuttig effect verloren hebben. Indien de gesubrogeerde in dat geval namelijk toch den schuldenaar aanspreekt, zal deze de vordering met een beroep op de onderlinge overeenkomst, waarbij van dat eigen verhaalsrecht afstand is gedaan, kunnen afwijzen, of zooals de borg in laatstgenoemd geval, zijn eigen vordering in compensatie kunnen brengen. De subrogatie is echter rechtsgeldig tot stand gekomen en indien de schuldenaar de vordering niet tegenspreekt, zal de gesubrogeerde dus wel degelijk nakoming kunnen vorderen, ondanks het ontbreken van een eigen verhaalsrecht. Ook indien men aanneemt, dat compensatie van rechtswege werkt, zal de gesubrogeerde zonder eigen verhaalsrecht niet steeds afgewezen kunnen worden, omdat wanneer van geen tegenvordering blijkt, compensatie zelfs niet van rechtswege kan worden geconstateerd.

Gewoonlijk zal de schuldenaar echter niet nalaten zich tegen de ingestelde vordering te verzetten, want indien de gesubrogeerde schuldeischer niet tevens een eigen regresaanspraak heeft, kan de aangesprokene steeds met een exceptief beroep op de interne verhouding of door middel van compensatie diens vordering doen

stranden. *Kortheidshalve zal ik in het vervolg alleen zeggen, dat de subrogatie hare werking zal missen, indien een eigen verhaalsrecht ontbreekt. Men dient dan evenwel in gedachten te houden, dat dit in de practijk weliswaar steeds het geval zal zijn, maar theoretisch de mogelijkheid bestaat, dat de schuldenaar zich niet verzet en de gesubrogeerde vordering dus niet afgewezen of gecompenseerd kan worden.*

Ook de Hooge Raad heeft het ontstaan van de subrogatie niet van de aanwezigheid van een eigen verhaalsrecht afhankelijk willen stellen. Dit blijkt uit een arrest van 16 Maart 1922, N.J. 1922, 502 W. 10919. waarbij den hoofdelijken schuldenaar in bovengenoemd geval een vordering op den borg ontzegd werd met de overweging: „dat deze subrogatie krachtens art. 1439 medebrengt, dat ook de rechten van den schuldeischer tegen den borg op den eischer zijn overgegaan, zoodat deze de tegen den borg ingestelde vordering toekomt, tenzij eenige bijzondere wetsbepaling zich daartegen verzet en dat art. 1878 B.W. zoodanige bepaling inhoudt”. De Hooge Raad maakt hier dus een onderscheid tusschen de in de plaatsstelling in de rechten van den schuldeischer en het nuttig effect dezer subrogatie, waarbij het voorbehoud „tenzij eenige bijzondere wetsbepaling zich daartegen verzet”, alleen betrekking heeft op den onmiddellijk daaraan voorafgaanden tusschenzin en niet moet worden gelezen als: op den schuldeischer zijn overgegaan, tenzij Dit volgt reeds uit de woorden waarmede de H.R. verder gaat: „dat hieruit blijkt, dat de eischer wel terecht beweert, dat hij door zijne betaling is gesubrogeerd in de rechten van den schuldeischer tegen zijne medeschuldenaren en dientengevolge tegen den gemeenschappelijken borg, maar *daarnaast* (cursiveering van mij) des eischers verplichting den borg te waarborgen tegen de gevolgen van betalingen voor de hoofdelijke medeschuldenaren is blijven bestaan; dat onder die omstandigheden den eischer de ingestelde vordering niet toekomt, daar de waarborg van den ge-waarborgde van dezen nimmer datgene kan vorderen, waartegen hij gehouden is hem schadeloos te stellen”.

Deze formulering is naar mijn meening volkomen in overeenstemming met de wet en ook Losecaat Vermeer¹⁾ hecht er zijn

1) Asser-Losecaat Vermeer III 1, blz. 114.

goedkeuring aan. In afwijking van Mej. Knap, blz. 70, zie ik in deze redeneering dan ook geen ongerijmdheid en vergist zij zich, indien zij tot bewijs der ondeugdelijkheid aanvoert: „Dan zou men zelfs gesubrogeerd kunnen worden in de rechten van den schuldeischer tegen zijn eigen borg en alleen door de verplichting zijn borg schadeloos te houden zou deze subrogatie worden teniet gedaan”. In het door haar gestelde geval is het immers de schuldenaar zelf die betaalt en uit art. 1436 B.W. blijkt, dat de subrogatie alleen mogelijk is ten behoeve van een derden persoon, die de schuld betaalt.

Resumé
 Resumerende kan dus gezegd worden, dat de subrogatie, indien aan de eischen van art. 1437 of 1438 is voldaan, door de enkele betaling tot stand komt, onafhankelijk van het feit of door deze betaling al dan niet tevens een eigen regresaanspraak wordt geboren. Verder strekt deze onafhankelijkheid zich echter gewoonlijk niet uit, want de afwezigheid van een eigen verhaalsrecht is steeds een gevolg van een bijzondere interne verhouding tusschen den gesubrogeerde en den schuldenaar, zoodat deze laatste met een beroep op die interne verhouding de oneerlijke aanspraken van den gesubrogeerde steeds met succes kan afwijzen. De onafhankelijkheid komt echter weer voor den dag, indien de schuldenaar zich niet tegen de vordering verzet, want dan verhindert niets den gesubrogeerden schuldeischer ten volle van de verkregen rechten gebruik te maken.

Hetgeen hierboven gezegd is over de werking der subrogatie, indien een eigen regresrecht ontbreekt, geldt evenzeer indien de gesubrogeerde wel tevens uit eigen hoofde den debiteur kan aanspreken, maar slechts tot een geringer bedrag dan de gesubrogeerde vordering bedraagt. Ook dan kan de schuldenaar met een beroep op de interne verhouding, waardoor dat eigen verhaalsrecht wordt bepaald, de vordering voor het surplus afwijzen. Indien dus b.v. één der hoofdelijke debiteuren de schuld heeft betaald en de anderen met de gesubrogeerde vordering voor het geheel aanspreekt, kunnen dezen met een beroep op art. 1329 diens vordering afwijzen voor zoover deze ieders aandeel te boven gaat. (Zie hierover uitvoeriger op blz. 94).

Het nuttig effect der subrogatie wordt bepaald door de interne

verhouding tusschen den derde-betaler en den eigenlijken schuldenaar, en kan in ieder geval niet hooger zijn dan het bedrag, dat de derde aan den schuldeischer betaald heeft. Zoo zeide ook reeds Dumoulin¹⁾: „Non est in effectu nova hypotheca sed transfusio unius creditoris in alium eadem vel *mitiori* conditione” en Losecaat Vermeer²⁾ merkt bij de behandeling der onderlinge verhouding tusschen hoofdelijke debiteuren op: „Daar de subrogatie slechts werkt voor zoover de schuldeischer betaald is, kan de gesubrogeerde medeschuldenaar van de overigen natuurlijk nooit meer vorderen dan hij zelf betaald heeft”. Dit is juist het grootste verschil met cessie en hieruit blijkt het fundamenteele onderscheid tusschen beide begrippen. Bij cessie koopt men een vordering en blijft het volmaakt onverschillig of de koopprijs gelijk is aan het bedrag der vordering of niet, terwijl bij subrogatie een derde de schuld van een ander voldoet en deswege schadeloos moet worden gesteld zonder hem hierdoor eenig voordeel te bezorgen.

Indien dus een crediteur bij betaling van een gedeelte der schuld kwijting voor het geheel geeft, behoort dit voordeel den schuldenaar ten goede te komen, want de derde is hierbij slechts als tusschenpersoon te beschouwen. Was het de bedoeling van den schuldeischer geweest den derde te bevoordeelen, dan hadden de bepalingen voor cessie gesteld, in acht moeten worden genomen, want indien dit niet gebeurd is, zal de gesubrogeerde slechts het werkelijk betaalde van den schuldenaar kunnen terugvorderen, omdat hij door de betaling ook slechts tot dat bedrag zelfstandig verhaal kan nemen³⁾. In gelijken zin besliste de Rb. te Rotterdam 25 Juni 1930, N.J. 1931, 556, W. 12166: „Nu de rechtsgrond der subrogatie gelegen is in de betaling t.b.v. een ander, strekt hare werking zich niet verder uit dan dien rechtsgrond, zoodat de betaler slechts gesubrogeerd wordt voor het bedrag, dat hij voldeed. Dit wordt niet anders doordat het niet betaalde deel der vordering is kwijtgescholden”.

Opzoomer, VII 15 noot 1, kan dit natuurlijk niet aanvaarden, want in zijn gedachtengang is subrogatie gelijk aan cessie en zullen dus alle gevolgen der cessie mede voor haar gelden. Dat echter ook

1) Tract. contr. et usurarum Qu. 37 no. 276.

2) Asser-Losecaat Vermeer III 1, blz. 113.

3) Zoo ook Suyling II 2, blz. 186, Diephuis X 562 en Land IV 393 nt 1.

van Bell, blz. 53, zich op een ander standpunt stelt is wel zeer vreemd, want hij wil zeer zeker niet de subrogatie met cessie vereenzelvigen. Ter verdediging beroept hij zich op de woorden van art. 1436 B.W.; deze definitie luidt algemeen zegt hij en „nergens bepaalde de wet, dat, wanneer de derde minder als het bedrag der inschuld betaalde, doch niettemin in het volle bedrag der schuldvordering door den schuldeischer werd gesubrogeerd, alleenlijk die mindere som van den schuldenaar zou kunnen worden geëischt”.

De weerlegging van dit argument kan men reeds in het hierboven betoogde vinden en bovendien zou ik willen vragen hoe hij na dit gezegd te hebben, op blz. 113 kan verklaren, dat de hoofdelijke medeschuldenaren krachtens art. 1329 B.W. en op blz. 115 de medeborgen ingevolge art. 1881 B.W., slechts voor hun aandeel worden gesubrogeerd! Zoo zegt hij op blz. 113: „Voldoet de medeschuldenaar der hoofdelijke verbintenis de geheele schuld, kan hij van de overigen niet meer terugvorderen dan het aandeel van ieder hunner bedraagt. Waaruit volgt, dat in zoodanig geval de overgedragen inschuld een belangrijke wijziging zal hebben ondergaan. De actie van den schuldeischer heeft hare belangrijkste eigenschap, hare hoofdelijkheid, verloren. Ofschoon volgens art. 1438-3e B.W., in de regten des schuldeischers gesubrogeerd, zal echter de solidariteit, welke dien oorspronkelijken schuldeischer tot waarborg strekte, krachtens eene andere bepaling der wet, door den gesubrogeerde niet zijn verkregen”. Art. 1329 en 1881 B.W. zijn echter niet met dat doel geschreven, doch geven aan de hoofdelijke medeschuldenaren en de medeborgen een eigen verhaalsrecht, indien één van hen de geheele schuld heeft voldaan en juist omdat hun verhaalsrecht in deze artikelen is vastgesteld, zal de werking der subrogatie ook tot ieders aandeel beperkt blijven.

Zijn tweede argument, dat de betaler in eigen belang handelt en dus de bedoeling heeft gehad van alle voordeelen te genieten, behoeft niet meer besproken te worden, want of hij nu in eigen belang dan wel in het belang van den schuldenaar heeft gehandeld, is ten aanzien van de gevolgen der subrogatie irrelevant.

De subrogatie vindt dus haar benedengrens in het bedrag van het eigen verhaalsrecht, haar bovengrens wordt bepaald door het bedrag van de vordering van den subrogans. Indien dus het per-

soonlijk verhaalsrecht een enkele keer hooger mocht zijn dan de betaalde schuld, zal de gesubrogeerde van de rechten van den schuldeischer slechts gebruik kunnen maken tot het bedrag van diens vordering; het surplus zal hij uit eigen hoofde moeten zien te krijgen. Hieruit blijkt dus tevens, dat het bestaan van een eigen verhaalsrecht naast de gesubrogeerde vordering zeer zeker van practisch belang kan zijn en de voorkeur boven het afgeleide vorderingsrecht kan verdienen. Dit kan zich voordoen, indien een borg den schuldeischer betaald heeft en dus krachtens art. 1877 B.W. in diens rechten gesubrogeerd is. Art. 1876 geeft hem echter het recht om naast datgene wat hij aan den schuldeischer betaald heeft, nog vergoeding van kosten, schaden en interessen van den debiteur te vorderen en zooals Diephuis XIII 386 terecht heeft opgemerkt, zal hij de rechten van den schuldeischer alleen kunnen uitoefenen voor zoover deze dit kon „en alzoo niet voor vergoeding van kosten, schaden en interessen, die hij van den schuldenaar terugvorderen kan, maar waaraan die zekerheid niet verbonden was en ook niet door subrogatie verbonden kon worden, omdat hij daardoor alleen rechten verkrijgen kan, die verbonden waren aan de vordering van den schuldeischer.”

C. Subrogatie in alle rechten van den schuldeischer.

Indien men, zooals wij gezien hebben, aanneemt, dat de persoon, die hetzij bij overeenkomst, hetzij van rechtswege gesubrogeerd wordt, daardoor geheel in de plaats van den schuldeischer treedt en de verbintenis geenerlei wijziging ondergaat, zal men ook de noodzakelijke gevolgtrekking moeten maken, dat alle bevoegdheden, welke den crediteur als partij uit de verbintenis toekwamen, op den gesubrogeerde zijn overgegaan. Dit blijkt ook reeds uit de definitie, die de wet van subrogatie geeft in art. 1436 B.W. en wordt nog duidelijker gezegd in art. 1437-1e en art. 1877 B.W., dat luidt: „de borg, die de schuld betaald heeft, treedt van rechtswege *in alle de regten*, welke de schuldeischer tegen den schuldenaar gehad heeft.” De geheele rechtsbetrekking gaat op hem over met alle rechten, die de crediteur ten tijde der betaling had, Rb. te Zutphen 9 Maart 1922, W. 10881.

Indien men een aanhanger is van de fictieleer of met Hofmann

en Marcadé¹⁾ meent, dat de oude verbintenis teniet gaat en een nieuwe ontstaat, waaraan de wet de waarborgen der oude inschuld verbindt, zou het misschien te verdedigen zijn, dat enkele rechten wel, andere niet overgaan. Met een beroep op een rechtsfictie of de almacht der wet kan men alles verklaren en rechten toekennen of onthouden al naar gelang men verkiest.

In onze opvatting kan dit gelukkig niet; zoo zullen pand en hypotheek, indien de crediteur deze heeft bedongen, ook ten gunste van den gesubrogeerde blijven doorloopen, en was de schuld, die hij betaalde, een bevoorrechte, dan zal ook hij daar op gelijke wijze van profiteeren. „De interessen aan de schuld verbonden, loopen ook in zijn voordeel door, terwijl anders eerst na eene vordering wegens hetgeen hij betaald heeft, interessen voor hem zouden beginnen te loopen”, aldus Diephuis, X 563²⁾. M.i. komt hij hierdoor echter in conflict met het wezen der subrogatie, dat de werking van dezen rechtsovergang beperkt tot het bedrag, waarvoor de gesubrogeerde uit eigen hoofde reeds verhaal kan nemen. De schuldenaar behoeft hem dus ook na subrogatie niet meer te vergoeden dan het bedrag, dat hij den schuldeischer werkelijk heeft betaald, eventueel verhoogd met de wettelijke interessen ex art. 1286 B.W.³⁾. Diephuis vervolgt echter terecht „eene gemaakte strafbepaling, de toepasselijkheid van den lijfswang, de keuze van woonplaats, door den schuldenaar ter zake der schuld gedaan, het regt om ontbinding of vernietiging te vragen, en wat dies meer zij, waarvan een niet-gesubrogeerde geen genot zou hebben, werkt in het belang van dengene, die in de plaats van den schuldeischer is gesteld”, terwijl ook een executoriale titel op hem zal overgaan.

Aan den anderen kant mag de rechtspositie van den schuldenaar door de subrogatie geen nadeel ondervinden en deze zal zich dus tegenover den gesubrogeerde van dezelfde excepties kunnen bedienen, als hij tegenover den oorspronkelijken schuldeischer had kunnen doen. Was de gesubrogeerde vordering er één met een korten verjaringstermijn (art. 2005—2009 B.W.) dan zal zij dit blijven. Mocht deze verjaren voor hij verhaal heeft gezocht, dan

1) Zie blz. 15.

2) In gelijken zin Rb. Haarlem 22 April 1930 N. J. 1930, 1307 W. 12251.

3) Evenzoo Losecaat Vermeer bij Land V 742 nt. 1.

zal de gesubrogeerde alleen van zijn eigen verhaalsrecht gebruik kunnen maken, waarop de gewone 30-jarige verjaringstermijn toepasselijk is. Een dading tusschen den schuldeischer en schuldenaar getroffen, is ook voor den gesubrogeerde verbindend, Rb. Zwolle 15 Nov. 1939, N.J. 1940 no. 1058; dit verhindert hem evenwel niet om deze overeenkomst eventueel ex art. 1377 B.W. uit eigen hoofde te bestrijden ¹⁾).

1. Het recht van ontbinding bij wederkeerige overeenkomsten.

Velen hebben deze gevolgtrekking, dat de gesubrogeerde in alle rechten van den schuldeischer treedt, echter niet durven erkennen, omdat men daardoor den gesubrogeerde, die de schuld uit een wederkeerige overeenkomst heeft voldaan, ook het recht van ontbinding, dat den crediteur krachtens art. 1303 B.W. toekwam, zou moeten toekennen en dit zou ongewensche gevolgen met zich mede brengen.

Dit moge blijken uit een voorbeeld door Kappeyne van de Coppello gegeven in Themis XII 385 e.v. Hij stelt hier het geval, dat een borg voor den huurder een termijn huur voldoet; het betrof hier niet de laatste termijn en de huur zou dan ook doorloopen, indien de borg niet de vordering tot ontbinding had ingesteld, overwegende dat hij door betaling in de rechten van den schuldeischer-verhuurder werd gesubrogeerd en dus ook diens actie uit art. 1303 mocht uitoefenen. Indien men dit toestaat zou de borg dus door één termijn van de huur te voldoen gerechtigd zijn de geheele verbintenis te doen ontbinden en op die manier zichzelf ontslag van zijn eigen verplichting kunnen verschaffen.

Dit strijdt natuurlijk met elk gevoel van rechtvaardigheid en men heeft zich dan ook terstond beijverd deze gevolgtrekking te weerleggen. Opzoomer XI 159, zegt dat de borg alleen treedt in de rechten, welke de schuldeischer als zoodanig heeft, doch behoeft zich hier overigens niet erg druk over te maken, omdat hij subrogatie met cessie gelijkstelt en blijkens art. 1569 B.W. wordt alleen het vorderingsrecht met de accessoria verkocht en zeker

¹⁾ cf. Hofmann II 2, blz. 474.

niet, tenzij partijen ook dat uitdrukkelijk overeenkomen, het recht om de verbintenis te ontbinden. „Door overdracht van de vordering worden deze rechten, welke uitoefening tot de vernietiging der vordering leidt, niet mede overgedragen”¹⁾, want ook na cessie zal de verkooper bevoegd blijven de verbintenis te ontbinden, al zal hij dan den cessionaris moeten vrijwaren.

Anderen, Land IV 404 als tweede overweging, en Korthals Altes²⁾ achten het toekennen van de ontbindingsactie in strijd met het wezen der subrogatie. Op blz. 27 heb ik echter reeds aangetoond, dat m.i. juist het onthouden van dit recht het karakter der subrogatie miskent. Het zou toch al te dwaas zijn iemand eerst als gerechtigde uit een verbintenis, geheel in de plaats van den schuldeischer te stellen om hem vervolgens weer eenige rechten te onthouden. Op welke gronden wil men dan deze selectie baseeren, toch zeker niet op de woorden der wet? Ook indien men door het toekennen van alle rechten in moeilijkheden geraakt, moet het toch onmogelijk zijn enkele rechten eenvoudig opzij te zetten, omdat men er geen raad mee weet. Zoodra men aanneemt, dat de geheele rechtsbetrekking op den gesubrogeerde overgaat, moeten de consequenties dezer stelling aanvaard of op aannemelijke wijze weerlegd worden en dit laatste is zeker niet het geval als men den knoop doorhakt en daarmee in conflict komt met zijn eigen uitgangspunt.

Van Boneval Faure heeft naar mijn meening in Nieuwe Bijdragen I 601 e.v. de juiste oplossing gegeven zonder het wezen der subrogatie geweld aan te doen. De schuldeischer heeft krachtens art. 1303 de keuze om, indien de debiteur in gebreke blijft, of nakoming of ontbinding der verbintenis te vorderen. In beide gevallen gaat de verbintenis teniet en de crediteur kan dus niet, als aan zijn wensch is voldaan en de schuld gekweten of de verbintenis in rechten ontbonden is, alsnog van gedachten veranderen. Indien nu een derde vrijwillig of omdat hij, zooals een borg, daartoe verplicht is, volledige betaling aanbiedt, zal de crediteur eveneens kunnen kiezen en accepteert hij de betaling, dan heeft hij dus zijn keus op nakoming doen vallen en zal zijn recht om ontbinding te vorderen teniet zijn gegaan. Wordt de derde vervolgens gesub-

1) Asser-van Goudoever III 1, blz. 101.

2) Borgtocht naar hedendaagsch Ned. Recht diss. Amsterdam 1933, blz. 101.

rogeerd in de rechten, welke de schuldeischer ten tijde der betaling had, dan zal hij wel al diens rechten verkrijgen, maar het recht om ontbinding te eischen behoort daar niet meer toe, want dit is juist door het aannemen der betaling te niet gegaan.

Zoo denkt ook Diephuis, XIII 388, er over bij de bestrijding van Kappeyne v. d. C., waar hij zegt: „Betaalt de borg vrijwillig, dan is de verbintenis ten opzichte van den verhuurder nagekomen. Betaalt ook de borg niet vrijwillig, dan heeft de verhuurder door van hem betaling te vorderen gebruik gemaakt van de keus, hem in art. 1303 gegeven; en al heeft de borg tengevolge dier vordering of van een daarop gevolgde veroordeeling betaald, toch is daardoor tegenover den verhuurder de verbintenis nagekomen. De borg kan alzoo niet treden in een recht om ontbinding te vragen, dat de schuldeischer niet meer had toen hij betaalde en dus in de plaatsstelling tot stand kwam.”

Diephuis is echter niet consequent in zijn redeneering. Uit hetgeen hij op blz. 563, hierboven op blz. 28 aangehaald, en in het bovenstaande zegt, zou men toch moeten concludeeren, dat hij eveneens de meening deelt, dat alle rechten van den schuldeischer op den gesubrogeerde overgaan. Maar bij de behandeling van den borgtocht, XIII 389, ontkent hij dit weer met de woorden: „Het verband met art. 1876 B.W. leidt er toe bij art. 1877 alleen aan zoodanige regten te denken, waardoor het verhaal voor den borg bevorderd wordt en niet aan andere, die daaraan geheel vreemd zijn en daarmede niets te maken hebben”; en toch behandelt hij art. 1877 als een toepassing van het algemeene beginsel neergelegd in art. 1438-3e B.W.

Noch van Boneval Faure, noch zijn aanhangers hebben evenwel, voor zoover mij bekend, uiteengezet, welke gevolgen de subrogatie t.a.v. het recht van ontbinding zal hebben, indien de schuldeischer slechts gedeeltelijke betaling zijner vordering heeft ontvangen. Wel werd m.i. afdoende aangetoond, dat het recht van ontbinding na *volledige* betaling der schuld niet op den gesubrogeerde kan overgaan, omdat de schuldeischer dit recht dan zelf niet meer heeft. Deze redeneering schiet echter te kort, wanneer het een *gedeeltelijke* betaling betreft, want dan behoudt de schuldeischer *wel* het recht om voor het restant nakoming of ontbinding te vorderen, zoodat den gesubrogeerde, ook in de leer van v. B. F.,

met alle andere rechten tevens het recht van ontbinding moet worden toegekend. Deze leer ontkent immers niet, dat alle rechten, welke de schuldeischer ten tijde der betaling heeft, op den gesubrogeerde overgaan en hiertoe behoort eveneens het recht van ontbinding, want dit is door de gedeeltelijke betaling voor den schuldeischer niet verloren gegaan. De gesubrogeerde zal dus tot het betaalde bedrag van al diens rechten, waaronder de actie uit art. 1303, gebruik kunnen maken. Toch wordt men door deze erkenning niet genoodzaakt den gesubrogeerde de vrije beschikking over deze actie te verleenen, want nu hij den schuldeischer slechts gedeeltelijk betaald heeft, zal art. 1439 B.W. op hem van toepassing zijn ¹⁾. De schuldeischer kan, blijkens dit artikel, bij gedeeltelijke betaling niet in zijn rechten verkort worden en zal deze bij voorkeur boven die van den borg kunnen uitoefenen. De borg zal de ontbindingsactie dus niet of hoogstens in samenwerking met den crediteur kunnen instellen en het blijft derhalve in ieder geval afhankelijk van den wil van dezen laatsten of hij voor het restant ontbinding dan wel nakoming wenscht te vorderen, want ontbinding van een gedeelte der overeenkomst is natuurlijk een wanbegrip. Men zou kunnen opmerken, dat dit vanzelf spreekt en dat v. B. F. er daarom de aandacht niet op heeft gevestigd; ook naar mijn meening kan het antwoord niet anders luiden, maar niettemin zullen wij bij de behandeling van art. 1439 zien, dat dit artikel veelal een minder ruime werking wordt toegedacht.

De subrogatie in het ontbindingsrecht zou ook tot groote praktische moeilijkheden aanleiding geven, welke, voorzoover mij bekend, door de voorstanders van dezen overgang (van Gorkum WPNR 3384, blz. 474 en Rb. Zutphen 9 Maart 1922 W. 10881) niet worden opgelost. Indien namelijk een derde de schuld uit een koopovereenkomst voldoet en na subrogatie de vordering tot ontbinding tegen den schuldenaar zou kunnen instellen, zou hij daardoor den eigendom van de verkochte zaak verwerven ²⁾. Nog afgezien van de vraag of dit een geldige wijze van eigendomsverkrijging is, rijst hierdoor de moeilijkheid hoe te handelen, wanneer het goed meer

1) Evenzoo van Gorkum WPNR no. 3384.

2) Zie voor de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde Hofmann I, blz. 89 e.v., alwaar verdere verwijzing naar litteratuur.

waard is dan de som, welke de gesubrogeerde den verkooper betaald heeft. Het karakter der subrogatie brengt immers mede, dat hij slechts terug ontvangt hetgeen hij voor den schuldenaar betaalde. Indien hij nu de zaak zelve in betaling ontvangt, zou deze getaxeerd of in het openbaar verkocht moeten worden, waarna hij het surplus, indien de opbrengst meer dan de koopprijs bedraagt, aan den schuldenaar zou moeten restitueeren, of voor het verschil, indien de opbrengst minder is, een vordering op hem zou behouden. M.i. levert dit onoverkomelijke bezwaren op.

2. Het eigendomsvoorbehoud bij huurkoop.

Hetgeen in het voorgaande over het ontbindingsrecht werd gezegd, geldt evenzeer bij de beantwoording der vraag of een borg voor een huurkooper, na den schuldeischer de resteerende afbetalingstermijnen te hebben betaald, ook in diens eigendomsrechten op het huurkoopobject wordt gesubrogeerd. Is hij m.a.w. na subrogatie gerechtigd bij wanprestatie van den schuldenaar, ontbinding der overeenkomst en teruggave van de in huurkoop overgedragen zaak te vorderen ingevolge art. 1576q-s B.W.?

De Rechtbank te Rotterdam 6 Jan. 1931 W. 12372 beantwoordt deze vraag bevestigend, maar door het Hof te 's-Gravenhage 11 Dec. 1933, W. 12772, N.J. 1934, 714, werd dit vonnis vernietigd en ook de Rechtbank te Breda 7 Febr. 1939, N.J. 1939, no. 1005 onthield den borg dit recht. In de rechtsliteratuur heerscht evenmin overeenstemming, want Versteeg verdedigt in het N.J. blad 1940, blz. 155, het standpunt van het Haagsche Gerechtshof, terwijl van Gorkum in het WPNR nos. 3383/4 en Enthoven, N.J. blad 1940, blz. 109, dit arrest bestrijden.

Mijn standpunt in dezen is reeds bepaald door hetgeen ik over het ontbindingsrecht heb gezegd, want ook in dit geval verliest de huurverkooper, door betaling van den borg te ontvangen, het recht den huurkoop te ontbinden en het huurkoopobject terug te nemen. De borg treedt dus wel in alle rechten van den huurverkooper, het recht van eigendom behoort hier echter niet meer toe, omdat de schuldeischer dit krachtens art. 1576p door de enkele betaling heeft verloren. In gelijken zin overwoog de Rb. te Breda, „dat de borg treedt in alle rechten, die terstond na de betaling op het

oogenblik der dan immers plaats vindende subrogatie, de schuldeischer nog heeft; dat dus een recht, hetwelk een schuldeischer op meergenoemd tijdstip buiten zijn toedoen niet meer heeft, ondanks de door den borg gedane betaling, niet op dezen overgaat, zoodat waar zulks te dezen het geval is, ook het eigendomsrecht door de betaling op eischer niet is overgegaan, omdat het contract bevatte, dat het eigendomsrecht automatisch na betaling van den laatsten termijn overgaat".

Tegen deze redeneering voert van Gorkum, WPNR. 3383, aan, „dat het restant der huurkoopsom heelemaal niet betaald werd, waardoor voor den huurverkooper het recht bleef bestaan met betrekking tot het voor ontbonden houden van de overeenkomst en de opvordering van den eigendom, terwijl nu de betaling, die de borg deed, bewerkte, dat dit recht op hem overging". Mij is echter niet duidelijk, waarom hij verschil denkt te kunnen maken tusschen betaling door den schuldenaar of den borg. In beide gevallen is de verbintenis ten opzichte van den schuldeischer toch nagekomen, met het gevolg dat zijn eigendomsrecht is vervallen.

Enthoven verweert zich op andere wijze: „Volgens art. 1877 B.W. immers treedt de borg van rechtswege in alle de regten, welke de schuldeischer tegen den hoofdschuldenaar gehad heeft. Het is daarbij zonder twijfel, dat de schuldeischer het recht van eigendomsvoorbehoud tegen den huurverkooper heeft gehad". Natuurlijk heeft hij dit gehad, maar zooals op blz. 98 zal worden uiteengezet, moeten de woorden „gehad heeft" gelezen worden als „had ten tijde der betaling" en dan heeft de huurverkooper dit recht niet meer¹⁾. Verder zegt hij, dat in onze leer „het huurkoopobject ten goede zou komen aan alle crediteuren, hoewel dit voordien niet tot den boedel behoorde. Door de betaling van den borg zouden derhalve de overige crediteuren meer activa in den boedel ontvangen, dan ingeval er geen borg geweest was". Hij vergeet echter, dat de schuldeischers er door de betaling een collega bij krijgen en er dus niet veel op vooruitgaan, terwijl het evenmin billijk is den borg boven de anderen te bevoordeelen door hem den eigendom van het goed toe te kennen, hoewel de andere schuldeischers misschien met een percentage hunner vorderingen genoeg moeten nemen.

1) Voor gedeeltelijke betaling vergelijk men blz. 31.

