

85. HYPOTHEEKSTELLING VOOR SCHULDEN AAN
TOONDER MET ZOOGENAAMD „TRUSTBEDING". *)

I.

Toen in 1885 in de Juristenvereniging een wettelijke regeling van de hypotheek voor schulden aan toonder, speciaal voor houders van aandelen in een obligatieleening werd bepleit, ondervonden de voorstanders van dusdanigen maatregel krachtige oppositie van de zijde van gezaghebbende mannen der practijk. Zoowel door Mr. F. S. van Nierop, die als bankier, als door Mr. Aug. Philips Sr., die als advocaat herhaaldelijk met dergelijke gevallen in aanraking waren gekomen, werd betoogd, dat de practijk reeds lang de mogelijkheid van hypotheekstelling voor schuldvorderingen aan toonder had aangenomen en ook de wijze had gevonden waarop zij die mogelijkheid kon verwezenlijken, dat dus een votum van de Juristenvereniging, dat hier ingrijpen van den wetgever noodzakelijk is, den gevaarlijken indruk zou vestigen, dat de juristen datgene wat in het handelsverkeer voor vast en afdoende werd gehouden, minst genomen onzeker achtten. Dit alles heeft niet verhinderd dat de vergadering van 1885 met groote meerderheid de wenschelijkheid uitsprak van regeling door de wet. Welke uitspraak echter op haar beurt door den wetgever tot nu toe is genegeerd, zoodat de tegenstanders van bijzondere voorschriften hun zin hebben gekregen en de practijk zich is blijven redden zonder speciale wettelijke regeling.

Intusschen is in de wijze waarop hypotheek gesteld wordt voor een obligatieleening een schijnbaar weinig belangrijke verandering gebracht, die, practisch van groote beteekenis ook het eigenaardig karakter der handeling te duidelijker doet uitkomen. Gelijk vroeger wordt ook thans nog de hypotheek gesteld in dezen vorm dat bij de akte voor obligatiehouders bewindvoerders, administrateurs, vertegenwoordigers optreden en de hypotheek ook ten name van deze wordt ingeschreven, maar terwijl vroeger meest bepaalde individuen, soms ook firma's of naamlooze vennootschappen als zoodanig fungeerden, wordt het thans meer en meer gebruik daarmede lichamen te belasten, die zich het verrichten van deze en dergelijke handelingen speciaal ten doel stellen. Dit zijn de zoogenaamde „trust"-maatschappijen, die dan gezegd worden als „trustee" voor de obligatiehouders op te treden'). Met deze verandering is gepaard gegaan een groote uitbreiding van de toepassing van deze wijze van handelen, niet alleen worden de hypo-

*) Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie nos. 1976 c.v. (9 November 1907 c.v.). Over de beteekenis dezer Engelsche termen zie hieronder.

theekstellingen voor obligatieleeningen steeds talrijker, maar ook waar geen hypotheek aan de obligatie wordt verbonden wordt de trust gebruikt om enerzijds zekere bevoegdheden voor obligatie-houders uit te oefenen, anderzijds den geldnemer het gemak te verschaffen, dat hij indien hij met de houders der obligaties, die zijn crediteuren zijn, een regeling zoekt te treffen, iemand tegenover zich vindt met wie hij onderhandelen kan. Wij komen hierop nog terug, ons hoofddoel zal echter zijn de obligatieleening met hypotheekstelling te bespreken. Immers deze schijnt ons nog wel eenige beschouwing waard.

Zóó eenvoudig toch, als de genoemde sprekers op de vergadering van 1885 de zaak voorstelden, is zij niet. Want al heeft de practijk zich gered en al is tot nog toe een rechterlijke uitspraak niet te vermelden, die die practijk heeft veroordeeld — evenmin trouwens eene die haar sanctioneerde ¹⁾ — er is hier nog wel eenige grond voor twijfel en aangenomen al, dat het door partijen beoogde doel wordt bereikt, dat dus de hypotheek geldig is, de obligatiehouders aan de akte gebonden zijn en wat men meer mag hebben nagestreefd, dan is toch de rechtsverhouding tusschen partijen niet zonder meer onder een der door de wet geregelde stereotiepe vormen te brengen, maar dan wordt hier zoo al niet tegen de wet in, dan toch buiten de wet om nieuw recht gevormd, dat zijn eigen regels heeft.

Gaan we eerst na wat er in zoo'n geval geschiedt.

Een naamlooze vennootschap sluit een obligatieleening. Tot meerdere zekerheid voor haar geldschietters — en dus om de kans de leening te plaatsen te vergrooten — wil zij den houders van aandelen in de geldleening hypotheek geven. Daartoe stelt zij zich in verbinding met een trustkantoor. Aan die trustmaatschappij, die gezegd wordt op te treden voor de obligatiehouders, wordt dan de hypotheek verleend, de trust bedingt daarbij voor zich — en dus weer voor de obligatiehouders — de bevoegdheden die gewoonlijk aan een hypotheekhouder toekomen (eigenmachtige verkoop, niet-zuivering enz.) meest vermeerderd met eenige macht van controle over de geldneemster en verbindt zich harerzijds voor doorhaling der hypotheek bij aflossing, voor samenroeping van vergaderingen van obligatiehouders en zoo meer te zorgen. Vervolgens worden de obligaties, in den regel gecontrasigneerd door de trust, uitgegeven. Ziedaar zoo kort mogelijk samengevat de loop der zaken, althans bij den eenvoudigsten vorm van het geval en indien partijen niet ter vermijding van straks te bespreken bezwaren de zaak op andere wijze in elkaar zetten dan een eenvoudig uitdrukken hunner bedoeling zou meebrengen. Maar daarover zoo dadelijk meer, bepalen wij ons voorloopig tot den boven ge-schetsten meest oprechten vorm van inkleeding.

) Met uitzondering misschien van 't arrest van Noordholland van 1859.

Is nu de hypotheek geldig, luidt de meest besproken, schoon lang niet de eenige vraag waartoe de zaak aanleiding geeft. Door hen die het betwijfelen wordt de nadruk vooral gelegd op deze andere vraag: laat art. 1231 B. W. inschrijving van de hypotheek ten name van den trustee, zooals ook wij de voor de obligatiehouders optredende personen zullen noemen, toe? Is, aangenomen dat verbintenissen aan toonder mogelijk zijn, aangenomen ook dat die verbintenissen door hypotheek kunnen worden gewaarborgd, voldaan aan het formeele vereischte door de wet gesteld, dat het borderel een bepaalde aanduiding van den schuldeischer moet inhouden, bij vermelding van een trustee als optredend voor de schuldeischers? Letter en geschiedenis der wetsbepaling maken het twijfelachtig¹⁾, zegt men, en reeds dat motiveert den wensch naar een speciaal wetsvoorschrift. Doch dit laat ik voorloopig ter zijde; iets nieuws hierover te zeggen is mij toch niet mogelijk, liever werp ik de vraag op: aangenomen dat over dit formeel bezwaar is heen te stappen, staat dan overigens de hypotheekverleening met elke andere gelijk en heeft zij niet iets eigenaardigs, dat een nader bepalen van haar karakter en dus haar geldigheid noodzakelijk maakt?

