

IV.111. Art. 1438, 2° B. W.

I

Er zijn wetsbepalingen, die een tijdlang volkomen rust genieten, naar het schijnt niet worden toegepast, of alleen worden toegepast in gevallen die zóó van zelf sprekend zijn, dat een nader onderzoek naar hare beteekenis en draagwijdte onnoodig schijnt en die dan plotseling weer te voorschijn treden en voor den rechter een welkome en zeer noodzakelijke steun blijken voor de beslissing van eenige rechtsvraag. Gelijk in de rechtswetenschap vragen van theoretischen aard tijden van drukke bespreking beleven, dan weer jaren rusten en dan in eens weer opkomen, zoo gaat het ook met concrete wetsvoorschriften, zij schijnen onbeduidend, worden dan in eens van beteekenis en een tijdje later hoort men er niets meer van.

Zoo is het ook eenigszins met het voorschrift waarover ik heden een paar opmerkingen wil maken, art. 1438, 2° B. W. Eenigszins, want geheel nieuw zijn de vragen niet, waartoe het aanleiding geeft. Over één er van is een arrest van den Hoogen Raad van 1873, dat van belang blijft al blijkt niet, dat het tot vaste jurisprudentie is geworden, en er is nog wel eenige meerdere rechtspraak over te vinden, maar toch zeer uitgebreid is deze niet en als wij dan bedenken, dat wij alleen in dezen jaargang in ons Weekblad vier rechterlijke uitspraken mochten opnemen, waarbij beroep op het voorschrift werd gedaan, dan schijnt het niet ongepast van zulk een herleving te spreken als waarop ik doelde.

Bestudeert men die rechtspraak, dan ziet men dat het twee vragen zijn, die telkens weder rijzen. In de eerste plaats deze: kan ook de koper die bij een verkoop door den eersten hyp.houder krachtens art. 1223 B. W. een onroerend goed verkrijgt zich op het voorschrift beroepen, om een lateren hypotheccairen crediteur te weren, als hij verzuimd heeft voor zuivering te zorgen, en in de tweede plaats: kan de koper zich op het voorschrift beroepen om tegen een huurder op te treden, wiens huur in strijd met het beding, bedoeld bij art. 1230 is aangegaan. Vóór den verkoop had de hypotheekhouder de nietigheid van den huur mogen inroepen. Mag de koper dat thans doen?

De eerste vraag vindt men in verschillende vormen terug in de beslissingen van Rechtbank Rotterdam 18 Februari 1859, R.B. 1860, blz. 366, Hof den Bosch 3 Nov. 1903, W. 8016, Rb. Arnhem 8 Juni 1911, W. P. N. R. 2202, Rb. Maastricht 9 Juli 1912, W. P. N. R. 2228.

In het oudste vonnis wordt de vraag ontkennend beantwoord.

* Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, nos. 2230—2231 (21 en 28 September 1912).

daar heet het „dat klaarblijkelijk art. 1438, 2^o., van toepassing is in een gewoon geval waar rechtstreeks van den eigenaar gekocht is, maar niet is geschreven voor het geval van speciaal en exceptioneel recht, dat niet de eigenaar maar de hypothecaire schuldeischer als verkoper optreedt en de koper zich jegens hem als koper en in geen andere betrekking verbindt". Maar al de nieuwere vonnissen gaan in andere richting. Voert men aan, dat de koper niet aan den hypothecairen schuldeischer betaalt, maar aan den lasthebber van den verkoper en dat deze zich zelf voldoet, dan stellen de rechterlijke colleges daartegenover, dat al „wordt aangenomen dat art. 1223 B. W. op een lastgeving berust" (Hof den Bosch)

— een buiging voor den Hoogen Raad en zijn lastgevingstheorie!