In plaats van te verzwakken, hebben deze argumenten mijn overtuiging veeleer gesterkt, dat noch de ontbindingsactie, noch het recht om het huurkoopobject terug te vorderen, op den gesubrogeerde kunnen overgaan.

3. Tot zekerheid gecedeerde vorderingen.

In de laatste jaren heeft nog een ander geschilpunt, in verband met de subrogatie in alle rechten van den schuldeischer, de aandacht gevraagd. Veelal weigert men namelijk een gesubrogeerde tevens te doen treden in de vorderingsrechten, welke de debiteur tot zekerheid zijner schuld aan den schuldeischer heeft gecedeerd. Om verschillende redenen heeft men gemeend den gesubrogeerde deze fiduciaire rechten te moeten onthouden. Losecaat Vermeer bij Land V 741 nt. 4 doet dit met de overweging, dat alleen die waarborgen, welke als accessoire rechten aan de vordering verbonden zijn, door de subrogatie overgaan en deze fiduciaire rechten zijn, naar hij zegt, „niet accessoir, maar zelfstandig, al is de eigenaar ook obligatoir beperkt in de uitoefening ervan”. In gelijken zin besliste de Rechtbank te Rotterdam, 6 Jan. 1931 N.J. 1931, 901 W. 12372 en wederom op 2 Nov. 1934, N.J. 1935, 1165, terwijl in eerstgenoemd vonnis tevens werd verklaard, dat dit eigendomsrecht van den schuldeischer, weliswaar strekte tot zekerheid, maar toch eigendomsrecht blijft en dit nimmer door subrogatie kan overgaan. Tenslotte ontkende de Rechtbank te Amsterdam 10 Juni 1929 N.J. 1930, 547 W. 12014 den overgang dezer fiduciaire rechten met de woorden „dat de wettelijke subrogatie alleen plaats vindt ten aanzien van rechten van den crediteur tegen den debiteur en niet tegen den debiteur van zijn debiteur”.

Geen dezer overwegingen wil mij echter afdoende voor komen. Die van de Rechtbank te Amsterdam is m.i. al heel gemakkelijk te weerleggen, want zij vindt geen enkelen steun in de wet. Art. 1436 B.W. spreekt immers algemeen van in de plaatsstelling in de rechten van den schuldeischer ter zake van de betaalde schuld en, indien dit geval niet de subrogatie van een borg ex art. 1877 B.W. had betroffen, zou de beslissing zeer waarschijnlijk anders geluid hebben. Maar ook de borg treedt na subrogatie niet alleen in de rechten van den schuldeischer tegen den schuldenaar, want art.

1877 moet slechts beschouwd worden als toepassing van het algemeen beginsel van art. 1436 en 1438-3e.

Hiermede is naar mijn meening ook het bezwaar van Losecaat Vermeer beantwoord, want de tot zekerheid gecedeerde vorderingsrechten kwamen den cessionaris toch slechts in zijn kwaliteit van schuldeischer toe en al de rechten, welke hij als zoodanig ter zake van de betaalde schuld bezat, gaan ingevolge art. 1436 na subrogatie op den derde-betaler over.

Het argument van de rechtbank te Rotterdam, dat subrogatie geen door de wet erkende wijze van eigendomsovergang is, wordt door Korthals Altes blz. 103 weerlegd met de opmerking, dat „de wet ook de fiduciaire eigendomsoverdracht, waarvan de overgang door subrogatie de consequentie is, niet kent”. Hierin vergist hij zich echter, want de fiduciaire rechten moeten den schuldeischer geleverd worden en levering is wel een erkende wijze van eigendomsoverdracht. De vraag kan alleen gesteld worden of deze overeenkomst een geldige *titel* van eigendomsovergang is en deze heeft met ons onderwerp niets te maken. Niettemin meen ik met Korthals Altes, dat het uitermate onbillijk zou zijn een gesubrogeerde op deze gronden de fiduciaire rechten te onthouden. Evenals pand en hypotheek zijn het zakelijke zekerheidsrechten en economisch is deze eigendomsoverdracht eener vordering tot zekerheid van een schuld op één lijn te stellen met in pandgeving. De definitie, welke wij in art. 1436 van subrogatie vinden, veronderstelt dat alle waarborgen, welke aan de betaalde vordering verbonden zijn, op den gesubrogeerde overgaan en een beperkende interpretatie van art. 639 B.W. behoort deze volledige in de plaatsstelling niet in den weg te staan, temeer daar dit artikel, ondanks de limitatieve opsomming, niet op volledigheid kan bogen¹⁾. Immers, indien de rechtbank te Rotterdam consequent was geweest, had zij den gesubrogeerde ook het vorderingsrecht op den schuldenaar zelf moeten onthouden, want ook deze rechtsovergang berust niet op art. 639 B.W. Deze leer zou derhalve de subrogatie waardeloos maken, want zonder de vordering kunnen ook de accessoria, behoudens de hulp van een fictie, niet voortleven; het gebruik van een fictie verwerpend kwamen wij dus op blz. 15 e.v. tot de

1) Vergelijk Asser-Scholten II, blz. 137.

conclusie, dat ook het vorderingsrecht na subrogatie op den betaler overgaat. Dit aannemende, mag men niet met de eene hand terugnemen, wat men met de andere heeft gegeven, zoodat den gesubrogeerde m.i. ook op grond van art. 639 de beschikking over de fiduciaire rechten niet mag worden onthouden. Evenzoo van Gorkum WPNR 3383 en de Rechtbank te Maastricht 22 Jan. 1931 N.J. 1931, 842 W. 12388.

D. Aanteekening der subrogatie in de hypotheekregisters.

In dit verband dient ook besproken te worden of degene, op wien krachtens subrogatie de hypothecaire rechten van den schuldeischer zijn overgegaan, verplicht zal zijn dezen overgang in de hypotheekregisters te doen aanteekenen. Bij een oppervlakkige beschouwing zou men deze vraag met verwijzing naar art. 1247 B.W. bevestigend kunnen beantwoorden, waar de derde-bezitter die ingevolge art. 1246 is gesubrogeerd, de verplichting wordt opgelegd ter verzekering van zijn recht daarvan aanteekening te laten doen op de openbare registers.

Wel schrijft ook art. 1033 B.W. aanteekening in de registers voor bij erfstellingen over de hand van gehypothekeerde vorderingen, maar nergens in det wet vinden wij, zooals in art. 1234 B.W. voor verandering van domicilie is bepaald, een algemeene verplichting gegeven om bij overdracht van de hypotheek hiervan aanteekening in de registers te doen plaats vinden. In een ministerieele circulaire van 7 Sept. 1838 no. 614 werd weliswaar een kolom van het Hulpregister no. 3 onder meer bestemd voor de aanteekening van subrogatie, welke ten opzichte van de ingeschreven hypotheeken mocht voor komen, doch hiermede werd blijkbaar uitsluitend bedoeld op de verplichting van art. 1247 B.W.¹⁾ In de practijk, later door verschillende ministerieele circulaire gesanctionneerd, werd echter ook buiten art. 1247 door den hypotheekbewaarder op verzoek toch veelal aanteekening van den overgang in de registers gesteld. Eenig rechtsgevolg heeft dit echter niet, omdat de hypotheekbewaarder de juistheid dezer opgaven niet behoeft te controleeren.

De verplichting, welke in art. 1247 den gesubrogeerden schuld-

1) Van Nierop blz. 194.

eischer wordt opgelegd, is bovendien nauwelijks te rijmen met subrogatie van rechtswege. Toch mag deze bepaling niet genegeerd worden, al dienen wij haar wel te beperken tot den hier genoemden derde-bezitter, zoodat in alle andere gevallen een persoon, die door subrogatie een hypothecairen schuldeischer is¹⁾ opgevolgd, zijn recht niet door aanteekening in de registers behoeft te verze-keren. In gelijken zin besliste het Hof te 's-Gravenhage 19 Nov. 1888 W. 5637 en de Rb. Amsterdam 24 Jan. 1902 W. 7746.

Diephuis VII 471 wil de werking van dit artikel nog verder beperken en acht de verplichte aanteekening alleen noodzakelijk ter bescherming van derden, die vóór die aanteekening eigendom of hypotheek hebben verkregen, zoodat hij den derde-bezitter toestaat ook zonder aanteekening zijn rechten tegen den schuldenaar en diens persoonlijke crediteuren uit te oefenen. Met Land III 404 en van Nierop 220, ben ik echter van meening, dat de wet deze onderscheiding niet toelaat. Den derde-bezitter wordt hier echter geen termijn gesteld, waarbinnen hij aanteekening moet laten doen en mocht hem tegengeworpen worden, dat hij deze niet verricht heeft, dan zal hij ten allen tijde dit verzuim kunnen herstellen zonder hierdoor zijn rechten te hebben verloren.

Een gesubrogeerde behoeft overigens ook in andere gevallen geen nadeel te verwachten van het achterwege blijven der aanteekening. Indien b.v. een crediteur na betaling met subrogatie toch zelf doorhaling der inschrijving bewerkstelligt, zal de hypotheek hierdoor niet teniet zijn gegaan, want — anders dan in Frankrijk — is doorhaling ten onzent geen wijze van teniet gaan der hypotheek en zal doorhaling slechts dan een bestaande inschrijving teniet doen, wanneer zij geschiedt in opdracht van den daartoe bevoegden persoon en dat is in dit geval alleen de gesubrogeerde schuldeischer¹⁾. Aldus ook Hof 's-Gravenhage 12 Maart 1906 W. 8372 en Rechtb. Arnhem 8 Juni 1911 WPNR. 2202.

E. Artikel 1439 B.W.

Dit artikel bevat twee bepalingen ter toelichting van de werking der subrogatie. De eerste vermeldt, dat de subrogatie zoowel plaats

1) Zie over dit onderwerp uitvoeriger van Nierop blz. 193 e.v. en voor roeiement in het bijzonder 331 e.v.

heeft tegen de borggen als tegen de schuldenaren en had evengoed achterwege kunnen blijven, omdat uit het feit dat de verbintenis ook na subrogatie onveranderd blijft voortbestaan, volgt, dat uiteraard ook de borggen verbonden blijven. Toch had de rechtspraak vroeger meermalen in anderen zin beslist ¹⁾ en de ontwerpers van ons wetboek wenschten iederen twijfel over deze kwestie uit te sluiten.

Ook past hier geen argumentum a contrario, dat de derde-besitters hier niet genoemd zijn en de gesubrogeerde tegen hen dus niet in de rechten van den schuldeischer treedt, want art. 1209-lid 2 B.W. laat hieromtrent geen twijfel over.

Het tweede gedeelte van dit artikel is ondanks de goede bedoeling niet bepaald gelukkig uitgevallen. Indien de wetgever er bij was gebleven hier een bevestiging te geven van het adagium: *Nemo censetur subrogasse contra se*, door de woorden „dezelve kan den schuldeischer in zijne regten niet verkorten”, zou er niets aan te merken zijn geweest, hoewel Meyers er anders over denkt. Hij acht het onjuist, dat de wetgever dit adagium in art. 1439 heeft overgenomen en merkt daarover in WPNR. 2505, bij de bespreking van het nader te noemen arrest van de H.R. dd. 9 Nov. 1917, het volgende op: „Dit motief is slechts begrijpelijk voor een tijd toen de subrogatie alleen met den uitdrukkelijken of stilzwijgenden wil van den crediteur kon tot stand komen”. Na *volledige* betaling is dit inderdaad juist, want dan geschiedt de subrogatie krachtens art. 1438 onafhankelijk van den wil van den schuldeischer. In 1439 is echter sprake van *gedeeltelijke* betaling en hiermede behoeft de crediteur blijkens art. 1426 B.W. geen genoegen te nemen. Daar verder ook subrogatie van rechtswege slechts intreedt na de betaling, zal de tot standkoming van deze in de plaatsstelling dus wel degelijk afhankelijk zijn van de keuze van den schuldeischer om al dan niet met de gedeeltelijke betaling genoegen te nemen. En indien subrogatie voor hem nadeelig zou zijn, zal hij zeker niet medewerken de voorwaarden hiertoe te vervullen.

De wetgever meende echter den subrogans nog verder te moeten beschermen door te bepalen: „indien de schuldeischer slechts ge-

1) Baudry-Lacantinerie XIII, no. 1567.

deeltelijk betaald is, kan hij zijne regten, ten aanzien van hetgeen hem nog verschuldigd blijft, uitoefenen, bij voorkeur boven den- genen van wien hij slechts eene gedeeltelijke voldoening bekomen heeft".

Ter verklaring van dit voorkeursrecht voert men wel aan, dat ten opzichte van den schuldeischer de verbintenis tot het bedrag, dat hem betaald werd, teniet is gegaan en hij dus voor het restant der vordering van zijn rechten gebruik kan maken alsof geen subrogatie had plaats gevonden¹⁾. Gewoonlijk acht men dit echter te algemeen uitgedrukt, omdat art. 1439 alleen zou zien op de rangorde bij de verdeeling, zoodat de schuldeischer, die gedeelte- lijke betaling ontvangen heeft, vóór de verdeeling wel degelijk met het bestaan van den gesubrogeerde rekening moet houden, daar dezen ook onafhankelijk van den schuldeischer eenige bevoegd- heden toekomen. Zoo zegt van Nierop, blz. 227: „Bij subrogatie hebben zoowel de oorspronkelijke crediteuren, indien deze slechts gedeeltelijk zijn voldaan, als de gesubrogeerde, elk het recht ge- bruik te maken van de onherroepelijke volmacht tot verkoop, be- doeld bij art. 1223 lid 2, zonder dat zij hierin elkanders medewer- king noodig hebben"²⁾. Ook Meijers, WPNR no. 2863 stelt zich op dit standpunt en zegt: „De bevoegdheid tot verkoop is gegeven tot verhaal van ieder deel der schuld, dat onbetaald blijft. Het- zelfde doet zich voor, indien meerdere erfgenamen in de plaats van den schuldeischer treden en de vordering tusschen hen gedeeld wordt". In dien gedachtengang zouden bij gedeeltelijke betaling van een schuld uit een wederkeerige overeenkomst, zoowel de schuldeischer als de gesubrogeerde onafhankelijk van elkaar de actie tot ontbinding kunnen instellen, want, naar op blz. 31 is uiteengezet, zal m.i. na gedeeltelijke voldoening de ontbindings- actie wel op den gesubrogeerde overgaan.

Ik kan deze meening, dat de gesubrogeerde alleen bij de „finale afrekening" (van Vliet t.a.p.) den oorspronkelijken schuldeischer voorrang moet verleenen, evenwel niet deelen, want art. 1439 geeft hier geen aanleiding toe en luidt algemeen, dat een schuldeischer zijn rechten t.a.v. hetgeen hem nog verschuldigd blijft, kan uit-

1) van Bemmelen Themis 1886, blz. 178.

2) Evenzoo van Vliet, Jaarboekje v. d. Vereeniging v. Directeuren v. Hyp. banken, 25e jrg. (1939), blz. 283.

oefenen, bij voorkeur boven dengenen van wien hij slechts eene gedeeltelijke voldoening bekomen heeft. Dat dit zooals Meijers zegt, niet geldt voor de erfgenamen van den schuldeischer, spreekt vanzelf, want voor hen bestaat geen soortgelijke bepaling als art. 1439. De bedoeling van dit artikel is om vast te stellen, dat een crediteur, die gedeeltelijke betaling ontving, door de subrogatie niet benadeeld mag worden en dit zou wel het geval kunnen zijn, indien hem de bevoegdheid werd ontnomen het oogenblik te kiezen, waarop hij tot eigenmachtigen verkoop ex art. 1223-lid 2 wenscht over te gaan en nog sterker, indien door de subrogatie zijn keuze om nakoming of ontbinding te vorderen (art. 1303) illusoir werd gemaakt. Wilde de gesubrogeerde ook de vrije beschikking over de bevoegdheid van art. 1223-lid 2 hebben, dan had hij de geheele schuld moeten voldoen, terwijl de ontbindingsactie hem zelfs dan, zooals op blz. 29 is uiteengezet, niet toekomt.

Naar wij gezien hebben, kan het roeiement alleen door den daartoe bevoegden persoon, d.i. den hypothecairen schuldeischer, worden verleend, zoodat na gedeeltelijke betaling alleen de oorspronkelijke schuldeischer en de gesubrogeerde tezamen of althans elk niet verder dan voor zijn deel in de schuldvordering, de inschrijving teniet kunnen doen¹⁾.

Indien de schuld bevoorrecht of door pand of hypotheek verzekerd was, zal de gesubrogeerde zich dus pas uit de opbrengst van het verbonden goed kunnen schadeloos stellen, nadat de crediteur daaruit het restant zijner vordering heeft ontvangen. De wetgever heeft echter vermoedelijk over het hoofd gezien, dat de schuldeischer hierdoor bevoordeeld kan worden op een wijze, die strijdt met ons rechtvaardigheidsgevoel en zonder subrogatie ook niet zou hebben plaats gevonden. Bezien wij dit aan de hand van een voorbeeld:

A. heeft een vordering van f 9000.— op B., waarvoor deze een hypotheek op zijn goed heeft gegeven. Een derde betaalt den schuldeischer f 5000.— van diens vordering op B. en wordt dus tot dat bedrag in diens rechten gesubrogeerd. Op den vervaldatum betaalt B. het restant zijner schuld niet en de schuldeischer zal dus verhaal zoeken op het bezwaarde goed, dat echter bij verkoop niet

1) van Vliet t.a.p., blz. 283.

meer dan f 8000.— blijkt op te brengen. Krachtens art. 1439 mag A. nu eerst het resteerende deel zijner vordering ad f 4000.— uit de opbrengst nemen, waarna de overblijvende f 4000.— aan den gesubrogeerde komen. Hieruit blijkt dus, dat deze laatste het volle risico der insolabiliteit van den schuldenaar draagt, als het goed minder opbrengt dan de vordering bedroeg, terwijl dit risico, indien geen subrogatie had plaats gevonden, ten laste van den oorspronkelijken schuldeischer zou zijn gekomen. Hoe onbillijk dit resultaat ook is, de woorden van art. 1439 maken een anderen uitleg onmogelijk en het zou dus wenschelijk zijn bij een eventueele wetswijziging de geheele laatste zinsnede van dit artikel te schrappen.

De vraag of art. 1439 ook van kracht is na gedeeltelijke betaling van concurrente vorderingen is door den Hoogen Raad 9 Nov. 1917 N.J. 1917, 1186, W. 10196, WPNR. 2505, in ontkennenden zin beslist. Hier had een borg den schuldeischer ten deele betaald, terwijl de schuldenaar, vóór de geheele voldoening kon plaats vinden, failliet ging. De borg wilde daarop de vordering, waarin hij krachtens art. 1438-3e tot het betaalde bedrag was gesubrogeerd, doen verifieeren, hetgeen echter door den curator met een beroep op art. 1439 werd geweigerd. In eerste instantie werd de eisch van den borg afgewezen. Het Hof te 's Hertogenbosch 17 Oct. 1916, WPNR 2464, vernietigde dit vonnis echter en ook de H.R. verklaarde, „dat art. 1439 B.W. de strekking heeft om den borg, die ten deele betaalde, te doen achterstaan bij den schuldeischer. Dat die strekking echter niet verder gaat en het artikel, hetwelk uitsluitend de onderlinge verhouding van schuldeischer en borg regelt, dan ook geenszins beoogt den borg bij de uitoefening van zijn rechten tegen den hoofdelijken schuldenaar, een plaats aan te wijzen beneden alle andere, overigens met hem gelijkstaande crediteuren”.

Ik acht dit inderdaad doorslaggevend en ook historisch verantwoord¹⁾. Weliswaar ware een tegenovergestelde meening „met de historie evenmin in strijd als met de woorden van het artikel, de onredelijkheid zou dan evenwel nog sterker uitkomen.”²⁾ De schrijvers deelen dan ook gewoonlijk de meening

1) Men vergelijke de historische argumenten van den Adv.-Gen. Ledeboer met die van den H.R.

2) van Brakel I, blz. 168.

van den Hoogen Raad, mede omdat deze kwestie weinig praktische waarde heeft. De gesubrogeerde zal immers in dat geval steeds met zijn persoonlijke regresactie, waarop art. 1439 niet van toepassing is, als concurrent crediteur verhaal kunnen zoeken, en de gesubrogeerde vordering, welke ook slechts concurrent of in de redeneering van de Rechtbank en den Advocaat-Generaal zelfs als het ware postconcurrent zou zijn, niet noodig hebben. Ook Meyers verklaart zich in een noot op dit arrest in WPNR 2505, voor deze uitlegging van art. 1439, met de woorden: „Een bepaling, die haar ontstaan dankt aan een onjuist motief (nemo censetur.....) moet men zoo eng mogelijk interpreteren.” Op blz. 39 heb ik er echter reeds op gewezen, dat m.i. dit argument hier faalt.

Dit artikel is geschreven ter bescherming van den crediteur en deze zal dus eveneens de voorkeur genieten boven een borg, die weliswaar alles betaalde, waartoe hij als borg was gehouden, doch hiermede niet de geheele schuld voldeed. Aldus ook van Vliet blz. 281 en Rechtbank Rotterdam 27 Juli 1906, W. 8523.

Veel verschil van meening heerscht tenslotte over de vraag, welke rechten een tweede gesubrogeerde verkrijgt, die den schuldeischer het restant zijner vordering betaalt. Sommigen (van Bell blz. 108, Colin et Capitant II, 101) zijn van meening, dat deze door de subrogatie alle rechten van den schuldeischer verkrijgt en dus ook diens voorkeursrecht van art. 1439 boven den eersten gesubrogeerde. De meeste schrijvers beschouwen dezen voorrang echter als een zuiver persoonlijk recht van den schuldeischer en kennen derhalve beide gesubrogeerden een gelijkwaardig recht toe tot het door ieder betaalde bedrag ¹⁾).

Ook Pothier zou deze meening zijn toegedaan blijkens zijn woorden in de Coutumes d'Orléans XX no. 87: „Lorsqu'un créancier a reçu en différents temps différentes portions de sa dette, de différentes personnes, qu'il a subrogées à ses droits pour les portions qu'il recevait d'elles, et qu'il reste encore créancier d'une partie, toutes ces différentes personnes doivent venir entre elles

1) van Vliet t.a.p. blz. 280, Planiol et Ripert VII, no. 1239, Suyling II 2, blz. 196 nt. 5, Baudry-Lac. XIII, no. 1573, Diephuis X 567.

par concurrence; mais il doit leur être préféré: la raison de la première partie de la maxime est évidente: la raison de la seconde est que la subrogation ne peut jamais être opposée ni préjudicier au créancier qui a subrogé".

Een beroep op dezen tekst is hier echter misplaatst, omdat in het door Pothier gestelde geval de crediteur nog steeds niet geheel voldaan is en dus geen der gesubrogeerden zijn recht uit art. 1439 heeft kunnen verkrijgen; zonder dat recht zijn zij natuurlijk onderling concurrent, hetgeen ook de schuldeischer zou zijn zonder deze bepaling. Maar hij, die den crediteur het laatste deel zijner vordering voldoet, zal naar mijn meening wel degelijk ook in diens voorkeursrecht worden gesubrogeerd. Er is geen aanleiding hier een strict persoonlijk recht in te zien, want het is een recht, dat den subrogans in zijn kwaliteit van schuldeischer toekomt en in al deze rechten wordt een derde gesubrogeerd.

Men zegt wel eens¹⁾, dat dan niet gauw een persoon bereid zal worden gevonden een gedeeltelijke betaling te doen; maar deze kan er niet op rekenen, dat een derde de rest van de schuld zal voldoen en moet dus steeds rekening houden met de mogelijkheid, dat zijn subrogans crediteur blijft en dus bij executie boven hem voorrang heeft. Bovendien kan men tegenover het genoemde bezwaar stellen, dat thans een derde eerder bereid zal worden gevonden den crediteur af te betalen, indien hij daardoor diens voorkeursrecht verkrijgt, dan wanneer dit niet het geval zou zijn.

F. Verschillen tusschen cessie en subrogatie.

Aan het einde onzer beschouwingen van algemeenen aard der subrogatie, is het wellicht nuttig hier nog eenige der meest markante verschillen tusschen cessie en subrogatie op te sommen. Die tusschen subrogatie en novatie lijken mij minder noodig, omdat verwarring tusschen beide begrippen thans wel uitgesloten mag worden geacht.

Om cessie en subrogatie te onderscheiden wordt veelal gewezen op hun verschillende economische beteekenis. Zoo zegt Baudry XIII no. 1520: „En deux mots la cession de créance nous apparait

1) Baudry-Lac. XIII, no. 1573.

comme un acte de spéculation, tandis que la subrogation est l'auxiliaire d'un bienfait: elle facilite la réalisation d'une pensée généreuse en garantissant au capitaliste, qui vient au secours d'un débiteur obéré, le remboursement de son avance." Zoo ook de Savornin Lohman bij Land IV 394. Ik zie dit onderscheid echter veel meer als een gevolg van den verschillenden aard van cessie en subrogatie. Juist omdat men bij koop eener vordering volledige betaling mag eischen, al heeft de koper zelf minder betaald, zal cessie dikwijls een speculatief karakter dragen, terwijl dit bij subrogatie uitgesloten is, omdat de gesubrogeerde niet kan verwachten dat hij meer terug zal ontvangen dan aan den schuldeischer betaald werd.

Werkelijke verschillen zijn er echter te over:

1. Voor cessie is steeds toestemming van den cedent vereischt, terwijl subrogatie van rechtswege (art. 1438) of alleen met medewerking van den debiteur kan plaats vinden (art. 1437-2e).
2. Het hierboven genoemde verschil, dat bij cessie de geheele vordering overgaat, ook al is er minder voor betaald, terwijl de werking der subrogatie beperkt is tot het betaalde bedrag.
3. Een cessionaris kan den schuldenaar alleen met de gecedeerde vordering aanspreken, terwijl een gesubrogeerde meestal tevens een eigen regresrecht bezit.
4. Volgens art. 668 B.W. moet een gecedeerde vordering, die niet aan toonder luidt, door middel van een authentieke of onderhandsche acte geleverd worden, terwijl subrogatie van rechtswege kan plaats vinden en de conventioneele subrogatie van art. 1437-1e ook mondeling kan geschieden.
5. Een cedent is krachtens art. 1570 B.W. tot vrijwaring verplicht, indien de schuld reeds vóór de cessie gekweten mocht zijn, terwijl een gesubrogeerde in dit geval onverschuldigd zal hebben betaald en den crediteur uit art. 1398 B.W. kan aanspreken.
6. Is een vordering slechts ten deele gecedeerd, dan staan cedent en cessionaris ieder voor hun aandeel als gelijkwaardigen

naast elkaar, terwijl op subrogatie na gedeeltelijke betaling art. 1439 toepasselijk is.

Blijkens art. 668-lid 2 B.W. werkt cessie pas tegen den schuldenaar na beteekening aan of erkenning door dezen, terwijl bij de subrogatie een dergelijke bepaling ontbreekt. De subrogatie is weliswaar een direct gevolg der betaling, maar men gaat te ver, indien men met van Bell blz. 34 aanvaardt dat, indien de schuldenaar zonder met de subrogatie bekend te zijn, den schuldeischer zelf nogmaals betaalt, deze betaling hem niet zal bevrijden: „de gesubrogeerde kan hem noodzaken andermaal te betalen en de schuldenaar heeft voor het onverschuldigd betaalde een actie tegen den oorspronkelijken schuldeischer”. Hij ziet daarbij namelijk over het hoofd, dat de schuldenaar, die te goeder trouw handelde, dan op grond van art. 1422 B.W. bevrijd zal zijn¹⁾, zoodat de gesubrogeerde in dat geval alleen den schuldeischer uit art. 1396 of 1398-lid 1 B.W. kan aanspreken²⁾. De beteekening is dus geen geldigheidsvereischte³⁾, maar de gesubrogeerde zal er steeds goed aan doen den schuldenaar van de subrogatie in kennis te stellen en dat niet alleen na conventioneele subrogatie, zooals van Brakel I blz. 162 schijnt te veronderstellen, maar ook indien hij van rechtswege gesubrogeerd is, want ook dan kan de schuldenaar daarvan onkundig zijn gebleven.

1) H.R. 3 April 1930 N.J. 1930, 1407 W. 12142.

2) Aldus ook Suyling II 2, blz. 197. De wetgever heeft dit voor den borg zelfs uitdrukkelijk vermeld in art. 1879—lid 1 B.W.

3) Evenzoo H.R. 24 Maart 1910 W 9008 en Rb. Utrecht 19 Oct. 1927 N.J. 1928, 1460 W. 11890. Anders: Rb. Almelo 30 April 1901 W 7736.

TWEEDE AFDEELING.

DE GEVALLEN WAARIN SUBROGATIE KAN PLAATS VINDEN.

Nu een algemeene beschouwing over het rechtskarakter en de gevolgen der subrogatie is vooraf gegaan, kunnen wij overgaan tot een behandeling van de bijzondere gevallen, waarin de subrogatie plaats vindt.

De drieledige onderscheiding welke Pothier maakte, n.l. legale, requisitoriale en conventionele subrogatie, is door de ontwerpers van den Code en dientengevolge ook in ons wetboek niet gehandhaafd. Zooals wij in het historisch overzicht hebben gezien, achtte men een requisitoriale subrogatie, waar de betaler den wensch om gesubrogeerd te worden, te kennen moest hebben gegeven, doch welke dan onafhankelijk van de medewerking van den schuldeischer werd verleend, naast de subrogatie van rechtswege niet meer wenschelijk. Men heeft deze daarom tot een wettelijke verheven door den eisch van een wilsuïting te doen vervallen.

Zoo vinden wij in art. 1437 B.W. een behandeling van de conventionele subrogatie, terwijl in art. 1438 B.W., vier groepen van gevallen worden genoemd, waar subrogatie na betaling van rechtswege intreedt. Wel zijn er naast art. 1438 nog andere bepalingen in de wet te vinden, waardoor aan bepaalde personen na betaling subrogatie uit kracht der wet wordt toegekend, zooals de artt. 1152, 1246, 1877 B.W. en 284 W.v.K., deze zijn echter alle een toepassing van het algemeene beginsel, neergelegd in art. 1438-3e en zullen bij de behandeling van dit artikel nader besproken worden, met uitzondering van art. 284 W.v.K. Dit artikel doet den verzekeraar, die de schade betaald heeft, van

rechtswege treden in alle rechten welke de verzekerde tegen derden mocht hebben. Een bespreking hiervan valt echter buiten het kader van dit proefschrift en is voor een juist inzicht in de civielrechtelijke subrogatie ook niet noodig¹⁾.

1) Zie hiervoor D. H. Ledeboer, Het recht van den verzekeraar tegen derden, diss. Leiden 1927 en Völlmar, Het Ned. Handelsrecht 1935, blz. 384 e.v.

HOOFDSTUK I.

DE CONVENTIONEELLE SUBROGATIE.

A. Subrogatie, welke door den schuldeischer wordt toegestaan.

Met een verwijzing naar deze wijze van subrogatie in art. 1437-1e B.W. hebben veelal zij, die subrogatie met cessie vereenzelvigen, getracht om aan te toonen, dat ook de wet geen verschil tusschen beide begrippen maakt, want zeggen zij, ook hier is de subrogatie afhankelijk van den wil van den schuldeischer. Dit is wel zoo, doch hiermede is slechts het eerste der boven opgesomde verschillen vervallen, de andere blijven echter bestaan en gelden evenzeer voor dezen vorm van subrogatie.

