

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/190298>

Please be advised that this information was generated on 2018-06-18 and may be subject to change.



## Vincent van Hoof

Mr. Dr. V.J.M. van Hoof is universitair docent  
rechtsgeschiedenis aan de Radboud Universiteit



**ONDERZOEK**



# De afwezigheid van allesomvattende zekerheid op registergoederen

## 1. Inleiding

Zekerheidsrechten met een 'generaal' of 'allesomvattend' karakter komen in de praktijk veelvuldig voor. Een schuldenaar kan vrijwel al zijn bestaande en toekomstige roerende zaken en vorderingen in een keer aan zijn kredietverschaffer, veelal de bank, verpanden.<sup>1</sup> Aldus kan de bank zich op nagenoeg alle roerende zaken en vorderingen van de schuldenaar verhalen met voorrang boven andere schuldeisers. Een algemene aanduiding van het zekerheidsobject, inclusief een vestiging bij voorbaat, is niet mogelijk in het kader van de vestiging van hypotheekrechten. Artikel 20 lid 1 van de Kadasterwet vereist namelijk dat partijen het registergoed specifiek aanduiden in de hypotheekakte. Bovendien volgt uit artikel 3:97 lid 1 BW in samenhang met artikel 3:98 BW dat registergoederen niet bij voorbaat kunnen worden geleverd of verhypothekerd.

1. HR 20 september 2002, NIJ 2004/182 (Mulder q.q./Rabobank) m.nt. W.M. Kleijn; HR 3 februari 2012, NJ 2012/261 (Dix q.q./ING) m.nt. F.M.J. Verstijlen; HR 1 februari 2013, NJ 2013/156 (Van Leuven q.q./ING) m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2013/155 m.nt. B.A. Schuijling en N.E.D. Faber; Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, JOR 2013/355 (Aartsen/G q.q.) m.nt. E. Loesberg.

Dit was in het verleden anders. Tot 1811 kon een schuldenaar in Nederland al zijn bestaande en toekomstige registergoederen (bij voorbaat) verhypothekeren met een zogenaamde generale hypotheek. Waarom kent het huidige BW deze rechtsfiguur niet meer?

**"Tot 1811 kon een schuldenaar in Nederland al zijn bestaande en toekomstige registergoederen (bij voorbaat) verhypothekeren met een zogenaamde generale hypotheek. Waarom kent het huidige BW deze rechtsfiguur niet meer?"**

Voor de beantwoording van deze vraag analyseer ik de rechtshistorische ontwikkeling van de generale hypotheek in Nederland en Frankrijk. Het Franse recht heeft namelijk grote invloed gehad op de hervorming van het Nederlandse hypotheekrecht in de 19<sup>e</sup> eeuw. Ik begin echter met het Romeinse recht, aangezien Romeinse juristen al onderscheid maakten tussen generale en speciale hypotheek (§2) en dit onderscheid doorwerkte in de Middeleeuwse rechtswetenschap (§3). Vervolgens zet ik uiteen op welke wijze en met welk doel de Franse (§4) en Nederlandse wetgevers beperkingen op of aanpassingen van de Romeinse generale hypotheek hebben gemaakt (§5 en §6). Aansluitend ga ik in op de vraag waarom de generale hypotheek is afgeschaft (§7) en niet is behouden en aangepast (§8).

## 2. De generale hypotheek in het Romeinse recht

Romeinse hypotheekrechten omvatten niet alleen onroerende zaken, maar ook roerende zaken en vorderingen.<sup>2</sup> De benaming hypotheek, of *hypotheca*, was niet afhankelijk van het antwoord op de vraag of het zekerheidsobject roerend of onroerend was. Hypotheek had namelijk de betekenis dat het zekerheidsrecht zonder machtsverschaffing tot stand kwam, in tegenstelling tot het eigenlijke *pignus* dat een vuistpandrecht was.