— toch de hyp.schuldeischer niet lijdelijk is, maar den verkoop regelt en daarbij bedingt dat de koopprijs aan hem betaald moet worden (Hof den Bosch), zoodat het beding van art. 1223 „eigenlijk" niet anders is dan een middel om zijn rechten op eenvoudige en min kostbare wijze te „verhalen" (Rb. Arnhem en Rb. Maastricht). Hoedanigheid van onherroepelijk gemachtigde en van hypothecair schuldeischer zijn dus niet te scheiden, (dezelfde rechtscolleges), wie aan den een betaalt, betaalt aan den ander. Is het de hyp. schuldeischer zelf die koper wordt, en beweert men dat dan niet „betaald" wordt in den zin van art. 1438 j^o. art. 1436 B. W., dan wordt uitgemaakt dat hier is „betaling in den vorm van verrekening", dat daarvoor de „ratio" dezelfde is als voor de betaling aan een derde en dat, als art. 1436 spreekt van een „derde persoon" ook daarin geen bezwaar ligt daar dan van eischeresse-koopster en eischeresse-hypothecaire schuldeischeres gezegd kan worden „quot qualitates, tot personae" (vonnis Utrecht 11 Januari 1911 — in Utrecht spreekt men blijkbaar graag Latijn, zelfs in vonnissen ¹⁾).

Men werpt tegen, dat de hypotheek is doorgehaald en te niet gegaan, subrogatie dus onmogelijk, en dit zal licht voorkomen, — immers heeft men het bestaan van meerdere hypotheeken geweten, dan wordt wel voor zuivering gezorgd als minnelijke regeling onmogelijk blijkt, beroep op het artikel is noodig als men van het bestaan van hypotheeken kennis neemt, die men niet vermoedde, zie b.v. het Arnheemsche geval in W. P. N. R. 2202, en dus de eerste eenvoudig liet doorhalen. Maar ook dan weet de rechter raad, ook dat bezwaar wordt door onze rechtscolleges ter zijde gesteld (Rb. Arnhem, Rb. Maastricht). De doorhaling geschiedde tenge-

¹⁾ Dit vonnis behoort eigenlijk tot onze tweede rubriek, wordt daarom hieronder besproken, maar is ook in dit verband van belang. De Rechtbank vond haar spreuk blijkbaar zoo mooi, dat zij *drie* qualiteiten onderscheidt: hyp. créditrice, onherroepelijk gemachtigde en koopster. Uit de onderscheiding tusschen beide eerstgenoemde hoedanigheden — volgens de andere colleges juist niet te scheiden — leidt zij echter niet af, dat de koopster aan de onherroepelijk gemachtigde en dus niet aan de hyp. créditrice betaald zou hebben.

volge van afstand door den hypothecairen crediteur, was er subrogatie op het oogenblik der betaling, dan was niet deze, maar de gesubrogeerde kooper bevoegd tot de doorhaling te machtigen, is zij dus ten onrechte geschied en mist zij gevolg. Ja zelfs zal dat moeten gelden als de kooper er blijkens zijn handelingen in heeft toegestemd, omdat immers naar art. 1240 van uitdrukkelijke schriftelijke machtiging van den rechthebbende, hier dus van den kooper, moet blijken (Rechtb. Arnhem).

Ik heb deze motiveeringen zoo uitvoerig weergegeven, omdat ze ook mij inderdaad afdoende voorkomen. Het behoeft weinig betoog dat bij de opstelling van art. 1438, 2° B. W. niet aan verkoop volgens het beding van art. 1223 B. W. is gedacht. Het art. is letterlijk uit den Code vertaald en dat kende het beding niet. Dit is ten onzent eerst na 1830 toegevoegd en het blijkt wel, dat men zich van de beteekenis daarvan voor talrijke vragen van hypotheekrecht geen duidelijke voorstelling heeft gemaakt. Men heeft er eenvoudig niet aan gedacht, anders had men allicht de gevolgen van zulk een verkoop door den hyp. schuldeischer wat nader omschreven. Maar is dat een reden om de toepasselijkheid van het voorschrift uit te sluiten? terwijl naar den letterlijken inhoud die toepasselijkheid moeielijk kan worden betwist? De grondslag, logisch, zoowel als historisch, van het voorschrift is enkel bescherming van den kooper tegen de latere hyp.houders, er is geen reden dezen te bevoordeelen als een vroegere hypotheek tengevolge van betaling door een derde, kooper van het goed, wegvalt. Zoo heeft men gedacht van het Rom. Recht¹⁾ af tot onze wet toe — waarom zou dat niet meer waar zijn, als de derde kooper bij verkoop door den hyp. schuldeischer koopt? Het Romeinsche recht²⁾ liet dan de verdere hypotheek van zelf te niet gaan, het onze kent als het Fransche een mogelijkheid van zuivering. Maar is dat reden om als deze eens niet heeft plaats gehad liever grove onbillijkheden te lijden dan ze te voorkomen door dit voorschrift uit den hoek te halen? Men bezie de feitelijke omstandigheden van het Arnhemsche geval eens en men zal het niet licht volhouden. Ontduiking der zuiveringsbepalingen is dat niet, de kooper bereikt enkel een vóórgaan boven de hyp. schuldeischers die niet met den koopprijs zijn afbetaald, niet een te niet gaan van hun hypotheek. Dat wellicht de lastgevingsleer van art. 1223 daarbij in het gedrang komt — wat zou dat? voor wie de leer verwerpelijik voorkomt is dit zeker geen bezwaar, eerder het tegendeel. En de executiegedachte die voor hen, die van lastgeving niet willen weten in den verkoop volgens dit beding zit? Aan haar is geen argument tegen de toepasselijkheid te ontkenen, zij dringt naar een opheffing der hypotheek. Wordt die door verzuim van formaliteiten niet bereikt, dan