Hypotheekverleening geschiedt door overeenkomst, door een debiteur en crediteur, waar als te onzent hypotheek accessoir is van een schuld. Ook hier is een overeenkomst, maar de contracteerende partijen staan niet tot elkaar als crediteur en debiteur, hier verklaart de debiteur van een toekomstige schuld hypotheek te vestigen ten bate van de niet tegenwoordige nog niet bestaande schuldeischers en een derde, die zegt die schuldeischers te vertegenwoordigen, neemt die verklaring aan. Er zit toch wèl iets ongewoons in dit alles. Ik laat nog daar dat de hypotheek wordt verleend voor een toekomstige schuld — ook ik geloof dat de meening dat het accessoire karakter eener hypotheek zich dâar tegen zou verzetten, verouderd is ~) — maar eigenaardig is het toch wel dat hier niet alleen de schuld toekomstig is, doch het eveneens onzeker is wie de schuldeischers zullen zijn, óf ze er zullen zijn en tot welk bedrag dan (men denke aan het geval, dat de leening niet geheel wordt geplaatst) het eigenaardigst echter dat een derde, tusschen wien en die schuldeischers op dat oogenblik nog geenerlei band bestaat — en ook niet kan bestaan — beweert hen te vertegenwoordigen en als zoodanig de tot hen gerichte wilsuiting aanneemt. Met onze gangbare opvattingen, dat bevoegdheid tot vertegenwoordiging óf uit aanstelling krachtens de wet (voogd enz.) óf uit volmacht moet voortvloeien, schijnt dit moeielijk vereenigbaar.

Dat trouwens in dezen geheelen loop van zaken iets vreemds zit wordt blijkbaar door de trustkantoren zelf gevoeld. Immers zij

¹⁾ Vgl. mijne bewerking van Asser II. vierde druk. blz. 377, voorts T. M. C. Asser Prae-advies voor Jur. Ver. 1885 I blz. 41, Drucker t.a.p. II blz. 69.

²⁾ Zie mijne bewerking van Assers Handleiding II, vierde druk blz. 370 vlg.

kiezen somtijds een som voor de handeling, die blijkbaar bedacht is om dit zonderlinge en dan tevens het bezwaar van art. 1231 te vermijden, waarbij echter hetgeen partijen verklaren niet een zuivere uitdrukking is van wat zij bedoelen. Men laat namelijk de trust zelf als geldschieter optreden, zij verklaart te leenen en de geldnemer verklaart van haar te ontvangen; zij is dan zelf créditrice, maar bedingt ook dan niet, gelijk men verwachten zou de hypotheek voor zich zelf, maar toch weer voor zich als trustee ten bate van de obligatiehouders. Dit toont al, dat de hypotheekverleening, die uiterlijk aan een gewone van debiteur en crediteur is gelijk gemaakt, iets bijzonders heeft. Overigens wordt de zaak schijnbaar beter kloppend gemaakt en ook aan de formeele moeilijkheden in art. 1231 B. W. gelegen eenigszins te gemoet gekomen, maar toch heeft deze wijze van handelen iets bedenkelijks. Ik neem natuurlijk aan dat de trust een dergelijke verklaring alleen af zal geven, indien zij door een derde (het syndicaat dat de leening heeft overgenomen b.v.) in staat is gesteld het geld te verschaffen, dat dus niet iets bepaald onwaars wordt gezegd, maar toch doet de trust zich dan voor als iets, wat zij in werkelijkheid niet is: de eigenlijke crediteur der verbintenis. Dat daaruit complicaties kunnen voortkomen behoeft niet te worden betoogd. Om een enkel voorbeeld te noemen is het al dadelijk twijfelachtig, of een trust-maatschappij, die door haar statuten tot handelingen als zoodanig is beperkt, niet door zelf geld te leenen en bankiertje te spelen tegen die statuten handelt en zich dus omstandigheden kunnen voordoen, dat op dien grond die handeling betwistbaar is. Het ineenzetten van een complex van handelingen alleen om zekere wetsbepalingen te ontduiken is altijd gevaarlijk en dat is maar goed ook: er blijft iets knoeierigs in dergelijke wijze van doen, met hoe zuivere bedoelingen het ook geschiedt.

Maar als nu de practijk er toe dwingt? zal men wellicht tegenwerpen. Als door de botsing van een verouderde wet met de eischen van het handelsverkeer een dergelijk handelen noodzakelijk is, mag het dan nog niet? Om deze vraag zelfs maar in overweging te nemen, zou eerst vast moeten staan, dat de nood hier werkelijk zoo hoog is. Ik neem zonder verder onderzoek aan dat wij niet kunnen buiten de hypotheek voor obligaties aan toonder, maar is de daarvoor gekozen vorm, dien we boven beschreven, waarbij de partijen oprecht verklaren wat zij ook meenen, inderdaad juridisch onverdedigbaar? Is wat zoo absurd lijkt en wat zeker niet zonder meer is onder te brengen onder de in de wet geijkte type van handelingen, wat dus in zekeren zin buiten de wet omgaat, nu ook door de wet verboden? Of hebben we te doen met een nieuwe rechtsvorming, die als elke andere toch weer aansluit bij oudere instituten? Dit valt nog na te gaan.

Over het vorderingsrecht van den obligatiehouder op den geld-

nemer bestaat geen verschil. Wel is de aard, de grondslag van dat recht betwist en staat niet vast, waar het in het systeem van ons verbintenissenrecht te plaatsen, maar daarmee hebben wij ons thans niet bezig te houden. Het kan ons voor het oogenblik onverschillig zijn, of die grondslag nu in een eenzijdige verklaring, in een overeenkomst, in de wet of het opgewekte vertrouwen is te vinden, of men den eigendom van het papier moet bezitten om als rechthebbende op te treden en zoo meer, vast staat wel, dat de obligatiehouder een vorderingsrecht heeft tegen den uitgever der leening. Ook, dat dit recht nader bepaald wordt door de voorwaarden, waarop de leening is aangegaan, mits slechts uit het stuk zelf van het bestaan van die voorwaarden blijkt. In ons geval wordt dus het *vorderingsrecht* van den obligatiehouder nader geregeld door den inhoud der trustakte, maar om dat aan te nemen is het niet noodig, dat de daarin vervatte verklaringen door den geldnemer tegenover de trustee als vertegenwoordiger van obligatiehouders zijn gedaan en door dezen als zoodanig zijn aangenomen; dit steunt enkel al hierop, dat zij de aanvulling vormen van de verklaring van den geldnemer *in* de obligatie tegenover den obligatiehouder gedaan en door *deze* door zijne deelneming in de leening geaccepteerd zijn (gelijk ook met den inhoud van een prospectus het geval zal zijn).