Romeinse juristen maakten onderscheid tussen speciale en generale hypotheekrechten. Zij noemden een hypotheekrecht *speciaal* als partijen het zekerheidsobject ten tijde van de vestiging afzonderlijk hadden aangeduid. Zij noemden een hypotheekrecht *generaal* als partijen het zekerheidsobject ten tijde van de vestiging met algemene bewoordingen hadden aangeduid. Zowel het generale als het speciale hypotheekrecht gaf de zekerheidsgerechtigde schuldeiser het recht om de verhypothekerde goederen te executeren en daarop een vordering op naam bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. Beide hypotheekrechten konden zonder publiciteit voor derden tot stand komen. De voornaamste verschillen tussen gene-

2. Zie: D. 20,1,5,1 (Marcianus *ad formulam hypothecariam*).

rale en speciale hypotheekrechten waren de mogelijkheid om toekomstige goederen (bij voorbaat) te bezwaren en het zaaksgevolg. Voor de vestiging van een speciaal hypotheekrecht moest de zekerheidsgever beschikkingsbevoegd zijn. Als een schuldenaar toekomstige goederen bij voorbaat wilde verhypothekeren, kon hij slechts gebruik maken van een generale hypotheek. Deze flexibiliteit had echter een prijs. Het generale hypotheekrecht lijkt in tegenstelling tot het speciale hypotheekrecht geen zaaksgevolg te hebben gehad.<sup>3</sup> De schuldenaar die een generale hypotheek had gevestigd, kon generaal verhypothekteerde goederen *onbezwaard* vervreemden. De verschillen tussen het generale en het speciale hypotheekrecht stelden partijen in staat zekerheidsrechten te vestigen die voldeden aan de behoefte van partijen. Om die reden kozen zij soms voor een combinatie van een speciaal met een generaal hypotheekrecht.

## "De verschillen tussen het generale en het speciale hypotheekrecht stelden partijen in staat zekerheidsrechten te vestigen die voldeden aan de behoefte van partijen"

Derde-verkrijgers liepen een nauwelijks in te schatten risico uitgewonnen te worden door schuldeisers met speciale hypotheekrechten, omdat een openbaar register van gevestigde zekerheidsrechten ontbrak. Als zij werden uitgewonnen, konden zij aanvankelijk slechts hun wederpartij wegens wanprestatie aanspreken voor twee keer de waarde van de verkochte en uitgewonnen zaak. Om hen te beschermen heeft keizer Justinianus in Novelle 4,2 bepaald dat zekerheidsgerechtigde schuldeisers eerst de verhypothekteerde zaken moesten uitwinnen die zich bij de schuldenaar bevonden, voordat zij de verhypothekteerde zaken onder derde-bezitters mochten opeisen. Latere schuldeisers die goederenrechtelijke zekerheid wilden, hadden een relatief zwakke positie ten opzichte van de eerste zekerheidsgerechtigde. Hoewel zij niet konden weten of een hypotheek was gevestigd, werd de onderlinge rang tussen zekerheidsgerechtigden beheerst door de prioriteitsregel.<sup>4</sup>

### 3. De generale hypotheek in het *ius commune*

In de Middeleeuwen kreeg het Justiniaanse recht - na de herontdekking van de Digesten door Irnerius in de tweede helft van de elfde eeuw - in grote delen van Europa subsidiaire gelding. Dit gerecipieerde Romeinse recht werd ook wel het *ius commune* (gemene Romeinse recht) genoemd. Het *ius commune* verschilde van het Justiniaanse recht in die zin dat Middeleeuwse rechtsgeleerden het Justiniaanse recht op een eigen wijze hebben geïnterpreteerd. De voornaamste afwijkende interpretatie was dat de generale hypotheek in het *ius commune* zaaksgevolg had. Dit betekende dat derde-verkrijgers niet alleen hoefden te vrezen voor schuldeisers met speciale hypotheeken, maar ook voor schuldeisers met generale hypotheeken.<sup>5</sup>