¹⁾ D. 20, 4. 17 (Paulus).

-) C. 8. 27, 15; C. 8, 17, 6.

is hier een bruikbaar surrogaat. Voor executorialen verkoop in engeren zin vond ik bij ons geen rechtspraak, in Frankrijk neemt men aan dat daar de toepassing van art. 1251, 2^o. C. (= 1438, 2^o. B. W.) niet is uitgesloten¹⁾. Zoo wordt een voorschrift dat schijnbaar bij publiciteit van hypotheken en zuivering van weinig belang is, toch weer van eenige beteekenis, bleek een oude vergeten bepaling toch nog dienst te kunnen doen.

Ik sluit mij dus bij de jurisprudentie in deze aan, maar kom nu tot de belangrijker tweede vraag: wat is de omvang van het recht, waarin de koper wordt gesubrogeerd? In al de gevallen boven aangehaald, werd de subrogatie aangenomen om bij lateren verkoop en dientengevolge op te maken rangregeling den koper aan later ingeschreven hypotheekhouders te doen voorgaan. Het is de oude oorspronkelijke beteekenis van het Romeinsche voorschrift, waaruit de Franschen een subrogatie maakten, het niet-opschuiven van den hypotheekhouder ten nadeele van hem die geacht werd met zijn recht op de zaak in de plaats getreden te zijn van een vroeger in rang voorgaand recht, die we hier weer vinden. Op den rang komt het aan, ook als de rechtbank te Maastricht uitmaakt dat een latere hypotheekhouder niet eerste is geworden en dientengevolge bevoegdheid mist tot eigenmachtigen verkoop naar art. 1223 of als het Hof te Den Bosch beslist dat de latere hyp. houder niet als „eerste" zich op een beding van niet-zuivering kan beroepen? Maar gaat de subrogatie verder, heeft de koper krachtens haar nog meerder recht?

Hierover de volgende maal.

II

Gelijk ik al aangaf, de gevallen waarin deze vraag aan den rechter werd onderworpen, betroffen allen het beding van art. 1230 B. W. Kan een koper na veiling krachtens art. 1223 B. W. zich er op beroepen? Laat men ons art. ter zijde, dan antwoordt men in den regel ontkennend, immers naar de lastgevingstheorie is de koper stellig opvolger niet van den hyp. schuldeischer maar van den schuldenaar, en naar de leer die in toepassing van het beding van art. 1223 een executie ziet, oordeelt men meest evenzoo. Aldus b.v. Asser²⁾ en Land³⁾. Aldus ook de H. R. bij arrest van 12 April 1860, W. 2162. Nu valt niet te ontkennen, dat bij deze opvatting het beding van art. 1230 meest zijn doel mist, de hyp.-houder begeert een executie-object, dat niet tegen zijn belang verhuurd is, practisch doen zich de bezwaren van een verhuur pas

¹⁾ Hof Caen 21 déc. 1874, Dalloz 1876, 2, 81. Hof v. Cassatie 22 Jan. 1877, D. 1877, 219.

²⁾ 4e druk II, blz. 405. ³⁾ 2e druk II, 2, blz. 351.

gevoelen als hij tot verkoop overgaat. De H. R. zocht nu een uitweg in ons art. Aldus arrest van 7 November 1873, W. 3654. De koper is gesubrogeerd in het recht van den hyp.houder, wordt daar uitgemaakt, dus ook in de bevoegdheid zich op de nietigheid van de huur in strijd met het beding aangeaan te beroepen. In denzelfden zin nog onlangs rechtbank Utrecht 11 Jan. 1911, W. 9185. W. P. N. R. 2199. Er waren auteurs die twijfelden, zie Asser, Land t, a. p. en nu kwam onlangs ook het Hof te Amsterdam, 29 Juni 1911, W. P. N. R. 2202, tot andere conclusie.