Is nu niet op gelijke wijze het ontstaan van het hypotheekrecht te verklaren? Zou dus, afgezien van het formeel bezwaar van art. 1231, niet gezegd kunnen worden, dat de hypotheekverleening geschiedt eenerzijds door uitgifte der leening onder de in de akte genoemde voorwaarden, anderzijds door deelneming in de leening? Ook daartegen bestaat een afdoend bezwaar. Immers dan zou de hypotheek ontstaan *door* het plaatsen der leening, terwijl het doel der geheele handeling is de hypotheek *vóór* dat plaatsen in het leven te roepen. Dan zou de hypotheek eerst na de plaatsing ingeschreven kunnen worden, terwijl de leening alleen geplaatst kan worden als de hypotheek al ingeschreven is¹⁾. Reed? het feit, dat de practijk hier aan de hulp van den trustee behoefte had, die voor een gewone obl. leening niet noodzakelijk is, wijst op het verschil. Het gaat dus niet aan te zeggen: verbintenissen aan toonder zijn mogelijk, dus kunnen die ook door hypotheek worden gewaarborgd, want op dezelfde wijze als de verbintenis kan de hypotheek, wil zij aan haar doel beantwoorden, hier niet ontstaan. De hypotheek moet bestaan *vóór* de verbintenis en zoolang de verbintenis niet bestaat is er in dit geval geen schuldeischer, aan wien de hypotheek gegeven kan worden.

Wil men uit de deelneming van den obligatiehouder ten aanzien van dit punt iets afleiden, dan zou het een goedkeuring moeten zijn van hetgeen tusschen geldnemer en trustee is gebeurd, mits

) Zie ook naschrift.

men die goedkeuring vooral niet opvat als een erkenning van een in naam van den obligatiehouder verrichte handeling — want een dergelijke directe vertegenwoordiging buiten volmacht zal toch alleen dan mogelijk zijn, als de vertegenwoordiger in naam van den vertegenwoordigde een verklaring afgeeft, die deze zelf, indien hij tegenwoordig ware geweest, zou hebben gedaan. En hoe kan daarvan hier sprake zijn, waar op het oogenblik dat de -vertegenwoordiger handelt niet alleen nog niemand bestaat, die vertegenwoordigd kan worden, maar bovendien de mogelijkheid dat die personen ontstaan van de handeling waartoe de vertegenwoordiger meewerkt, afhangt?

Uit het als nemer der obligaties optreden kunnen wij dus tot niet meer besluiten dan tot het ontstaan van het vorderingsrecht op de in de akte neergelegde voorwaarden en tot een erkenning van tusschen geldnemer en trustee gesloten overeenkomst. Deze punten zijn belangrijk genoeg maar een geldigheid van de hypotheek kan er niet uit worden afgeleid.

Is die misschien langs anderen weg te construeeren? Hierover een volgende maal.

II.

Tot nog toe was mijn betoog in hoofdzaak negatief. Ik trachtte aan te toonen dat de trustee¹⁾, als hij de overeenkomst met den geldnemer-hypotheekgever sluit, niet is de gevolmachtigde van de obligatiehouders, terwijl evenmin van een met een volmacht gelijk te stellen ratihabitie sprake is, zoodat de trustee niet gezegd kan worden als vertegenwoordiger van de obligatiehouders in hun naam te handelen. Maar hoe moet de verhouding dan wel gekarakteriseerd worden? Dit valt na te gaan. Zoo hoop ik in een positieve uiteenzetting van die verhouding tevens een bevestiging van het zooeven aangeduide negatieve resultaat te vinden.

In de eerste plaats dan moet worden opgemerkt, dat de trustee wordt aangesteld door den geldnemer. Nog voor er obligatiehouders zijn, wordt tusschen trustee en geldnemer onderhandeld over de belangen van de obligatiehouders maar ook over die van den trustee zelf. Ook deze staat tegenover den geldnemer als partij, het salaris voor zijne bemoeiingen wordt hem door den geldnemer verstrekt. Maar zijn de obligatiehouders er eenmaal, dan verdwijnt de trustee niet naar den achtergrond, hij dient niet alleen om voor hunne belangen vóór de uitgifte der leening op te komen, ook na de uitgifte blijft hij en neemt zoowel tegenover geldnemer als tegenover obligatiehouder een zelfstandige positie in. Ter nadere bepaling van die positie wijs ik op enkele in de akte geregeld voor-

) Wie weet een Hollandsch woord hiervoor? Vertrouwensman?

komende clauses. Vooreerst deze „dat de rechten en belangen der obligatiehouders tegenover den debiteur en met betrekking tot het zakelijk recht van hypotheek zonder hunne tusschenkomst zullen worden uitgeoefend door den trustee." Hier wordt een onderscheiding gemaakt tusschen recht en uitoefening van dat recht, die zeker merkwaardig is. Men zou kunnen vragen, wat dit wel voor een recht is, dat de obligatiehouders wordt toegekend, maar dat zij niet mogen uitoefenen. Als hij, die een ander een zekere bevoegdheid verleent, bedingt dat de bevoegdheid niet door den-geen wien hij zegt haar te geven maar door een derde zal worden uitgeoefend, zoodat buiten hem debiteur om die uitoefening nooit aan den in naam rechthebbende kan komen, is dan niet die derde de in waarheid rechthebbende? Moet men dan niet zeggen, dat de trustee de hypotheekhouder is? Ik geloof inderdaad dat men daaraan niet kan ontkomen, mits men er dadelijk aan toevoegt, dat de hypotheek ten slotte moet dienen ten bate van obligatiehouders en het *hun* vermogensbelang is, dat door die hypotheek wordt gewaarborgd. Tot dezelfde conclusie leidt een andere vaak voorkomende bepaling: de trustee bedingt zich het recht de hypotheek te doen inschrijven en verplicht zich tot doorhaling bij aflossing. Wie anders dan de rechthebbende op de hypotheek kan doorhaling geven? Zeer typeerend eindelijk is een derde beding, waarbij partijen ook den schijn, dat het hier om rechten van de obligatiehouders gaat door den trustee uitgeoefend, laten glippen en openlijk van een recht van den trustee op de hypotheek spreken. Ik bedoel de in vele akten te vinden clause, dat al de kosten der handeling worden gebracht ten laste van den geldnemer en dat ook voor die kosten, voor zoover zij door den trustee zijn voorgeschoten, de hypotheek geldt? Voor die kosten is zonder eenigen twijfel de trustee de crediteur van den geldnemer, van een hypotheek aan obligatiehouders toekomend maar door den trustee uitgeoefend kan bij deze vordering geen sprake zijn, alleen aan den trustee kan *de:e* hypotheek toekomen. Maar als nu niet voor die kosten een afzonderlijke hypotheek wordt bedongen, naast die van de obligatiehouders maar enkel wordt gezegd dat ook voor die kosten „*de hypotheek geldt*“, blijkt dan niet dat de trustee en hij alleen *de* hypotheekhouder is? Hij is de rechthebbende, zij het ten bate van de obligatiehouders.