De gemeenrechtelijke interpretatie van speciale en generale hypotheeken heeft grote invloed gehad op de zekerheidsrechten van de continentale rechtstelsels, maar heeft bepaalde inheemse bepalingen niet verdrongen. In de eerste plaats maakten bijvoorbeeld de Nederlandse, Duitse en Franse rechtstraditie onderscheid tussen zekerheid op roerende zaken en vorderingen enerzijds en op onroerende zaken anderzijds. In de tweede plaats hebben de verschillende rechtstelsels de positie van derde-verkrijgers en lager gerangschikte zekerheidsgerechtigden in de verhouding tot oudere zekerheidsgerechtigden verbeterd. Soms was het de praktijk die bescherming bood, soms de wetgever. In het vervolg van deze bijdrage ga ik in op de werking van de generale hypotheek op onroerende zaken.<sup>6</sup>

### 4. Geen publiciteit van of wettelijke bescherming tegen gevestigde hypotheeken

Op het eerste gezicht waren derde-verkrijgers en lager gerangschikte hypotheekhouders niet beter af in het Franse recht van de 17<sup>e</sup> en 18<sup>e</sup> eeuw dan in het Romeinse recht. In beginsel riep iedere daartoe bestemde notari-

3. Zie: §2.3.3 van V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (serie Onderneming en Recht, deel 86), Deventer: Wolters Kluwer 2015. In deze bijdrage verwijs ik veelvuldig naar paragraafnummers van mijn proefschrift alwaar de materie uitgebreider aan bod komt met de relevante verwijzen naar literatuur en andere bronnen. Dit boek is toegankelijk via Kluwer Navigator en Rechtsorde.

4. Desalniettemin werden uitzonderingen op de prioriteitsregel gemaakt ten gunste van aankoopfinanciers en de fiscus. Daarnaast konden lager gerangschikte vuistpandhouders verlangen dat de hoger gerangschikte schuldeisers met zowel speciale als generale hypotheeken eerst de speciaal verhypothekteerde goederen executeerde, voordat hij de generaal verhypothekteerde zaken bij de vuistpandhouder opeiste. Zie: Van Hoof 2015, §2.2.3.

5. Hun voornaamste bescherming was het voorrecht van uitwinning. Zie: Van Hoof 2015, §3.2.3.

6. Voor de hypotheek op roerende zaken en vorderingen, zie o.m.: Van Hoof 2015, 4.2.2, §4.5.2, §5.4.3, §6.4.1.3, §6.5.2.

7. Zie: Van Hoof 2015, §5.3.

ele akte een generaal hypotheekrecht op onroerende zaken ('hypothèque générale') in het leven. In Parijs volgde dit expliciet uit de artikelen 164 en 165 van het Coutume de Paris. Deze generale hypotheek had zowel zaaksgevolg als voorrang, maar was niet kenbaar uit een openbaar register.<sup>7</sup>

8. Zie: Van Hoof 2015, §5.3.3.3 en §5.6.

Hoewel de wetgever naliet om derde-verkrijgers en lager gerangschikte hypotheekhouders te beschermen, heeft de praktijk hierin op twee manieren voorzien. In de eerste plaats boden Parijse notarissen publiciteit van gevestigde hypotheekrechten.<sup>8</sup> Zij hielden een uitgebreide administratie bij met informatie over gevestigde hypotheeken en zij deelden informatie met elkaar. Latere beoogde verkrijgers en beoogde schuldeisers die een hypotheekrecht wilden, moesten zich tot hen wenden om te controleren of hun wederpartij een (generaal of speciaal) hypotheekrecht op een onroerende zaak had gevestigd. In de tweede plaats gebruikte de praktijk de bepalingen over executoriale zuivering ook buiten executie. Hierdoor kon een (beoogd) verkrijger de rechter verzoeken om eventuele hypotheekrechten te zuiveren, na oproeping van de hypotheekhouders die zich op de opbrengst konden verhalen.<sup>9</sup>

9. Zie: Van Hoof 2015, §5.3.4.2.

**"Hierdoor konden en kunnen beoogde verkrijgers en schuldeisers die een hypotheekrecht willen, vaststellen of hun (beoogd) wederpartij eerder hypotheekrechten heeft gevestigd"**