Trachten wij uit te maken, wie gelijk heeft.

Gaan we historisch den zin van ons voorschrift uitvorschen, dan blijkt, dat het vóór den Code zeker geen andere beteekenis had dan die van een. middel voor den koper om latere hypotheekhouders van het goed te weren. Het blijkt uit Pothier¹⁾. Pothier beschouwt de betaling van hypothecaire schulden door den koper als een specimen van betaling door den derde bezitter. Deze kan subrogatie verkrijgen van den hypotheekhouder, als hij betaalt, maar van rechtswege geschiedt zij te zijnen bate niet. Maar, vervolgt Pothier²⁾, na dit uiteengezet te hebben, al is dan de derde niet gesubrogeerd in *al* de rechten van den hypotheekhouder, „dans nos usages et suivant l'avis des auteurs ... il les exerce du moins sur l'héritage dont il est détenteur *contre les créanciers postérieurs à celui qu'il a payé*”. Alzoo enkel een recht tegen latere hypotheekhouders. In denzelfden geest Domat³⁾: L'acquéreur d'un héritage employant le prix de son acquisition au payement des créanciers à qui cet héritage était hypothéqué, est subrogé à leur droit jusqu'à la concurrence de ce qu'il leur paye. Car en les payant du prix de leur gage pour se l'assurer il se le conserve pour la valeur de ce qu'il leur paye *contre d'autres créanciers subséquents*, quoique antérieurs à son acquisition. Ook bij de totstandkoming van den Code dacht men nog evenzoo. Bigot Préameneu⁴⁾, die ons artikel toelichtte voert vrijwel hetzelfde aan. De koper, zegt hij, moet op het verkochte goed een recht hebben, anders zouden de latere crediteuren onredelijk bevoordeeld worden. En in den aanvang van de heerschappij van den Code gold nog dezelfde meening. Maar in Frankrijk is dat langzamerhand veranderd. Men is de werking gaan uitbreiden. De wet onderscheidt niet tusschen *deze* subrogatie en de andere gevallen, zij moet dezelfde werking hebben, de koper treedt in *al* de rechten van den hypotheekhouder, aldus de nieuwe leer. Oudere schrijvers (Toullier, Duranton) wijzigden in nieuwere

¹⁾ Tot mijn spijt heb ik Renusson, Traite de la subrogation (1685), het gezaghebbende boek over deze materie in de 18e eeuw, waaruit Pothier putte, niet kunnen raadplegen.

²⁾ Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans, no. 73.

³⁾ Lois civiles Ire partie III, 1, 6, 7.

⁴⁾ Locré. IV, blz. 129. Zie over de geschiedenis ook het Ace. Pr. van A. L. S. Mellink. Amsterdam 1888.

werken hunne gevoelens en de nieuweren volgden de leer haast unaniem. Slechts in den allerlaatsten tijd verneemt men weder bezwaren¹⁾. En ook de jurisprudentie aanvaardt de leer in hare consequenties, althans sommige. Niet alleen werd den kooper, indien behalve zijn goed nog andere perceelen voor dezelfde schuld verbonden zijn ook hierop hypotheek toegekend, ook andere slechts los met de hypotheek samenhangende bevoegdheden werden geacht op hem te zijn overgegaan.

Bij ons is dat anders, de schrijvers willen van zulk een ruime opvatting van het voorschrift niet weten en het eenige punt waarbij het buiten zijn oorspronkelijke historische beteekenis wordt toegepast is voorzoover ik kan nagaan, het beding van art. 1230 B. W. Is die toepassing gewettigd?