Den schuldeischer wordt hier de bevoegdheid gegeven om een derde, van wien hij betaling ontvangt, uitdrukkelijk en gelijktijdig met de betaling in diens rechten te doen treden. Slechts twee voorwaarden worden dus gesteld om de verbintenis ook na betaling te doen voortleven. De eerste is, dat de subrogatie uitdrukkelijk moet worden verleend; eenige vormvereischen worden niet gesteld en zij kan dus ook mondeling geschieden, al zal het bezit van een schriftelijk bewijsstuk, b.v. de vermelding der subrogatie op de kwitantie, voor den gesubrogeerde wenschelijk kunnen zijn¹⁾. De tweede voorwaarde is, dat de subrogatie gelijktijdig met de betaling bedongen wordt, omdat anders de normale gevolgen van betaling intreden en de verbintenis teniet gaat, waardoor het den schuldeischer onmogelijk wordt later alsnog subrogatie te verleen²⁾.

Indien de schuld in gedeelten voldaan wordt, moet — aldus het Hof te Arnhem 13 Febr. 1901, W. 7629 — aangenomen worden, dat de eerste afbetalingen slechts voorloopig en onder voorbehoud van de latere subrogatie gedaan zijn, zoodat als deze bij de laatste

1) Planiol et Ripert VII, no. 1223.

2) Rb. den Haag 1 Dec. 1921 N.J. 1922, 359 W. 10925.

afbetaling volgt, zij toch in den zin van art. 1437-1e geacht moet worden gelijktijdig met de betaling te zijn geschied.

Een beperking ten opzichte van den persoon, die de betaling doet, wordt hier niet gegeven en steeds zal dus ieder, die bevoegd is den schuldeischer te betalen, door dezen kunnen worden gesubrogeerd. De schuldeischer behoeft niet eerst de onderlinge verhouding tusschen den betaler en den schuldenaar te onderzoeken en de rechtsgeldigheid der betaling zal hier dan ook niet van afhankelijk zijn. Het kan echter voor komen, dat iemand, op wien de rechten van den schuldeischer zijn overgegaan, hiervan geen gebruik kan maken, omdat hem door zijn bijzondere betrekking tot den schuldenaar een verhaalsrecht wordt onthouden.

Dit geval zal zich voordoen als een voogd uit eigen middelen een schuld van zijn pupil heeft voldaan en zich in strijd met het verbod van art. 458-lid 2 B.W. zonder machtiging van den Kantontrechter heeft doen subrogeeren. Dit artikel zegt immers, dat de voogd zonder machtiging geen opdracht mag aannemen van regten of schuldvorderingen jegens den onder zijn voogdij staanden persoon. Van Bemmelen, Themis 1886, blz. 187 zegt terecht: „De ratio legis is niet enkel, dat de voogd geen speculatie mag doen, waarvan de pupil het voorwerp is, maar zeer stellig dat de voogd niet mag worden schuldeischer of regthebber tegenover zijn pupil”. Land I 647 zegt, dat onder opdracht alleen valt verkrijging door overeenkomst, niet derhalve een subrogatie uit kracht der wet en meent in noot 4, dat de voogd dit verbod dus kan ontduiken, indien hij van rechtswege wordt gesubrogeerd. Dit is echter uitgesloten omdat de voogd, indien hij van de rechten door subrogatie verkregen, gebruik wil kunnen maken, tevens een persoonlijk verhaalsrecht moet bezitten en dit wordt hem juist door art. 458-lid 2 juncto art. 445 B.W. ontzegd.

Ook in art. 1504 B.W. ziet men wel eens een subrogatieverbod, welk artikel luidt: Regters, enz. mogen door overdracht geen eigenaars worden van regten en regtsvorderingen, waarover gedingen aanhangig zijn..... De bedoeling van deze bepaling is echter om te voorkomen, dat deze personen misbruik zouden maken van hun positie, door zich deze rechten uit winstbejag goedkoop te verschaffen. Dit kan dus alleen gebeuren, indien zij door cessie deze vorderingen verkrijgen, want na subrogatie

kan men, zooals wij gezien hebben, niet meer dan het werkelijk betaalde terugvorderen. Dat hier alleen aan cessie gedacht is, moge nog blijken uit het overeenkomstige art. 1597 van den Code: Les juges..... ne peuvent devenir cessionnaires..... Van Bell, blz. 38, was echter genoodzaakt ook voor art. 1504 subrogatie af te wijzen, omdat naar zijn meening een gesubrogeerde wèl meer kon vorderen dan hem reeds uit eigen hoofde toekwam, zie boven pag. 26.

Zal ook ieder, die bevoegd is betaling aan te nemen, gerechtigd zijn subrogatie te verleenen? Diephuis, X 542 en Suyling II, 2, blz. 189 nt. 1 beantwoorden deze vraag bevestigend ¹⁾, maar Land IV 397 wil den voogd deze bevoegdheid onthouden, want, zegt hij, in art. 451 B.W. wordt het hem verboden zonder goedkeuring van den Kantonrechter effecten, schuldvorderingen en actiën van den minderjarige te verkoopen of over te dragen en hij ziet in art. 1437-1e een wijze van overdracht eener vordering. Is dit echter wel juist? Bij subrogatie gaat de rechtsbetrekking in haar geheel op een ander over, terwijl bij cessie de rechten uit een verbintenis wel stuk voor stuk kunnen worden overgedragen, maar men toch moeilijk kan spreken van overdracht eener rechtsbetrekking. In art. 1437-1e wordt den crediteur, om de betaling aantrekkelijk te maken, de mogelijkheid geopend de verbintenis ten gunste van den betaler te doen voortbestaan, hoewel deze normaliter door betaling zou eindigen. Uitsluitend door gelijktijdig met de betaling uitdrukkelijk de subrogatie te vermelden, wordt dit bereikt. Om dit gevolg teweeg te brengen, wordt van den crediteur dus verder niets verlangd; hij behoeft geen koopprijs te bepalen, zal den koper niet moeten vrijwaren en zal niets moeten leveren, omdat de vermelding „de betaler zal in mijn rechten worden gesubrogeerd” of iets van dien aard, voldoende is om de verbintenis te doen voortleven en op den betaler te laten overgaan. Van overdracht is m.i. in art. 1437 dan ook geen sprake en in art. 451 B.W. wordt dit naast verkoop waarschijnlijk alleen genoemd om handelingen om niet, zooals schenking, uit te sluiten, want de bedoeling van dit artikel is om benadeeling van den minderjarige te voorkomen en daarvan is in dit geval niets te vreezen.

1) In gelijken zin Planiol et Ripert VII no. 1221.

Zoo zal dus een voogd, een curator (art. 506-lid 3) en een echtgenoot, ook indien het beding van art. 195-lid 3 is gemaakt, gerechtigd zijn bij ontvangst der betaling subrogatie te verleen. Overigens zou de betaler zich toch reeds buiten deze personen om, door art. 1437-2e kunnen doen subrogeeren.

Zal ook een persoon, die krachtens een bijzondere machtiging gerechtigd is de schuld te innen, bevoegd zijn de subrogatie te leenen? ¹⁾ Indien de lastgeving deze bevoegdheid bevat, zal dit natuurlijk wel het geval zijn; zoo niet, dan zal een door den lasthebber (vertegenwoordiger) toegezegde subrogatie pas tot stand komen, indien de schuldeischer deze overeenkomstig art. 1844-lid 2 B.W. door het aannemen der betaling stilzwijgend bekrachtigt. Baudry, XIII no. 1527 merkt hierover het volgende op: „On fait observer que dans notre cas, la subrogation suppose le consentement du créancier et que ce consentement n'a pu être donné par le mandataire, puisque celui-ci avait seulement pouvoir de procéder au recouvrement. Il est vrai, mais pour résoudre la question, il faut se placer aussi à un autre point de vue. Le créancier peut, sans doute, refuser d'accepter le paiement effectué sous la condition de la subrogation, et dans ce cas celle-ci peut être déclaré nulle. Mais s'il ratifie la subrogation, par exemple en encaissant la somme reçue par l'huissier, elle est valable à l'égard de tous.” De Rechtbank te 's-Gravenhage heeft zich op 1 Dec. 1921 N.J. 1922. 359 W. 10925 en opnieuw op 22 Jan. 1925 W. 11526, 5 in denzelfden zin uitgelaten.

Beteekening der subrogatie aan den schuldenaar is volgens de Rechtbank te Utrecht 19 Oct. 1927 N.J. 1928, 1460 W. 11890, niet noodzakelijk; men zie echter hetgeen hierover op blz. 46 werd gezegd.

1) Planiol et Ripert VII no. 1221 en Suyling II 2, blz. 189, nt. 1 beantwoorden deze vraag onvoorwaardelijk bevestigend.

B. Subrogatie, welke door den schuldenaar wordt toegestaan.

Dit tweede geval van conventioneele subrogatie vinden wij in art. 1437-2e B.W. Hier is het de schuldenaar zelf, die met inachtneming van bepaalde vormen een derde, die hem het geld voorschiet om een schuld te voldoen, subrogeert in de rechten, die de schuldeischer tegen hem had. Het is dan ook geen wonder, dat Opzoomer VII 71 e.v., met deze wijze van subrogatie geen raad weet en een uitzondering op den regel moet maken, dat subrogatie gelijk is aan cessie; cessie eener vordering zonder medewerking van den schuldeischer is immers niet denkbaar. Wij hebben hier volgens hem dan ook te maken „met een door betaling opgeheven verbintenis, van welke eenvoudig, als ware ze niet opgeheven, de waarborgen krachtens den wil des wetgevers op de geheel nieuwe verbintenis overgaan, die door novatie hare plaats inneemt.” (VII 79). Eenvoudig lijkt mij dit niet, terwijl hij bovendien kort te voren het gebruik van een fictie van de hand heeft gewezen. Is ook de noodzakelijkheid hier een uitzondering op den regel aan te nemen niet juist aanleiding den geheelen regel te verwerpen, vooral indien men langs anderen weg betere resultaten bereikt en van alle gevallen van subrogatie een samenhangend geheel kan maken? Dit is trouwens ook kennelijk de bedoeling van den wetgever geweest, want waarom zou hij anders dit geval besproken hebben als onderdeel van één der vier artikelen handelende over subrogatie?”

De plaatsing van deze bepaling onmiddellijk na de bespreking der subrogatie, welke door den schuldeischer verleend wordt, is alleszins verklaarbaar. In art. 1437-1e wordt de subrogatie afhankelijk gesteld van den wil van den crediteur en terecht, want zonder dringende redenen behoort hem geen betaling onder een voorbehoud te worden opgedrongen, zooals art. 1418-lid 2 reeds aangeeft. In sommige gevallen behoort echter het belang van den derde-betaler of den schuldenaar voor te gaan en dit is in art. 1438

ten gunste van eerstgenoemde geschied, terwijl ten bate van den schuldenaar art. 1437-2e B.W. werd ingevoegd.

Dat het ook wenschelijk was den schuldenaar te beschermen, blijkt uit de geschiedenis dezer bepaling, welke namelijk haar oorsprong vindt in een déclaration van Hendrik IV in 1609, als gevolg van een vermindering van den wettelijken rentevoet van $8^{1/3}$ op $6^{1/4}$ %¹⁾). Hierdoor werd het dus voor den debiteur van belang oude leeningen af te lossen en nieuwe tegen de billijker voorwaarden aan te gaan. Daar de crediteur evenwel niet tot deze conversie kon worden gedwongen, moest de debiteur dus geld leenen om zijn schuld af te doen. Teneinde het hem gemakkelijker te maken hiertoe een geldschietter te vinden, werd toen de bepaling gemaakt, welke door onzen wetgever in art. 1437-2e is overgenomen.

Naar van Bemmelen, blz. 175 terloops opmerkt, werd in een arrêt de règlement van 6 Juli 1690, genaamd arrêté des subrogations, waarbij het voorschrift van 1609 een ruimere werking werd gegeven²⁾, de term subrogatie voor het eerst officieel gebezigd.

Geen der betrokkenen ondervindt overigens nadeel van deze subrogatie. De schuldenaar is bevrijd van een lastigen crediteur, de geldschietter krijgt een veilige belegging en ook de schuldeischer wordt niet benadeeld, want de schuldenaar zal hem slechts op deze wijze kunnen betalen, indien de schuld opeischbaar is en hij den crediteur dus ook reeds met zijn eigen geld had kunnen voldoen³⁾). Ook andere schuldeischers kan het onverschillig blijven, als een ander dan de oorspronkelijke schuldeischer als gerechtigde van een reeds bestaande verbintenis optreedt. Wel zouden zij benadeeld kunnen worden, indien het geleende geld *niet* besteed werd om een anderen schuldeischer af te betalen. Indien iemand b.v. zijn huis met verschillende hypotheeken heeft belast en vervolgens uit eigen zak de schuld aflost, waarvoor eerste hypotheek is gegeven, dan zullen de overige hypothecaire schuldeischers in rang opschuiven en zal een nieuwe crediteur slechts een hypotheek van lageren rang kunnen nemen. Door misbruik van art. 1437-2e zou de

1) Colin et Capitant II, blz. 94, Baudry-Lac. XIII, no. 1531.

2) Zie Baudry-Lacantinerie XIII no. 1531.

3) Verg. Suyling II, 2 blz. 188.

schuldenaar dezen crediteur echter in de plaats van den eersten hypotheekhouder kunnen stellen, door voor te wenden, dat hij het geleende geld heeft besteed om de eerste hypotheek af te lossen.

Om dit te voorkomen zijn echter verschillende vormvereischten gesteld, waardoor genoegzame zekerheid wordt verkregen — tenzij ook de betaalde crediteur frauduleus handelt —, dat de voorgeschoten penningen inderdaad tot afbetaling der schuld worden besteed. Zoowel de acte van geldopneming als de kwijting moeten bij authentieke acte worden verleden, terwijl in de eerste moet worden verklaard, dat de som is geleend om daarmee de schuld te betalen en de tweede moet inhouden, dat de betaling gedaan is met gelden, tot dat doel door den nieuwen schuldeischer voorgeschoten.

Overigens kunnen deze beide handelingen in één acte vervat worden¹⁾ en is ook geen tijdslimiet gesteld, waarbinnen beide acten moeten worden opgemaakt. Ik acht het dus niet geoorloofd met Baudry XIII no. 1534₁ te beslissen: „Quand cet intervalle est relativement long, les juges peuvent décider d'après les circonstances, que les deniers empruntés ont ou n'ont pas servi au paiement et, en conséquence, admettre ou refuser la subrogation”. Hoogstens zou dit lange tijdsverloop aanleiding kunnen geven een onderzoek naar de juistheid der verstrekte gegevens in te stellen.

Wil de acte van kwijting tot stand komen, dan zal dus wel degelijk de schuldeischer zijn medewerking moeten verlenen en men zal de in het laatste lid van art. 1437 genoemde „medewerking” dan ook als „toestemming” moeten lezen, hetgeen ook reeds bij de behandeling van dit artikel in 1833 door een afdeeling werd opgemerkt. Zie hierover en het foutieve antwoord van de Regeering op deze opmerking, Voorduin V 113 en Diephuis X 548.

Weigert de schuldeischer ook hiertoe zijn medewerking, dan kan de schuldenaar aanbod van gereede betaling doen en eventueel consignatie van het verschuldigde doen volgen²⁾. Het authentieke proces-verbaal van aanbod, waarin opgenomen de verklaring dat de aangeboden som van een derde afkomstig is, zal dan de authentieke acte van kwijting vervangen.

1) Land IV 400 nt. 1, Planiol II, no. 488.

2) van Bell, blz. 73, Planiol et Ripert VII, no. 1226, Suyling II 2, blz. 188, Land IV 400 nt. 2.

Om te verhinderen, dat de schuldenaar meermalen geld opneemt ter betaling van dezelfde schuld, zal de geldschieter er goed aan doen den schuldeischer het geld persoonlijk ter hand te stellen, indien hij den schuldenaar niet geheel vertrouwt¹⁾. Art. 1437-2e stelt wel den eisch, dat de schuldenaar zelf de betaling doet, maar indien de geldschieter in naam en tot kwijting van den schuldenaar betaalt, is het toch eigenlijk deze laatste, die de handeling verricht en ook indien men aanneemt, dat de geldschieter hier een eigen belang waarneemt, zal het bepaalde in art. 1418-lid 2 B.W. hem niet in den weg staan, omdat het niet de schuldeischer, maar de schuldenaar is, die hem subrogeert.

1) Land IV 399 nt. 2.

HOOFDSTUK II.

DE SUBROGATIE UIT KRACHT DER WET.

In art. 1438 B.W. worden vier groepen van gevallen genoemd, waar subrogatie na betaling van rechtswege plaats vindt. De gevallen onder 1, 2 en 4 berusten op de overweging, dat deze personen bij de betaling wel steeds de bedoeling zullen hebben in de rechten van den schuldeischer te worden gesteld, terwijl in no. 3 de billijkheid vorderde het verhaalsrecht van hen, die verplicht waren de schuld van een ander te voldoen, zooveel mogelijk te verzekeren.

Bij de beschouwing dezer gevallen moeten wij echter voortdurend in gedachten houden, dat deze bepaling door haar ingrijpende gevolgen een limitatieve opsomming geeft, zoodat van een analogische toepassing na betaling door anderen, die niet bepaaldelijk in art. 1438 zijn begrepen, geen sprake kan zijn. Dezen zullen dan den weg der conventioneele subrogatie moeten bewandelen.

A. SUBROGATIE INGEVOLGE ARTIKEL 1438—1e B.W.

Als eerste geval van subrogatie uit kracht der wet, noemt art. 1438 die, welke plaats vindt ten behoeve van dengenen, die zelf schuldeischer zijnde, een anderen schuldeischer, die uit hoofde van deszelfs bevoorrechte schuld of hypotheek een beter recht heeft, voldoet¹⁾. Reeds in het Romeinsche recht vinden wij een soortgelijke bepaling²⁾, waar een lageren hypothecairen crediteur het „*ius offerendi*” tegen een schuldeischer van hoogeran rang werd toegekend; „*Qui pignus secundo loco accepit ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit*”. C. 8.17.1.

Ook bij Pothier vinden wij haar terug als een der gevallen van subrogation légale in zijn *Traité des Obligations* no. 558-3e: „*Lorsqu'un créancier hypothécaire pour fortifier son droit d'hypothèque paie à un autre créancier hypothécaire ce que lui est dû par le débiteur commun, ce créancier n'a pas besoin de requérir la subrogation: il est subrogé de plein droit à la créance qu'il a acquitté, et aux hypothèques et droits qui en dépendent. Il est évident qu'il ne payait que pour avoir cette subrogation.*” Hier kent hij dus evenals in het Rom. recht de subrogatie van rechtswege alleen toe aan een hypothecairen crediteur, die een anderen hypothecairen crediteur van hoogeran rang betaalt, beiden moesten dus een hypotheek op een zelfde onroerend goed hebben genomen. Dit zegt hij nog eens uitdrukkelijk in de *Coutumes d'Orléans* XX no. 72-2e: „*Ce droit d'offrir n'étant accordé au créancier que pour conserver et fortifier le droit qu'il a sur les biens de son débiteur, il n'y a que le créancier hypothécaire qui ait ce droit; le simple chirographaire n'ayant droit que contre la personne de son débiteur et n'en ayant aucun sur ses biens.*”

In de laatste alinea van no. 558 gaat hij echter, na eerst de

1) Deze subrogatie vindt eveneens plaats in geval van faillissement van den schuldenaar Rb. Tiel 5 Jan. 1917, W. 10179, Rb. Haarlem 5 Jan. 1937 N.J. 1937, no. 990.

2) Girard, blz. 829.

requisitoriale subrogatie te hebben genoemd, verder met de woorden: „Mais à l'égard des créances auxquelles il y a un privilège personnel attaché, telles que celles des frais funéraires, des frais de la dernière maladie, des loyers de maison, enz., il n'est pas nécessaire d'en requérir la subrogation; le privilège attaché à ces créances passe de plein droit à ceux qui les ont acquittés et ils l'exercent de la manière que l'eut exercé le créancier privilégié, qu'ils ont payé de leurs deniers: eorum ratio prior est creditorum quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit." Hier kon dus ook een concurrent schuldeischer van rechtswege gesubrogeerd worden.

Deze beide gevallen zijn door de ontwerpers van den Code in art. 1251-1e gecombineerd, met dit gevolg, dat ook een concurrent crediteur, die een hypothecairen schuldeischer betaalt, thans van rechtswege in diens rechten treedt. Ter verklaring van deze uitbreiding van de wettelijke subrogatie zegt Bigot-Préameneu in de Exposé des Motifs VIII 129: „Les motifs d'équité ont déterminé à regarder également comme subrogé de droit celui qui étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques" en Marcadé, blz. 711 voegt hieraan toe: „Ainsi le créancier chirographaire qui paie le créancier hypothécaire de son débiteur se trouve en plein droit subrogé dans l'hypothèque de ce second créancier."

Door ons is deze bepaling zonder nader commentaar in art. 1438-1e overgenomen en wij behoeven er dus niet aan te twijfelen, dat ieder concurrent schuldeischer, die een anderen crediteur betaalt, wiens vordering bevoorrecht of door hypotheek versterkt is, van rechtswege in diens rechten treedt, al zou men met Opzoomer, VII 83, kunnen meenen dat de kwalificatie „beter" niet vrij is van alle dubbelzinnigheid en daarbij kan worden gedacht „aan een wel minder goed, maar toch eveneens bestaand gelijksoortig recht, ook dus van privilegie of hypotheek". Diephuis, X 554 en Land IV 402 noot 1, erkennen echter onvoorwaardelijk, dat ook een gewoon schuldeischer van rechtswege gesubrogeerd wordt.

De overweging, welke een schuldeischer er toe brengen kan een anderen crediteur met een beter recht te betalen, is duidelijk, want hierdoor kan hij voorkomen, dat deze schuldeischer de goederen van den debiteur executeert op een oogenblik, dat de op-

brengst wel voldoende is om er de vordering van den executant op te verhalen, maar dat er voor de overige schuldeischers niet veel zou overschieten. Door hem te betalen kunnen dezen nu gunstiger omstandigheden afwachten om verhaal te zoeken. Eigenlijk geldt deze overweging, zij het in mindere mate, evengoed indien een haastig gebakerd concurrent schuldeischer betaald wordt en het zou ook in dat geval wenschelijk kunnen zijn subrogatie van rechtswege te doen plaats vinden. Het limitatieve karakter der gevallen van wettelijke subrogatie verbiedt ons echter ook dan art. 1438-1e toepasselijk te verklaren.

Dit artikel spreekt alleen van schuldeischers, die uit hoofde van een bevoorrechte schuld of hypotheek een beter recht hebben en hiertoe behooren niet zij, die b.v. door een recht van retentie of een borgtocht wel meer zekerheid hebben, dat zij het verschuldigde zullen ontvangen, maar in een eventueel faillissement van den debiteur toch slechts als concurrent crediteur kunnen opkomen¹⁾.

Moet men echter ook een crediteur, die een ander schuldeischer, wiens vordering door pandrecht verzekerd is, de wettelijke subrogatie onthouden? Pand wordt in dit artikel niet genoemd en op grond daarvan heeft Land IV 401 noot 3 gemeend deze vraag bevestigend te moeten beantwoorden. Evenzoo de Rechtbank te Rotterdam 2 Dec. 1908 W. 8936 en het Hof te 's-Gravenhage, 14 Febr. 1910 W. 8982.

In Frankrijk oordeelt men echter anders²⁾ en ook in ons land wordt gewoonlijk aangenomen³⁾, dat art. 1438-1e zich hier niet tegen verzet. De Hooge Raad bevestigde dit standpunt op 6 Jan. 1911 W. 9123, waarbij het bovengenoemde arrest werd vernietigd. Ik sluit mij hierbij aan, hoewel ik het met Land eens ben, dat de woorden „uit hoofde van deszelfs bevoorrechte schuld of hypotheek” limitatief moeten worden opgevat en niet, zooals Marcadé (IV 563) dit wil, slechts als voorbeelden van „causes de préférence les plus ordinaires” mogen worden beschouwd. Dit blijkt trouwens reeds uit de boven aangehaalde woorden van Bigot-Préameneu, die spreekt van een schuldeischer „*préférable à raison de ses privilèges et hypothèques*”. In den Code wordt het pandrecht echter in art. 2102-2e (ons art. 1185) onder de voorrechten ge-

1) Zoo ook Diephuis X 555.

2) Baudry-Lac. XIII, no. 1546.

3) van Brakel I, blz. 129, Suyling II, 2, blz. 190.

noemd en het was dus onnoodig dit nogmaals afzonderlijk te noemen, omdat het reeds onder „privilèges” was begrepen. De ontwerpers van ons wetboek hebben daarentegen voor het pandrecht een zelfstandigen titel ingeruimd en hadden dientengevolge in art. 1438-1e B.W. naast bevoorrechte schulden en hypotheek ook pand uitdrukkelijk moeten noemen en indien zij de bedoeling gehad hadden dit uit te sluiten, zou hier toch zeker wel iets over gezegd zijn. Nu er echter met geen woord over gerept werd, kan men naar mijn meening veilig aannemen, dat zij vergeten hebben, dat door het maken van een nieuwen titel „Van Pand”, art. 1438-1e B.W. eveneens een wijziging moest ondergaan¹⁾.

Het lijkt mij zelfs ongerijmd het pandrecht hier niet toe te rekenen, want als een crediteur uit hoofde van diens bevoorrechte vordering reeds een beter recht heeft, dan zal een pandhouder, die krachtens art. 1180-lid 2 B.W. in rang boven een geprivilegieerd schuldeischer staat, hier toch zeker toe moeten behooren.

De schoen wringt m.i. echter op een andere plaats. Indien volgens art. 1198-lid 1 het pand in handen van een derde is gesteld, is er geen vuiltje aan de lucht, want de gesubrogeerde volgt dan den schuldeischer als pandgerechtigde op, zonder dat hierdoor het pand in andere handen over behoeft te gaan; de pandhouder houdt de zaak dan gewoon voor een anderen schuldeischer. Is de schuldeischer zelf de pandhouder, dan wordt de zaak evenwel moeilijker, want art. 1198-lid 3 bepaalt dat het pandrecht teniet gaat, indien het pand uit de macht van den pandhouder geraakt, zoodat men zou kunnen veronderstellen, dat het pandrecht teniet gaat, indien het pand aan den gesubrogeerde ter hand wordt gesteld. Ik acht deze conclusie echter niet noodzakelijk, want dit derde lid is als toepassing van het algemeene beginsel, dat bezit als volkomen titel geldt — art. 2014-lid 1 B.W. —, slechts geschreven ter bescherming van derde-verkrijgers, die dus niet behoeven te vreezen, dat hun goed later door den pandgerechtigde zal worden uitgewonnen. Een gesubrogeerde volgt daarentegen, evenals de erfgenamen van den schuldeischer in art. 1206 B.W., den pandgerechtigde als schuldeischer uit de verbintenis op en behoeft dan niet beschermd te worden, want hij verkrijgt juist

1) Zie hierover uitvoeriger bovengenoemd arrest van den H.R. en de conclusie van den Adv. Gen. Ledeboer.

willens en wetens een recht op de verpande zaak, omdat deze voor de betaalde schuld is verbonden¹⁾. De derde betaler heeft dus m.i. de keuze om na subrogatie zelf het pand in bewaring te nemen of dit in handen van den subrogans te laten, zoodat deze dan derde-houder wordt voor den gesubrogeerde.

Een beter recht heeft, volgens de Rechtbank te Arnhem 6 Febr. 1890 W. 5844, ook hij, wiens vordering is verzekerd door een eerste hypotheek ten laste van het goed, waarop hij die gesubrogeerd wenschte te worden, tweede hypotheek heeft, terwijl laatstbedoelde voor dezelfde vordering tevens een eerste hypotheek heeft op een ander goed, dat aan eerstgenoemde bij tweede hypotheek is verbonden.

De strekking van dit artikel vordert verder, dat zoowel de subrogans als de gesubrogeerde, schuldeischers moeten zijn; het is daarentegen niet noodzakelijk dat zij ook een gemeenschappelijken schuldenaar hebben. Renusson, C. IV no. 23, en Pothier, Tr. des Obl. no. 558 (hierboven geciteerd) waren van meening, dat dit wel het geval moest zijn, maar de woorden der wet dwingen ons niet tot deze beperking. Indien dus b.v. twee opvolgende eigenaars van een onroerend goed, ieder aan een anderen schuldeischer voor een eigen schuld hypotheek op dat goed hebben verleend en de tweede hypotheekhouder daarna den eersten betaalt, zal eerstgenoemde evenzeer van rechtswege worden gesubrogeerd.

Uit het kenmerk der subrogatie, dat een schuldeischer door betaling met subrogatie niet benadeeld mag worden, vloeit in dit verband voort, dat hij door een medeschuldeischer niet gedwongen kan worden de aangeboden betaling in ontvangst te nemen, indien zijn vordering nog niet opeischbaar is. Ook de ratio van art. 1438-1e zou deze handelwijze in den weg staan. Zoodra de vordering echter opeischbaar is moet hij met de betaling genoegen nemen en weigert hij ook dan deze te aanvaarden, dan zal de medeschuldeischer, die hem wenschte te betalen, na aanbod van gereede betaling, gevolgd door consignatie, van rechtswege in diens rechten gesteld zijn. Ook gedeeltelijke betaling kan hem door art. 1426 B.W. niet opgedrongen worden; neemt hij er echter genoegen mede, dan zal subrogatie tot het betaalde bedrag plaats vinden,

1) Vergelijk Baudry-Lac. XIII no. 1546i.

al zal de schuldeischer, die deze gedeeltelijke betaling deed, daar door art. 1439 B.W. niet veel aan hebben.

Wat gebeurt er, indien de crediteur met een beter recht meer dan één vordering op den debiteur heeft? Zal een ander schuldeischer, om van rechtswege gesubrogeerd te worden, dan kunnen volstaan met de betaling van één der vorderingen of moet hij beide voldoen? Baudry XIII no. 1543 betoogt, dat de beantwoording dezer vraag afhankelijk is van de verschillende variaties, die zich kunnen voordoen, b.v.:

1. Een schuldeischer kan twee vorderingen hebben, die resp. door een eerste en een tweede hypotheek zijn verzekerd, terwijl een andere schuldeischer voor zijn vordering een derde hypotheek heeft genomen. In dat geval zal, volgens Baudry, deze laatste niet kunnen volstaan met betaling van de vordering waarvoor een eerste hypotheek is genomen en dientengevolge eerste hypotheekhouder worden. Ter verdediging dezer stelling beroept hij zich op het adagium: „Nemo censetur subrogasse contra se”, want indien de schuldeischer zijn eerste hypotheek prijs gaf, zou de vordering, waarvoor tweede hypotheek is genomen, er wel eens op achteruit kunnen gaan en hiertoe mag hij dus niet genoodzaakt worden.

2. Anders zou de situatie echter worden, indien één schuldeischer een eerste en een derde hypotheek heeft en een ander, met een tweede hypotheek op datzelfde goed, alleen de eerste hypotheek aflost. Dan verzet dit adagium zich niet tegen de subrogatie, want de crediteur met beide hypotheeken ondervindt hiervan dan geen nadeel, omdat zijn tweede vordering toch reeds ten achter stond bij die van den schuldeischer van wien hij betaling ontvangt. Evenmin zou de derde hypotheekhouder in eerstgenoemd geval de subrogatie onthouden kunnen worden, indien hij alleen de tweede hypotheek aflost.