10. Zie: Van Hoof 2015, §4.4.2.2, §5.3.1, §6.5.1, §7.3.4.1, §8.2 en §10.2.

## 5. Bescherming door de publiciteit van gevestigde hypotheeken

Het recht van het gewest Holland van de 17<sup>e</sup> en 18<sup>e</sup> eeuw week af van het Franse recht doordat de openbare inschrijving een constitutief vereiste was voor de totstandkoming van hypotheekrechten op onroerende zaken.<sup>10</sup> Hetzelfde gold en geldt voor het recht van een aantal regio's in Frankrijk (de zogenaamde *pays de nantissement*) van vóór de Franse Revolutie, het Franse recht van na de Revolutie, het Nederlandse burgerlijk recht onder het OBW en het huidige Nederlandse burgerlijk recht.<sup>11</sup> Hierdoor konden en kunnen beoogde verkrijgers en schuldeisers die een hypotheekrecht willen, vaststellen of hun (beoogd) wederpartij eerder hypotheekrechten heeft gevestigd. Bovendien kunnen belanghebbenden – behalve in het Franse recht van na de Revolutie<sup>12</sup> – aan de hand van het register vaststellen wie eigenaar is van een onroerende zaak.<sup>13</sup>

11. Zie: Van Hoof 2015, §4.4.2.2, §5.3.1, §6.5.1, §7.3.4.1, §8.2 en §10.2.

12. Zie: Van Hoof 2015, §6.5.1.

13. Zie: Van Hoof 2015, §4.4.2.2, §5.3.1, §7.3.4.1, §9.2 en §10.2.1.

## 6. Bescherming door de wettelijke beperking van de generale hypotheek

Het Hollandse recht, ook wel het Rooms-Hollandse recht genoemd vanwege de grote beïnvloeding van het Romeinse recht, en het recht van de *pays de nantissement* boden niet alleen bescherming door publiciteit van hypotheekrechten, maar ook de beperking van generale hypotheeken. Derde-verkrijgers werden beschermd door de beperking van het zaaksgevolg. In het Rooms-Hollandse recht kon een schuldenaar generaal verhypotheekende zaken *om baat* onbezwaard vervreemden.<sup>14</sup> De hypotheekhouder kreeg hierdoor de vordering tot betaling van de koopprijs als vervangend zekerheidsobject voor de vervreemde onroerende zaak. Het generale hypotheekrecht omvatte immers ook de roerende zaken en vorderingen van de schuldenaar.

14. Zie: Van Hoof 2015, §4.5.1.1.

In de *pays de nantissement* had het generale hypotheekrecht ook geen zaaksgevolg als de schuldenaar de onroerende zaak *om niet* had vervreemd. De bescherming van de derde-verkrijger stond daar dus voorop en het hypotheekrecht leek meer op een algemeen voorrecht.<sup>15</sup>

15. Zie: Van Hoof 2015, §5.3.4.4..

Schuldeisers met later gevestigde speciale hypotheekrechten kregen een hogere rang dan schuldeisers met eerder gevestigde generale hypotheekrechten. Deze uitzondering op de prioriteitsregel werd ook wel 'bijzonder gaat voor algemeen' genoemd.<sup>16</sup> Hierdoor behield de schuldenaar na de vestiging van een generale hypotheek de mogelijkheid om een eersterangs

16. Zie: Van Hoof 2015, §4.6.1.

hypotheekrecht te vestigen ten behoeve van een andere schuldeiser. In ruil voor deze hoge rang kon hij mogelijk onder gunstigere voorwaarden nieuw krediet krijgen.