Ik stel voorop, dat ik principieel geen enkel bezwaar heb tegen een uitlegging van een wetsartikel in overeenstemming met zijn tekst maar tegen zijn oorspronkelijke historische beteekenis. Juist zulke uitleggingen maken rechtsontwikkeling zonder wetsverandering mogelijk. Maar is deze uitlegging geoorloofd? Men staat mijns inziens voor een onoverkomenlijk bezwaar. Indien men den tekst letterlijk uitlegt, dan kent men aan den kooper *al* de rechten toe, die de hypotheekhouder dien hij betaalde, had. Wil men dat niet, dan moet men ergens een grens aangeven, welke rechten wèl, welke niet zijn overgegaan en tevens zeggen waarom men die grens zoo en niet anders trekt. Maar kan men dat niet, dan is het ook niet geoorloofd *enkel* van de bevoegdheid uit het beding van art. 1230 te zeggen *déze* heeft de kooper, omdat hij gesubrogeerd is in de rechten van den hypotheekhouder. Tot beperking daartoe bestaat geen grond, althans niemand heeft dien nog aangetoond.

Werken wij dit even uit. Letterlijk *al* de rechten van den hypotheekhouder aan den kooper toekennen, wil niemand. De vordering heeft hij toch zeker niet, maar welke reden is er hem dan wel een hypotheek op een ander goed te geven? Baudry en Barde be-toogen t. a. p. dat hij anders schade zal lijden als het goed bij uitwinning door een volgenden hypotheekhouder minder opbrengt dan hij er voor 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 ook een recht tegen een borg toekennen, als de betaalde schuld behalve door hypotheek mede door borgtocht was gedekt? Nog eens: er ontbreekt alle grond voor. Men zal dus de subrogatie wel moeten beperken tot de hypotheek op het gekochte goed. Maar ook dat schijnt mij nog veel te veel. Wil men er ernst mee maken dan zou men den kooper de bevoegdheid moeten toekennen de hypotheek weer over te dragen of latere door hem zelf gevestigde hypotheken

¹⁾ Uitvoerige aanhaling van litteratuur en jurisprudentie bij Baudry—Lacantinerie (Barde) XIII no. 1553.

moeten laten achterstaan bij dat recht waarin hij gesubrogeerd is. Wil men die consequenties niet — en ik vermoed dat niemand ze zal willen — dan blijft er niets anders over, dan art. 1438 2e lid uit te leggen in den ouden zin: dan is het niet anders dan een recht tegen latere hypotheekhouders, tegen het opschuiven in rang, dat hier aan den kooper gegeven wordt. Vat men het art. zoo op, dan is het ook begrijpelijk, dat het in zijn werking volkomen onafhankelijk is van de daden van den hypotheekhouder. Dat dus de afstand van de hypotheek door dezen gedaan zonder invloed blijft, en komt men niet tot de zonderlinge conclusie, die men uit de boven aangehaalde vonnissen zou kunnen trekken, dat die afstand eigenlijk door den kooper behoorde te geschieden — een conclusie die als kooper en hyp. schuldeischer één zijn (wat bij het „inkopen" door hypotheekbanken toch nog al eens voorkomt) er toe zou leiden, dat het recht van art. 1438, 2°. bij afstand en doorhaling wél zou vervallen.

Meenen wij dus, dat het recht om tegen den huurder op te treden krachtens art. 1230 B. W. niet op art. 1438 mag worden gebouwd, en dat dus in het meeningsverschil tusschen Rechtbank Utrecht en Hof Amsterdam het gelijk aan de zijde van het Hof is, hiermede is nog niet uitgemaakt, dat het recht in het geheel niet bestaat. De vraag blijft open, of den kooper zulk een bevoegdheid niet buiten art. 1438 B. W. om moet worden toegekend, den kooper meen ik bij executie of verkoop naar het beding van art. 1223.

De behoefte aan deze rechtsleer bestaat. Reeds het te hulp roepen van art. 1438 wijst er op, dat de billijkheid in deze richting dringt. Ook de motiveering van de beslissingen over de zaak. Men vergelijk eens het arrest van den H. R. van 1860 met dat van 1873: en de argumentatie waarmede de adv.-gen. tracht te bewijzen, dat tusschen beiden geen strijd bestaat. Men klampt zich aan dergelijke zwakke redeneeringen vast om een gewenscht resultaat te verkrijgen. En dat het resultaat gewenscht is, volgt uit wat de practijk van art. 1230 B. W. leert. Het beding komt in iedere hypotheek voor. Geen hypotheekbank die het niet in zijne formulieren heeft opgenomen, maar daartoe bepaalt zich gewoonlijk haar zorg voor deze zaak. Het zijn enkel de consciëntieuze debiteuren die toestemming tot verhuren vragen, de hypotheekbank maakt het de anderen niet lastig. Gaat zij verkoopen en is er wat lang of wat laag verhuurd, het is geen reden om den man er uit te zetten, als het goed het bedrag van de leening maar opbrengt. Wil de kooper optreden, het is *zijn* zaak, de bank zal hem ter wille zijn, maar zelf doet zij liever geen onnoodige moeite. Slechts als de bank met het pand blijft zitten en zelf moet inkoop, voelt zij het belang van het beding, voelt zij ook de onbillijkheid dat zij nu als kooper niet mag doen, wat ze vóór den verkoop wel had mogen doen als hypotheekhouder (zie het geval van vonnis Utrecht). Het beding dient om bij den verkoop niet te worden gehinderd door