Moet men nu niet verder gaan en zeggen dat dit niet alleen voor de hypotheek geldt, maar ook voor het vorderingsrecht? Komt ook dit niet aan den trustee toe ten bate van de obligatiehouders en is dus de een vorige maal verworpen opvatting, die hem eenvoudig tot crediteur maakt, niet eigenlijk de juiste? De minder fraai geredigeerde bepaling boven aangehaald, „dat de rechten en belangen der obligatiehouders en met betrekking tot het zakelijk recht door den trustee worden uitgeoefend" is toch algemeen en omvat toch beiden? Waartoe anders dat vreemd

geplaatste „en"? Tot zekere hoogte is dit waar en van een reeks bevoegdheden uit het vorderingsrecht voortvloeiende geldt wat van de hypotheek is gezegd, maar toch schijnt het mij niet juist den trustee kortweg den crediteur te noemen. De vordering is niet een deel van zijn vermogen. Ook dit valt uit de trust-akten te bewijzen: coupon-betaling en aflossing gaan buiten hem om, wel heeft hij soms ook daarop eenige rontrole, maar zij geschieden niet *aan* hem. De verhouding is dus ten aanzien van het vorderingsrecht gecompliceerder dan ten aanzien van de hypotheek. De bevoegdheden van het vorderingsrecht vallen uit elkaar, zij komen gedeeltelijk den trustee, gedeeltelijk den obligatiehouder toe, hier staan zij beiden tegenover den geldnemer, ten aanzien der hypotheek vindt de geldnemer alleen den trustee tegenover zich, zij het dan ook dat diens verhouding ook tegenover den geldnemer beïnvloed wordt door het feit, dat het ten bate der obligatiehouders is. dat hij is gerechtigd. Het lijkt me daarom verstandig ter ontleding van de rechtsgevolgen dezer betrekkingen van uit de hypotheek te beginnen.

Ter oriëntering is het gewenscht eerst eenige gevallen van vroeger en hedendaagsch recht te beschouwen waar dezelfde verhouding: „het recht komt toe aan den één, wordt in eigen naam uitgeoefend, maar ten bate van den ander en door dit laatste wordt de inhoud van het recht gemodificeerd" te vinden is¹⁾.

In het Romeinsche recht kan ik in de eerste plaats wijzen op de fiducia. De fiducia stamt uit den tijd, dat een zelfstandig pandrecht nog niet is erkend. Ter zekerheid van een vordering gaf men den crediteur een zaak in eigendom. Ten aanzien van die zaak is hij de volledig gerechtigde, maar in de uitoefening van dat recht is hij aan zijn belofte van trouw tegenover den schuldenaar gebonden. Hij mag niet in strijd met die belofte over de zaak beschikken. Doet hij het toch, dan wordt de verkrijger eigenaar en moet de schuldenaar zich met een persoonlijke actie tevreden stellen. Ten aanzien van derden is het feit, dat de eigenaar, voorzoover hij een uitbreider recht heeft dan ter wille van de verpanding noodzakelijk was, ten bate van een ander gerechtigd is, in het algemeen zonder belang, toch doet dit eigenaardige element, waardoor zijn recht, de eigendom iets anders is dan gewone eigendom, in een enkel punt zijn invloed gevoelen. Krijgt namelijk de debiteur-vervreemder de zaak weer onder zich. dan kan hij ook *zonder goede trouw* door verjaring weer vol gerechtigd worden²⁾). Duidelijker nog vertoont zich het type van den door mij bedoelden vorm in de adstipulatio. Hier staat naast dengeen, die iets voor zichzelf bedingt, een tweede stipulator, tegenover wien de debiteur

¹⁾ De historische aanknoopingspunten ontleende ik grootendeels aan de belangwekkende studie van Alfred Schultze over Treuhänder im geitenden bürger-lichen Recht, Jhering's Jahrbücher 1901, blz. 1.

²⁾ Vgl. Gajus, Instit. II, 59-60.

evenzeer de belofte tot praestatie aflegt. Die stipulator bedingt dus iets in eigen naam, hij is tegenover den debiteur evenzeer schuld-eischer als de eigenlijke stipulator, maar zijn recht heeft hij ten bate van dezen laatste. Een dergelijk beding werd gemaakt om, waar een eventueel proces alleen door den crediteur zelf kon worden gevoerd, reeds van te voren de mogelijkheid te scheppen dat een ander dit ten bate van den rechthebbende zou kunnen aanvangen, daarnaast ook om het anders verboden beding, dat de praestatie na den dood van den stipulator aan diens erven zou geschieden, mogelijk te maken, de adstipulator mag dan, als zelf stipulator, betaling vorderen, maar moet het ontvangene aan de erven afdragen. En ook hier is door het feit dat materieel niet aan den crediteur-in-naam de praestatie ten goede moet komen, diens recht gemodificeerd; zoo gaat het niet op erfgenamen van den adstipulator over enz.¹⁾ Eindelijk kan in dit verband nog op den familiae emptor worden gewezen, wien een vermogen wordt overgegeven om de uiterste wilsbeschikkingen van den erflater ten uitvoer te brengen. Ook deze is eigenaar van het vermogen, maar ten bate van de door de beschikkingen bevoordeelden²⁾.

Uit deze voorbeelden blijkt, dat althans het oudere Romeinsche recht (want het zijn alle instituten die in den tijd van Justinianus verdwenen zijn) gevallen van onzen rechtsvorm, eigen recht in eigen naam, maar ten bate van anderen, kent. Voorts dat ook reeds bij de Romeinen de invloed van een dergelijk recht door de laatste omstandigheid werd gemodificeerd. Onjuist is het dus als *Schultze*³⁾ beweert, dat de zoo gerechtigde met ieder ander gerechtigde *volkomen* gelijk stond en dat hij *alleen* obligatoir tegenover den derde gebonden was — dat gebonden zijn wijzigt zijn recht — maar wel moet toegegeven worden, dat die modificaties altijd dingen van secundair belang betroffen, dat vooral bij de fiducia tegenover bui-tenstaanden het recht was het volledig recht, door het doel waartoe het was verleend, in hoofdzaak niet beperkt. Anders is dit in het Germaansche recht, waar onze vorm veelvuldig werd gebruikt. De Germaansche Treuhänder is wel zelfstandig, ook zakelijk gerechtigd, maar zijn recht is beperkt door zijn verhouding tot dengeen te wiens bate hij het uitoefent. Niet als bij den Romeinsche fiduciarius zijn de beperkingen van zijn recht — afgezien van het obligatoire gebonden zijn — uitzonderingen ten aanzien van details, in *alle* zijn werkingen is het recht gewijzigd. Die beperkingen werken zakelijk, ook tegenover derden heeft degeen te wiens na-deele de trouw verbroken is verhaal, voorzoover althans verhaal onder derden naar Germaansche beginselen mogelijk is. Een dergelijke rechtsverhouding komt in landen van Germaansch recht zeer

¹⁾ Vgl. Gajus t.a.p. III, 110—114. Ook Girard, *Traite élémentaire de droit romain*, biz. 746, Sohm, *Institutionen*, blz. 385.

²⁾ Vgl. Sohm, t.a.p. blz. 532 vlg.

³⁾ t.a.p. blz. 9.

veel voor, het oudste ons bekende geval is dat van den „saalman", wien iemand zonder wettelijke erven zijn goed overdraagt met beding dat na zijn overlijden aan den als erfgenaam aangewezenen af te geven. Verder valt te wijzen op een veelvuldig gebruik van dergelijke personen in het verkeer met den grond, om bv. overdracht aan niet-burgers mogelijk te maken, terwijl eindelijk ook op de Romeinsche adstipulatio gelijkende gevallen worden gevonden *).