Deze oplossing lijkt zeer aantrekkelijk, maar helaas kan zij m.i. niet als de juiste aanvaard worden. Zij steunt n.l. uitsluitend op den regel Nemo censetur..... en deze mag, naar op blz. 39 is gezegd, slechts toegepast worden wanneer de subrogatie afhankelijk is van den wil van den subrogans. Aangezien dit in art. 1438-1e niet het geval is, vervalt dus het geheele stelsel, dat daarop is gebouwd.

Hieruit blijkt, dat het ongeoorloofd is een schuldeischer soms wel, een andere keer niet gesubrogeerd te achten, indien hij slechts één vordering voldoet. Nu hebben wij nog te onderzoeken of een schuldeischer steeds of nooit gesubrogeerd wordt na betaling van één van meer vorderingen en met Suyling II 2, blz. 190 ben ik van meening, dat in laatstgenoemden zin moet worden beslist.

Indien immers in het onder 2 genoemde geval een tweede hypotheekhouder kon volstaan met aflossing der eerste hypotheek zou een kringloop kunnen ontstaan, want „als gerechtigde tot de derde hypotheek zou de eerste hypotheekhouder toch onmiddellijk, nadat hem de eerste hypotheek was betaald, den gesubrogeerden tweeden hypotheekhouder kunnen bevredigen en zich zoo weer in het bezit stellen van zijn eerste hypotheek" ¹⁾, aannemende dat de vordering opeischbaar is en betaling dus ingevolge art. 1418 B.W. niet mag worden geweigerd ²⁾. Art. 1438-1e eischt bovendien, dat de schuldeischer met een beter recht *voldaan* wordt en dit is niet het geval, indien hij door de betaling van één zijner vorderingen, slechts een deel van het hem toekomende ontvangt. Van gedeeltelijke subrogatie kan in dit geval ook geen sprake zijn, want indien de eerste hypotheek van een eersten, tevens tweeden hyp.houder, door een derden hypotheekhouder wordt betaald, zou deze door de gedeeltelijke betaling ingevolge art. 1439 bij den subrogans moeten achter staan, zoodat hij als eerste hypotheekhouder den tweeden zou moeten laten voor gaan!

Tenslotte zij hier nog opgemerkt, dat geen subrogatie van rechtswege plaats vindt, indien een schuldeischer met een beter recht een medecrediteur betaalt wiens vordering niet bevoorrecht of door hypotheek verzekerd is. Pothier acht ook dan subrogatie van rechtswege mogelijk ³⁾ en zegt in de Cout. d'Orléans no. 72: „Il en doit être de même lorsque le créancier antérieur paie le postérieur, ce qu'il peut avoir intérêt de faire dans notre jurisprudence pour empêcher un créancier de consommer en frais par une saisie

1) Suyling t.a.p.

2) In het stelsel van Baudry zou dit niet kunnen, omdat dan het onder 1e genoemde geval aanwezig is en de derde hyp.houder dus beide hypotheeken zou moeten aflossen.

3) Zoo ook in het Rom. recht, zie Paulus Sent. 2.13.8.

réelle, les héritages du débiteur commun". Deze woorden van Pothier maken het mij echter nog niet duidelijk, welk belang de crediteur met een beter recht kan hebben om een minder of niet bevoorrecht collega te betalen. Een eerste hypotheekhouder b.v. behoeft m.i. nimmer bang te zijn, dat de schuldeischer met een tweede hypotheek onnoodige kosten zal maken, want deze snijdt zodoende allereerst zichzelf in de vingers en zal dus wel zoo verstandig zijn dit na te laten. Deze beschouwing mist overigens eenige beteekenis, want de stellige bewoordingen van art. 1438-1e maken subrogatie van rechtswege in het onderhavige geval steeds onmogelijk.

B. SUBROGATIE INGEVOLGE ARTIKEL 1438—2c B.W.

1. De koper treedt in alle rechten van den schuldeischer.

Hier geschiedt de subrogatie ten behoeve van den koper van een onroerend goed, die den koopprijs daarvan besteedt tot betaling van de schuldeischers aan wie dat goed door hypotheek is verbonden.

Alvorens de zeer betwiste vraag in welke rechten de koper door deze subrogatie geacht moet worden te zijn getreden, te kunnen beantwoorden, is het wenschelijk een eenigszins uitvoerige beschouwing over haar ontwikkelingsgang te geven. De woorden der wet beantwoorden naar mijn meening deze vraag weliswaar reeds in dien zin, dat de koper in alle rechten van de schuldeischers wordt gesubrogeerd, maar blijkbaar is dit nog niet voldoende om alle meeningsverschillen uit den weg te ruimen.

Of deze wijze van subrogatie, welke reeds in het Rom. recht, D. 20.4.17, bekend was ¹⁾, in het oud-fransche recht als een geval van wettelijke dan wel als requisitoriale subrogatie werd beschouwd, is niet met zekerheid uit te maken, want de twee meest gezaghebbende schrijvers zijn het hierover oneens. Renusson spreekt in C. V no. 14 e.v. van legale subrogatie, terwijl Pothier haar in de Coutumes d'Orléans no. 73 bespreekt bij de behandeling der gevallen, waarin een derde-bezitter, om uitwinning te voorkomen, de hypothecaire schuldeischers voldoet: „Lorsqu'un tiers détenteur pour éviter le délais de son héritage, paie un créancier hypothécaire, il a bien le droit de requérir la subrogation, mais lorsqu'il ne l'a pas requise, il n'y a aucune loi qui le subroge de plein droit”, en iets verder zegt hij: „Le tiers acquéreur avait acquis avec la clause que le prix de son acquisition serait employé à payer un créancier

1) Girard, blz. 829, C. 8.13.3, zie ook blz. 7 van dit prft.

hypothécaire et c'est en vertu de cette clause qu'il acquiert la subrogation".

Naar zijn meening moest dus een derde-bezitter of -verkrijger bij de voldoening der schuldeischers de subrogatie verlangen; deed hij dit niet, dan werd hij weliswaar niet in alle rechten van de schuldeischers gesteld, maar ook werden hem niet alle rechten onthouden, want hij vervolgt met de woorden: „Il faut néanmoins convenir que dans nos usages et suivant l'avis des auteurs, le tiers détenteur qui paie un créancier hypothécaire sans requérir la subrogation, n'est pas à la vérité subrogé à tous les droits et hypothèques du créancier comme il le serait s'il l'eût requise, mais il les exerce au moins sur l'héritage dont il est détenteur, contre les créanciers postérieurs à celui qu'il a payé".

De vooraanstaande Nederlandsche schrijvers¹⁾ verwijzen o.a. naar dit laatstgenoemde citaat van Pothier om aan te toonen, dat art. 1438-2e B.W. alleen is gegeven ter bescherming van den koper tegen latere hypotheekhouders, die niet uit den koopprijs konden worden voldaan en dat hij dan ook uitsluitend gesubrogeerd wordt in de hypothécaire rechten, welke Pothier hem reeds toekende, indien de wensch om gesubrogeerd te worden niet te kennen was gegeven. Ook de rechtspraak heeft zich een enkele maal in dien zin uitgelaten²⁾.

Dit historisch motief lijkt mij evenwel zeer zwak³⁾, want de ontwerpers van den Code hebben, zooals wij gezien hebben, aan alle personen, die vroeger voor requisitoriale subrogatie in aanmerking kwamen, subrogatie van rechtswege toegekend, omdat betaling door hen wel steeds met dat doel zal zijn geschied. Er is naar mijn meening geen aanleiding om aan te nemen, dat zij voor subrogatie van den koper een uitzondering hebben willen maken en hem zullen dus na subrogatie ingevolge art. 1438-2e alle rechten moeten worden gegeven, welke Pothier aan de requisitoriale subrogatie verbond en dit zijn naar wij zagen alle rechten, waarover de crediteur ter zake van de betaalde schuld kon be-

1) Diephuis X 557, Opzoomer VII 83, Land IV 403 nt. 1, Hofmann I blz. 333, Scholten WPNR 2230/31, Suyling II 2, blz. 193.

2) Hof Amsterdam 29 Juni 1911 W. 9290, Rb. 's Gravenhage 6 Jan. 1921 WPNR 2673 en 4 Maart 1924 W. 11255.

3) Een vergelijking met het Rom. recht zou zelfs geheel misplaatst zijn, omdat subrogatie daar niet bekend was.

schikken. Dit is ook de meening van gezaghebbende Fransche schrijvers¹⁾ en eenige Nederlandsche juristen²⁾, terwijl ook de jurisprudentie dit veelal aanvaardt terwille van een nader te behandelen twistpunt in verband met art. 1223-lid 2 B.W.³⁾.

Met Opzoomer en Land, t.a.p., ben ik het eens, dat een beroep op en verwijzing naar art. 1438-1e om tot deze conclusie te komen, niet mogelijk is, want de koper zal immers gewoonlijk niet tevens schuldeischer zijn van den verkooper en wordt dit pas door diens crediteuren uit de koopsom te voldoen. Ook een beroep op art. 1438-3e faalt, zelfs indien men, zooals wij later zullen zien, dit artikel mede toepasselijk acht op derde-bezitters, die de schuld hebben betaald, waarvoor hun goed verbonden was, want de koper zal door art. 1438-2e evenzeer gesubrogeerd worden, indien levering van het goed nog niet heeft plaats gehad en hij dus nog niet in den zin van art. 1438-3e als derde-bezitter kan worden beschouwd.

Deze argumenten zijn echter niet noodig en zelfs indien de lezer mijn historisch betoog niet wenscht te aanvaarden, zal hij m.i. toch art. 1438-2e als normaal geval van subrogatie moeten beschouwen, omdat de woorden der wet niet twijfelachtig zijn en voor een engen uitleg geen aanleiding geven. Ook het H.G.H. van Ned. Indië 9 Aug. 1928 I.T. dl. 128, 279, besliste, „dat de geschiedenis van dit artikel in geen geval aantoot, dat de Ned. en Ned. Indische wetgever aan het wetsvoorschrift de beperkte beteekenis heeft willen toekennen, dat de koper slechts tegenover verdere hypothecaire schuldeischers de voorrechten van den betaalden schuldeischer krijgt. Het is ook in strijd met de woorden van het artikel i.v.m. de artt. 1400, 1401 en 1403”. (onze artt. 1436, 1437, 1439).

De koper, die den koopprijs besteedt ter betaling van de hypothecaire schuldeischers, is bovendien nog niet voldoende beschermd tegen de gevolgen dezer betaling, indien hij alleen in de hypothecaire rechten op het verworven goed wordt gesubrogeerd. Wanneer Scholten, WPNR no. 2230, opmerkt: „De grondslag,

1) Planiol et Ripert VII, no. 1229, Baudry-Lac. XIII, no. 1553, Col. et Cap. II, blz. 96.

2) van Bell blz. 87, Mellink blz 61 en A. Land WPNR 2295/96.

3) o.a. H.R. 10 Jan. 1913 N.J. 1913, 413. W. 9493, Rb. den Bosch 30 Maart 1917 N.J. 1917, 1154 W. 10200. Rb. Haarlem 23 Febr. 1932, N.J. 1932, 602.

logisch zoowel als historisch van het voorschrift is enkel bescherming van den kooper tegen de latere hypotheekhouders, er is geen reden dezen te bevoordeelen, als een vroegere hypotheek tengevolge van betaling door een derde kooper van het goed wegvalt", heeft hij kennelijk alleen het klassieke voorbeeld van het doel dezer subrogatie voor oogen, en wel: indien een kooper van een bezwaard goed zonder zuivering te hebben gevraagd of omdat hij hiertoe door het ontbreken der vereischten van art. 1254 e.v. B.W. niet in staat was, den koopprijs besteedt om de hypothecaire schuldeischers voorzoover mogelijk af te betalen, zal hij in hun rechten op zijn verbonden goed worden gesubrogeerd. Gebeurde dit niet, dan zouden de latere hypotheekhouders, die niet meer uit den koopprijs konden worden voldaan, maar wier rechten door het uitblijven der zuivering niet teniet zijn gegaan, alsnog het goed gaan executeeren en zich uit de opbrengst voldoen, ondanks het feit, dat de koopprijs van het bezwaarde goed, die de eerste kooper er voor gaf, niet voldoende was om allen te bevredigen. Dit ongerechtvaardigde voordeel wordt door subrogatie van den kooper voorkomen, want hierdoor wordt hij zelf hypothecair crediteur en zal hij bij executie door de onbetaalde schuldeischers, allereerst zelf datgene uit de opbrengst terugnemen, wat hij tot aflossing der hypotheken besteed heeft. Zoover zal het gewoonlijk echter niet komen, omdat de niet voldane crediteuren dan wel zullen inzien, dat bij executie voor hen niets zal overschieten, tenzij inmiddels de waarde van het goed sterk is gestegen of de koopprijs, waarvoor de kooper het goed kreeg, abnormaal laag was.

Indien de werking der subrogatie zich hiertoe zou beperken, zou het inderdaad niet noodig zijn haar ook tot de andere rechten van den subrogans uit te breiden. Maar er is meer. Art. 1438-2e B.W. legt den kooper niet de verplichting op den koopprijs op deze manier te besteden en de verkooper behoudt dus zijn recht op de koopsom tegen den kooper. Deze kan, indien de verkooper hem aanspreekt, niet het verweer voeren, dat art. 1438-2e hem noodzaakte den koopprijs aan de hypothecaire schuldeischers te overhandigen. Indien in het koopcontract was bepaald, dat hij den koopprijs aan de hypotheekhouders moest uitkeeren, zal hij de vordering van den verkooper met een beroep op de overeenkomst kunnen afwijzen, maar indien dit niet door partijen is overeenge-

komen, zal hij diens vordering slechts met een actie uit zaakwaarneming kunnen compenseeren. Dit kan hij natuurlijk steeds doen, want hij heeft door betaling van de schuld van den verkooper, diens belangen waargenomen, hij zal dan echter ook moeten aantoonen, dat hij deze belangen behoorlijk heeft behartigd, art. 1393 B.W.¹⁾.

In dat geval komt de subrogatie hem weer te hulp door hem van dezen bewijslast te ontheffen, want hij zal dan eenvoudig zijn eigen schuld kunnen compenseeren met de vordering op den verkooper, welke hij door de subrogatie heeft verkregen. In dien zin is ook door den Hoogen Raad 10 Jan. 1913 N.J. 1913, 413 W. 9493 en WPNR 2295 beslist, n.a.v. het volgende geval:

A had zijn goed hypothecair verbonden voor een schuld aan B, waarbij deze het beding van art. 1223-lid 2 had gemaakt. A ging daarop failliet en de curator verkocht het goed in het openbaar aan C, nadat de schuldeischer den termijn, waarbinnen hij dit zelf had kunnen doen, had laten verlopen (art. 58 Fw.). C betaalde echter de koopsom aan B en door den curator tot betaling aangesproken, verweerde hij zich met een beroep op art. 1438-2e, waardoor hij in de rechten van B was getreden en dus diens vordering in compensatie kon brengen.

In eerste instantie werd de vordering van den curator afgewezen, maar in hooger beroep werd dit vonnis door het Hof Amsterdam 2 Febr. 1912 W. 9330 vernietigd met de motiveering, dat art. 1438-2e niet in zoo ruimen zin mag worden opgevat, dat de koper zijn schuld aan den verkooper zou kunnen voldoen door betaling van een schuldeischer, aan wien de verkooper-curator zelf niet geldig zou kunnen betalen, daar deze met de opbrengst heeft te handelen overeenkomstig art. 180 e.v. Fw.

Ook het cassatieberoep werd door den Hoogen Raad verworpen, maar op andere gronden: „dat art. 1438-2e B.W. niets anders of meer inhoudt, dan dat uit kracht der wet de koper van onroerend goed, die den koopprijs daarvan besteedt tot betaling der schuldeischers aan wie dat goed hypothecair verbonden is, gesubrogeerd wordt in hun recht”, en verder: „dat dit tengevolge heeft, dat alleen dan wanneer de hypothecaire vordering opeischbaar

1) Evenzoo A. Land WPNR 2295.

en voor dadelijke vereffening vatbaar is, de gesubrogeerde uit hoofde der van rechtswege plaats hebbende schuldvergelijking, slechts te betalen heeft het bedrag, dat de koopsom de hypothe-caire vordering te boven gaat." In casu was deze vordering niet opeischbaar, nu de crediteur den tijd tot uitoefening van zijn recht buiten faillissement om liet voorbij gaan, tengevolge waarvan hij en dus ook de in zijn recht gesubrogeerde de afwikkeling van het faillissement moest afwachten.

Terecht wordt door Wolterbeek Muller¹⁾ het stelsel van den H.R. juister geacht dan dat van het Hof, want er is geen aanlei-ding om subrogatie door art. 1438-2e alleen toe te laten in geval de betaalde schuld dadelijk vereffenbaar en opeischbaar is; de ratio is immers dezelfde gebleven. Op andere gronden kan men de subrogatie van den koper in bovengenoemd geval echter wel be-twisten, hetgeen op pag. 77 nader zal worden uiteengezet. In ieder geval zal de koper er steeds goed aan doen den koopprijs direct aan den curator te overhandigen. Hij haalt zich anders een hoop moeilijkheden op den hals, waar geen voordeelen tegenover staan. Uitwinning behoeft hij immers niet meer te vreezen, omdat het goed na verkoop door den curator van alle hypotheken bevrijd is en na betaling aan den curator is ook zijn eigen koopschuld gekweten.

Uit het feit, dat de Hooge Raad in het algemeen compensatie mogelijk acht behalve, dat ons hoogste rechtscollege van meening is, dat de koper behalve in de hypothe-caire rechten ook in het eigenlijke vorderingsrecht van den hypothe-cairen schuldeischer wordt gesubrogeerd. In een arrest van 9 Nov. 1917 N.J. 1917, 1186 W. 10196 heeft de H.R. dit zelfs met zooveel woorden gezegd en met Scholten, WPNR no. 2231, vind ik het een wanbegrip een gesubrogeerde in sommige rechten wel, in andere niet te doen treden. Anders dan hij concludeer ik daar echter uit, dat de koper dan ook in *alle* rechten gesubrogeerd wordt, dus eveneens in de rechten van den schuldeischer-hypothekhouder op de medeverbonden goederen en eventueel krachtens art. 1439 ook in die tegen den borg.

Scholten meent om twee redenen tot beperkte subrogatie te

1) WPNR 9493, als noot op bovengenoemd arrest.

moeten besluiten. In de eerste plaats op grond van de geschiedenis van dit artikel, welke in overeenstemming zou zijn met zijn opvatting. Dit argument acht hij echter niet zwaarwegend, omdat hij er principieel geen bezwaar tegen heeft een wetsartikel uit te leggen in overeenstemming met zijn tekst, maar tegen zijn oorspronkelijke historische beteekenis. Boven trachtte ik reeds aan te toonen, dat de historische ontwikkeling er m.i. juist voor pleit in art. 1438-2e een normaal geval van subrogatie te zien.

Hij vervolgt echter met te zeggen, dat men voor onoverkomelijke bezwaren komt te staan, indien men den tekst letterlijk uitlegt en den koper alle rechten toekent, die de hypotheekhouder, dien hij betaalde, had. Dit verklaart hij nader met de woorden: „De vordering heeft hij (de gesubrogeerde koper) toch zeker niet, maar welke reden is er hem dan wel een hypotheek op een ander goed te geven? Baudry en Barde betoogen, dat hij anders schade zal lijden, als het goed bij uitwinning door een volgenden hypotheekhouder minder opbrengt dan hij ervoor betaalde. Volkomen waar, maar waarom moet hij tegen deze schade gewaarborgd zijn? Achteruitgang in waarde is toch altijd voor zijn rekening? En wil men hem dan ook een recht tegen een borg toekennen, als de betaalde schuld behalve door hypotheek mede door borgtocht was gedekt?”

In antwoord hierop wil ik opmerken, dat ook in art. 1438-2e het doel der subrogatie is den koper te beschermen tegen de schade, welke hij door betaling van de schulden van den verkoper zou kunnen lijden. Gewoonlijk zal het nut dezer subrogatie niet duidelijk tot uiting komen, omdat de eigen schuld van den koper onmiddellijk met de gesubrogeerde vordering kan worden gecompenseerd. Boven is echter reeds gezegd, dat ook dan de subrogatie door de verlichting van den bewijslast voor den koper voordelig kan zijn. Haar werking is opvallender, wanneer in een enkel geval compensatie door de niet-opeischbaarheid der gesubrogeerde vordering onmogelijk is en de schuld dus toch moet worden betaald. Ik geef toe, dat de koper deze consequentie vrijwel steeds contractueel zal hebben uitgesloten, onmogelijk is dit geval echter niet en als zoodanig kan het ter verklaring van mijn standpunt wel dienst doen. Indien de koper dus in deze positie is geraakt, zal hij, zoodra de vordering opeischbaar is geworden, verhaal

kunnen nemen op den verkooper wiens schulden hij betaald heeft en daartoe kan hij dan ten volle van alle waarborgen, welke hij door de subrogatie verkregen heeft, gebruik maken. Ik geloof, dat de onzekerheid, welke t.a.v. dit artikel heerscht, voor een groot deel gelegen is in het feit, dat de eigen koopschuld van den koper en de schuld van den verkooper aan de hypothecaire crediteuren, niet voldoende gescheiden worden gehouden. Dit blijkt duidelijk uit de woorden van Suyling II 2, blz. 194: „De koper heeft ter zake van de door hem gedane betalingen niets van den verkooper te vorderen.” Dit kan echter slechts juist zijn, indien men aanneemt dat de koper door deze betalingen tevens zijn eigen schuld heeft betaald. Vat men het zoo op, dan kan evenwel van subrogatie in het geheel geen sprake zijn, want betaling eener eigen schuld kan nimmer dit gevolg hebben. Door de betaling aan de hypothecaire schuldeischers wordt alleen de schuld van den verkooper voldaan, aan de verplichting uit het koopcontract verandert hierdoor niets en deze blijft dan ook voortbestaan, tenzij zij onmiddellijk gecompenseerd kan worden door de gesubrogeerde vordering van de hyp. crediteuren. Dan is het ook duidelijk, dat de vordering zelf mede gesubrogeerd wordt en de koper ook de rechten op de medeverbonden goederen verkrijgt, want het bezwaar van Scholten, dat de koper waardevermindering van het goed zelf behoort te dragen, geldt dan niet meer, omdat de koper eventueel alleen op de medeverbonden goederen verhaal neemt om hetgeen hij voor den verkooper betaald heeft terug te krijgen.

Deze executie door den koper van medeverbonden goederen zal bovendien waarschijnlijk nooit voor komen, want gewoonlijk zal de gesubrogeerde vordering door compensatie met de koopschuld wel onmiddellijk teniet gaan of zal in het koopcontract het beding gemaakt zijn, dat de koper den koopprijs onder zich houdt tot de hypothecaire vordering opeischbaar is. Slechts indien dit niet geschied is en hij dus zoowel eenige der hyp. crediteuren als den verkooper den koopprijs heeft betaald, terwijl zuivering niet heeft plaats gevonden en het goed bovendien boven zijn waarde bezwaard is — een samenloop van omstandigheden welke in de practijk nauwelijks denkbaar is — zal de koper van zijn verhaalsrecht op de medeverbonden goederen gebruik moeten maken en dan kan dit ook billijk zijn, omdat de koper het tijdstip van ver-

koop niet in eigen hand heeft en de executie dus zeer wel op een oogenblik kan geschieden, dat het goed minder dan zijn eigenlijke waarde opbrengt.

Op de subrogatie in de rechten tegen den borg zal ik nader terugkomen bij de behandeling van de verhouding tusschen den derde-bezitter en den borg.

Een gevolg van het feit, dat de koper door de subrogatie een hypotheek op eigen goed verkrijgt, is, dat wanneer hij later zelf een hypotheek op ditzelfde goed geeft, deze in rang pas na de reeds daar op rustende hypotheeken zal komen, die niet uit den koopprijs konden worden voldaan. Want tot doorhaling van de afgeloste hypotheeken is alleen de gesubrogeerde bevoegd en hiertoe zal hij, zoolang er nog onbetaalde schuldeischers zijn, natuurlijk niet overgaan, omdat daardoor de hypotheek, die hij juist te zijner bescherming door subrogatie verworven heeft, teniet zou gaan. Mocht de betaalde schuldeischer de hypotheek zelf hebben doen doorhalen, dan zal dit, naar op blz. 38 gezegd is, geen effect hebben.

Zelfs indien hij na afbetaling van alle hypothecaire lasten, deze niet doet doorhalen, zal een later door hem zelf verleende hypotheek slechts in rang na die weliswaar afgeloste, maar nog niet doorgehaalde hypotheeken komen. Wel zal de hypotheeknemer hem er op opmerkzaam maken, dat er nog ander hypotheeken op het goed rusten en zal hij deze dan alsnog doen doorhalen om zijn crediet te verhoogen, ongerijmd is dit m.i. niet, zooals Scholten meent, althans niet ongerijmder dan de consequentie, die ook hij in een beperkte opvatting van art. 1438-2e moet aannemen, dat een koper op die wijze een hypotheek op zijn eigen goed verkrijgt.

2. Geen subrogatie na verkoop ingevolge art. 1223-lid 2 B.W.

Het boven verdedigde standpunt, dat art. 1438-2e als een normaal geval van subrogatie moet worden beschouwd en de koper derhalve in alle rechten van diens subrogans wordt gesteld, is vooral door de rechtspraak aanvaard, teneinde langs dien weg de nadeelige consequenties te ontgaan van de mandaatsleer, welke de Hooge Raad t.a.v. art. 1223-lid 2 B.W. huldigt. Hoewel in de rechtsliteratuur unaniem wordt verklaard, dat deze lastgevings-

theorie verwerpelijk is en een eerste hypotheekhouder bij verkoop krachtens dit artikel een eigen recht uitoefent, wordt door den H.R. onverbiddelijk verkondigd, dat een hypotheekhouder, die het beding van eigenmachtigen verkoop in de hypotheekacte heeft opgenomen, bij verkoop van het verbonden goed niet handelt uit eigen hoofde, doch hiertoe een onherroepelijke volmacht van den eigenaar heeft bekomen en slechts als diens vertegenwoordiger optreedt¹⁾.

In deze leer zal dus de koper opvolgen in den eigendom van den hypotheekgever en niet als rechtsverkrijger van den schuldeischer-executant kunnen worden beschouwd. Indien nu een eigenaar het bezwaarde goed in strijd met het beding van art. 1230 B.W. heeft verhuurd, zal hij, die dit goed ingevolge art. 1223-lid 2 heeft gekocht, zich niet tegen de huur kunnen verzetten, omdat dit recht alleen aan den hypotheekhouder en niet aan den eigenaar toekomt. Of dit in de leer van de juridische schrijvers wel mogelijk is kan ik hier niet bespreken. Wel past het echter hier wat nader in te gaan op één der middelen, die aan de hand zijn gedaan om den koper dit recht toch te verschaffen.

De Hooge Raad besliste namelijk in een arrest van 7 Nov. 1873 W. 3654, dat de koper door art. 1438-2e in de rechten van den schuldeischer was gesubrogeerd en dus ook diens rechten tegen den huurder had gekregen. Nadien is de H.R. niet meer geroepen zich hierover uit te spreken, maar door lagere organen werd meermalen in gelijken zin beslist²⁾.

De subrogatie van den koper in dit recht tegen den huurder stuitte natuurlijk op verzet bij de op blz. 67 genoemde schrijvers³⁾, die de meening zijn toegedaan, dat deze subrogatie alleen plaats vindt ter bescherming van den koper tegen latere hypothecaire crediteuren en deze dus niet kan treden in de rechten, welke een andere strekking hebben. Evenzoo het Hof te Amsterdam 29 Juni 1911 W. 9290 en de Rb. te 's-Gravenhage 6 Jan. 1921 WPNR 2673.

1) H.R. 5 Dec. 1872 W. 3543, 6 Maart 1914, N.J. 1914, 611, 30 Mei 1924, N.J. 1924, 839 W. 11256, 10 Mei 1929, N.J. 1929, 1585, W. 11985.

2) Rb. Utrecht 11 Jan. 1911, W. 9185, Rb. den Bosch 30 Maart 1917, N.J. 1917, 1154 W. 10200, Rb. Utrecht 17 Nov. 1924 W. 11432 en Rb. Tiel 26 Aug. 1925, W. 11421.

3) Zie eveneens van Nierop blz. 147, Land III 385, Asser—Scholten II, 477.

Men meende dit bezwaar evenwel te kunnen ondervangen door den koper bij overeenkomst te doen subrogeeren en door de Rechtbank te Haarlem 23 Febr. 1932 N.J. 1932, 602 werd dit principeel toegelaten.

Het wil mij echter voorkomen, dat men hier op een onjuisten grondslag voortbouwt, want welke positie men den schuldeischer t.a.v. art. 1223-lid 2 ook toekent, van subrogatie kan naar mijn meening bij verkoop ingevolge dit artikel geen sprake zijn¹⁾. In beide opvattingen voldoet namelijk de koper aan zijn eigen verplichting uit de koopovereenkomst. Hij betaalt den verkooper-executant niet met het doel om diens hypothecaire vordering te voldoen, maar omdat hij als koper verplicht is hem den koopprijs te betalen. Door deze betaling is zijn schuld gekweten en niemand zal er aan denken den koper een regresaanspraak tegen den eigenaar-hypotheekgever toe te kennen, alhoewel eerstgenoemde toch naast zijn eigen schuld tevens die van den hypotheekgever heeft gekweten. Dit dubbele gevolg zijner betaling heeft voor den koper echter geen beteekenis en interesseert te dezer plaatse ons ook niet, want in ieder geval heeft hij ook zijn eigen schuld betaald en deze behoort uitsluitend te zijnen laste te komen. Daar verder hij, die een eigen schuld voldoet, niet als derde persoon in den zin van art. 1436 B.W. kan worden beschouwd, zal van subrogatie in dit geval geen sprake kunnen zijn.

De fout der bestreden redeneering schuilt m.i. daarin, dat alleen onderzocht wordt *aan wien* de koper geacht wordt te hebben betaald — zeer begrijpelijk overigens, omdat dit in art. 1223 het groote twistpunt is —, zonder te vragen *wat* hij betaalt en dit laatste is voor de vraag of subrogatie al dan niet mogelijk is, beslissend. Doet men dit wel, dan blijkt, dat de koper steeds zijn eigen schuld voldoet, zoodat het hem onverschillig kan blijven aan wien hij eigenlijk heeft betaald en hoe de koopprijs besteed wordt.

De ratio der subrogatie ingevolge art. 1438-2e ontbreekt trouwens in dit geval ook, want de koper kan niet gedwongen worden nogmaals te betalen, omdat hij door de betaling juist zijn eigen schuld heeft gekweten. Ook uitwinning van zijn goed door

1) Of en op welke wijze de koper ex art. 1223 dan wel kan worden geholpen, kan hier niet besproken worden. Zie hiertoe echter v. Nierop blz. 147 e.v. en van Brakel WPNR 3171/72 en 3554.

latere hypothecaire crediteuren behoeft hij niet te vreezen, zooals van Brakel I, blz. 165 meent, omdat verkoop krachtens art. 1223-lid 2 met inachtneming van de voorschriften van art. 1255 moet geschieden en dus steeds zuivering mogelijk zal zijn. Indien de koper toch nalaat zuivering te vorderen, is er geen reden meer hem tegen latere uitwinning te beschermen, welke dan immers een gevolg is van zijn eigen onachtzaamheid.