## 7. Bescherming door de afschaffing van de generale hypotheek

De Rooms-Hollandse regeling van de generale hypotheek (inclusief de waarborgen voor de verschillende partijen) heeft haar gelding niet verloren met het eindigen van de Republiek, maar is blijven voortbestaan en op hoofdlijnen opgenomen in het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland van 1809. Pas na de annexatie van het Koninkrijk Holland in 1810 schafte Napoleon Bonaparte de generale hypotheek af door de Franse Code civil in 1811 in te voeren. Hierdoor konden partijen alleen nog speciale hypotheekrechten vestigen. Na het vertrek van de Fransen is in 1838 een nieuw Burgerlijk Wetboek ingevoerd. Hierin keerde het generale hypotheekrecht niet terug en ook niet in het BW van 1992.

### "Specialiteit is het vereiste dat de ingeschreven hypotheekakte een specifieke aanduiding van de bezwaarde onroerende zaak bevat"

De wetgevers van de Code civil, het OBW en BW van 1992 hebben gekozen voor de afschaffing van de generale hypotheek in plaats van beperking. Deze wetboeken waren en zijn gebaseerd op de beginselen van publiciteit en specialiteit. Specialiteit is het vereiste dat de ingeschreven hypotheekakte een specifieke aanduiding van de bezwaarde onroerende zaak bevat.<sup>17</sup> Het OBW en BW van 1992 pasten dit beginsel tevens toe op de overdracht en overige bezwaring van onroerende zaken, waardoor de transport- of vestigingsaktes ook een specifieke aanduiding van de onroerende zaak moesten en moeten bevatten. Het motief van de keuze voor publiciteit en specialiteit van hypotheekrechten was de bescherming van derde-verkrijgers en latere hypotheekhouders. Publiciteit en specialiteit stelden hen in staat om uit het register af te leiden welke onroerende zaken waren bezwaard en welke nog niet.

17. Zie: Van Hoof 2015, §6.3.2, §6.4.2.2, §6.5.1, §7.3.4.1, §7.3.5.

Het vereiste van een specifieke aanduiding sluit in theorie de mogelijkheid niet uit dat een schuldenaar een nog te verkrijgen onroerende zaak bij voorbaat bezwaart met een speciaal hypotheekrecht onder voorwaarde van verkrijging. Indien hij de toekomstige zaak specifiek genoeg aanduidt, voldoet hij aan het specialiteitsbeginsel. Derden die een zakelijk recht op een onroerende zaak willen verkrijgen, zouden in het register vele jaren terug moeten kijken om vast te stellen of er ooit een speciaal hypotheekrecht bij voorbaat is gevestigd. De wetgevers van de bovenstaande wetten vonden dit ongewenst. Daarom bepaalden zij dat een schuldenaar slechts zaken kon verhypotheekeren als hij beschikkingsbevoegd was.<sup>18</sup> Op deze manier hoefde een derde die in het register keek, slechts terug te kijken tot het moment waarop de schuldenaar een onroerende zaak had verkregen. Vóór die tijd ingeschreven hypotheekakten brachten immers geen hypotheekrecht op de zaak tot stand.

18. Zie: Van Hoof 2015, §6.4.2.2, §7.3.4.1, §7.3.5.

Hoewel de verschillende wetgevers het begrip specialiteit gebruikten in de zin van een specifieke aanduiding van het hypotheekobject, heeft het begrip door de bovenstaande beperkingen ook een andere, ruimere betekenis gekregen. De mogelijkheid om alle bestaande en alle toekomstige zaken (bij voorbaat) te bezwaren was van oudsher het wezenskenmerk van het generale hypotheekrecht. Door de vestiging bij voorbaat te verhinderen, hebben de Franse en Nederlandse wetgevers er in de genoemde wetboeken bewust voor gekozen om slechts speciale hypotheekrechten op onroerende zaken toe te staan. Hierdoor kan het specialiteitsbeginsel ook worden opgevat als de erkenning van uitsluitend speciale zekerheidsrechten op goederen van de schuldenaar.<sup>19</sup>

19. Verder hebben de wetgevers van het OBW en het BW van 1992 derde-verkrijgers niet alleen beschermd met publiciteit en specialiteit, maar ook door de toekenning van het voorrecht van uitwinning. Zie: Van Hoof 2015, §7.3.5 en §9.2.

