

*)

In den jaargang 1896 (no. 1397) van dit Weekblad is door Mr. C. Asser den notarissen de raad gegeven bij de opstelling hunner hypotheekacten het beding bedoeld in het aan het hoofd van dit artikel geplaatst wetsvoorschrift aldus te formuleeren: „dat in geval van willigen verkoop van het bezwaarde goed geene zuivering zal plaats hebben *met uitzondering van het geval, dat de verkoop krachtens art. 1223 lid 2 B. W. mocht zijn geschied*”). Tot dit voorstel werd de schrijver gebracht door de overweging, dat de jurisprudentie door hare wel zeer bestreden maar niet minde hardnekkig vastgehouden opvatting van art. 1223 B.W. tot de conclusie was gekomen, dat de verkoop door den eersten hypotheccairen schuldeischer krachtens het in laatstgemelde wetsbepaling bedoeld beding een „willige” is, dat bijgevolg, indien bij willigen verkoop zuivering was uitgesloten, men zou kunnen aannemen, dat die zuivering ook bij *dezen* verkoop niet plaats zou vinden, wat door den eersten hypotheccairen crediteur bij het aangaan der hypotheek-overeenkomst geenszins was bedoeld, maar integendeel voor hem hoogst ongewenschte gevolgen met zich zou brengen. Deze zouden bij de door Asser aanbevolen formuleering worden ondervangen.

Het voorstel werd in denzelfden jaargang door verscheidene inzenders bestreden. Wat ik hieronder zal betoogen, is gedeeltelijk door hen reeds kortelijk aangegeven, ik acht de zaak echter belangrijk genoeg om er nog eens op terug te komen.

Immers de bedoelde jurisprudentie is sindsdien niet gewijzigd: nog geldt de leer, dat de hypotheccaire crediteur, die krachtens het hem gegeven recht bij wanbetaling eigenmachtig verkoopt, lasthebber is van den eigenaar, nog wordt die verkoop een „willige” genoemd. En zoo heeft dus de vraag, of de door Asser gewenschte toevoeging aan het gebruikelijke beding van niet-zuivering, noodig is, evenmin haar belang verloren. Men zegge niet, dat die toevoeging — als zij niet deugdelijk is — dan toch hoogstens overtollig zou zijn en dus naar oude zegswijze niet zou schaden, want vooreerst behoort toch een notaris er wel degelijk naar te streven, uit zijne acten het overbodige weg te laten, maar bovendien, als de rechtsbeschouwing, waarvan in de gegeven formuleering wordt uitgegaan, onjuist is, dan moet de toepassing dier formuleering in notarieele acten noodzakelijkerwijze verspreiding dier onjuiste be-

*) Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie no. 1839 (25 Maart 1905).

) Een dergelijke raadgeving bevat ook de 3e druk van het 2e deel van de Handleiding van dezen schrijver. In den 4en druk is zij door mij weggelaten.

schouwing ten gevolge hebben. Wat toch zeker wel een kwaad is te noemen.

Maar nu de quaestie zelf.

Art. 1254 B.W. bepaalt, dat bij eene aan zekere voorwaarden voldoende willige verkooping zuivering zal plaats hebben. „Die zuivering“, laat het tweede lid daarop volgen, „zal echter bij willige verkooping geen plaats hebben, indien de partijen bij het vestigen der hypotheek zulks uitdrukkelijk zijn overeengekomen, en dit beding op de openbare registers is aangeteekend“.

Wil dat nu zeggen, dat het partijen, dus eigenaar en hypotheekhouder vrij staat het normale rechtsgevolg eener openbare verkooping, de zuivering, voor eens en voor altijd uit te sluiten? Wordt daarmee partijen de bevoegdheid gegeven ten aanzien dier zuivering een wet te stellen, waaraan ieder gebonden is en waaraan ieder ook rechten ontleent? Of behelst het voorschrift van art. 1254 B. W. 2e lid, niet anders dan een verlot *aan partijen* om van hetgeen het eerste lid van dat artikel gebiedt af te wijken? Het laatste zal wel het aannemelijkst zijn. Maar dan kan toch deze overeenkomst geen andere werking hebben dan elke overeenkomst van vestiging van zakelijk recht en kan met name alleen hij, die zich het hypotheekrecht en daarmee in dit geval tevens de bevoegdheid de zuivering te verbieden bedingt, — en zijn rechtsopvolger natuurlijk — rechten aan deze overeenkomst ontkenen.