Merkwaardig is het nu, dat terwijl deze rechtsvorm in het Rom. recht vrij spoedig verdwijnt, hij in het Germaansche recht zich verder heeft ontwikkeld. Vooral in een tak daarvan, het Engelsche, heeft hij het tot bijzonderen bloei gebracht. Immers de Engelsche „trust" is oorspronkelijk niet anders dan de Treuhanderschaft¹⁾). Ook de trustee krijgt een eigen recht op de hem toevertrouwde zaak, maar ook hij heeft dat recht alleen ten bate van een ander. Deze wijze van handelen geschiedde ook hier om over een onroerend goed bij doode te kunnen beschikken, dan om giften voor een philanthropisch doel, na het overlijden uit te deelen, mogelijk te maken en vooral om de geestelijke corporaties de gelegenheid te verschaffen onroerend goed in handen te krijgen. Naar common law was het dezen verboden den eigendom van vast goed te verwerven. Wilde men nu deze bepaling ontduiken, dan werd het voor de corporatie bestemde goed aan den trustee geleverd, maar liet deze aan de corporatie het vruchtgebruik over. Naar common law was de trustee dan eigenaar maar degeen te wiens behoeve hij het recht had (de cestui que use) werd tegenover hem door de Chancery beschermd, het recht van den trustee was beperkt. Op de ontwikkeling van dit instituut, samenhangend met de Engelsche onderscheiding van common law en equity, op de pogingen dit uit elkaar vallen van het recht op onroerend goed naar de eene en naar de andere rechtsbron te doen ophouden door de uses of trusts te verbieden en de cestui que use tot vol-gerechtigde te maken, op de typisch Engelsche wijze waarop de jurisprudentie dit verbod het in naam handhavend zoo goed als geheel op zij zette en op zoo veel meer in de ontwikkeling zullen wij hier niet ingaan. Het zou ons te ver voeren. Genoeg zij het te vermelden, dat het gebruik van het instituut zich meer en meer uitbreidde, thans alle vermogensrechten kan betreffen en in onderling zeer uiteenlopende gevallen plaats vindt³⁾). Beginsel is daarbij gebleven, dat de trustee

¹⁾ Vgl. Schultze t.a.p. blz. 7, Fockema Andreae, Oud-Nederl. Burgerl. Recht II. blz. 330.

²⁾ Engelsche schrijvers — b.v. Stephen's Commentaries I bl. 258 — beweren, dat de trust aan de Romeinsche fiducia ontleend is. Waarschijnlijk is dit niet, al gaf de inmenging der geestelijkheid aan de zaak een kanoniek-rechtelijk tintje. Vgl. ook Heijmans in Holtendorff—Kohler's Encyclopaedic I blz. 811.

³⁾ Een dier gevallen is de combinatie van producenten met opdracht van beheer aan één (den trustee) de Amerikaansche trust, in de staathuishoudkunde wel bekend.

de gerechtigde is, maar dat dit recht door den inhoud der trustakte min of meer is beperkt, dat hij aansprakelijk is bij overschrijding van zijn macht, in welk geval de benadeelde ook tegen den derde — tenzij die het recht te goeder trouw onder bezwarenden titel heeft verworven — een actie heeft.

Aan deze Engelsche trust ontleent ons instituut zijn naam. Nu moet men daaruit niet afleiden, dat wij met een copieering van de Engelsche instelling te doen hebben. Voorbeelden van de door ons bedoelde handelingen komen voor, vóór dat de Engelsche termen gebruikelijk waren geworden en eenig verband tusschen de oudere hypotheekstellingen ten name van „commissarissen van de leening" en dergelijke en de Engelsche trust is niet aan te toonen. In het wezen der zaak is na invoering van dien term geen verandering gekomen. Het gebruik van dien naam zal wel het gevolg zijn van het feit, dat een goed woord voor de verhouding in de Hollandsche rechtstaal ontbreekt en overneming van den Engelschen term voor dit vooral voor financierskringen belangrijk instituut bij de vele relaties onzer financiers met landen van Engelschen tongval voor de hand lag. Op grond daarvan mag zeker niet worden aangenomen, dat wat in Engeland omtrent de trust rechtens is, ook hier zou gelden, maar wel leert ons reeds de gelijknamigheid hoezeer rechtsvergelijking hier van nut kan zijn.

Zeer belangrijk is uit dit oogpunt ook het Deutsche recht, waar men getracht heeft het oude instituut der Treuhandschaft speciaal voor het doel, waarvoor ten onzent het trustbeding wordt gemaakt, nieuw leven in te blazen. § 1189 B. G. B. zegt: „Bei einer Hypothek der in § 1187 bezeichneten Art (für die Forderung aus einer Schuldverschreibung) kann für den jeweiligen Glaubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeder späteren Glaubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen"¹). Ook deze „vertegenwoordiger" heeft in werkelijkheid de positie van een Treuhänder. „Das B. G. B. nennt ihn Vertreter, zegt Gierke²), er ist aber Treuhänder", en verder: Der Treuhänder ist kein Vollmachtträger und kein Beauftragter. Er ist ein Vertreter aus eigenem Recht, der in eigenem Namen und selbständig handelt". En met het wezen der zaak is ook de naam te vinden in de Deutsche Hypothekenbankgesetz van 13 Juli 1899, -die aan een (van staatswege aangesteld) Treuhänder een reeks rechten van controle toekent, die bij ons dikwijls aan trustees worden gegeven, zoo tot inzien van de registers van de banken omtrent hun hypotheeken, tot medebewaren van gelden, tot mede-teekening der pandbrieven ter zekerheid, dat niet meer wordt uitgegeven dan het bedrag der hypotheeken bedraagt, alle bevoegdheden ten bate van de pandbriëfhouders door den daartoe aangestelde in eigen naam uit te oefenen.

M Vgl. ook art. 327 Ontwerp 1898 B. W.

²) **Deutsches Privatrecht II blz. 995 noot 31, blz. 995.**

III.

Onderzoeken wij thans of naast de gevallen van vroeger of elders, waar de mogelijkheid is erkend van een recht, in eigen naam en niet krachtens opdracht maar wel ten bate van anderen uit te oefenen, ook voorbeelden van dezen vorm in onze thans geldende wet zijn aan te wijzen. Vooraf echter moeten wij nog kort de grens aangegeven tusschen dit instituut en andere daarop gelijkende.