Hetzelfde zal eveneens voor verkoop door den curator gelden, indien men van meening is, dat deze door die handelwijze optreedt als vertegenwoordiger der schuldeischers. In dien gedachtengang zal dan van subrogatie van den koper in het op blz. 70 besproken geval geen sprake kunnen zijn, want de curator heeft het goed dan verkocht als vertegenwoordiger van den hyp.-schuldeischer, zoodat deze dus als de eigenlijke verkoper moet worden beschouwd. Aan wie van beiden de koper de koopsom voldoet is dan onverschillig, want steeds zal hij daarmede zijn eigen schuld hebben voldaan¹⁾.

Hiermede is tevens de opmerking van Levenkamp in W. 9497, n.a.v. bovengenoemd arrest van den H.R. dd. 10 Jan. 1913, beantwoord, waar hij zegt: „Die aldus gewilde compensatie nu kan ik mij niet goed voorstellen. Ben ik zoo geheel mis, als ik meen, dat de schuld van de onbetaalde kooppenningen tengevolge van de betaling door den koper aan den hyp. schuldeischer is teniet gegaan?” Verkoopt de hyp. schuldeischer zelf ingevolge art. 1223, dan is de koper door hem te voldoen inderdaad bevrijd. Koopt hij echter van den curator, dan hangt m.i. de beantwoording zijner vraag af van het standpunt, dat men t.a.v. de positie van den curator inneemt.

Ook in dit geval is de subrogatie natuurlijk afhankelijk van de betaling en zal dus niet kunnen plaats vinden, indien de crediteuren door de niet-opeischbaarheid hunner vorderingen gerechtigd zijn de betaling te weigeren. De koper zal dus steeds zoo voorzichtig moeten zijn in de koopacte de bepaling op te nemen, dat de koopprijs strekken zal tot betaling der hypothecaire crediteu-

1) Of de positie van den curator in het faillissement inderdaad als zoodanig moet worden opgevat, komt hier niet voor bespreking in aanmerking, zie echter Völlmar, de Faillissementswet 1939, blz. 158 e.v.

ren. Want anders zal de koper, indien de schuldeischers de betaling mogen weigeren, genoodzaakt zijn den koopprijs aan den verkooper af te staan, waardoor hij de heilzame werking der subrogatie zal moeten ontberen.

Tenslotte acht ik het met van Bell, blz. 86, niet strict noodzakelijk, dat de koper persoonlijk den schuldeischer betaalt; ook den verkooper kan hij hiermede belasten, mits deze daarbij handelt in naam van den koper. Evenzoo de Rechtbank te Amsterdam, 20 Jan. 1930 N.J. 1930, 1157 W. 12116. Handelt hij echter op eigen naam, dan is het niet meer de koper, die betaalt, zelfs niet indien de verkooper de betaling verricht met de vermelding, dat het geld van den koper afkomstig is, Diephuis X 557.

C. SUBROGATIE INGEVOLGE ARTIKEL 1438—3e B.W.

Als derde geval van subrogatie van rechtswege noemt de wet die, welke plaats vindt ten behoeve van dengenen, die met anderen of voor anderen gehouden zijnde tot voldoening van eene schuld, belang hadden om dezelve te voldoen. Door de ruime qualificatie overtreft deze groep de andere in art. 1438 genoemde, verre in belang en ook elders in de wet vinden wij verschillende toepassingen van dit algemeene beginsel. Zie de artt. 1149, 1152, 1246 en 1877 B.W. en art. 284 W.v.K.

De historische ontwikkeling van art. 1438-3e is reeds vroeger besproken en zal trouwens bij de behandeling der bijzondere gevallen nader onder de oogen gezien worden. Hier kunnen wij dus direct over gaan tot een bespreking van de vraag, wie krachtens dit artikel sub 3 voor subrogatie van rechtswege na de betaling in aanmerking komen.

Welke eischen worden gesteld?

Naar het schijnt worden hier twee eischen gesteld: 1e, met of voor anderen gehouden te zijn tot voldoening van een schuld en 2e, belang bij de voldoening te hebben. Dit is echter naar van Bell, blz. 88 en Land IV 404, noot 1 reeds opmerkten, minder juist, want de eerste voorwaarde omvat reeds de tweede. Wie gehouden, verplicht is een schuld te voldoen, heeft daardoor belang zijn verplichting na te komen om vervolging door den schuld-eischer te ontgaan. Daarnaast kan hij natuurlijk tevens een ander belang hebben om de schuld van een ander te voldoen, voor de toepassing van art. 1438-3e is het belang, dat uit de gehoudenheid voortvloeit, echter reeds voldoende¹⁾.

De betaler behoeft dus slechts met of voor anderen gehouden te zijn eens anders schuld te voldoen, maar wie is nu „met” en wie „voor” anderen gehouden? Van Bemmelen, blz. 204, komt na een grondig historisch onderzoek tot de slotsom, dat hier geen bijzon-

1) Evenzoo van Brakel I 166 en Suyling II 2, blz. 191.

dere onderscheiding mede bedoeld kan zijn en geen gronden aanwezig zijn om, zooals algemeen gebruikelijk is, hoofdelijke schuldenaren tot hen, die „met anderen” gehouden zijn en borgen tot hen, die „voor anderen” gehouden zijn te rekenen. De Code spreekt van *avec d'autres et pour d'autres* en deze terminologie is letterlijk aan Pothier ontleend. Deze gebruikt, naar van Bemmelen vaststelt, in diens *Traité des Obligations* de woorden *pour d'autres et avec d'autres* ook niet om een scherpe onderscheiding te maken, want spreekt hij na *codébiteur solidaire* en *caution* soms van *avec d'autres et pour d'autres*, een ander maal laat hij hier *pour d'autres et avec d'autres* op volgen. „Ten bewijze dat ook bij Pothier (no. 280) „avec” niet op den *codébiteur solidaire*, „pour” niet op de *caution* slaat, kan ten overvloede strekken, dat terwijl alle drie malen eerst de *codébiteur solidaire*, daarna de *caution* vermeld wordt, de eerste maal daarop volgt „pour d'autres et avec d'autres”, de beide volgende malen „avec d'autres ou pour d'autres”. In no. 556 volgt weder „pour ou avec qui”.

Ik wil dan ook gaarne aannemen, dat men in deze woorden geen scherp onderscheid moet lezen. Indien hij echter tot de conclusie komt, dat „de wetgever zóó sprekende en den *codébiteur solidaire* en de *caution* ter zijde schuivende, slechts een beginsel heeft willen uitdrukken, dat nader zou worden toegepast ter plaatse waar het behoort”, kan ik niet meer met hem meegaan. Hij acht een regressie uit eigen hoofde en een actie door subrogatie van den schuld-eischer verkregen, naast elkaar niet bestaanbaar en verwerpt dientengevolge de subrogatie, met uitzondering van die in art. 1877 B.W., welk artikel hem te machtig is (blz. 198 e.v.). Onder-tusschen moet hij dan toch erkennen, dat den borg naast het vorderingsrecht door art. 1877 verkregen, ook de zelfstandige regressie van art. 1876 wordt gegeven. Wij hebben echter gezien, dat de werking der subrogatie juist afhankelijk is van de aanwezigheid van een eigen verhaalsrecht en daar zijn betoog geen aanhangers gewonnen heeft, zal ik er niet verder op ingaan¹⁾.

Ook in het spraakgebruik is „met of voor anderen gehouden” niet te separeren. Immers indien men zegt, dat onder „voor anderen” begrepen worden zij, die gehouden zijn een schuld te vol-

1) Zie hierover uitvoeriger Mej. Knap, blz. 49 e.v.

doen, welke hen persoonlijk niet aangaat, dan zouden hoofdelijke mede-debiteuren, die ieder voor een deel de schuld moeten dragen, tot het bedrag van hun aandeel *met* anderen gehouden zijn en voor het surplus *voor* de overige medeschuldenaren verbonden zijn, terwijl de borgen ieder afzonderlijk *voor* anderen gehouden zijn, doch onderling *met* elkander aansprakelijk zijn. Ik meen derhalve deze onderscheiding eenige waarde te mogen ontzeggen.

Wie voldoen aan deze vereischten?

Na deze uiteenzetting kunnen wij vragen: wie zijn nu met of voor anderen gehouden een schuld te voldoen? Het antwoord is, dat zij in een allen omvattende definitie gekwalificeerd kunnen worden als: Ieder, die met anderen éézelfden schuldeischer, hetzij krachtens een persoonlijke verbintenis, hetzij krachtens de betrekking tot een zaak, gemeen heeft en door dezen zijn eigen verplichting te voldoen, tevens den crediteur diens vorderingsrecht tegen de medeschuldenaren voor het geheel of voorzoover hij hem betaald heeft, ontnemt.

De personen, die aan deze definitie voldoen en dus bij betaling krachtens art. 1438-3e B.W. van rechtswege worden gesubrogeerd, kunnen in drie groepen worden verdeeld:

- Groep I.
1. De hoofdelijke schuldenaren, wier verbintenis hetzij uit overeenkomst, hetzij krachtens de wet een hoofdelijke kan zijn (art. 1318 B.W.). Zie blz. 91.
 2. De schuldenaren van toevallig samenloopende verbintenissen. Zie blz. 95.
 3. De schuldenaren eener ondeelbare verbintenis. Zie blz. 97.

Groep II. De borgen. Zie blz. 98.

Groep III. Zij, die zonder persoonlijke verbintenis niettemin door hun betrekking tot een zaak gehouden zijn de schuld van een ander te voldoen, waarvoor dat goed verbonden is.

1. De derde-bezitter van een onroerend goed, waarop door een ander hypotheek is verleend. Zie blz. 108.

2. De bezitter van een onroerend goed, die daarop een hypotheek heeft gevestigd voor de schuld van een ander. Zie blz. 120.
3. De derde-eigenaar, die zijn zaak voor een ander in pand heeft gegeven. Zie blz. 123.
4. De derde op wiens goederen de verhuurder krachtens art. 1186 B.W. bevoorrecht is. Zie blz. 123.

In de komende pagina's zullen de gevolgen der subrogatie ten aanzien van ieder dezer drie groepen nader onderzocht worden. Eerst wil ik evenwel uiteenzetten, waarom naar mijn meening ook de als derde groep genoemde personen voor subrogatie krachtens art. 1438-3e B.W. in aanmerking komen. Hierdoor kom ik namelijk in conflict met de tot voor kort vrijwel unaniem heerschende meening in rechtspraak¹⁾ en rechtslitteratuur van ons land, hoewel men in Frankrijk nooit gearzeld heeft in tegengestelden zin te beslissen en daar algemeen ook den derde-bezitter een beroep op art. 1251-3e C.C. (ons art. 1438-3e) toestaat²⁾.

Sinds eenigen tijd verrijzen echter ook bij ons, ondanks heftigen tegenstand, stemmen, die met deze opvatting wenschen te breken. Zoo heeft eerst Wittewaal in WPNR 2537, daarna Eggens in hetzelfde tijdschrift nos. 3132/34 een krachtig pleidooi voor een ruimere toepassing van deze bepaling gehouden en ook van Brakel I, blz. 167 sluit zich hierbij aan³⁾. Zelfs de Hooge Raad heeft in een zeer recent arrest van 22 Nov. 1940, dat nog niet gepubliceerd is, maar vermeld werd in het N.J. blad 1940, blz. 695 als rechtspraak van de week no. 97, verklaard, „dat wettelijke subrogatie ex art. 1438-3e niet alleen plaats heeft ten behoeve van hem, die met of voor anderen in zijn geheele vermogen voor de schuld aansprakelijk is, doch evenzeer ten dienste staat van den derden pandgever, die met een bepaald goed voor de voldoening van de schuld heeft in te staan.”

-
- 1) Met uitzondering van het Hof 's-Gravenhage 8 Mei 1882 W. 5019, waarbij een vonnis van de Rb. Middelburg 30 Juni 1880 W. 4615 werd bevestigd. Evenzoo Rb. Rotterdam 27 Nov. 1936 N.J. 1937, no. 381.
 - 2) Baudry-Lac. XIII, no. 1558; Planiol et Ripert VII, no. 1228, Colin et Capitant II, blz. 96.
 - 3) Evenzoo Spanjer, Maandbl. v. Belastingr. 1939, no. 24 en 1940 nos. 1 e.v.

Men zou vermoeden, dat de argumenten, die leiden tot afwijzing der subrogatie ten behoeve van den derde-bezitter, wel zeer zwaarwegend zullen zijn om zoowel in de jurisprudentie als in de litteratuur de schaal steeds ten nadeele van deze personen te doen uitslaan. Zij zijn dit m.i. echter geenszins, want één overweging is van dogmatischen aard en vindt haar grond in een gewijzigd spraakgebruik, terwijl de andere een historischen grondslag heeft en wel zeer weinig overtuigend mag worden genoemd.

Die van dogmatischen aard zal ik als belangrijkste tegenwerping het eerst behandelen. Het onoverkomelijke struikelblok is steeds geweest, dat men meent, dat iemand wiens goed hypothecair of op andere wijze voor de schuld van een ander verbonden is, niet zelf aansprakelijk is, maar slechts behoeft te gedoogen, dat de crediteur hierop door executie verhaal zoekt. Slechts het goed is verbonden, zoo redeneert men, van een persoonlijke verbintenis, zelfs in de kwaliteit van bezitter, kan hier geen sprake zijn. Een derde-bezitter zal wel degelijk belang hebben de schuld te betalen, maar dit is niet voldoende, want art. 1438-3e eischt tevens gehoudenheid en dit kan van den derde-bezitter niet gezegd worden. „Verbonden is alleen het goed, niet de derde-bezitter zelf; persoonlijk is deze niet met of voor anderen tot voldoening der schuld gehouden, en het geval waarvoor art. 1438-3e aan een betaling subrogatie verbindt, is dus niet aanwezig”, aldus b.v. Diephuis X 561¹⁾.

Ik geef direct toe, dat hij niet persoonlijk gehouden is, maar waar wordt deze eisch gesteld? *Persoonlijk* gehouden te zijn wordt door art. 1438-3e niet verlangd en is naar mijn meening ook niet in het enkele „gehouden zijn” begrepen, al zal dit gewoonlijk wél het geval zijn. Gehoudenheid beteekent immers de aansprakelijkheid van een vermogensbestanddeel voor een schuld en ingevolge art. 1177 B.W. is een persoon met zijn geheele vermogen voor zijn persoonlijke verbintenissen aansprakelijk. Ook *zonder* persoonlijke verbintenis kan iemand echter, zooals in ons geval de derde-bezitter van een bezwaard goed, met een deel van zijn vermogen voor de schuld van een ander aansprakelijk zijn. Losecaat Vermeer drukt dit uit door persoonlijke en zakelijke verhaalsaansprakelijk-

1) Evenzoo b.v. Suyling II 2, blz. 192, Land IV 405, Asser-Scholten II 505, van Nierop, blz. 217.

heid te onderscheiden. „Het verschil is, dat bij de persoonlijke verhaalsaansprakelijkheid een persoon aansprakelijk is met zijn vermogen, m.a.w. het vermogen aantastbaar is, omdat het aan dien persoon toebehoort, terwijl bij de zakelijke verhaalsaansprakelijkheid niet een persoon met een zaak, maar een zaak verbonden is, onverschillig wie haar eigenaar is.”

Steeds blijft het echter de persoon, die, hetzij als partij der verbintenis, hetzij als bezitter van het verbonden goed, voor een schuld aansprakelijk is. „Achter de zaak rijst steeds de persoon op, want al drukt men de tegenstelling het scherpst uit door te zeggen: de persoon „schuldet” de zaak (het vermogen) „haftet”, dit mag niet beletten te zien, dat achter de zaak oprijst de eigenaar (rechthebbende) daarvan, wiens zaak het is die haftet voor eigen of vreemde schuld. Zaak beteekent hier immers voorwerp van recht, vermogensobject, gewoonlijk eigendom, en als het dus niet een res nullius is die haftet, dan haftet het voorwerp van recht van iemand. Rechten op zaken van een ander houden altijd rechten in tegenover dien ander: het zakelijk recht relativeert zich altijd in een relatie van zakelijkgerechtigde tot eigenaar. Wischt men den persoon achter de zaak uit, dan dreigt het gevaar, dat men te veel abstraheert, dat men vergeet, dat een juridische constructie dient om een maatschappelijke verhouding van menschen daarin te vatten. Waar de persoon gesteld wordt, wordt de zaak (het vermogen) medegesteld, doch slechts als betrokken tot den persoon en waar de zaak wordt gesteld, wordt de persoon medegesteld, zij het slechts als betrokkene tot de zaak”, Eggens WPNR 3132.

Ik kan den lezer echter een verdere bespreking dezer kwestie besparen, want hoe dit ook zij, de ontwerpers van den Code en ons wetboek hebben nooit de bedoeling gehad „tenu” of gehouden alleen te gebruiken in den zin van persoonlijk gebonden. Eerst later werd er die beteekenis aan gehecht en geen wonder, dat men toen tot een andere conclusie kwam, want de taal werd een andere beteekenis gegeven, dan die welke de wetgever er aan hechtte. Om een goed begrip van de bedoeling van den wetgever te kunnen vormen behoort men zijn taal te spreken en de woorden der wet de beteekenis te geven, die daaraan ten tijde van haar totstandkoming werden gehecht. Het is zeer waarschijnlijk, dat een leven-

de taal gedurende bijna anderhalve eeuw eenige wijziging heeft ondergaan, men moet hier dan echter ook rekening mede houden en een bepaalden tekst met oude oogen uit den tijd harer totstandkoming lezen zonder een moderne interpretatie te geven, welke toentertijd onbekend was.

Zelfs indien in art. 1251-3e C.C. en art. 1438-3e B.W. in plaats van „tenu en gehouden”, van „obligé en verbonden” gesproken was, zou aan deze artikelen geen anderen uitleg gegeven kunnen worden, hoewel deze woorden nog veel meer aanleiding geven alleen aan een obligation of verbintenis te denken. Een bewijs, dat de ontwerpers van den Code met tenu of obligé niet alleen het oog hadden op de aansprakelijkheid uit een persoonlijke verbintenis, maar ook op die van den derde-bezitter, vinden we in art. 2167 C.C.: *Obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires*, terwijl in art. 2168 C.C. gezegd wordt: *Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué.*

Ook in ons land was men zich van geen onjuistheid bewust, toen men in het aan art. 2167 C.C. analoge art. 1257-3e lid B.W. zeide, dat „de koopers tot dezelfde verplichtingen zijn verbonden en dezelfde tijdsbepalingen en uitstellen genieten, als de oorspronkelijke schuldenaar.” Dit blijkt niet alleen uit den tekst, die slordig vertaald had kunnen zijn zonder dat er verdere aandacht aan geschonken werd, maar er is over dit artikel in de kamer een levendig debat gevoerd naar aanleiding van een opmerking door één der afdeelingen (Voorduin IV 671): „La section ne pense pas que l'intention de cette position soit d'obliger cet acquéreur comme débiteur personnel, mais seulement comme détenteur de l'hypothèque. Si l'on croit que la généralité des termes, pourrait faire concevoir quelque doute à cet égard, la section propose de rendre la disposition plus claire, en ajoutant les expressions: comme détenteur, qui se trouvent dans l'art. 2167 du Code français, dont notre troisième alinéa est tiré et dont l'omission pourrait fortifier la doute et donner à penser, qu'elle a été faite avec intention.”

Wel verre van hier aanmerking te maken op de terminologie, dat een derde-bezitter gehouden is voor een schuld waarvoor zijn goed verbonden is, vestigen zij hier juist doelbewust de aandacht

op het verschil tusschen „obligé comme débiteur personnel” en „obligé comme détenteur de l'hypothèque” en gold de aanmerking dan ook niet deze terminologie, maar uitsluitend de twijfel, die door de redactie van dit artikel ontstaan kon of de oorspronkelijke schuldenaar na verkoop van het verbonden goed wel verbonden bleef.

Ook bij de behandeling van artikel 1246 B.W. in de kamer blijkt overduidelijk, dat men den derde-bezitter in art. 1438-3e niet heeft willen uitsluiten. De vierde afdeeling maakte namelijk in Nov. 1833 (Voorduin IV 653) op de woorden in art. 1246 voorkomende: de derde-bezitter, die als daardoor uit kracht der wet in de rechten des schuldeischers zijnde getreden, is bevoegd....., de navolgende opmerking: „art. 1455 (B.W. 1830, nu 1438) sprekende van de subrogation de plein droit, bevat geene bepaling ten aanzien der schuldeischers, die zich in het onderwerpelijk geval bevinden. Zij zijn dus niet reeds uit kracht der wet in die rechten getreden, maar moeten bij dit artikel daartoe bevoegd worden verklaard”. Hierop antwoordde de Regeering echter: „Men vermeent, dat van die subrogatie uitdrukkelijk is melding gemaakt bij art. 1455 luidende: subrogatie heeft plaats uit kracht der wet: -3e, ten behoeve van dengenen..... Daar nu in het geval van art. e (nu 1246), de derde-bezitter, hypothecair met anderen verbonden was en belang had om die schuld of vrijwillig te kwijten of zijn goed door uitwinning niet te verliezen, zoo volgt daaruit, dat hij in de termen verkeert van art. 1455-3e”.

Indien men met van Bemmelen blz. 215 wil zeggen, „dat de Regeering zich geheel op het standpunt van den gewonen uitlegger plaatste en alleen beredeneerde wat logisch of begripmatig uit eene algemeene bepaling volgde (deductieve interpretatie)”, dan is mij dat goed; alleen moet men dan onder „gewone uitleggers” de ontwerpers van den Code verstaan en hun meening mag toch niet voorbij gezien worden. Mag men echter niet veeleer in art. 1246 B.W. een authentieke interpretatie zien van het reeds veel eerder tot stand gekomen art. 1438-3e? In art. 1246 wordt de subrogatie niet verleend, doch een beperking gemaakt op een recht, dat reeds in art. 1438-3e is toegekend. Was de regeering met de afdeeling medegegaan, dan zou waarschijnlijk of in art. 1246 of door een

wijziging van art. 1438, den derde-bezitter uitdrukkelijk subrogatie zijn toegekend. Nu dit echter onnoodig bleek te zijn, meen ik in art. 1246 een bevestiging te mogen zien van iets, dat reeds elders is vastgelegd.

Als conclusie van dit betoog tegen het dogmatische bezwaar, dat een derde-bezitter niet gehouden is, kan dus gezegd worden: Misschien is het in den tegenwoordigen tijd wel gerechtvaardigd in gehoudenheid uitsluitend een persoonlijke gebondenheid te lezen, al ben ik met Eggens van meening, dat dit een minder juist spraakgebruik is. Als argument tegen onze stelling is deze kwestie echter niet ter zake dienende, omdat zonder eenigen twijfel kon worden aangetoond, dat men er vóór en ten tijde van de totstandkoming van art. 1438 B.W. niet aan dacht de woorden tenu en gehouden een bijzondere beteekenis te geven en een derde-bezitter door zijn betrekking tot de zaak evengoed gehouden noemde als een schuldenaar door een persoonlijke verbintenis.

Het tweede bezwaar is van historischen aard en werd vooral door van Oven in het N.J. blad 1929, blz. 393 e.v. aangevoerd ter bestrijding van de opvattingen van Eggens. Zooals echter zoo dikwijls bij een historisch onderzoek blijkt, kan steeds als men niet onbevooroordeeld tegenover het te onderzoeken punt staat, in de geschiedenis bevestiging van een meening worden gevonden, terwijl tegenstanders ter staving hunner beweringen zich eveneens op de geschiedenis kunnen beroepen.

Zoo is het ook hier. Van Oven meent na een grondig onderzoek van de bronnen van den Code tot de conclusie te moeten komen, dat de derde-bezitter niet begrepen kan zijn onder hen, die met of voor anderen gehouden zijn tot voldoening eener schuld, terwijl Baudry XIII no. 1558₁ het tegendeel aanneemt en zegt: „Cette solution trouve un point d'appui dans la tradition, car nos anciens auteurs reconnaissaient au tiers détenteur comme au coobligé et à la caution le droit de requérir la cession d'actions”.

Ook van Oven wil natuurlijk niet ontkennen, dat dit het geval is, want daartoe zegt Pothier te duidelijk in de Cout. d'Orléans no. 75, in de paragraaf handelende over la subrogation qui se fait en vertu de la requisition qui en est faite: „Un coobligé, une caution, un tiers détenteur de biens hypothéqués sont en droits lors-

qu'ils paient, d'exiger que le créancier les subroge en tous ses droits, actions, privilèges et hypothèques: ils sont en droit de lui dire, ou déchargez-nous ou subrogez-nous". Maar, zegt van Oven, de ontwerpers van den Code hebben art. 1251-3e niet aan de Coutumes ontleend, doch aan de Traité des Obligations, want alleen in deze laatste gebruikt Pothier de woorden pour d'autres et avec d'autres, welke in de Coutumes niet te vinden zijn. Zoo zegt hij bijvoorbeeld in de Traité no. 555 in antwoord op de zelf gestelde vraag: Qui sont ceux qui en payant une dette ont droit de se faire céder les actions du créancier contre les autres débiteurs qui en sont tenus?, het volgende: Sur cette question on doit tenir pour principe, que tous eux qui sont tenus d'une dette pour d'autres ou avec d'autres par lesquels ils en doivent être acquittés soit pour le tout soit pour partie, ont droit en payant la dette, de se faire céder les actions du créancier contre les autres débiteurs qui en sont tenus. En, vervolgt van Oven t.a.p. blz. 399 „geen enkele maal in het gansche betoog wordt gesproken van den tiers détenteur, maar aan hem wordt, nadat de uiteenzetting omtrent hen die zijn „tenus" of die samen zijn débiteurs, nog een afzonderlijk woord gewijd in no. 558, zoodat het reeds hierdoor duidelijk is, dat Pothier wel diens subrogatierecht erkent, maar niet als één van diegenen, die zijn tenus avec d'autres ou pour d'autres".

Dit is echter voor Pothier niet de reden geweest om den derde-bezitter afzonderlijk te noemen, want in no. 558 wijst hij er slechts op, wat hij overigens in de Coutumes reeds heeft gezegd, dat aan de derde-bezitters zelfs zonder subrogatie te requireeren, reeds een beperkte subrogatie van rechtswege toekwam. Wilde hij echter in alle rechten van den schuldeischer gesubrogeerd worden, dan moest hij evenals de codébiteur solidaire en de caution, bij de betaling subrogatie verlangen en dát heeft Pothier reeds uitgedrukt in no. 555, want ook bij hem heeft *tenu* niet de beperkte beteekenis van persoonlijke gehoudenheid.

Van Oven meent echter, dat ook Pothier *tenu* in dezen laatsten zin opvat en hij beroept zich hiertoe op hetgeen Pothier zegt ter bestrijding van de meening van Dumoulin, dat ook de codébiteur solidaire, de caution en de tiers détenteur van rechtswege zouden worden gesubrogeerd. Hoewel Dumoulin wél voortdurend het oog heeft op de derde-bezitters, laat Pothier, aldus van Oven, bij zijn

weerlegging van diens opvatting in de Tr. des Obl. no. 280 stelselmatig na van dezen te spreken, „vermoedelijk, omdat hij het zuivere juridische spraakgebruik wilde herstellen, dat aan debere en obligari en teneri (die Dumoulin geregeld bezigt), de beteekenis hecht van schuldig en persoonlijk aansprakelijk zijn”.

Ik zie dit echter niet in, want het geheele betoog van Pothier dient slechts om te ontkennen, dat de débiteur solidaire ou une caution ou quelqu'autre personne que ce soit, qui paie ce qu'elle doit pour d'autres ou avec d'autres¹⁾, van rechtswege zou worden gesubrogeerd en hij had hier geen aanleiding den derde-bezitter met name te noemen, omdat hij deze kwestie bespreekt in het hoofdstuk over hoofdelijkheid. Dat hij hier niet de nevenbedoeling kan hebben gehad om een juist spraakgebruik te herstellen, blijkt uit het feit, dat hij in de Coutumes den derde-bezitter „tenu hypothécairement” noemt in tegenstelling tot een persoonlijk schuldenaar als „tenu personnellement”²⁾.

Het was dus eigenlijk onjuist hier van een zelfstandige tegenwerping van historischen aard naast één op dogmatische gronden te spreken, want de eerste vindt haar beantwoording reeds in de weerlegging van de tweede. Veeleer meen ik juist in de historische argumentatie van van Oven een bevestiging van onze stelling te zien, want het staat als een paal boven water, dat ook Pothier den derde-bezitter een subrogatierecht toekende en het is niet aan te nemen, dat de ontwerpers van den Code, die overigens Pothier geheel navolgden, op dit punt van zijn standpunt zouden zijn afgeweken, zonder er met een enkel woord melding van te maken.

Ook van Oven kan dit niet gelooven, doch hij meent, dat de wetgever dit principe niet in art. 1438-3e, maar op een geheel andere plaats in zeer dubbelzinnige bewoordingen in art. 1252 B.W. zou hebben neergelegd. Waarom zou men echter den derde-bezitter in art. 1438-3e, de meest voor de hand liggende plaats om alle gevallen van subrogatie, althans in beginsel te noemen, de subrogatie onthouden hebben, om hem dit recht weer in een ander artikel toe

1) Hier zien wij, dat een débiteur solidaire *pour d'autres* geacht wordt te zijn gehouden Verg. blz. 79.

2) Verg. Eggens WPNR 3133, waar hij de argumenten van v. Oven uitvoerig weerlegt.

te kennen, waar wel zeer veel goede wil toe noodig is om dit er in te lezen?

Naar mijn meening kan men zelfs met den besten wil van de wereld in art. 1252 B.W. geen toekenning van een subrogatierecht lezen en ik behoef dit niet nader te verklaren, want van Oven zelf schijnt dit bij nader inzien niet te willen doen, immers op blz. 402 vraagt hij: „Faalt de heerschende meening dan, waar zij in art. 1252 een uitdrukkelijke erkenning leest van een eigen verhaalsrecht van den derde-bezitter?” en zijn antwoord daarop is: „Ik zou dit niet gaarne volhouden. Wat de wetgever gewild heeft met het overnemen van dit voorschrift, weten wij niet, maar zooals het daar nu eenmaal staat, een verhaalsrecht voorschrijvend op den schuldenaar als zoodanig, is er alles vóór, het te blijven verklaren, zooals men sedert decenniën doet, n.l. als bron van een recht van verhaal uit eigen hoofde”. Mij is dan echter de conclusie zijner redeneering niet duidelijk, als hij zegt: „Aldus beschikken dan beiden (derde-bezitter en derde-pandgever) over twee aanspraken jegens den schuldenaar, die van den schuldeischer, waarin zij gesubrogeerd zijn en de eigen aanspraak ontleend aan 1252”. Waar haalt hij dan echter het recht om gesubrogeerd te worden vandaan? Gezien het voorgaande blijkbaar niet uit art. 1252, want hier grondt hij alleen de eigen regresactie op en natuurlijk ook niet uit art. 1438-3e, want in zijn betoog heeft hij zich juist beijverd dit artikel niet toepasselijk te verklaren. Andere mogelijkheden noemt hij niet, zoodat ik wel moet aannemen, dat hij de subrogatie toch op art. 1252 wil baseeren, zooals hij aanvankelijk wilde, waardoor dit artikel zoowel de subrogatie als de eigen regresactie zou toekennen. In dien deze conclusie juist is, zijn de wonderen de wereld nog niet uit!