Maar, zal men hiertegen wellicht aanvoeren, derden zijn toch ook gebonden aan het beding. Het kan tegen den koper worden ingeroepen, die een rangregeling tot zuivering na willigen verkoop aanvraagt en onverschillig is het daarvoor, van wien die koper het goed heeft verkregen. Waarom zouden derden, die toch aan de gepubliceerde hypotheekovereenkomst gebonden zijn, daaraan niet eveneens rechten kunnen ontleenen? Inderdaad is het een dergelijke redeneering, die Asser in zijn tweede artikel (in no. 1404) hoewel, niet zonder aarzeling aanvoert ter verdediging van zijn voorslag. De registers, zegt hij, dienen tot waarschuwing en geruststelling van derden, de na den eerste rang hebbende hypotheekhouders kunnen dus, als zij kennis genomen hebben van de in de registers gepubliceerde bedingen door den eerste gemaakt, er op vertrouwen, dat er geene zuivering bij willigen verkoop zal plaats hebben. Op grond van dat vertrouwen geven zij een 2e of volgende hypotheek. Vandaar is van hunne zijde verzet tegen zuivering bij eene nu eenmaal willig genoemde verkooping krachtens art. 1223 te vreezen. Mij schijnt deze redeneering ten eenen-male valsch, ik zie er een overschatting in van de beteekenis der registers en een miskenning van het karakter der overeenkomst van vestiging van zakelijk recht. De registers dienen ter publicatie van overeenkomsten¹). Derden kunnen uit de registers zien. dat

¹) Of van de publicatie het *ontstaan* van het zakelijk recht of alleen zijne *werking tegenover derden* afhankelijk is. doet hier niets ter zake.

eenige overeenkomst is gesloten en zoodanige bepalingen bevat, als zijn gepubliceerd, zij kunnen zich daarom later niet beklagen, als hij die zich eenige bevoegdheid bedongen heeft, deze uitoefent en ook zij daarvan de gevolgen ondervinden. En zelfs dit geldt nog slechts in zooverre de wet zekere bevoegdheden ten aanzien eener zaak als uit *zakelijk* recht volgende erkent of toestaat dat ze aan een zakelijk recht worden gekoppeld (de zoogenaamde hypotheekbedingen); men kan niet ieder willekeurig beding door het te publiceeren ook voor derden bindend maken, het zoogenaamd zakelijk karakter verleen¹⁾. Maar wat daarvan zij, verder gaat de kracht der publicatie in de registers zeker niet en kan zij niet gaan, omdat uit het feit der openbaarmaking eener overeenkomst nooit eenige verplichting kan worden afgeleid om de daarin bedongen rechten ook werkelijk uit te oefenen en evenmin een recht voor derden, die tot de rechthebbende in geenerlei betrekking staan, om die uitoefening te eischen of zelfs bij gebreke daarvan zelf er toe over te gaan. Onverschillig is het daarbij, of de overeenkomst, die in de registers is opgenomen in het belang van derden dan wel in het belang van hem die haar sloot, is gemaakt, maar op deze vraag hier in te gaan is onnoodig, daar de eerste hypothecaire crediteur het beding zeker niet ter wille der eventueele latere hypotheekhouders, maar alleen voor zich zelf in de akte doet opnemen.