In de eerste plaats moet het wel worden onderscheiden van het beding ten behoeve van derden. Overeenkomst tusschen beide bestaat, in zoover daar als hier een rechtshandeling tusschen twee personen ten bate van een derde geschiedt, maar belangrijk is het verschil: daar wordt bedongen, dat aan een derde zal worden ge-praesteed, hier dat ter wille van een aan een derde op anderen grond (het uitgeven der leening) toekomende praestatie aan hem die het beding maakt zekere bevoegdheden worden verleend. Wie een beding ten behoeve van derden maakt heeft een eigen belang dat de praestatie aan den derde zal geschieden, de trustee heeft dit niet, hij is tusschenpersoon. Tusschenpersoon ook is een ander, met wiens rechtsverhouding de onze zekere gelijkenis vertoont: de commissonnair. Ook de commissonnair handelt in eigen naam, treedt in eigen naam in rechten op en ook zijn handelen geschiedt ten bate van derden, maar de commissonnair is tegenover den committent niet anders dan lasthebber, hij handelt krachtens opdracht van zijn lastgever¹⁾ en juist die opdracht ontbreekt in ons geval, maar mag de verhouding tusschen obligatiehouders en trustee met die tusschen commissonnair en committent vergeleken worden, meer dan gelijkenis bestaat er niet: er is hier geen lastgevings-overeenkomst, de verhouding van den trustee tot obligatiehouders is zelfstandiger. Tegenover dengeen met wien hij handelt is de commissonnair voorts de volgerechtigde, dien derde gaat het commissiecontract niet aan en slechts in een enkel geval heeft het feit dat zijn mede-contractant niet voor zich zelf handelde") op zijn rechtspositie invloed, voor den uitgever van een obligatie-leening daarentegen zal het telkens voelbaar zijn, dat achter den trustee een ander staat, in wiens belang deze optreedt. Bij het commissiecontract zijn er twee rechtsverhoudingen (commissie-nair-committent, commissie-nair-derde) bij het trustbeding drie (uitgever-obligatiehouders, uitgever-trust, trust-obligatiehouders).

Zijn dus beding ten behoeve van derden en commissiecontract niet met ons geval tot één begrip terug te brengen, wel kan dat m. i. gezegd worden van de executeele. De positie van den

¹⁾ Kist-Visser, Handelsrecht III, blz. 99/100, 108, Molengraaff, Leidraad, 2e druk, blz. 103.

²⁾ Zie art. 240. 1e lid W. v. K.

executeur-testamentair ten aanzien van de tot de nalatenschap behorende rechten is van denzelfden aard als die van den trustee ten aanzien der rechten van de obligatiehouders. Hierover een korte opmerking, al zal ik, nu dit onderwerp pas in dezen jaargang van dit Weekblad is besproken, mij zooveel mogelijk beperken.¹⁾ Het is bekend dat de executeur noch als vertegenwoordiger van erflater, die overleden niet meer vertegenwoordigd kan worden, noch als vertegenwoordiger van de erfgenamen, tegenover wie hij een onafhankelijke positie inneemt, kan worden beschouwd. Hierover is men het tegenwoordig vrijwel eens, moeilijker is het te zeggen wat hij dan wel is. Door het overlijden gaan de rechten en verplichtingen van den erflater over op den erfgenaam, de aanwezigheid van den executeur brengt daarin geen verandering, maar toch is hij bevoegd verschillende van die rechten uit te oefenen en hij doet dit niet in naam van den erfgenaam, maar krachtens eigen recht²⁾. Hij neemt de nalatenschap in bezit (art. 1054), handhaaft de geldigheid van den uitersten wil, ook al zou de ingestelde erfgenaam die niet willen verdedigen (art. 1058), verkoopt tot de nalatenschap behorende goederen (art. 1059) en int de schulden (art. 1060). Bij al deze handelingen heeft hij zich om de wenschen van den erfgenaam niet te bekommeren, hij kan zijn rechten tegen dezen zelf uitoefenen, toch doen de gevolgen van zijn handelen zich niet in zijn vermogen, maar in dat van den erfgenaam gevoelen. Om de belangen van dezen gaat het. Volkomen gelijk de trustee zekere rechten ter wille van de obligatiehouders maar onafhankelijk van dezen in eigen naam heeft, volkomen op dezelfde wijze is de executeur gerechtigd ten bate van den erfgenaam. Ook een historische beschouwing pleit voor deze opvatting. Onze executeur stamt van den Saalman van het Ger-maansche recht, zoowel voor het Fransche recht tot op den Code¹⁾ als voor het oud-Hollandsche is deze lijn gemakkelijk aan te wijzen¹⁾. Wel is in den loop der jaren zijn karakter in zoover veranderd, dat hij niet meer als in de oudste tijden — en ook nu nog in de Engelsche wet — de volkomen gerechtigde ten aanzien der nalatenschap, dus de eigenaar van de den erflater in eigendom

¹⁾ Vgl. verder Schullze t.a.p. blz. 64 vlg. 88 vlg. Belangrijk is ook de beschouwing van Hellwig Lehrbuch des Deutschen Civilprozesrechts I blz. 323, deze vat de verhouding op als een „Verwaltungsrecht“ van eigenaardig karakter.

²⁾ Zie ten bewijze van het practische belang van deze tegenstelling vonnis Amsterdam 25 Maart 1904. W. v. h. R. 8135.

■) Zie Opzoomer, IV, blz. 343. 4. Pothier, Traite des donations testam. V, 2, § 8.

■) Zie Fockema Andreae, Oud Nederl. Burgerl. Recht II. blz. 330 vlg. Deze schrijver meent, dat de executeur-testamentair in later tijden niet is een verzwakte vorm van den Saalman, maar hij tot een nudus mandatarius van den erflater is geworden. Voor het Oud-Hollandsch Recht, waar de executeur ongeveer dezelfde bevoegdheden had als hij thans heeft, had dat m. i. op de in den tekst aangegeven gronden evenmin aangenomen mogen worden als het hedendaagsche.

toebehoord hebbende zaken, de schuldeischer van zijne inschulden is, maar gebleven is dat hij ten aanzien der nalatenschap zelfstandig gerechtigd is, dat hij bevoegdheden heeft verkregen, die be-hooren tot de uit die rechten van eigenaar of schuldeischer voortvloeiende.

Dit is daarom voor ons zoo belangrijk, omdat er uit afgeleid kan worden, dat ook onze wet den vorm: eigen recht ten bate van anderen kent, de mogelijkheid aanneemt, dat iemand gerechtigd is in eigen naam het vermogensrecht van een ander uit te oefenen. Ditzelfde nu zien wij in ons geval van de geldleening met trust-beding, maar terwijl bij de executeele en ook hier, voor wat het vorderingsrecht betreft, de nauwkeurige begrenzing van de bevoegdheden van den gerechtigde en van den toch ook gerechtigde derde belanghebbende moeilijk is, wordt deze grens ten aanzien van de hypotheek door een gemakkelijk uiterlijk kenteeken aangegeven: hypotheek heeft de trustee ten bate van een vorderingsrecht, dat niet een bestanddeel van *zijn* vermogen is. Waar nu een dergelijke rechtsverhouding, in vroeger en hedendaagsch recht en ook in onze wet bekend, door de economische positie van partijen gewenscht is, moet zij ook naar ons recht bestaanbaar worden genoemd, tenzij óf de aard der hypotheek naar onze wet óf eenige speciale bepaling der wet zich daartegen verzet. Over beide een enkel woord. Uit den aard van de hypotheek zou men wellicht een bezwaar tegen deze instelling hierin kunnen vinden, dat volgens haar schuldeischer en hypothecaire crediteur uiteen vallen. De zekerheid wordt hier bedongen ten bate van eens anders vorderingsrecht. Intusschen wat is hier tegen? De wet zelf erkent de mogelijkheid dat hypotheekgever en schuldenaar niet in één persoon samenvallen, aan identiteit der bij het vorderingsrecht betrokkenen met de partijen in de hypotheekovereenkomst blijkt zij niet te hechten, waarom zou dan ook niet de hypotheekhouder een ander kunnen zijn dan de schuldeischer? Is eenmaal de mogelijkheid erkend dat in het algemeen de een gerechtigd is ten bate van eens anders vermogensbelang, waarom zou dat dan ook hier niet kunnen geschieden? Wat nu de bijzondere bepalingen over dit onderwerp betreft, de eenige die tegen onze opvatting zou kunnen worden aangevoerd is die van het meergenoemde art. 1231 B. W. Dit eischt een bepaalde aanduiding van schuldeischer en schuldenaar, is daaraan nu voldaan bij een inschrijving van een trust-hypotheek? Het bezwaar, dat bij de opvatting die in den trustee een vertegenwoordiger ziet aan dit art. wordt ontleend, dat n.l. de hypotheekhouder niet in de akte en het borderel wordt genoemd, valt weg, de hypotheekhouder (de trust) is evengoed vermeld als bij elke andere hypotheekstelling, blijft de vraag, of met vermelding van den hypotheekhouder, die niet is schuldeischer kan worden volstaan, nu het artikel uitdrukkelijk van schuldeischer spreekt. Naar mijn meening is voor bevestigende beantwoording