dan nog voortdurende onvoordeelige huurcontracten en de werking van het beding is, dat het juist op dat oogenblik van den verkoop niet meer kan worden gebruikt.

Is het wonder, dat men naar uitwegen zocht?

Land¹⁾, die evenmin als wij van toepassing van art. 1438, 2°. wil weten, meent zulk een uitweg gevonden te hebben in een overdracht van het recht uit het beding door den hyp. crediteur aan den koper. Is echter de hypotheek te niet gegaan, hoe is dan overdracht van deze bevoegdheid, niets dan een uitvloeisel van het hypotheekrecht, mogelijk?

Ons inziens moet de oplossing op een andere wijze gevonden worden. Als men den koper de bevoegdheid om uit art. 1230 te ageeren ontzegt, dan is het omdat hij opvolger is van den schuldenaar-eigenaar, niet van den hypothecairen schuldeischer. Het is deze opvatting die een herziening behoeft. Met wie noa aan een volmacht vasthouden bij verkoop ex art. 1223, ja zelfs bij executie, polemiseer ik nu niet, maar ook wie het niet daarmee eens is, houdt zich meestal nog aan de leer: de koper ontleent zijn recht aan den geëxecuteerden eigenaar, is opvolger van dezen. Dit is tot zekere hoogte ook juist, maar . . . slechts tot zekere hoogte. Zeker, de koper volgt den debiteur in zijn eigendom op, het is *zijn* recht dat hij verkrijgt, maar hij verkrijgt het niet *van* hem, maar van den hypotheekhouder. Diephuis²⁾ heeft daarop al gewezen, hij heeft daarmee echter weinig succes gehad, misschien omdat zijn formulering der gevolgen niet heel gelukkig is geweest. Mijns inziens moet men het zoo zeggen: De koper volgt den debiteur op in zijn recht, maar alleen voor zoover dat recht tegenover den crediteur geldig bestond. Maakt men zich van de volmachtgedachte los dan zijn er bij een verkoop naar art. 1223 twee dingen die beiden in de juridische beschouwing der gevolgen tot hun recht moeten komen: Het is het recht op de zaak van den debiteur dat verkocht wordt, maar het is de crediteur die dat krachtens zijn recht doet. Opvolging is er van beide. Het recht dat de koper verkrijgt is in het algemeen identiek met dat van den vroegeren eigenaar — in zoover is hij *zijn opvolger* — maar voor zoover voor den crediteur-verkoper dat recht een anderen vorm had, voor zoover heeft het het ook voor den koper. Neemt men aan dat in eenig opzicht een eigenaar afspraken kan maken ten aanzien van zijn perceel, bindend ook voor den koper, dan geldt het voor dezen als voor een ander, maar voor zoover de hyp. crediteur zulke afspraken niet behoeft te erkennen, behoeft de koper, die met hem handelde en die nu eigenaar is, omdat *hij* hyp.houder was en hem de zaak overdroeg, het evenmin.

Volgt men deze opvatting, dan zal de koper zeker bevoegd zijn

¹⁾ II, 2, blz. 351 noot. -)
²⁾ VII, blz. 494, 497.

de nietigheid in te roepen van een huur in strijd met een ingeschreven beding overeenkomstig art. 1230 aangegaan, mits natuurlijk de hyp.houder zelf de bevoegdheid niet heeft verloren door de huur hetzij uitdrukkelijk, hetzij door daad of stilzwijgen te erkennen. En dat niet omdat de koper in het niet meer bestaande hypotheekrecht of in een deel is opgevolgd, maar omdat hij in den eigendom is opgevolgd, zooals de hyp.houder hem dien overdroeg, zooals die dus dat recht had te aanvaarden. Met art. 1438, 2°. B. W. heeft dat echter niets te maken.