Tenslotte brengt Opzomer VII 84, nog een bezwaar te berde om art. 1438-3e op den derde-bezitter toepasselijk te verklaren, want, zegt hij, het sub 2 genoemde zou dan geheel overbodig worden¹⁾. Ook dit gaat echter niet op, want ten eerste kan het voorkomen, zooals ik reeds bij art. 1438-2e heb opgemerkt, dat een koper nog geen eigenaar is, omdat levering nog niet heeft plaats

1) Ook Planiol II, no. 497, acht art. 1251-2e naast 3e C.C. overbodig.

gevonden, terwijl in de tweede plaats art. 1438-2e alleen voorziet in het geval, dat het goed onder bezwarenden titel is overgegaan; in andere gevallen kan alleen art. 1438-3e den verkrijger hulp bieden.

Als argument, dat art. 1438-2e naast 3e ook in de ruime opvatting wel degelijk een zelfstandig bestaansrecht toekomt, wordt door Texier blz. 116 aangevoerd, „que dans ce cas le tiers acquéreur qui solde son prix d'acquisition, paie sa propre dette, et alors on aurait pu soutenir que, n'acquittant pas la dette d'autrui, il ne doit pas être subrogé légalement". Dit is m.i. echter niet juist, want ook de koper betaalt, zooals op blz. 73 is betoogd, alleen de schuld van zijn verkooper; zijn eigen schuld aan den verkooper blijft bestaan en gaat alleen door compensatie teniet.

Deze overwegingen hebben mij de overtuiging geschonken, dat ook de op blz. 81 in groep III genoemde personen, voor subrogatie krachtens art. 1438-3e B.W. in aanmerking komen en ik wil hopen, dat het arrest van den Hoogen Raad van 22 Nov. 1940 de heerschende meening in andere banen zal weten te leiden.

Thans zullen in de navolgende bladzijden de bijzondere gevolgen der subrogatie voor de drie op blz. 81 genoemde groepen nader beschouwd worden.

GROEP I.

1. De schuldenaren eener hoofdelijke verbintenis.

Een verbintenis kan blijkens art. 1318 B. W. door den uitdrukkelijken wil der partijen of krachtens een wetsbepaling voor hoofdelijk worden gehouden, waarop de bepalingen van de artikelen 1314—1331 B.W. van toepassing zijn. Slechts de passieve hoofdelijkheid is voor ons onderwerp van belang en deze wordt in art. 1316 als volgt omschreven: Er heeft hoofdelijke verbintenis van de zijde der schuldenaren plaats, wanneer zij allen verplicht zijn tot eene en dezelfde zaak, zoodat elk hunner voor het geheel kan worden aangesproken en de voldoening door een van hen ge-

schied, de overige schuldenaars ten aanzien van den schuldeischer bevrijdt.

Indien een der hoofdelijke schuldenaren, wien de schuld slechts ten deele aangaat, door den schuldeischer tot betaling wordt aangesproken en dezen de geheele schuld voldoet, zal hij dus slechts voor het deel, dat hij zelf behoort te dragen zijn eigen schuld hebben betaald, voor de rest heeft hij die van de anderen gekweten.

Voor het deel, dat hij niet zelf behoort te dragen, wordt hem in art. 1329 B.W. een verhaalsrecht op de anderen toegekend, terwijl hij bovendien door art. 1438-3e B.W. in de rechten van den schuldeischer wordt gesubrogeerd, omdat hij door het hoofdelijk karakter zijner verbintenis gehouden was ook het aandeel der anderen te betalen.

Niettemin verklaarde de Proc.-Gen. Noyon in zijn conclusie voor het arrest van den Hoogen Raad dd. 16 Maart 1922 N.J. 1922, 502 W. 10919, dat art. 1438 „in al zijn onderdeelen spreekt van hem, die zonder verplichting voor den schuldenaar betaalt en daardoor treedt in de rechten van den schuldeischer. Dit geldt ook van de bepaling van art. 1438 sub 3e, betreffende het voldoen van eene schuld door eenen medeschuldenaar, die de geheele schuld voldoet, niet uit hoofde van een verplichting, maar op grond van zijn belang. Als zoodanig is echter de hoofdelijk verbonden medeschuldenaar niet aan te merken, deze betaalt niet voor een ander, niet zonder verplichting en op grond alleen van zijn belang, maar lost zijn eigene schuld af, waarvoor hij voor het geheel verbonden is". Hij concludeert derhalve, dat een hoofdelijk verbonden medeschuldenaar door betaling niet geacht kan worden van rechtswege in de rechten van den schuldeischer te zijn gesubrogeerd.

De H.R. overwoog echter zonder nader commentaar, „dat in den zin van art. 1438-3e B.W. de hoofdelijke medeschuldenaar, die door den gemeenschappelijken schuldeischer tot betaling aangesproken, dezen voldoet, iemand is, die met anderen gehouden zijnde tot voldoening van die schuld, belang heeft om dezelve te voldoen”.

Dit lijkt mij ook nauwelijks voor betwisting vatbaar. Enkel belang is in art. 1438-3e niet voldoende¹⁾ want dit artikel eischt

1) Aldus ook Rb. Breda 2 Jan. 1912, W. 9447.

toch uitdrukkelijk, dat men met of voor anderen „gehouden” moet zijn en wie zonder verplichting betaalt, kan toch moeilijk geacht worden hiertoe gehouden te zijn. Aldus ook de Rechtbank te Utrecht 21 Oct. 1925 W. 11472. Dat hij niet voor een ander zou betalen is ook onjuist, want door de schuld geheel te voldoen, komt hij wel een eigen verplichting na, maar dat doet niet af aan het feit, dat hij daarmede naast zijn eigen schuld tevens die van zijn mededebiteuren heeft betaald. In den gedachtengang van den P.G. zou dan zelfs de borg niet voor een ander betaald hebben, want ook hij voldoet door betaling aan een eigen verplichting.

Een hoofdelijke debiteur, die de schuld betaald heeft, zal dus met de gesubrogeerde vordering van den schuldeischer op zijn mededebiteuren verhaal kunnen zoeken en van Brakel I 2 § 259, blz. 65, is van meening, dat dit in art. 1329 B.W. nader wordt uitgewerkt. Liever zou ik echter met Suyling ¹⁾ en Losecaat Vermeer ²⁾ zeggen, dat hem evenals den borg in art. 1876 en 1877, twee acties ten dienste staan, een zelfstandig verhaalsrecht uit art. 1329 naast de vordering waarin hij gesubrogeerd is. Zooals van Brakel het ziet, zou namelijk een schuldenaar zijn verhaalsrecht verliezen, indien de gesubrogeerde vordering aan een korten verjaringstermijn is gebonden en hij deze niet voor dien tijd heeft ingesteld, terwijl hij in onzen gedachtengang ook na verjaring van de gesubrogeerde vordering nog gedurende 30 jaar na de betaling zijn eigen verhaalsrecht uit art. 1329 behoudt. Dit laatste is meer in overeenstemming met het wezen der subrogatie, welke slechts dient om het verhaal te bevorderen en den gesubrogeerde dus niet in zijn rechten mag verkorten.

a. Verhouding debiteur—mededebiteur.

In de eerste plaats zal de hoofdelijke schuldenaar door de subrogatie de rechten van den schuldeischer tegen diens medeschuldenaren verkrijgen. De vraag in hoeverre hij wordt gesubrogeerd heeft tot veel verschil van meening aanleiding gegeven en heeft Opzoomer V 252 zelfs tot de conclusie doen komen dat hier van subrogatie in het geheel geen sprake kan zijn, omdat de gesubro-

1) II 2, blz. 197.

2) Asser-Losecaat Vermeer III 1, blz. 113.

geerde naar zijn meening evenals de schuldeischer van ieder zijner medeschuldenaren het geheel zou kunnen vorderen en dit zou lijnrecht in strijd zijn met het bepaalde in art. 1329. Pothier Tr. des Obl. no. 281 wijst deze consequentie eveneens van de hand uit de overweging, dat anders een circuit d'actions zou ontstaan: „car celui de mes débiteurs, à qui j'aurais fait payer le total de la créance, ma part déduite, aurait droit en payant, d'être pareillement subrogé aux actions du créancier, sous la déduction de la part dont il est lui-même tenue; et en vertu de cette subrogation il aurait droit d'exiger de moi, sous la déduction de sa part, ce qu'il m'aurait payé, puisque je suis moi-même tenu de la solidité". Ook Texier blz. 52 e.v. wijdt er vele bladzijden aan om te betoogen, dat de hoofdelijke schuldenaar slechts voor ieders aandeel tegen de medeschuldenaren wordt gesubrogeerd.

De oplossing lijkt mij evenwel niet moeilijk. Op blz. 24 e.v. hebben wij gezien, dat een derde-betaler tot het betaalde bedrag in de rechten van den schuldeischer wordt gesubrogeerd. De hoofdelijke schuldenaar kan dus in principe ieder zijner medeschuldenaren voor de geheele betaalde som, na aftrek van zijn aandeel in de schuld, aanspreken. Maar tevens zagen wij, dat de subrogatie hare werking zal missen voorzoover een eigen verhaalsrecht ontbreekt en dit laatste is ingevolge art. 1329 B.W. beperkt tot ieders aandeel in die schuld, zoodat de gesubrogeerde vordering den hoofdelijken schuldenaar ook slechts tot dat bedrag tegen ieder zijner mededebiteuren van nut kan zijn. Indien hij namelijk toch krachtens de subrogatie ieder voor het geheel aanspreekt, kunnen de mededebiteuren diens vordering afwijzen met een beroep op art. 1329, dat hun aansprakelijkheid te dezer zake juist tot hun aandeel beperkt¹⁾.

b. Verhouding debiteur—borg.

Vervolgens kan de gesubrogeerde hoofdelijke schuldenaar krachtens art. 1439 B.W. ook in de rechten tegen den borg worden gesubrogeerd. Op blz. 23 is reeds bij de bespreking van het

1) Dit exceptief beroep op de interne verhouding wordt ook door Suyling II 2, blz. 129 in een soortgelijk geval aan den debiteur toegekend.

arrest van den H.R. 16 Maart 1922 uiteengezet, wat het gevolg is van de subrogatie tegen den borg, die zich voor allen of voor enkelen, waaronder de betaald hebbende schuldenaar, heeft borg gesteld. Indien deze zich evenwel slechts voor een of meer van de andere schuldenaren heeft borg gesteld, zal de hoofdelijke schuldenaar, die betaald heeft, den borg evengoed als den debiteur voor wien deze zich heeft gesteld, voor diens aandeel in de schuld kunnen aanspreken.

Ging de schuld, als in art. 1331 B.W. wordt gezegd, slechts één van de hoofdelijke debiteuren aan en is het ook deze, die den schuldeischer betaalt, dan zal subrogatie niet plaats vinden, want subrogatie veronderstelt in art. 1436 een derden persoon, die de schuld betaalt en hier is het de hoofdschuldenaar zelf die den crediteur voldoet.

Tenslotte kan de hoofdelijke debiteur na subrogatie rechten verkrijgen op een goed, dat door een der anderen voor de schuld is verbonden. Ook hier zal hij voor het aandeel van hem, die het goed verbonden heeft, verhaal op dit goed kunnen zoeken, ook indien dit inmiddels in andere handen is overgegaan (art. 1209 B.W.).

2. De schuldenaren van toevallig samenlopende verbintenissen.

Naast de verbintenissen, die door een wetsbepaling of door den uitdrukkelijken wil der partijen voor hoofdelijk worden gehouden, zijn er nog andere gevallen waarin ieder van meer schuldenaren voor het geheel aansprakelijk wordt gehouden, met dien verstande dat de schuldeischer van één betaling ontvangende, zijn aanspraken tegen de anderen verliest¹⁾. Zoo neemt de rechtspraak veelal aan, dat indien een onrechtmatige daad door meer personen begaan is, ieder voor de geheele schade aansprakelijk is. Zoo kunnen zoowel de meester door art. 1403 als de ondergeschikte door art. 1401 voor de geheele schade aansprakelijk zijn. Evenzoo de brandstichter en de verzekeraar, aan wien de wetgever in art. 284 W.v.K. in het bijzonder het recht om gesubrogeerd te worden verleende.

1) Zie over dit onderwerp uitvoeriger Suyling II 2, blz. 126.

Het ligt niet in mijn bedoeling hier nader te bespreken in hoeverre de bepalingen der hoofdelijkheid ook op deze z.g. toevallig samenlopende verbintenissen toepassing behooren te vinden ¹⁾, want hoe dit ook zij, de schuldenaren van deze verbintenissen voldoen in ieder geval aan de eischen, welke op blz. 81 gesteld zijn en ieder van hen zal dus na betaling van de schuld, die hij niet alleen behoort te dragen, van rechtswege worden gesubrogeerd. Het zal dan evenwel van de aanwezigheid van een eigen regresactie afhangen of de subrogatie hem al dan niet baten kan. Verg. blz. 22.

In gelijken zin overwoog de Hooge Raad 30 Jan. 1931 N.J. 1931, 764 W. 12267, „dat op art. 1438-3e slechts in die gevallen met vrucht een beroep kan worden gedaan, waarin tusschen onderscheidene schuldenaren van elders een rechtsband bestaat, in dier voege, dat het òf de schuld is van één en de anderen gehouden zijn, die voor hem te voldoen, òf het een schuld geldt, die naar de onderlinge verhouding gemeenschappelijk moet worden gedragen, zoodat zij met elkander tot voldoening gehouden zijn.” In het onderhavige geval — aansprakelijkheid van opvolgende houders van een niet volgestort aandeel — ontbrak volgens de Hooge Raad een rechtsband, waarop een eigen regresaanspraak kon berusten en derhalve kon ook op subrogatie geen beroep worden gedaan. Hieruit blijkt, dat de rechtspraak niet spoedig een stilzwijgende regresaanspraak aanvaardt en zich bij gebreke van een wettelijke bepaling of eenig beding daaromtrent, niet gerechtigd beschouwt de schuldenaren tot interne verrekening gehouden te verklaren. Zie ook Suyling II 2, blz. 135. De schuldenaren van samenlopende verbintenissen verkeeren dus veelal in een ongunstiger positie dan de hoofdelijke debiteuren, want voor de laatsten is in art. 1329 een regresregeling getroffen, terwijl de eersten alvorens op subrogatie een beroep te kunnen doen moeten aantoonen, dat zij ook een eigen regresaanspraak hebben en dit wordt hen door de rechtspraak niet gemakkelijk gemaakt. Maar slagen zij hierin, dan is al hetgeen hierboven over de hoofdelijke debiteuren gezegd werd, mutatis mutandis ook op hen toepasselijk.

1) Zie hiertoe Asser-Losecaat Vermeer III 1, blz. 90 e.v., van Brakel I 2, blz. 48 e.v.

3. De schuldenaren eener ondeelbare verbintenis.

Ook voor de schuldenaren eener ondeelbare verbintenis geldt hetzelfde als voor de solidaire debiteuren is gezegd, want ook hier moet een der schuldenaren de geheele prestatie verrichten, al behoort zij mede ten laste der anderen te komen.

Indien de verbintenis zich heeft opgelost in een verplichting tot schadevergoeding, zal het afhangen van het standpunt, dat men te dien aanzien inneemt of subrogatie al dan niet kan plaats vinden. Neemt men namelijk met Land IV 149 aan, dat ook de verplichting tot schadevergoeding ondeelbaar is, dan zal ook hij, die deze schadevergoeding betaalt, worden gesubrogeerd en van ieder der anderen hun aandeel kunnen terugvorderen. Zegt men echter, zooals gewoonlijk¹⁾ geschiedt, dat ieder alleen voor zijn aandeel tot schadevergoeding gehouden is, dan valt er niets te verhalen en betaalt één van hen toch het aandeel der anderen, dan wordt hij daarmee niet van rechtswege gesubrogeerd, omdat hij niet gehouden was aldus te handelen.

Tot hen, die met of voor anderen gehouden zijn een schuld te voldoen, rekent Laurent XVIII no. 96 ook die schuldenaren, die niet solidair verbonden zijn, maar voor ieders schuld een gemeenschappelijke hypotheek hebben gegeven. „Deux débiteurs simplement conjoints ont hypothéqué un fonds commun, l'un est tenu avec l'autre, car l'hypothèque est indivisible; en payant sa part, le codébiteur ne peut en affranchir le fonds commun, tous deux ont intérêt à se libérer”. Indien echter één van de twee zijn schuld betaalt zal subrogatie niet intreden, want deze voldoet dan alleen wat hij zelf schuldig is. Slechts wanneer een van beiden zijn verplichting niet nakomt en de ander, om executie van zijn goed te voorkomen, ook diens aandeel betaalt, zal deze laatste als derdebezitser van een goed, dat verbonden is voor een schuld, die hem niet geheel aangaat, van rechtswege in de rechten van den schuldeischer worden gesubrogeerd.

1) Diephuis X 232, Asser-Losecaat Vermeer III 1, blz. 80, Suyling II 2, blz. 149.

GROEP II.

De gevolgen der subrogatie t.a.v. de borgten.

Zooals door art. 1857 B.W. wordt gezegd, verbindt een borg zich ten behoeve van den schuldeischer om aan de verbintenis van den schuldenaar te voldoen, indien deze niet zelf zijn verplichtingen nakomt. Hieruit blijkt, dat ook een borg in de termen van art. 1438-3e valt en ten overvloede wordt dit nog eens uitdrukkelijk in art. 1877 B.W. erkend.

Men zou uit de woorden van dit artikel „de borg treedt van rechtswege in alle de regten welke de schuldeischer tegen den schuldenaar gehad heeft”, de gevolgtrekking kunnen maken, dat hij op grond van de woorden „gehad heeft” alleen gesubrogeerd wordt in de rechten, die de crediteur ten tijde van het aangaan van den borgtocht gehad heeft. De Fransche tekst luidt echter: „*tous les droits qu'avait le créancier*” en bij de beraadslagingen in de Kamer heeft men er met geen woord op gewezen met deze onnauwkeurige vertaling een bijzondere bedoeling te hebben gehad, Voorduin V 420. Ook uit het feit, dat art. 1877 niet anders dan als toepassing van het algemeene beginsel van art. 1438-3e moet worden beschouwd¹⁾, volgt, dat hier de gevolgen van subrogatie geen beperking ondergaan en de borg dus evenals alle andere gesubrogeerden de rechten verkrijgt, welke de schuldeischer ten tijde der betaling tegen den schuldenaar bezat.

Doordat de werking van de subrogatie afhankelijk is van de aanwezigheid van een eigen verhaalsrecht, zal de borg van de verkregen rechten geen gebruik kunnen maken, indien hij door art. 1879 B.W. de zelfstandige regresaanspraak van art. 1876 mist en ook wanneer hij den schuldeischer betaald heeft vóórdat de schuld opeischbaar is, zal hij eerst na de opeischbaarheid der vordering verhaal kunnen zoeken. Neemt men met Land V 740 en

1) Aldus b.v. ook van Vliet, Jaarb. v. d. Ver. v. Dir. v. Hyp. banken, 25e jrg., blz. 286 en Rb. Maastricht 22 Jan, 1931, N.J. 1931, 842 W. 12388.

anders dan Korthals Altes, blz. 96 aan, dat het verhaalsrecht geen essentieel bestanddeel van den borgtocht is, dan zal de borg, indien hij tegenover den schuldenaar van zijn verhaalsrecht afstand heeft gedaan, dezen afstand door uitoefening van de door subrogatie verkregen rechten natuurlijk niet weer ongedaan kunnen maken. Verg. blz. 22.

Bij vergelijking van art. 1876, waarin den borg een zelfstandige regresactie wordt toegekend, met art. 1877, zien wij, dat de borg soms naast hetgeen hij aan den schuldeischer heeft betaald, bovendien nog vergoeding van kosten, schaden en interessen van den schuldenaar kan terugvorderen. Naar op blz. 27 reeds is opgemerkt, zal de borg alleen tot het bedrag van de gesubrogeerde vordering van de rechten van den schuldeischer gebruik kunnen maken; wat hem daarenboven nog toekomt, kan alleen zijn eigen regresactie uit art. 1876 hem geven, zoodat de subrogatie dus evenmin overbodig is naast de eigen regresaanspraak, als deze laatste naast de gesubrogeerde vordering¹⁾. Wie na lezing van het voorgaande (blz. 19 e.v.) nog mocht twijfelen aan de noodzakelijkheid, beide acties een zelfstandig bestaansrecht naast elkaar toe te kennen, zal m.i. na vergelijking van deze twee artikelen wel tot inkeer moeten komen, al houdt van Bemmelen (verg. hierboven blz. 80) niettemin voet bij stuk. Toch ziet hij zich genoodzaakt voor den borg een uitzondering op den regel te maken en daarmede heeft naar mijn meening zijn geheele theorie haar kracht verloren.

a. Verhouding borg - debiteur.

In de eerste plaats zal de gesubrogeerde borg de rechten van den schuldeischer tegen den debiteur en eventueele mede-debiteuren verkrijgen. Indien er slechts één debiteur was, zullen zich geen complicaties voordoen. De borg wordt dan na betaling ten volle gesubrogeerd in de rechten van den schuldeischer tegen dien debiteur. Hiermede kan gelijkgesteld worden het geval, dat er verscheidene niet-solidair verbonden mede-schuldenaren zijn, terwijl

1) Evenzoo Hofmann II 2, blz. 450.

een derde zich voor allen tot borg heeft gesteld. De borg heeft dan eigenlijk voor ieder een zelfstandigen borgtocht aangegaan.

Verder kan zich het geval voordoen, dat verscheidene schuldenaren voor eenzelfde schuld hoofdelijk verbonden zijn en een derde zich voor allen tot borg heeft gesteld. Hierin voorziet art. 1878 B.W. door te bepalen, dat een borg dan na betaling op ieder der hoofdelijke schuldenaren voor het geheel verhaal kan nemen met de actie van art. 1876, zoodat hij ook ieder der debiteuren voor het volle door hem betaalde bedrag met de gesubrogeerde vorde- ring kan aanspreken.

Groot verschil van meening vinden wij echter bij de schrijvers ten aanzien van de gevolgen der subrogatie van een borg, die zich slechts voor één of enkele van de debiteuren eener hoofdelijke verbintenis heeft verbonden. Niemand betwist, dat hij als in het vorige geval, ten volle gesubrogeerd wordt in de rechten van den schuldeischer tegen die hoofdelijke debiteuren, voor wie hij zich wel heeft borg gesteld. Ten onzent wordt echter gewoonlijk aangenomen¹⁾, dat de borg na betaling geen verhaal zal kunnen nemen op die medeschuldenaren, voor wie hij zich niet heeft verbonden, want zegt b.v. Land V 744: „Hij kan zich niet beroepen op de subrogatie van art. 1877, welke alleen de rechten, die de schuldeischer had tegen den hoofdschuldenaar, geeft. Ook kan de borg niet geholpen worden door de bepaling, dat de hoofdelijke schuldenaar, die betaalt, verhaal op zijn mede-schuldenaren heeft (art. 1329 B.W.), daar de borg niet vanzelf in de rechten van zijn hoofdschuldenaar treedt en aanspraken op grond van waarneming van de belangen der anderen kunnen evenmin worden gemaakt, daar toch de borg niet geacht kan worden bij de betaling aan hunne belangen gedacht te hebben.” Slechts van Bell, blz. 116, vond ik bereid den borg een verhaalsrecht te geven tegen die schuldenaren, voor wie hij zich niet heeft verbonden, en wel tot het bedrag waarvoor zij gebaat zijn.

In Frankrijk daarentegen wordt den borg steeds een verhaalsrecht toegekend en verschilt men alleen van meening ten aanzien der vraag of de borg, na aftrek van het aandeel van den debiteur voor wien hij verbonden is, ieder der overige hoofdelijke schulde-

1) Diephuis XIII 374, Opzoomer XI 161, Hofmann II 2, blz. 451.

naren voor het geheele restant kan aanspreken¹⁾, dan wel van ieder slechts diens aandeel in de schuld kan vorderen²⁾.

Naar mijn meening verdient laatstgenoemde opvatting de voorkeur te worden gegeven. De aanmerking van Land, dat de borg alleen in de rechten tegen den hoofdschuldenaar wordt gesubrogeerd, mist een wettelijken grondslag, want de tekst van art. 1877 stelt dezen eisch niet en luidt algemeen, dat de borg in alle rechten van den schuldeischer tegen den schuldenaar treedt. Dat de wetgever hier in het enkelvoud van „schuldenaar” spreekt, kan evenmin tot deze conclusie leiden, want in art. 1878 wordt de borg gesubrogeerd in de rechten van den schuldeischer tegen *alle* schuldenaren en de wetgever heeft bij de redactie van art. 1877 dus klaarblijkelijk alleen het normale geval voor oogen gehad, dat geen hoofdelijkheid aanwezig was. Ook werd in de Kamer bij de behandeling van dit artikel niets gezegd, waaruit blijken kan, dat men een beperking wilde maken op art. 1438-3e B.W., Voorduin V 420.

Wel ben ik het met Land eens, dat de borg hier niet tevens in de rechten van den debiteur wordt gesubrogeerd, want dit subrogatierecht vindt in de wet geen enkelen steun, al wordt deze opvatting door niemand minder dan Pothier, Tr, des Obl. no. 440, verdedigd: „Lorsque la caution ne s'est rendue caution que pour l'un des débiteurs solidaires et non pas pour les autres, elle n'a, après qu'elle a acquitté la dette, d'action directe que contre celui qu'elle a cautionné: elle peut seulement, comme exerçant les droits et actions de son débiteur, exercer celles que ce débiteur, en acquittant la dette, aurait pu exercer contre eux et de la même manière qu'il les aurait exercés.”

Ik heb echter weer bezwaren als Land zegt, dat den borg geen zelfstandig verhaalsrecht toekomt tegen de medeschuldenaren, voor wie hij zich niet heeft verbonden. Indien hij daartoe aanvoert, dat hij zich niet op zaakwaarneming kan beroepen, omdat hij niet geacht kan worden aan de belangen der anderen te hebben gedacht, zou ik willen opmerken, dat de borg wel steeds zal weten, dat zijn debiteur met anderen hoofdelijk verbonden is. Dat een derde zich borg zal stellen zonder naar den aard van de schuld

1) Aldus Colin et Capitant II, blz. 743.

2) In dien zin Baudry-Lac. XXIV, no. 1122.

te informeeren, kan ik mij niet voorstellen en veelal zal juist het hoofdelijk karakter der verbintenis hem hiertoe doen besluiten; zijn aansprakelijkheid wordt dan immers met anderen gedeeld en maakt het aangaan van een borgtocht minder bezwaarlijk. Ook indien de hoofdelijkheid op een wetsbepaling berust, zal hij steeds geacht kunnen worden dit te weten, indien de aard van de schuld hem bekend is.

Wel zal een derde, die zijn verplichting als borg nakomt, niet uitsluitend eens anders belang hebben waargenomen, maar dit vereischte voor zaakwaarneming sluit geenszins uit, „dat hij daarbij en daardoor tegelijk zijn eigen belangen kan dienen”, aldus van Brakel II 1 § 3 nt. 3. Voldoende is naar mijn meening, dat de borg *weet*, dat hij door de betaling mede de belangen van anderen heeft behartigd, waarbij het, naar Land IV 280 en van Brakel t.a.p. nt. 2 opmerken, onverschillig kan blijven of hij precies weet *wiens* belangen hij bezorgd heeft.

Mocht in een enkel geval de aanwezigheid van andere hoofdelijke debiteuren den borg onbekend zijn gebleven, dan kan deze nog altijd probeeren op hen verhaal te nemen met de algemeene actie wegens ongerechtvaardigde verrijking. Wel is deze actie bij ons niet zoo algemeen gebruikelijk als in Frankrijk de overeenkomstige action de in rem verso¹⁾, doch ook in ons recht vindt men er verscheidene voorbeelden van, cf. de artt. 657, 658, 1423, 1487 en 1576t B.W. Het zou toch wel zeer onbillijk zijn het risico van de insolventie der hoofdelijke schuldenaren, voor wie de borg zich verbonden heeft, geheel van de schouders der overige debiteuren op die van den borg af te wentelen. Ook zij zijn door de betaling van den borg t.o.v. den schuldeischer bevrijd en zouden, indien betaling door een der mede-debiteuren geschied was, ex art. 1329 B.W. regresplichtig zijn. Mogen zij nu van deze verplichting worden ontslagen door de toevallige omstandigheid, dat de schuldeischer den borg van een hunner collega's aansprak en deze debiteur niet in staat is zijn borg schadeloos te stellen? En art. 1329-2e lid legt hen nog wel de verplichting op het aandeel van een onvermogen mede-debiteur om te slaan! De mede-

1) Zie hiervoor Colin et Capitant II, blz. 414. Men vergelijkte echter ook van Brakel II 1 § 24 en 25, en van Goudoever, Bijdragen tot de leer der zaakwaarneming, blz. XXXVI, alwaar verdere verwijzing naar litteratuur.

debiteuren, voor wie de borg zich niet heeft gesteld, zijn voor ieders aandeel in de schuld door diens betaling gebaat en tot dat bedrag behoort de borg op hen verhaal te kunnen nemen, waartoe hij dan eveneens van de gesubrogeerde rechten gebruik kan maken. De oplossing van Colin et Capitant t.a.p.¹⁾ lijkt mij onjuist, want in die opvatting zou een borg ook die schuldenaren kunnen aanspreken, die geen aandeel in de schuld hebben en in hun onderlinge verhouding tot de anderen eigenlijk eveneens borgen zijn, art. 1331. Dezen zijn door de betaling dus niet gebaat, zoodat zij tegenover den borg niet regresplichtig zijn en dientengevolge ook de subrogatie den borg geen hulp kan bieden.

b. Verhouding borg - medeborg.

Volgens art. 1439 wordt een gesubrogeerde eveneens in de rechten van den schuldeischer tegen de borgen gesteld en de borg zal dus na subrogatie ook van de rechten van den crediteur tegen diens medeborgen gebruik kunnen maken²⁾. Dit is echter weer afhankelijk van zijn eigen verhaalsrecht en wij zullen hieronder zien in hoeverre hij zijn medeborgen uit eigen hoofde kan aanspreken.

Voor de gevolgen der betaling door een borg tegen diens medeborgen, vinden wij in art. 1881 B.W. een gebrekkige regeling. Dit artikel behelst, dat wanneer een der borgen na hiertoe in rechten te zijn aangesproken of ingeval van faillissement van den schuldenaar, de schuld betaalt, deze op ieder der medeborgen voor hun aandeel verhaal kan nemen. Deze bepaling bevat echter geen dwingend recht, zoodat partijen contractueel een andere regeling kunnen treffen. De wetgever heeft een wettelijk verhaalsrecht evenwel tot de in art. 1881 genoemde gevallen beperkt, omdat hij den medeborg niet voor vrijwillig gedane betalingen aansprakelijk heeft willen stellen, Voorduin V 422.