van die vraag alle reden, immers uit het feit dat ook de hypotheek onder derden in dit vorm-voorschrift niet wordt vermeld, blijkt duidelijk genoeg, dat de wetgever hier als op meer plaatsen¹⁾ het normale geval voor het eenige heeft genomen en van schuldeischer en schuldenaar spreekt, waar hij hypotheekhouder en hypotheekgever bedoelt.

Men kan de vermogensrechtelijke handelingen onderscheiden in twee soorten: die, welke de vermogensverschüivingen zelf betreffen en die welke strekken om de rechtsgevolgen van de eerste nader te bepalen en dus slechts ter wille van deze bestaan. De hypotheekstelling behoort tot de laatste. Uit de hypotheek onder derden blijkt de mogelijkheid dat deze hulp-handeling door andere personen kan worden aangegaan dan door degenen die de hoofdhandeling hebben verricht, uit de executeele dat rechtsuitoefening in eigen naam ten bate van anderen mogelijk is, waarom zou dan een handeling niet geldig zijn die de ééne eigenaardigheid met de eene, de andere met de andere der beide genoemde door de wet erkende instituten gemeen heeft en tegen welke overigens niets in het midden is te brengen?

Uit dit alles meen ik tot de geldigheid, ook naar ons positief recht, van de hypotheek van den trustee ter zekerheid voor de rechten der obligatiehouders uit de geldleening te mogen con-cludeeren.

Kan zoo ten aanzien der hypotheekstelling gezegd worden, dat de hulp-handeling geschiedt door iemand die niet partij is in de hoofdhandeling, ingewikkelder is de vraag hoe de verhouding ten aanzien van het vorderingsrecht is te denken. Hier is de scheiding tusschen hoofd en hulphandeling niet te maken, hier zal *in* de bevoegdheden uit één handeling voortvloeiend een grens moeten worden getrokken. Schuldeischer zijn de obligatiehouders, toch geldt ook van het vorderingsrecht dat het door den trustee in zeker opzicht wordt „uitgeoefend". Hoe moeten we ons deze verhoudingen denken en hoe hier de bevoegdheden van obligatiehouder en trustee af te grenzen? Welke bevoegdheden die de obligatiehouders zouden hebben omdat zij de geldneemster geld hebben verstrekt komen hen zelf ten volle toe, welke heeft de trust, zij het in hun belang verkregen? Of met andere woorden: in hoeverre is de verhouding tusschen geldgever en geldnemer ten aanzien van het *persoonlijk* recht door de trustakte gewijzigd?

Hiermee zijn we gekomen tot de bespreking van de eerste der drie rechtsverhoudingen, die uit de door ons bedoelde rechtshandelingen voortvloeien: die van geldgever tot geldnemer. Voorop moet daarbij staan dat het de obligatiehouders zijn uit wier vermogen het geld tot den uitgever der leening komt, dat dus zoowel dat geld als de renten ook weder tot hen terug moeten keeren.

!) Zie b.v. art. 1230.

Tevens dat die betaling van rente en aflossing niet zóó geschiedt dat de geldnemer zich tegenover den trustee en deze tegenover de obligatiehouders verbindt, maar dat dit, zij het onder controle van den trustee, rechtstreeks gaat van leener tot uitleener. Zou men nu daaruit gaan afleiden, dat de obligatiehouder nu ook bij niet-betaling van rente of aflossing zijn schuldenaar in rechten kan aanspreken dan komt men in botsing met het beding van de trustakte „dat de rechten worden uitgeoefend door den trustee" en niet alleen met dat beding maar met de geheele trustakte, want hoe moet deze schuldeischer gaan executeeren, als hem zijn voornaamste executiemiddel, de eigenmachtige verkoop krachtens de hypotheek, onthouden is? en, we zagen het, hypotheekhouder is hij niet. Aan de trust-akte, we hebben het reeds boven uiteengezet¹⁾, is ook de obligatiehouder gebonden. Maar wat kan de obligatie-houder dan wel doen bij wanbetaling?

Voor wij dat onderzoeken, moet er eerst nog op worden gewezen, dat de obligatiehouder niet alleen tot den geldnemer en de trust in een bijzondere verhouding staat, maar ook nog tot zijn mede-obligatiehouders. Er bestaat een streven bij dergelijke obligatieleningen den debiteur niet te plaatsen tegenover een reeks individueele crediteuren maar tusschen hen een zekeren band te leggen, zoodat de schuldenaar min of meer een eenheid tegenover zich vindt. Goed te verwezenlijken echter is dit slechts indien een trustbeding is gemaakt. Een beschouwing over het eene leidt tot een over het andere. Die verhouding der obligatiehouders onderling is dus nader te bezien, voor die van obligatiehouders tot schuldenaar kan worden vastgesteld.

IV.

Onze wet zwijgt over de obligatieleening. Meest beschouwt men het uitgeven van een obligatieleening als het aangaan van even zoo vele contracten van verbruikleening, als er obligatiehouders zijn, waarbij dezen als uitleeners optreden, de geldnemer als leener fungeert. Of nu de opvatting der verhouding als een verbruikleen juist is, of het feit dat een verbintenis aan toonder in het leven wordt geroepen tot een andere voorstelling leidt en dergelijke vragen meer kunnen wij laten liggen²⁾). Voor ons zijn zij slechts van belang voor zoover zij in verband staan met de vraag: is hier inderdaad niet meer dan een reeks individueele rechtsverhoudingen tusschen den uitgever en de houders der stukken of bestaat er eenige band tusschen de obligatiehouders, zoodat zij gezamenlijk als één massa tegenover hun debiteur staan? Voor een opvatting

¹⁾ Vgl. blz. 439 vlg. boven.