### 8. Waarom afschaffing in plaats van beperking?

De keuze om de generale hypotheek af te schaffen is gebaseerd op de bescherming van derde-verkrijgers en latere zekerheidsgerechtigde schuldeisers. De wetgevers van 1838 en 1992 hadden er echter ook voor kunnen kiezen om de generale hypotheek terug te laten keren en daarop beperkingen aan te brengen ter bescherming van die derden zoals in het Rooms-Hollandse recht. Waarom is dit niet gebeurd?

## "De keuze om de generale hypotheek af te schaffen is gebaseerd op de bescherming van derde-verkrijgers en latere zekerheidsgerechtigde schuldeisers"

De wetgever kan een onderscheid maken tussen generale en speciale hypotheek. In theorie dwingt dit een schuldeiser om een weloverwogen keuze te maken tussen beide zekerheidsrechten. Een schuldeiser die echter bereid is om elk afzonderlijk goed aan zich te laten verhypotheekeren met een speciaal zekerheidsrecht, kan de beperkingen die de wetgever aan het generale zekerheidsrecht verbindt, ontgaan. Indien de voordelen van een op die manier gevestigd 'generaal' zekerheidsrecht de nadelen (zoals kosten) overstijgen, zullen bepaalde schuldeisers dergelijke 'generale' zekerheid nastreven. Indien de wetgever voornemens is generale zekerheidsrechten een andere werking toe te kennen dan speciale zekerheidsrechten, dient hij hiermee rekening te houden.<sup>20</sup>

20. Zie: Van Hoof 2015, p. 425-6.

Bovendien lijkt er bij de totstandkoming van het BW van 1992 en in de jaren daarna geen behoefte te zijn (geweest) aan generale zekerheid op onroerende zaken.<sup>21</sup> Een schuldeiser die maximale zekerheid wil, kan er op toezien dat hij betrokken is bij de verkrijging van onroerende zaken door zijn schuldenaar en hij kan de vestiging van het hoogst gerangschikte hypotheekrecht afdwingen. Het hypotheekrecht biedt de zekerheidsgerechtigde voldoende zekerheid, omdat het een zakelijk recht is op een doorgaans waardevol registergoed. De schuldenaar kan het recht niet uithollen door de zaak onbezwaard te vervreemden. Tenzij de hypotheekhouder toestemming geeft tot onbezwaarde vervreemding, blijft het hypotheekrecht op de zaak rusten als de schuldenaar de zaak aan een derde vervreemdt. Latere derde-verkrijgers en latere schuldeisers die ook een hypotheekrecht willen laten vestigen, kunnen het register inzien en eventueel contact opnemen met de eerste zekerheidsgerechtigde over de voorwaarden waaronder deze afstand doet van het hypotheekrecht. Deze gang van zaken lijkt een vlot verloopend handelsverkeer niet te hinderen.

21. Zie: Van Hoof 2015, §9.2 en §10.2.5.

### 9. Conclusie

De afschaffing van de generale hypotheek in de 19<sup>e</sup> eeuw is beargumenteed met een beroep op de bescherming van beoogd derde-verkrijgers en hypotheekhouders. Doordat de hypotheekgever specifieke registergoederen moet aanwijzen, blijven de overige registergoederen onbezwaard en kan hij ze onbezwaard vervreemden of ten behoeve van een andere kredietverschaffer een eesterang hypotheekrecht vestigen. Het Rooms-Hollandse recht bereikte hetzelfde doel door een latere zekerheidsnemer met een speciale hypotheek een hogere rang toe te kennen dan een eerdere zekerheidsnemer met een generale hypotheek, maar hierdoor kon de zekerheidsgever het recht van de eerste zekerheidsnemer compleet uithollen. Om die reden heeft de Nederlandse wetgever in 1838 de generale hypotheek niet opnieuw ingevoerd. Bij de totstandkoming van het BW van 1992 is de herinvoering van een generale hypotheek niet eens ter sprake gekomen, waaruit kan worden afgeleid dat er geen behoefte aan bestaat. ●