Neemt men aan, dat de tweede hypotheekhouder, die in de registers gelezen heeft, dat de eerste het beding van niet-zuivering gemaakt heeft, nu zelf recht op niet-zuivering heeft verkregen, dan verklaart men feitelijk dat een overeenkomst van vestiging van zakelijk recht, mits gepubliceerd, zoodanig recht scheidt voor ieder die bij de uitoefening daarvan eenig belang heeft. (Het beding van niet-zuivering is hier niet anders dan een den hypotheekhouder als zoodanig, krachtens zijn zakelijk hypotheekrecht toekomende bevoegdheid). De onjuistheid nu van deze stelling naar ons recht zal ik toch waarlijk niet uitvoerig hebben aan te toonen. Ook de *jure constituendo* schijnt mij elke stap in deze richting gevaarlijk, omdat daardoor de overeenkomst van vestiging van recht veel uitgebreider werking krijgt dan partijen hebben bedoeld of zelfs maar hebben kunnen voorzien. Daarom komt mij ook bedenkelijk voor een bepaling als die van art. 333 Ontwerp 1898 volgens welke de bedingen door den hypothecairen crediteur met den eigenaar te maken ten aanzien van de bevoegdheid tot verhuren en van de assurantiepenningen na overschrijving in de registers voor en tegen derden werken. Maar voor ons geldend recht doet juist deze ontwerp-bepaling mij een argument voor mijn betoog aan de hand. Zij wordt voorgesteld o. a. om voortaan den kooper, die bij executie

¹⁾ Onder derden begrijp ik hier niet de rechtsopvolgers, de strijd over de bc-teekenis van art. 1354 blijft dus buiten bespreking.

het goed gekocht heeft het recht te geven het beding omtrent de beperking van den eigenaar in zijne bevoegdheid tot verhuren tegen den huurder in te roepen. Thans neemt men algemeen aan, dat hij dergelijke bevoegdheid niet bezit (zie mijne uitgave van Assers Handleiding deel II vierde druk blz. 405), ook Mr. Asser was van die meening. Maar als de koper dit beding niet kan invoeren omdat hij niet is rechtsopvolger van den eerste hypotheekhouder, hoe zullen dan de latere hypotheekhouders, die toch evenmin in de rechten van den eersten zijn getreden, het volkomen analoge beding van niet-zuivering wel mogen doen gelden?

Ik meen dus te mogen aannemen, dat alleen de Ie hypotheccaire crediteur, die het beding van niet-zuivering gemaakt heeft op grond daarvan zich tegen de zuivering zal mogen verzetten. Hiermede is onze quaestie beslist, want hij zal gelijk al opgemerkt is, er geen belang bij hebben dat te doen, integendeel voor hem zal er veel aan gelegen zijn, als hij de goederen krachtens de hem naar art. 1223 gegeven macht aanslaat, ter wille eener hooge opbrengst van het goed eventueelen koopers de mogelijkheid van zuivering der hypotheek te verschaffen. Als nu de eenige die zich op het beding van niet-zuivering bij verkoop naar art. 1223 zou *kunnen* beroepen, er nimmer belang bij heeft dat te doen, dan kan hier van een gevaar waartegen de toevoeging aan de gewone clause zou moeten waken, geen sprake zijn.

Een kort woord dus nog slechts over de vraag, of de eerste hypotheekhouder *in dit geval* de zuivering zou *mogen* verhinderen. Ook deze zou ik ontkennend willen beantwoorden. Vooreerst is het twijfelachtig of de hypotheek en met haar het beding niet al door uitoefening der bevoegdheid tot verhaal is te niet gegaan, zooals Mr. Frijlinck reeds in dit Weekblad (no. 1402) heeft opgemerkt. Maar bovendien: het beding dient om benadeeling van den eersten hypotheccairen crediteur, die mogelijk uit verkoop door den eigenaar zou voortvloeien, te voorkomen, maar het is niet bestemd om den crediteur tegen *eigen* handelingen te beschermen. Door zelf den verkoop krachtens art. 1223 in beweging te zetten, heeft de eerste hypotheekhouder het recht verwerkt de naar de wet normale gevolgen van dien verkoop te weren. En de eigenmachtige verkoop van den eersten hypotheekhouder is toch een van hem zelf uitgaande handeling, zelfs naar de lastgevingsleer onzer jurisprudentie; aan den last ontleent hij wel zijn bevoegdheid, maar geenszins eene verplichting tot verkoop.

Ik kom dus tot de conclusie dat de eerste hypotheccaire crediteur het beding van niet-zuivering bij verkoop door hem zelf, krachtens zijn zoogenaamde onherroepelijke volmacht uitgelokt, niet *mag* invoeren, zelfs al deed zich het niet gemakkelijk denkbare geval voor, dat hij daarbij eenig belang had.

Maar aan anderen komt dit recht zeer zeker niet toe.