Onjuist is het dus, indien van Bell blz. 115 noot 2 zegt, dat een borg, die op een andere wijze dan de in art. 1881 genoemde gevallen betaalt, zich toch een verhaalsrecht kan verschaffen door zich conventioneel in de rechten van den schuldeischer tegen de

1) zie blz. 101 noot 1.

2) Evenzoo Hofmann II 2, blz. 455.

medeborgen te doen subrogeeren. Art. 1881 onthoudt hem in dat geval juist een verhaalsrecht en zonder een eigen regresaanspraak kan ook de subrogatie hem geen baat brengen. Zoo besliste ook de rechtbank te Alkmaar 24 Nov. 1927 W. 11886, dat een overeenkomst geen middel kan zijn om subrogatie te verkrijgen, waar deze werkelijk is uitgesloten. Maar tevens nam zij aan, dat van subrogatie van een borg in de rechten van den schuldeischer tegenover diens medeborgen nooit sprake kan zijn, naar van Vliet blz. 305 zegt, omdat „de bepaling van art. 1438-3e B.W. niet van toepassing is op de onderlinge verhouding tusschen den betalenden borg en den schuldeischer, in wiens plaats hij treedt tegenover den hoofdschuldenaar.” In gelijken zin Hof 's-Gravenhage 22 Maart 1929 N.J. 1929, 1367 W. 12079 en Rb. Haarlem 26 Maart 1935 N.J. 1937 no. 339.

Deze opvatting is evenwel in strijd met art. 1439 en werd m.i. alleen als zoodanig geformuleerd om ontduiking van art. 1881 te voorkomen. In genoemde procedures kon de borg namelijk niet op grond van art. 1881 verhaal zoeken op zijn medeborgen, omdat hij niet betaald had in één der beide daar genoemde gevallen. Langs een omweg trachtte hij dit door een beroep op subrogatie toch te bereiken. Terecht werd dit hem onmogelijk gemaakt, evenwel op minder juiste wijze, want men had kunnen volstaan met te constateeren, dat het verhaalsrecht op de medeborgen uitsluitend geregeld wordt door art. 1881 en dus, behoudens afwijkend beding, beperkt wordt tot de twee gevallen in dat artikel genoemd. Wel zal een borg na betaling krachtens art. 1439 steeds ook in de rechten tegen de medeborgen gesubrogeerd worden, maar waar een eigen verhaalsrecht ontbreekt, zal ook de subrogatie haar werking missen.

Met uitzondering van Diephuis XIII 404 wordt algemeen ¹⁾ aangenomen, dat art. 1881 op alle borgen toepasselijk is, onverschillig of de medeborgen zich gelijktijdig met of na hem, die betaalde, verbonden hebben, want de wet geeft voor een andere interpretatie harer woorden geen aanleiding. Ook de rechtspraak sluit zich hierbij aan, H.R. 26 Juni 1925 N.J. 1925, 967 W. 11427.

Zal een borg ook zijn verhaalsrecht behouden tegen een medeborg, wiens verplichting door den schuldenaar is kwijtgescholden?

1) Opzoomer XI 185, Land V 754, Hofmann II 2, 455.

Deze vraag moet m.i. zeer zeker bevestigend beantwoord worden, ook indien de ontslagen borg zich eerst na de anderen verbonden heeft. Blijkens art. 1478 B.W. blijven de overige borgen verbonden ¹⁾ en door een hunner van zijn verplichtingen te ontslaan, heeft de schuldeischer dezen slechts ten opzichte van zichzelf bevrijd, want aan de onderlinge verhouding van de borgen kan hij door deze handelwijze niets veranderen. Pothier geeft in de Tr. des Obl. no. 557 de medeborgen in dat geval het recht een beroep te doen op de exceptio cedendarum actionum (art. 1885 B.W.): „La raison de cette décision est que lorsque plusieurs personnes se rendent ensemble cautions pour un débiteur principal, elles comptent sur le recours qu'elles auront les unes contre les autres; ce n'est que dans cette confiance qu'elles contractent leur engagement, qu'elles n'auraient pas contracté sans cela: il n'est donc pas juste que le créancier les en prive par son fait.”

Nu echter in ons recht den borgen door art. 1876 B.W. een zelfstandig verhaalsrecht is gegeven, zal een beroep op art. 1885 gewoonlijk niet noodig zijn, want door de kwijtschelding ontnemt de schuldeischer den medeborgen in den regel geen enkel recht, dat hen niet reeds uit eigen hoofde toekwam. Slechts indien de bevrijde borg den crediteur eenige zekerheid had gegeven voor zijn voorwaardelijke verplichting, zullen de anderen met een beroep op art. 1885 eveneens bevrijd zijn, want dan heeft de crediteur hen eventueele subrogatie in deze zekerheidsrechten onmogelijk gemaakt ²⁾.

In dit verband is het wellicht nuttig art. 1885 wat nader te bekijken. Het ligt niet in mijn bedoeling hier na te gaan of een borg ook volledig ontslagen wordt, indien hij slechts gedeeltelijk verhinderd wordt in de rechten van den schuldeischer te treden of een voor hem geheel waardeloos recht teniet is gegaan ³⁾. Wel is het echter van belang te onderzoeken of ook een hoofdelijke schul-

1) De H.R. 21 Febr. 1913, N.J. 1913, 577, W. 9492 besliste, dat art. 1478 ook op den hoofdelijk verbonden borg van toepassing is en niet art. 1476. Zie echter Hof Amsterdam 22 Jan. 1922, W. 9397 en Scholten WPNR 2470.

2) Zie ook Korthals Altes, blz. 114 e.v.

3) Zie hiervoor Diephuis XIII 415 e.v., Korthals Altes blz. 105.

denaar, een derde-bezitter of een derde-hypotheekgever, kortom allen die van rechtswege gesubrogeerd worden, een beroep op dit artikel mogen doen.

In het Romeinsche recht ¹⁾ kwam oorspronkelijk de *exceptio cendarum actionum* slechts toe aan den *mandator pecuniae credendae*, omdat deze zonder de acties van den schuldeischer geheel rechteloos zou zijn, want een eigen actie tegen den schuldenaar, aan wien door zijn opdracht een derde geld had geleend, had de *mandator* niet. De gewone borgen echter hadden wel recht op *cessio* van acties, maar den *crediteur* werd jegens hen niet de verplichting opgelegd om voor de instandhouding van zijn rechten zorg te dragen en hij was bevrijd door deze over te dragen, voorzover ze bij de betaling aanwezig waren. Justinianus kende de borgen evenwel het *beneficium excussionis* toe ²⁾ en Troplong (ad art. 2037 C.C.) meent, dat hierdoor den schuldeischer dezelfde verplichtingen werden opgelegd als bij het *mandatum pecuniae credendae*. De schuldeischer zou immers door zijn rechten prijs te geven den borg kunnen verhinderen zich op het voorrecht van uitwinning te beroepen. Hij noemt deze exceptie dan ook een natuurlijk gevolg van het voorrecht van uitwinning en wil allen, die dit voorrecht genieten een beroep op art. 2037 C.C. (art. 1885 B.W.) toestaan. Hoe hij dan echter verklaren kan, dat een borg blijkens art. 1869 B.W. afstand van dit voorrecht kan doen zonder tevens het recht te verliezen een beroep op art. 1885 te doen, is mij niet duidelijk geworden.

Men doet dan ook beter, zooals alle schrijvers thans doen, deze exceptie met de subrogatie en niet met het voorrecht van uitwinning in verband te brengen. Zooals Diephuis XIII 418 reeds zeide: „of de borg het voorrecht van uitwinning kan inroepen of niet, is wel van invloed op de vordering van den schuldenaar, niet op zijn subrogatie in de regten van den schuldeischer en ook niet op den waarborg, dien art. 1885 hem te dien aanzien geeft.”

Hoe dit alles ook zij, Pothier gaf den hoofdelijken schuldenaar (Tr. des Obl. no. 557) en den derde-bezitter (Tr. des Hypothèques no. 104) het recht van deze exceptie gebruik te maken en in navolging van hem besliste men in Frankrijk aanvankelijk evenzoo. Ten

1) Girard, blz. 807.

2) May, blz. 495, Modderman III, blz. 183.

onrechte echter, want indien ons artikel 1885 niet in de wet was opgenomen, zou niemand er over gedacht hebben den schuldeischer deze verplichting op te leggen, onverschillig of men haar nu met het voorrecht van uitwinning dan wel met de subrogatie in verband brengt. Nu deze bepaling in den titel van borgtocht is opgenomen, mag zij niet uitgebreid worden tot andere gevallen, waarin zij eveneens redelijk zou zijn. Zoo de wetgever de bedoeling gehad had dit recht te geven aan allen, die ingevolge art. 1438-3e van rechtswege gesubrogeerd worden, dan zou hij dat daar en niet bij de behandeling van een bijzonder geval hebben voorgeschreven.

Dit wordt thans zoowel in ons land ¹⁾ als in Frankrijk ²⁾ eenstemmig aangenomen. De Fransche schrijvers ³⁾ maken nochtans één uitzondering voor den derde-hypotheekgever, omdat deze eigenlijk zeer weinig van den persoonlijken borg verschilt. Ik geef toe, dat het wenschelijk zou kunnen zijn hem in dit opzicht met den persoonlijken borg gelijk te stellen, maar met Diephuis XIII 419 ben ik van meening, dat zelfs t.a.v. dezen z.g. „zakelijken borg” art. 1885 geen analogische toepassing toelaat.

Op de goederen, welke door den schuldenaar of een medeborg voor de schuld zijn verbonden, zal de borg evenals de schuldeischer, tot het bedrag van zijn verhaalsrecht tegen die personen verhaal kunnen zoeken. Op zijn positie t.o.v. derde-bezitters en derde-hypotheekgevers zal ik hieronder nader terugkomen.

GROEP III.

De gevolgen der subrogatie t.a.v. hen wier goed voor de schuld van een ander is verbonden.

Achtereenvolgens zullen de gevolgen der subrogatie besproken worden t.o.v. hen, die zonder zelf schuldenaar te zijn, krachtens

-
- 1) Diephuis XIII 415, Opzoomer XI 199, Land V 762, van Vliet, blz. 289 en 312, Rb. Amsterdam 31 Dec. 1931, W. 12484.
 - 2) Baudry-Lac. XXIV no. 1189, Colin et Capitant II, blz. 741.
 - 3) Baudry-Lac. XXIV no. 1187, Colin et Capitant II, blz. 940.

hun betrekking tot een zaak gehouden zijn voor een schuld van een ander, waarvoor dat vermogensbestanddeel is verbonden. De verdeeling zooals die op blz. 81 is gegeven, hieronder in acht worden genomen.

1. De derde-bezitter van een onroerend goed, waarop door een ander hypotheek is verleend.

Juister was het misschien geweest hier van onroerende „zaken” te spreken, want niet alleen de lichamelijke onroerende zaken zijn vatbaar voor vervreemding en bezwaring, maar ook de onlichamelijke (art. 564 B.W.) kunnen overgedragen en met hypotheek bezwaard worden blijkens art. 1210 B.W.¹⁾.

Ik heb dit echter niet gedaan, omdat ik alleen de gevolgen der subrogatie t.a.v. derde-bezitters van gehypothekeerde lichamelijke onroerende zaken behandelen zal. Voor de andere in art. 1210 genoemde onroerende zaken geldt evenwel *mutatis mutandis* hetzelfde.

a. Wie is derde-bezitter?

Wie zijn nu als derde-bezitters van een onroerend goed gehouden voor een schuld? Ik gebruik hier in navolging van de wet, die in de artt. 1242-1252 B.W. spreekt „Van de gevolgen der hypotheeken tegen derde-bezitters”, dezelfde terminologie, al is deze niet geheel juist. Asser-Scholten II 500 spreekt dan ook alleen van „derde-eigenaren”, terwijl Land III 397 nt. 4 verklaart, dat „de derde eigenaar kan zijn, als de overdracht zonder eenig gebrek is, anders is hij slechts bezitter; de term derde-bezitter is dus voorzigtiger dan derde-eigenaar.” Het woord „derde-bezitter” is evenals in art. 976 B.W. een onnauwkeurige vertaling van het Fransche „tiers détenteur” en men zal deze benaming waarschijnlijk gebruikt hebben om daardoor reeds aan te geven, wat nader in art. 1242 wordt bepaald, n.l. dat de schuldeischer zijn hypothecaire rechten tegen iederen houder van het bezwaarde goed kan ver-

1) Al aarzelt men veelal dit ook voor het recht van vruchtgebruik te erkennen en acht men dan alleen het vruchtgenot voor overdracht en bezwaring vatbaar. Zie hierover van Nierop, blz. 39 e.v.

volgen. De overige artikelen van deze afdeeling wijzen er echter op, dat de wetgever alleen een regeling heeft willen treffen voor hen, die houden als eigenaar, want art. 1249 b.v. zou anders onverklaarbaar zijn en ook het gebruik van de woorden „verhaal tot vrijwaring” in art. 1252 wijzen in deze richting.

Hoe dit ook zij, twijfel over de vraag wie de wetgever in art. 1246 B.W. als derde-bezitters beschouwt, is uitgesloten, nu wij hiervan in art. 1438-3e een nadere preciseering vinden. Als derde-bezitter kan iemand slechts voor subrogatie in aanmerking komen, indien hij gehouden is de schuld van een ander te voldoen en dit kan men slechts zijn als eigenaar van het bezwaarde goed. Indien een derde alleen een zakelijk of persoonlijk recht op een zoodanig goed heeft, zal hij wel belang hebben de schuld af te lossen om te voorkomen, dat hij door uitwinning het genot van zijn recht verliest, maar hij is dan niet gehouden voor de schuld, want het goed maakt geen deel van zijn vermogen uit. Anders zou het natuurlijk zijn, indien het zakelijk recht zelf met hypotheek bezwaard was, want dit vormt wel een deel van zijn vermogen en als „eigenaar” van dit zakelijk recht zou hij dan wel gehouden zijn.

Het is mij dan ook een raadsel hoe Land II 396 zeggen kan, dat een vruchtgebruiker, die de schuld betaalt, waarmede het goed waarop hij het recht van vruchtgebruik heeft, bezwaard is, naast het verhaalsrecht, dat hem in art. 846 B.W. wordt gegeven, bovendien nog het recht toekomt om krachtens art. 1246 in de rechten van den schuldeischer te worden gesubrogeerd. Nog verder gaat Texier, blz. 121, die ook den erfpachter in dat geval van rechtswege gesubrogeerd acht, ondanks zijn voorafgaande opmerking, dat een gewoon pachter of huurder niet gesubrogeerd wordt, omdat deze wel belang heeft bij de betaling, maar niet voor de schuld is gehouden. Zelfs dit belang zal veelal ontbreken, want ingevolge art. 1612 B.W. wordt de huur, behoudens afwijkend beding, door uitwinning van het goed niet verbroken.

Alleen de eigenaar van een bezwaard goed is met dat vermogensbestanddeel voor de schuld gehouden en zoo omschrijven ook Colin et Capitant II 964 de tiers détenteurs als „propriétaires de l'immeuble hypothéqué”. Ik zal dan ook alleen de terminologie van den wetgever blijven gebruiken om de derde-bezitters van onlichamelijke onroerende zaken niet uit te sluiten, want men kan

toch moeilijk spreken van den derde-eigenaar van een gehypothekeerd zakelijk recht.

b. Verhouding derde-bezitter—debiteur.

Als derde-bezitter zal men gewoonlijk het belaste goed hebben gekocht hetzij van den schuldenaar hetzij van iemand, die zelf reeds derde-bezitter was. In het eerste geval kan de nieuwe eigenaar, na uitwinning of na de hypothecaire schuld te hebben voldaan, zoowel een vordering tot vrijwaring ex art. 1528 B.W. als de gesubrogeerde vordering van den schuldeischer tegen den verkooper-schuldenaar bezitten. In het tweede geval heeft hij tegen den verkooper alleen de vordering tot vrijwaring of indien hij liever den schuldenaar zelf aanspreekt, tegen dezen naar keuze de eigen vordering van art. 1252 B.W. en de gesubrogeerde actie van den schuldeischer.

De derde-bezitter zal natuurlijk slechts of van den verkooper of van den schuldenaar schadeloosstelling kunnen ontvangen, want indien dit door één van beiden geschied is, zal daarmede het verhaalsrecht tegen den ander teniet zijn gegaan. Zoekt hij evenwel verhaal op den verkooper, dan zal deze laatste op zijn beurt weer van rechtswege in de rechten tegen den eigenlijken schuldenaar gesubrogeerd worden. De verkooper was immers met den schuldenaar gehouden den koper te vrijwaren, zóó dat door betaling van een hunner, het verhaalsrecht van den koper tegen den ander teniet ging. Hij behoort dus tot de in groep I onder 2 genoemde personen en had den schuldenaar ook reeds uit eigen hoofde kunnen aanspreken met een actie uit zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking.

Ook kan het voor komen, dat de derde-bezitter gesubrogeerd wordt in de rechten van den schuldeischer tegen verscheidene hoofdelijke debiteuren. Hij zal dan den hoofdelijken debiteur, die oorspronkelijk de hypotheek heeft verleend, voor het geheel kunnen aanspreken of ieder der andere debiteuren voor het aandeel in de schuld, waarvoor zij door zijn betaling gebaat zijn. Hier gelden dezelfde argumenten, die op blz. 100 zijn aangevoerd

ter bescherming van den borg, die zich voor enkele der hoofdelijke debiteuren verbonden heeft.

Ontvangt de koper de zaak krachtens art. 1223-lid 2 direct uit handen van den schuldeischer-executant, dan zal, naar op blz. 74 e.v. is uiteengezet, van subrogatie geen sprake kunnen zijn.

De derde-bezitter kan niet alleen door koop den eigendom van het goed hebben verworven, maar ook als legataris of begiftigde kan hij eigenaar zijn geworden. Voor den legataris vinden wij in art. 1152 B.W. zelfs uitdrukkelijk vermeld, dat deze na betaling van de schuld, waarvoor het gelegateerde goed is bezwaard, van rechtswege in de rechten van den schuldeischer tegen de erfgenamen wordt gesubrogeerd.

In geval van schenking zal de derde-bezitter bij latere uitwinning aan de subrogatie geen rechten tegen den schenker kunnen ontleenen, omdat hij in dat geval door art. 1711 B.W. een eigen regresrecht tegen den gever mist¹⁾. Dit artikel luidt, dat de schenker in geval van uitwinning tot geen vrijwaring gehouden is en met uitwinning kan blijken art. 1252 vrijwillige betaling om deze uitwinning te voorkomen, gelijk gesteld worden. De subrogatie zal dan voor den derde-bezitter slechts nut hebben, indien de schenker zelf reeds derde-eigenaar was en de regresaanspraak van art. 1252 tegen den schuldenaar-hypotheekgever dus wel behouden blijft.

Art. 1149 B.W. noemt bovendien nog het geval, dat een der rechtsopvolgers onder algemeenen titel een goed wordt toebeedeeld, waarop een hypotheek rust, die nog niet overeenkomstig art. 1148 B.W. vóór de verdeeling is afgelost of verrekend. Betaalt hij dan later de schuld af, dan wordt hij in de rechten van den schuldeischer gesubrogeerd ter verzekering van zijn verhaal tegen de andere erfgenamen, die volgens art. 1146 naar evenredigheid van hun aandeel in de nalatenschap, mede voor de schuld gebonden waren.

1) Ook zonder deze bepaling zou de conclusie niet anders geluid hebben, daar toch de regels van koop en verkoop niet zonder meer op schenking van toepassing kunnen worden geacht; zie Land V 463 en Hofmann II 2, blz. 298.

c. Verhouding derde-bezitter — borg.

De derde-bezitter zal voorts, blijkens art. 1439, door de subrogatie tevens in de rechten van den schuldeischer tegen de borgen treden. Dit kan zich voordoen, indien een crediteur naast een hypotheek tevens een borgstelling heeft verlangd en de debiteur het belaste goed vóór de voldoening der schuld van de hand heeft gedaan. Door deze consequentie der subrogatie ten gunste van den derde-bezitter te aanvaarden, komt men echter voor complicaties te staan, want ook de borg wordt na betaling in de rechten van den schuldeischer tegen den derde-bezitter gesubrogeerd.

De Fransche schrijvers weigeren dit gevolg dan ook te aanvaarden en verschillen slechts van meening of nu den borg dan wel den derde-bezitter subrogatie in de rechten tegen den ander moet worden onthouden ¹⁾. Want, zegt men, indien beiden van rechtswege tegen elkander zouden worden gesubrogeerd, wordt den schuldeischer de keus gelaten op wiens schouders hij het volle risico van de insolventie van den schuldenaar wil doen rusten, of zou, van den anderen kant gezien, dit gevolg afhangen van de toevallige omstandigheid, dat één van beiden het eerst presteert. Texier, blz. 131 drukt dit als volgt uit: „Il en résulterait ce fait inadmissible que le premier des deux, qui aurait payé le créancier, se trouvait affranchi de tout le fardeau de la dette; ce serait en quelque sorte une prime à la vitesse!” Dit is echter niet geheel juist, want indien men beiden gerechtigd acht van de verkregen rechten tegen elkaar gebruik te maken, zou de derde-bezitter, na door den borg met de rechten van den schuldeischer te zijn aangesproken, op zijn beurt na betaling aan den borg gesubrogeerd worden en aldus het betaalde van dezen kunnen terugvorderen. Hiermede zou dan de onderlinge verrekening tusschen den borg en den derde-bezitter haar beslag hebben gekregen zonder de mogelijkheid van een verderen kringloop open te laten, want ook indien de derde-bezitter het eerst betaalt, zou de borg uiteindelijk de schuld moeten dragen. Wel zou ook hij weer na restitutie aan den derde-bezitter gesubrogeerd worden, hierdoor zal hij dan echter geen aanspraken tegen den derde-bezitter kunnen verkrijgen, want

1) Planiol et Ripert VII no. 1241, Colin et Capitant II 743.

diens goed is reeds door zijn eigen betaling van de hypotheek bevrijd (art. 1247 B.W.) en hiermede heeft zijn aansprakelijkheid een einde genomen.

Ik behoef hier echter niet verder op in te gaan door de argumenten te noemen, waarop enkelen den borg, de meesten evenwel den derde-bezitter een subrogatierecht tegen den ander denken te kunnen onthouden, want de wet geeft geen aanleiding deze differentiatie te maken. Colin et Capitant II 743 onthouden den derde-bezitter de subrogatie tegen den borg, maar baseeren, althans te dezer plaatse¹⁾, deze beslissing niet anders dan op billijkheidsoverwegingen: „Néanmoins il ne faut pas hésiter à donner la préférence à la caution, car elle a certainement compté sur l'hypothèque pour garantie de son recours, et l'aliénation de l'immeuble par le débiteur ne saurait la priver de cette garantie.” Voorwaar een zeer zwak argument om iemand een recht, dat hem door de wet zonder voorbehoud wordt verleend, weer te ontnemen. Art. 1438-3e juncto art. 1439 doen zonder uitzondering ieder, die van rechtswege of conventioneel gesubrogeerd wordt, in alle rechten van den schuldeischer, ook in die tegen den borg, treden en ook de derde-bezitter geniet dus dezelfde rechten.

Ten onzent was het niet noodig deze vraag te bespreken, omdat men, zooals wij gezien hebben, het subrogatierecht van den derde-bezitter uitsluitend op art. 1246 B.W. baseert en dat artikel spreekt alleen van subrogatie in de hypothecaire rechten van den schuldeischer. In dien gedachtengang zullen de borgen dus na betaling der schuld door een derde-bezitter bevrijd worden, Land III 403. Alleen van Bell blz. 118 e.v., die overigens de subrogatie eveneens uitsluitend op art. 1246 grondt, wil deze subrogatie door analogische toepassing van art. 1439 ook tegen de borgen doen gelden. Ook hij is zich echter bewust van de bovengenoemde consequenties dezer erkenning en daarom doet hij vervolgens een beroep op art. 1885 B.W. om den gesubrogeerden derde-bezitter weer een vorderingsrecht tegen de borgen te onthouden. De schuldeischer, zegt van Bell, heeft het den borg, door zelf van zijn hypothecaire rechten gebruik te maken, onmogelijk gemaakt ook in deze rechten te treden en deze zal dus met een beroep op art. 1885 van zijn ver-

1) Op blz. 940 gebruiken zij echter dezelfde argumenten, als hieronder door mij zullen worden aangevoerd.

plichting bevrijd zijn, zoodat ook de derde-bezitter hem niet meer kan aanspreken. Dus zal het, aldus van Bell blz. 121, „bij onzekerheid of de uitoefening van zijn hypothecair regt hem ten volle voldoening verschaffen zal, te raden zijn den borg te vervolgen, alvorens zijn regt tegen den derde-bezitter te doen gelden”. Hierdoor geeft hij art. 1885 echter een veel te sterke werking en met Land V 759 en de H.R. 9 Jan. 1930 W. 12089 ben ik van meening, dat de uitoefening door den schuldeischer van een recht, dat hem door de wet uitdrukkelijk is verleend, nimmer ontslag van den borg ten gevolge kan hebben.

Dit beteekent echter niet, dat de derde-bezitter den borg dus wel zal kunnen aanspreken, want naar wij gezien hebben, zal een gesubrogeerde van de verkregen rechten geen gebruik kunnen maken, indien hij niet tevens een eigen regresaanspraak bezit en een eigen verhaalsrecht mist de derde-bezitter juist tegen den borg.

Het ontbreken dezer zelfstandige regresaanspraak tegen den borg vindt zijn verklaring in het adagium: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. De derde-bezitter verkreeg een van den schuldenaar afgeleid bezit en kan daaraan niet meer rechten ontleenen dan zijn voorganger reeds had, want ten opzichte van derden blijft zijn positie gelijk aan die van den vorigen eigenaar. Deze nu had als schuldenaar geen verhaalsrecht tegen zijn eigen borg, zoodat ook zijn rechtsopvolgers dezen evenmin zullen kunnen aanspreken¹⁾.

Ook zij, die de abstracte leer bij eigendomsovergang huldigen, waarbij de levering den eigendom, onafhankelijk van de geldigheid van den titel, definitief doet overgaan, zullen hier denkkelijk geen bezwaar tegen hebben. Wel wordt in dien gedachtengang een inbreuk gemaakt op bovengenoemd adagium, maar niet verder dan noodig is om een derde den eigendom van een zaak te verzekeren voor het geval een zijner voorgangers niet tot de eigendomsoverdracht bevoegd mocht zijn geweest. Verder dient hij zeker niet ten koste van anderen beschermd te worden en door het publiciteitsbeginsel (art. 1224 e.v.) kan een derde steeds weten, dat hij een met hypotheek bezwaard goed kocht. Dat voor de schuld bovendien

1) Evenzoo Eggens WPNR 3134 en Colin et Capitant II, blz. 940.

een borg is gesteld, behoeft hem niet bekend te zijn en er is geen reden hem hier later ten koste van den borg van te doen profiteeren. Hem staan bovendien reeds de middelen van zuivering (art. 1254 e.v.) en subrogatie krachtens art. 1438-2e ter beschikking om zich van de hypotheek te bevrijden, en Texier blz. 132 zegt terecht: „s'il ne l'a pas fait c'est tout au moins une grave imprudence de sa part et il doit supporter les conséquences de cette négligence”.

Hieruit blijkt weer de aantrekkelijkheid van de stelling, dat de werking der subrogatie van het bestaan van een eigen verhaalsrecht afhankelijk is, want hierdoor kom ik tot hetzelfde resultaat als de Fransche schrijvers zonder de noodzaak uitzonderingen te maken op art. 1438-3e, waar deze bepaling geen aanleiding toe geeft.

d. Verhouding derde-bezitters onderling.

Tenslotte kan een derde-bezitter door de subrogatie rechten verkrijgen op medeverbonden goederen, welke nog in het bezit van den schuldenaar kunnen zijn, of, evenals zijn eigen goed, reeds vóór de voldoening der schuld in andere handen kunnen zijn overgegaan. Zijn ze alle in het bezit van den schuldenaar gebleven, dan zullen zich geen moeilijkheden voor doen, want hij zal dan evenals de schuldeischer dit had kunnen doen, daarop ten volle verhaal kunnen nemen.

Voor het geval, dat de schuldenaar het bezwaarde goed in verschillende perceelen heeft verkocht zonder zelf eenig deel te behouden, heeft art. 1246 B.W. een regeling getroffen. Alvorens hier nader op in te gaan is het voor de duidelijkheid misschien wenschelijk er de aandacht op te vestigen, dat deze bepaling natuurlijk niet geldt voor de derde-bezitters, die hun goed bij aankoop door zuivering of door middel van art. 1438-2e van de hypotheek hebben ontlast. Zij zijn dan niet langer voor de schuld gehouden, waardoor ook andere derde-bezitters na subrogatie geen rechten tegen hen kunnen verkrijgen.

Zonder het voorschrift van art. 1246 zou één der derde-bezitters na betaling of uitwinning krachtens art. 1438-3e voor het geheele betaalde bedrag op ieder van de medeverbonden goederen verhaal

kunnen nemen, omdat de hypotheek ingevolge art. 1209 B.W. uit deszelfs aard ondeelbaar is. Art. 1246 maakt hier evenwel een uitzondering op door te bepalen, dat de derde-bezitter slechts na aftrek van zijn aandeel in evenredigheid tot de gezamenlijke waarde van de verbonden goederen, de verdere hypothecaire rechten voor deze inschuld op de medeverbondene goederen, of gedeelten van dezelve, kan doen gelden. Een voorbeeld moge dit toelichten:

De schuld waarvoor de goederen verbonden zijn bedraagt f 5000.— terwijl de verbonden zaak ter waarde van f 20.000.— in drie perceelen ter waarde van f 8000.—, f 6000.— en f 6000.— respectievelijk aan A, B en C werd verkocht. Indien nu A de schuld betaalt zal de hypothecaire vordering ad f 5000.— voor 8/20 teniet zijn gegaan, zoodat hij slechts voor f 3000.— verhaal op de goederen van B en C zal kunnen nemen.

In Frankrijk, waar het voorschrift van art. 1246 niet in den Code is opgenomen, leert men veelal, dat de derde-bezitters in hun onderlinge verhouding overeenkomen met de medeborgen en dus krachtens art. 2033 CC. (art. 1881 B.W.) ieder voor hun aandeel jegens elkaar aansprakelijk zijn. Zoo besliste reeds Pothier, Cout. d'Orleans XX no. 42, want „autrement il se ferait un circuit d'actions, car ce tiers détenteur contre lequel j'agirais, aurait droit d'être subrogé comme je l'aurais été à tous les droits et hypothèques du créancier, et par conséquent d'agir contre moi comme étant moi-même détenteur d'objets hypothéqués à cette dette". Deze conclusie is echter niet juist, want indien een derde-bezitter den schuldeischer voldoet, wordt zijn goed daarmede van de hypotheek bevrijd, hetgeen ook met de overige verbonden goederen blijkens art. 1253-1e B.W. het geval zou zijn geweest, indien niet in art. 1247 een bijzondere regeling ware getroffen. Door de aflossing der hypotheek is de aansprakelijkheid van dezen derde-bezitter voor de schuld van een ander geëindigd, zoodat op hem niet opnieuw verhaal kan worden genomen.

Ten onzent wordt deze vraag, in hoeverre de derde-bezitter, die de schuld heeft betaald, op ieder der andere derde-bezitters verhaal zal kunnen nemen, voor zoover ik kon nagaan, niet besproken, waarschijnlijk omdat men meende, dat hierin reeds door art. 1246 was voorzien. Dit is echter geenszins het geval, want in dit artikel wordt alleen bepaald, dat de hypothecaire rechten

worden verminderd in evenredigheid van de waarde van het goed van hem, die betaalt, tot de totale waarde der verbonden goederen. Hierdoor is dan nog niet de vraag beantwoord of nu ieder der medeverbondenen voor dit restant geheel dan wel voor ieders aandeel in de schuld aansprakelijk blijft.

Het antwoord vinden wij m.i. in art. 1209 B.W., bepalende, dat het recht van hypotheek ondeelbaar is en alleen krachtens een stellige wetsbepaling mag hieraan worden gederogeed. Dit nu is gebeurd in art. 1246, doch verder dan het hier bepaalde mag men dan ook niet gaan, zoodat ieder der overige derde-bezitters voor de geheele resteerende hypothecaire vordering gehouden moeten blijven. Het resultaat is dus gelijk aan dat waartoe men in ons land reeds zonder onderzoek was gekomen¹⁾, voor een juist inzicht is deze onderscheiding m.i. echter wel wenschelijk.

Men zou mogen verwachten, dat hiermede de gevolgen der subrogatie ten opzichte van de medeverbonden goederen volledig besproken zijn en ook indien de schuldenaar een deel van het bezwaarde goed aan derden verkocht, maar zelf het restant behouden had, de gevolgen der betaling door een der derde-bezitters aan de hand van het voorgaande duidelijk zouden zijn. Immers zal de derde in dat geval op het goed, dat zich nog in het bezit van den schuldenaar bevindt, ten volle verhaal kunnen nemen en, na aftrek van zijn evenredig aandeel overeenkomstig art. 1246, de perceelen welke aan derden toebehooren kunnen aanspreken.

Niemand twijfelt aan de billijkheid dezer oplossing, zij wordt echter vrijwel steeds verworpen²⁾, omdat de redactie van art. 1246 zich hiertegen verzet en zonder voorbehoud van alle medeverbonden goederen spreekt, zoodat de vermindering van de hypothecaire rechten ook zou moeten worden toegepast op het deel, dat de schuldenaar zelf behouden heeft.

Het zou inderdaad niet geoorloofd zijn alleen uit overwegingen

1) Vergelijk b.v. Asser-Scholten II 505 en Land III 402.

2) Land III 402, Asser-Scholten II 505. Anders: Eggens WPNR 3134 en volgens van Nierop blz. 216 „zoude het zeer zeker te verdedigen zijn, dat de derde-bezitter voor dat geval het recht toekwam de geheele vordering te verhalen op het den schuldenaar toebehoorend goed", maar zelf gaat hij er niet nader op in.

van billijkheid dit artikel een interpretatie te geven, welke met de stellige bewoordingen in strijd is. Indien echter blijkt, dat men daardoor in vele gevallen de werking van het geheele artikel verhindert, zal er aanleiding zijn om na te gaan of wij hier niet met een onnauwkeurige redactie te maken hebben. Hieronder zal ik eerst trachten aan te toonen, dat men door zich strict aan de woorden der wet te houden, inderdaad dikwijls de toepassing van art. 1246 onmogelijk zou maken.

Dit artikel subrogeert den derde-bezitter van rechtswege in ieder geval in de hypothecaire rechten van den schuldeischer, hetgeen ook zij, die in art. 1246 geen toepassing zien van het algemeene beginsel van art. 1438-3e, volmondig erkennen ¹⁾). Een gevolg van de subrogatie is ook, dat noch de schuldenaar noch anderen, die mede aansprakelijk zijn voor de schuld, hierdoor benadeeld mogen worden en dus tegen den gesubrogeerde dezelfde excepties en rechten behouden als zij tegen den oorspronkelijken schuldeischer bezaten. De overige derde-bezitters zullen dus hem, die betaald heeft, ook art. 1244 B.W. kunnen tegenwerpen, indien zich in handen van den schuldenaar nog verbonden goederen bevinden, klaarblijkelijk voldoende om er de schuld op te verhalen. Deze schuld, die de verhaal zoekende derde-bezitter, op de medeverbonden goederen kan verhalen is echter door art. 1246 verminderd naar evenredigheid van de waarde van zijn goed tot die van alle goederen. Een voorbeeld kan mijn standpunt verduidelijken:

Een schuldenaar heeft drie goederen ²⁾) ter waarde van 15.000.— voor een schuld van f 4500.— verbonden en heeft vervolgens vóór de voldoening der schuld één perceel ter waarde van f 10.000.— aan A en één van f 1500.— aan B verkocht, terwijl hij een pand van f 3500.— zelf behoudt. Op den vervaldatum betaalt de schuldenaar niet en de schuldeischer zoekt dus b.v. verhaal op het pand van A. Deze kan zich niet beroepen op art. 1244, omdat het perceel dat zich nog in het bezit van den schuldenaar bevindt, klaarblijkelijk niet voldoende is om daar de schuld op te verhalen en hij zal dus zijn goed moeten afstaan of de schuld ad f 4500.— moeten betalen om de uitwinning te voorkomen. De schuldeischer wordt

1) Asser-Scholten II 504, Land III 402, van Nierop, blz. 216, van Vliet t.a.p., blz. 311.

2) art. 1245 B.W. kan dus buiten beschouwing blijven.

derhalve voldaan en A zal in diens hypothecaire rechten worden gesubrogeerd, doch kan hiervan alleen tot een bedrag van f 1500.— gebruik maken, omdat de schuld voor zoover het de hypothecaire rechten betreft, door art. 1246 voor $\frac{2}{3}$ (10 : 15) teniet is gegaan. Neemt men nu met de heerschende leer aan, dat hij ook het goed van den schuldenaar slechts voor f 1500.— kan aanspreken, dan zal B (de tweede derde-bezitter) steeds met een beroep op art. 1244 bevrijd zijn, omdat het goed van den schuldenaar ruim voldoende waard (f 3500.—) is om daarop de f 1500.— te verhalen. Op die wijze wordt zijn recht tegen den mede-derde-bezitter dus illusoir gemaakt. Accepteert men daarentegen, dat de hypothecaire rechten op het goed van den schuldenaar voor de volle schuld ad f 4500.— blijft bestaan, dan kan B geen beroep doen op art. 1244, omdat de waarde van het goed van den schuldenaar ad f 3500.—, dan klaarblijkelijk niet voldoende is, om de schuld ad f 4500.— daarop te verhalen.

Ook Eggens WPNR. 3134 blz. 27, roert dit punt even aan, doch veronderstelt daar alleen het geval, dat het goed van den debiteur na de voldoening door den derde-bezitter, belangrijk in waarde is gestegen. Dit zal evenwel in de practijk wel nooit voor komen, omdat de derde gewoonlijk onmiddellijk verhaal zal zoeken en het tijdsverloop dus te gering zal zijn om belangrijke waardevermeerdering waarschijnlijk te maken. Het door mij gestelde geval zal echter herhaaldelijk kunnen voor komen, waardoor art. 1246 dikwijls slechts theoretische waarde zal hebben en ten opzichte van andere derde-bezitters toepassing zal missen.

Nu wij gezien hebben tot welke ongerijmdheden de letterlijke opvatting van dit artikel kan leiden, is er alle reden om na te gaan of ook de wetgever niet een andere bedoeling gehad heeft, welke alleen door een onnauwkeurige redactie niet juist is weergegeven.

Dit blijkt inderdaad het geval te zijn geweest, want in November 1833, Voorduin IV 654, werd door de vierde Afdeeling ten aanzien van art. 1246 de volgende aanmerking gemaakt: „Bovendien bedoelt dit artikel, hetwelk een splitsing der geldsom in evenredigheid tot de waarde der goederen medebrenge, op het geval, wanneer de schuldenaar al de gehypotheceerde goederen, stuksgewijze aan onderscheiden personen verkocht heeft. In dat geval is de bepaling steunende op goede rechtsgronden: doch wanneer hij

een gedeelte der goederen in eigendom heeft behouden, is voor die splitsing geen grond, maar de derde-bezitter zoude, volgens het gevoelen der afdeeling, dan zijn recht voor het geheel kunnen doen gelden op al die gedeelten, welke de schuldenaar nog in eigendom heeft". In een brief van 21 Febr. 1834 beantwoordde de Minister van Justitie, van Maanen, de aanmerkingen der afdeelingen, waarin hij met betrekking tot de opmerkingen van de vierde afdeeling eerst de reeds op blz. 86 besproken vraag beantwoordt en vervolgt met de woorden: „Men heeft overigens het opstel van dat artikel (1246) overeenkomstig de aanmerkingen van de 4e afdeeling verbeterd", Voorduin t.a.p.

Alhoewel de gewijzigde tekst al even ongelukkig is uitgevallen, als die van het Ontwerp, blijkt dus, dat het stellig de bedoeling geweest is de werkingssfeer van art. 1246 te beperken tot de goederen, die in handen van derden zijn overgegaan en die van den schuldenaar voor het geheel verbonden te doen blijven. Op zichzelf zou dit historisch argument misschien niet voldoende zijn, in verband met mijn eerste bezwaar acht ik het echter doorslaggevend.

**2. De bezitter van een onroerend goed, die daarop een hypotheek heeft verleend voor de schuld van een ander.
(Derde-hypotheekgever).**

In Frankrijk maakt men veelal een scherp onderscheid tusschen den derde-bezitter, die een door zijn voorganger met hypotheek belast goed heeft verkregen en hem, die zelf hypotheek voor een vreemde schuld heeft verleend. Deze laatste wordt daar als een bijzonder soort borg, als „caution réelle" beschouwd, op wien dan ook eerder de bepalingen over borgtocht dan die van derde-bezitters toepasselijk geacht moeten worden. Zoo onthouden Colin et Capitant II 940 deze caution réelle het recht van zuivering, terwijl hij daarentegen wel een beroep mag doen op art. 2037 C.C. (art. 1885 B.W.) en evenals de persoonlijke borg, niet door een gesubrogeerde derde-bezitter kan worden aangesproken, zoodat ook ons art. 1246 op hem niet van toepassing zou zijn. De onderlinge verhouding tusschen den persoonlijken en den zakelijken borg wordt dan beheerscht door art. 2033 C.C. (art. 1881 B.W.).

Ten onzent maakt ook Eggens WPNR 3134 een zelfde onderscheiding en Korthals Altes blz. 169 noemt den derde-hypotheekgever even aan het slot van zijn proefschrift, waar hij hem een verhaalsrecht op den persoonlijken borg toekent. In de verdere literatuur wordt hij, voorzoover mij bekend, nergens afzonderlijk behandeld, doch waar hij incidenteel ter sprake komt, wordt hij steeds met den gewonen derde-bezitter gelijkgesteld. Zie b.v. Diephuis XIII 419.

Naar mijn meening wordt echter te veel den nadruk gelegd op het verschil tusschen beiden, hetgeen reeds blijkt uit hun benaming van zakelijken tegenover persoonlijken borg, waarbij de eerste alleen propter rem, de tweede krachtens een persoonlijke verbintenis voor de schuld voor een ander is gehouden. Ook Eggens en de Fransche schrijvers noemen dit verschil, al wijzen zij vervolgens hoofdzakelijk op de overeenkomsten van beide begrippen. Ik zou zelfs nog verder willen gaan door te zeggen, dat in 99 van de 100 gevallen beide begrippen zullen samenvallen, want stellen wij ons even voor hoe in den regel zoo een vestiging van een hypotheek voor een vreemde schuld zal geschieden: Een schuldeischer heeft van den schuldenaar een borg verlangd en deze wendt zich hiertoe tot een derde met het verzoek zich voor hem tegenover dien schuldeischer borg te stellen. Deze verklaart zich hiertoe bereid, doch wil zich alleen tot een zeker bedrag verbinden, hetgeen ook gebruikelijk is, want een ongelimiteerde borgstelling zal wel niet dikwijls voor komen. Hij kan hiertoe in het contract doen opnemen tot welk bedrag hij zich borgstelt, maar evengoed kan hij tot dit bedrag een hypotheek geven op een deel van zijn vermogen.

Verder wordt voor het ontstaan van dezen borgtocht blijkens art. 1861 B.W. alleen vereischt, dat deze uitdrukkelijk, in den zin van duidelijk (Land V 715), wordt aangegaan en nu wil het mij voor komen, dat door de hypotheekverleening vrijwel steeds on dubbelzinnig zal blijken, dat de hypotheekgever dit voor de schuld van den debiteur aan den hypotheeknemer heeft gedaan. Alleen indien de hypotheekgever zelf voor een gelijk bedrag als dat, waarvoor hij zich borg heeft gesteld, schuldenaar van den hypotheeknemer is, zou twijfel kunnen verrijzen of hij de hypotheek voor zijn eigen schuld dan wel voor die van den ander heeft gegeven. In de meeste gevallen zal dus wel duidelijk blijken, dat de hypo-

theek voor een ander is gegeven, waardoor aan de vereischten voor een geldigen borgtocht is voldaan en alle bepalingen van dit rechtsbegrip ook op den z.g. derde-hypotheekgever toepasselijk zullen zijn. De hypotheek moet dan uitsluitend beschouwd worden als zekerheid voor zijn *eigen* voorwaardelijke verplichting als borg en dus kunnen de artt. 1242—1252 B.W. geen toepassing vinden, omdat deze alleen de positie regelen van hem, wiens goed voor de schuld van *een ander* gehouden is.

Deze oplossing bevredigt ook het billijkheidsgevoel veel meer dan die, welke den derde-hypotheekgever met een gewoon derde-bezitter gelijk stelt, want gewoonlijk zal hij zich op die manier verbonden hebben om den schuldeischer grootere zekerheid te geven, of misschien in de meening verkeerende, dat hij hiermede zijn aansprakelijkheid tot het bezwaarde goed heeft beperkt. Het is dan schromelijk onbillijk hem het recht van art. 1885 te onthouden en hem verhaal ingevolge art. 1881 op een medeborg, die zich op de gewone wijze verbonden heeft, te ontzeggen. Hier komt Eggens in zijn bovengenoemde artikelen dan ook met kracht tegen op.

In de enkele gevallen, waarin niet blijkt, dat de hypotheekgever zich als borg heeft willen verbinden en de hypotheek dus niet kan worden beschouwd als zekerheid voor zijn eigen voorwaardelijke verplichting als borg, moeten evenwel de artt. 1242 e.v. toegepast worden, want een analogische toepassing der borgtochtsbepalingen, met name van art. 1885, acht ik door hun bijzonder karakter ongeoorloofd.

Hier past dan ook geen onderscheiding tusschen derde-bezitters, die van den schuldenaar of van den derde-hypotheekgever het belaste goed hebben gekocht, waaraan Eggens zeer verschillende consequenties vastknoopt. Hun positie wordt steeds door de artt. 1242 e.v. beheerscht, want beide auteurs hebben hun goed vrijwel steeds voor een eigen verplichting bezwaard. In het enkele geval, dat hun voorganger inderdaad uitsluitend een derde-hypotheekgever is, moet deze, naar wij gezien hebben, zelf reeds als derde-bezitter beschouwd worden, zoodat het voor zijn rechtsopvolgers niet het minste verschil maakt of zij nu van den schuldenaar dan wel van iemand, die zelf reeds derde-bezitter was, hun eigendom hebben verkregen.

Een zuiver geval van hypotheekverleening voor de schuld van een ander, welke niet het karakter van een borgtocht draagt, vinden wij in art. 207 B.W. Dit artikel behelst, dat de bepalingen van de huwelijksche voorwaarden, waarbij van de wettelijke gemeenschap wordt afgeweken, ten aanzien van derden pas werken van den dag hunner inschrijving in de openbare registers. Indien dus b.v. de man voor een eigen schuld hypotheek heeft gegeven op goederen, welke de vrouw toebehooren, zal deze hypotheek geldig verleend zijn zolang de inschrijving der huwelijksche voorwaarden nog niet heeft plaats gehad, Land I 232. De vrouw is dan met een deel van haar vermogen aansprakelijk voor een schuld van haar man en zal dus na betaling van rechtswege gesubrogeerd worden. Zij heeft echter niet de bedoeling gehad zekerheid te stellen voor deze schuld, zoodat zij slechts als gewoon derde-bezitter overeenkomstig de artt. 1242 e.v. verhaal zal kunnen zoeken.

3. De derde-eigenaar, die zijn zaak voor een ander in pand heeft gegeven. (Derde-pandgever).

Hierover kan ik kort zijn, want voor den derde-pandgever geldt geheel hetzelfde, als hierboven voor den z.g. derde-hypotheekgever is gezegd. Alleen zal hier nooit van den derde-bezitter van een in pand gegeven zaak gesproken kunnen worden, omdat het pandrecht blijkens art. 1198-lid 3 B.W. teniet gaat, zoodra het pand uit de macht van den pandhouder geraakt.

4. De derde, op wiens goederen de verhuurder ingevolge art. 1186 B.W. bevoorrecht is.

De verhuurder is blijkens art. 1185-2e B.W. voor de schuld van den huurder bevoorrecht op de in art. 1186 genoemde goederen. Tevens wordt hem echter door art. 1186-lid 1 een zakelijk recht op deze goederen gegeven, want hij kan zich uit de opbrengst ervan voldoen, onverschillig of deze voorwerpen al dan niet aan den huurder toebehooren. De eigenaar van die voorwerpen is derhalve met een deel van zijn vermogen aansprakelijk voor de schuld van den huurder en zal dus, indien hij den schuld-

eischer voldoet om zijn bezit terug te krijgen, overeenkomstig art. 1438-3e in diens rechten worden gesubrogeerd.

Het is hier niet de plaats om te bespreken of ook andere in art. 1185 genoemde bevoorrechte vorderingen zich uitstrekken tot goederen, welke den schuldenaar niet toebehooren; neemt men echter met Asser-Scholten II 381 ¹⁾ aan, dat dit wel het geval is, dan zal ook de eigenaar van die goederen na betaling van rechtswege gesubrogeerd worden.

1) Evenzoo Diephuis VII 641. Anders: Land III 318.

D. DE SUBROGATIE INGEVOLGE ART. 1438—4e B.W.

Dit geval van subrogatie is van weinig belang, doch dient toch volledigheidshalve besproken te worden. Zij vindt plaats ten behoeve van een beneficiairen erfgenaam, die een schuldeischer van de nalatenschap, uit zijn eigen vermogen betaalt. Pothier vermeldt deze subrogatie niet en naar Toullier, blz. 154 zegt, werd zij om redenen van billijkheid door de Fransche jurisprudentie ingevoerd en deze gewoonte vond in den Code bevestiging.

Men heeft wel beweerd, dat art. 1438-4e geen zelfstandig bestaansrecht toekomt, omdat de beneficiaire erfgenaam als schuldeischer van den boedel, na betaling van een schuldeischer met een beter recht, reeds krachtens art. 1438-1e zou worden gesubrogeerd²⁾. Ten onrechte echter, want hij behoeft niet tevens een eigen vordering op den boedel te hebben en om hem in zijn kwaliteit van erfgenaam schuldeischer van de nalatenschap te noemen, lijkt mij een geforceerde formuleering. Bovendien zal hij op grond van art. 1438-4e eveneens gesubrogeerd worden, indien hij een schuldeischer betaalt, die geen beter recht heeft. Ook is deze bepaling, zooals Colin et Capitant II 965 veronderstellen, naast art. 1438-3e B.W. niet overbodig, want de beneficiaire erfgenaam is niet gehouden de schuldeischers van den boedel uit zijn eigen vermogen te voldoen, maar doet dit geheel vrijwillig in zijn eigen belang.

De reden van deze bepaling is dan ook te vinden in den wensch een vlotte afwikkeling van de boedelschulden te bevorderen, waarbij zoowel de schuldeischers als de erfgenaam belang hebben ter voorkoming van onnoodige executiekosten of verkoop van een bezwaard goed op een ongelegen tijdstip. De wetgever achtte het echter onbillijk de overige schuldeischers hiervan alleen profijt te doen trekken en deed dus den beneficiairen erfgenaam van rechtswege in de rechten van den betaalden schuldeischer treden.

1) Mourlon 476.

Dit artikel spreekt alleen van de betaling der *schulden* van de nalatenschap, terwijl in art. 1078-lid 1 B.W. bovendien de lasten genoemd worden. Zooals Diephuis X 559 echter reeds zegt, verzet de strekking van art. 1438-4e zich er niet tegen, ook na betaling der lasten (b.v. een legaat) deze bepaling toepasselijk te verklaren.

Tenslotte moet nog opgemerkt worden, dat dit geval van wettelijke subrogatie niet mag worden uitgebreid tot betaling door den curator van een onbeheerde nalatenschap, want art. 1438 verbiedt analogische toepassing en bovendien heeft een curator, als administratieve persoonlijkheid, niet hetzelfde belang bij de betaling als de erfgenaam¹⁾.

1) Evenzoo Baudry-Lac. XIII, no. 1563, Planiol II, no. 503 en van Bell, blz. 92.

AFKORTINGEN.

- Asser-Scholten Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht: deel II, Zakenrecht, 7e druk 1933, bewerkt door Mr. Paul Scholten.
- Asser-van Goudoever idem: deel III, Verbintenissenrecht, eerste stuk, 2e druk, bewerkt door Mr. H. van Goudoever.
- Asser-Losecaat Vermeer idem: deel III, Verbintenissenrecht, eerste stuk 1939, bewerkt door Mr. P. A. J. Losecaat Vermeer.
- Baudry-(Lacantinerie) *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3e druk 1907, deel XIII en XXIV.
- Van Bell Mr. C., *Subrogatie volgens het Nederlandsche Regt*, 1852.
- Van Bemmelen Mr. P., *Themis* 1886, blz. 157—215.
- Van Brakel Mr. Dr. S., *Leerboek van het Nederlandsche Verbintenissenrecht*, deel I, stuk 1, 2, 3 en deel II, stuk 1, 1934—'39.
- Colin et Capitant *Cours élémentaire de droit civil français*, deel II, 5e druk 1928.
- Cornil G., *Droit Romain* 1921.
- Czyhlarz Karl Ritter von, *Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts*, 17e druk 1920.
- Diephuis Mr. G., *Het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, 2e druk 1886—'90.
- Eggens Mr. J., *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie* nos. 3132—3134.
- Girard A. F., *Manuel élémentaire de droit Romain*, 7e druk 1924.
- van Goudoever H., *Bijdragen tot de leer der Zaakwaarneming*, diss. Leiden 1905.
- van Haaften W. M., art. 1436—1439 B.W., diss. Leiden 1885.
- Hofmann Dr L. C., *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, deel I, 2e druk 1932, deel II 2e aflevering 1936.
- Hijmans Mr. I. H., *Romeinsch Zakenrecht*, 2e druk 1926. *Romeinsch Verbintenissenrecht*, 2e druk 1927.

- Knap
Mej. H. W., Subrogatie en verhaal op medeschuldenaren, diss. Groningen 1925.
- Korthals Altes
R., Borgtocht naar hendaagsch Nederlandsch Recht, diss. Amsterdam 1933.
- Land
Mr. N. K. F., Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, 2e druk, deel I—V, 1902—1932.
deel I herzien door Mr. C. W. Star Busmann,
deel IV herzien door Mr. W. H. de Savornin Lohman.
deel V herzien door Mr. P. A. J. Losecaat Vermeer (vanaf blz. 266).
- Locré
M., La législation civile, commerciale et criminelle de la France (1827—1832).
- May
G., Eléments de droit Romain, 15e druk 1923.
- Mellink
A.L.S., De subrogatie van art. 1438 no. 2 B.W., diss. Amsterdam 1888.
- van Nierop
Mr. A. S., Hypotheekrecht 1927.
- N.J.
Nederlandsche Jurisprudentie.
- N.J. blad
Nederlandsch Juristenblad.
- Opzoomer
Mr. C. W., Het Burgerlijk Wetboek verklaard, 2e druk.
- Planiol
M., Traité élémentaire de droit civil, deel II, 10e druk 1926.
- Planiol et Ripert
Traité pratique de droit civil français, deel VII, 1931.
- Suyling
Mr. J. Ph., Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 2e stuk, 2e gedeelte, 2e druk 1936.
- Texier
P., De la subrogation légale, accordée aux personnes tenues avec d'autres et pour d'autres, diss. Poitiers 1901.
- van Vliet
C. D., Jaarboekje van de Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken, 25e jaargang 1939, blz. 269—315.
- Voorduin
Mr. J. C., Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken, 1837—1840.
- W.
Weekblad van het Recht.
- W.P.N.R.
Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie.
-

AANGEHAALDE WETSARTIKELEN.

Burgerlijk Wetboek.

Artt.	blz.	Artt.	blz.
195	52	1224	114
207	123	1230	75
445	50	1234	37
451	51	1242	108, 122
458	50	1244	118
506	52	1245	118
564	108	1246	...37, 79, 86, 109—120
639	36, 37	1247	37, 113, 116
657	102	1252	...20, 89—90, 110, 111
658	102	1254	69, 115
668	45, 46	1255	77
846	109	1257	85
976	108	1286	28
1033	37	1303	29—33, 41
1078	126	1316	91
1146	111	1318	81, 91
1148	111	1329	20, 21, 24, 26, 92—94, 96, 100, 102
1149	79, 111	1331	95, 103
1152	79, 111	1377	29
1177	83	1393	70
1180	61	1396	46
1185	20, 60, 123	1398	45, 46
1186	82, 123	1401	95
1195	20	1403	95
1198	61, 123	1417	14, 17
1206	61	1418	... 9, 16, 17, 18, 53, 56
1209	39, 95, 116, 117	1419	17
1210	108	1422	46
1223	40, 41, 68, 70, 74—77, 111	1423	102

Artt.	blz.
1426	39, 62
1436 24, 26, 35, 36, 68, 76, 95	
1437—1,	9, 45, 49—52
1437—2, 17, 45, 53—56 , 115	
1438—1,	58—65 , 68, 125
1438—2,	66—78 , 90
1438—3, 7, 19, 21, 31, 68,	
	79—124 , 125
1438—4	125—126
1439 14, 23, 32, 38—44 , 63,	
	94, 103, 113
1478	105
1487	102
1504	50
1528	110
1569	29
1570	45
1576	33—35 , 102
1612	19, 109
1711	111
1844	52
1857	98

Artt.	blz.
1861	121
1869	106
1876 20, 27, 31, 80, 98—105	
1877 27, 31, 34, 35, 79,	
	80, 98—105
1878	21, 23, 100
1879	46, 98
1881 26, 103, 104 , 116, 122	
1885	105—107 , 113, 122
2005	28
2014	61

Wetboek van Koophandel

263	19
284	47, 79, 95

Faillissementswet

58	70
180	70

INHOUD.

	Blz.
Voorwoord	1
Inleiding	3
EERSTE AFDEELING: Beschouwingen van algemeenen aard	
Hoofdstuk I: Kort Historisch Overzicht	5
A. Romeinsch Recht	5
B. Oud-Fransch Recht	8
Hoofdstuk II: Het rechtskarakter en de gevolgen der Subrogatie	13
A. De verbintenis gaat na betaling met subrogatie niet teniet	13
B. Het verband tusschen de subrogatie en de eigen regres- aanspraak van den betaler	19
C. Subrogatie in alle rechten van den schuldeischer	27
1. Het recht van ontbinding bij wederkeerige overeen- komsten	29
2. Het eigendomsvoorbehoud bij huurkoop	33
3. Tot zekerheid gecedeerde vorderingen	35
D. Aanteekening der subrogatie in de hypotheekregisters.	37
E. Artikel 1439 B.W.	38
F. Verschillen tusschen cessie en subrogatie	44
TWEEDE AFDEELING: De gevallen waarin subrogatie kan plaats vinden	
Hoofdstuk I: De conventioneele subrogatie	49
A. Subrogatie, welke door den schuldeischer wordt toe- gestaan	49

B. Subrogatie, welke door den schuldenaar wordt toegestaan	53
Hoofdstuk II: De subrogatie uit kracht der wet	57
A. Subrogatie ingevolge artikel 1438-1e B.W.	58
B. " " " 1438-2e "	66
1. De koper treedt in alle rechten van den schuldeischer	66
2. Geen subrogatie na verkoop ingevolge artikel 1223-lid 2	74
C. Subrogatie ingevolge artikel 1438-3e B.W.	79
Welke eischen worden gesteld	79
Wie voldoen aan deze vereischen	81
Groep I:	
1. De schuldenaren eener hoofdelijke verbintenis	91
a. Verhouding debiteur — mededebiteur	93
b. " " — borg	94
2. De schuldenaren van samenloopende verbintenissen	95
3. De schuldenaren eener ondeelbare verbintenis	97
Groep II:	
De borgen	98
a. Verhouding borg — debiteur	99
b. " " — medeborg	103
Groep III:	
De gevolgen der subrogatie t.a.v. hen, wier goed voor de schuld van een ander is verbonden	107
1. De derde-bezitter van een onroerend goed, waarop door een ander hypotheek is verleend .	108
a. Wie is derde-bezitter	108
b. Verhouding derde-bezitter — debiteur	110
c. " " " — borg	112
d. " " -bezitters onderling	115
2. De derde-hypotheekgever	120
3. De derde-pandgever	123

4. De derde op wiens goederen de verhuurder in- gevolge art. 1186 B.W. bevoorrecht is	123
D. Subrogatie ingevolge artikel 1438-4e B.W.	125
Afkortingen	127
Aangehaalde wetsartikelen	129

ERRATA.

- Blz. 6 regel 13 staat : den, lees de.
„ 22 „ 14 „ deze, lees : dit.
„ 29 „ 15 „ ongewensche, lees: ongewenschte.
„ 37 „ 20 „ det, lees : de.
„ 39 „ 26 „ In 1439, lees : In art. 1439.
„ 74 „ 22 „ ander, lees : andere.
„ 104 „ 2 „ just, lees : juist.
„ 104 laatste regel staat : schuldenaar, lees: schuldeischer.
„ 108 regel 3 staat : hieronder, lees : zal hieronder.
„ 109 „ 36 „ teminologie, lees : terminologie.
„ 121 „ 13 „ voor een ander, lees : van een ander.
-

STELLINGEN.

I.

De leer, dat het recht van vruchtgebruik onafscheidelijk aan den vruchtgebruiker verbonden blijft en deze ingevolge art. 819 B.W. alleen het vruchtgenot kan vervreemden of bezwaren, is onjuist.

II.

Het privilege van art. 1185—6e B.W. rust slechts op de in art. 1193 B.W. genoemde voorwerpen, voor zoover deze den schuldenaar toebehooren.

III.

De zelfstandige bevoegdheid, welke den bewindvoerder in art. 228 F.W. wordt gegeven, komt dezen niet toe, indien de schuldenaar in strijd met art. 231-lid 3 F.W. heeft gehandeld.

IV.

De leer, welke bij sommenverzekering subrogatie ingevolge art. 284 W.v.K. uitsluit, is af te keuren.

V.

Art. 43-lid 2 der Onteigeningswet geeft den hypotheekhouder na gedeeltelijke onteigening slechts recht op een evenredig deel in

de schadevergoeding, onverschillig of zijn vordering al dan niet opeischbaar is.

VI.

Een optreden van het O.M. tegen den geest van de wet, als signaleerd in een arrest van den Hoogen Raad dd. 24 Juni 1940 N.J. 1940, no. 802, is af te keuren.

VII.

Medeplichtigheid aan uitlokking tot misdrijf is strafbaar.