²⁾ Vgl. daarover Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, blz. 338 vlg. (§ 66).

der zaak in laatstbedoelden zin is in de wet geen aanknoopings-punt te vinden, toch gaan de behoeften der practijk meer en meer in die richting. Belanghebbenden zelf, voor zoover zij althans zich juridieke voorstellingen maken en voor zoover zij niet beter zijn ingelicht door een wetgeleerde, beschouwen de zaak op die wijze; het wil er bij obligatiehouders niet gemakkelijk in, dat tusschen hen onderling rechtens geenerlei band bestaat, dat zij niet meer met elkaar te maken hebben dan met den leverancier van pennen en inkt van hun debiteur of met den verhuurder van zijn kantoor; omgekeerd beschouwt de debiteur zijn geheele obligatieschuld niet als een reeks van schulden, maar als één schuld. Het „aandeel in de geldleening groot zooveel uitgegeven door enz.“, gewoonlijk op de stukken gedrukt, bewijst deze bewering. Practisch doet deze botsing tusschen wat de mannen der practijk beoogen en wat uit de wet wordt afgeleid zich vooral gevoelen, als het wenschelijk is in de voorwaarden der uitgifte eenige wijziging te brengen, als de geldnemer uitstel moet hebben voor een couponbetaling of een verandering gebracht wil zien in het plan van aflossing. Hij moet dan met ieder obligatiehouder individueel onderhandelen en weigert er maar ééne dan kan het geheele plan mislukken. Is van deze zijde beschouwd de rechtspositie van den obligatiehouder juist door zijn isolement sterk, aan den anderen kant is hij, zoolang slechts rente en aflossing betaald worden, geheel machteloos. Uit den aard der zaak heeft hij niet als de aandeelhouder eenig medezeggenschap in het beheer der onderneming, waarin hij zijn geld stak, maar zelfs de mogelijkheid van controle van dat beheer is hem onthouden. Tegenover de massa der gezamenlijke obligatiehouders, met wier geld dikwijls de zaak grootendeels wordt gedreven, is dit niet altijd te billijken¹⁾.

In den laatsten tijd zijn nu ondernemingen, die obligatieleeningen sluiten, er dikwijls op uit de voor hen niet gewenschte gevolgen der opvatting van de obligatie als individueel bepaalde, afzonderlijke schulden te voorkomen door bij de uitgifte een zekeren rechtsband tusschen de obligatiehouders te leggen. Er wordt namelijk in de voorwaarden der uitgifte gezegd, dat de op een vergadering van obligatiehouders genomen besluiten bindend zullen zijn zoo voor de tegenstemmers als voor de niet aanwezigen. Om den individueelen obligatiehouder daardoor niet al te zeer aan overrompeling bloot te stellen wordt er bij bepaald, dat een dergelijk besluit alleen op een vergadering genomen kan worden, waar een zeker percentage der obligaties vertegenwoordigd is of slechts met een zekere meerderheid en zoo meer. Door een dergelijk beding is wel de uitgever der leening gebaat, maar niet de obligatiehouder, integendeel. Eenigszins anders wordt dit. als dit beding met het

¹⁾ Vgl. Deking Dura. Handhaving de;- rechten van obligatiehouders. Ac. Pr Utrecht 1886. blz. 74. 89.

trustbeding wordt verbonden. Als de obligatiehouders tot een eenheid worden gemaakt, als zij bij meerderheid besluiten kunnen nemen die voor allen gelden, dan moet er een persoon zijn, die evenals het orgaan van een rechtspersoon die besluiten uitvoert en die tevens vóór dat de besluiten genomen zijn voor de mogelijkheid ze te nemen (de vergadering bijeenroepen, leiden enz.) zorgt. De debiteur kan die persoon niet zijn. Imrat.s, het is mogelijk dat juist tegenover hem moet worden opgetreden. Is nu een hypotheek aan de leening verbonden en aan een trustee verleend, dan is die trustee ook voor deze zaak de aangewezen persoon. Hij wordt dan niet alleen uitvoerder van de besluiten van de vergadering van obligatiehouders maar juist tengevolge van zijn positie als trust worden hem persoonlijk een deel der in de vergadering te regelen bevoegdheden van de gezamenlijke obligatiehouders opgedragen, het is toch voor alle partijen zoo veel gemakkelijker dat de debiteur één persoon tegenover zich vindt — zij het dan dat deze voor belangrijke handelingen toestemming der obligatiehouders noodig heeft — dan een van overal bijeen te zoeken massa belanghebbenden. Staat nu van af de uitgifte naast den debiteur een persoon die voor de belangen der obligatiehouders moet opkomen en die tijdens de gestie voortdurend met den debiteur in aanraking komt, dan ligt het voor de hand dien vertrouwensman van obligatiehouders ook enkele bevoegdheden van controle te geven, die de obligatiehouders als zoodanig niet zouden hebben. Voor dezen klinkt dit aanlokkelijk, de plaatsing der leening wordt er dus door vergemakkelijkt en voor den schuldenaar heeft het weinig bezwaar, als niet de eerste de beste obligatiehouder, maar een hem bekende en door hem vertrouwde derde bevoegd is af en toe zich in zijn zaken te mengen. De wijziging in de gewone verhouding strekt dan ook ten bate van den obligatiehouder.

In drieërlei opzicht wordt dus de rechtsverhouding van de obligatiehouders tot den geldnemer gewijzigd:

1". er wordt een rechtsband tusschen hen onderling gelegd, waardoor de meerderheid (of een zekere meerderheid) voor de minderheid bindende besluiten kan nemen;

2". er wordt bepaald dat die meerderheid tegenover den debiteur door den trustee optreedt, en dat de trustee bevoegd is (binnen de perken door de akte gesteld) de rechten der obligatiehouders uit te oefenen;

3". de trustee krijgt zekere rechten ten bate der obligatiehouders die deze zelf niet zouden hebben. Deze laatste groep van bepalingen komt niet in elke akte van obligatieleening met trustbeding voor, beide andere wel. onverschillig of hypotheek is gesteld of niet.

Wat zijn nu de rechtsgevolgen van deze bedingen? In de eerste plaats: zijn zij geldig?

Wellicht verwondert het iemand dat ik deze vraag stel en acht

men die geldigheid op grond van de contractsvrijheid boven allen twijfel. De obligatiehouders nemen deel in de leening op de voorwaarden, die het stuk óf zelf bevat óf waarnaar het verwijst, zij onderwerpen zich ') vrijwillig aan die voorwaarden — waarom zouden zij er niet aan gebonden zijn? Zóó eenvoudig is de zaak echter niet. Voor twijfel bestaat het meest aanleiding, als de onderwerping van den obligatiehouder aan zijn mede-obligatiehouders en aan den trustee zoo ver gaat dat door de akte — gelijk ik er gezien heb — „elke rechtstreeksche actie van den obligatiehouder tegen den debiteur is uitgesloten”.

Wil men hieruit afleiden, dat geen enkel proces tusschen obligatiehouder en debiteur mogelijk is, dan zou ik zeker durven volhouden dat zóó ruim opgevat het beding niet geldig is. Tot toelichting dezer bewering wijs ik op het volgende geval. Gesteld de debiteur weigert aan de obligatiehouder betaling van coupons of verschaffing van nieuwe couponbladen tegen inlevering van de talons op grond dat hij dezen niet als den rechtmatigen houder van die stukken erkent, b.v. omdat zij op onregelmatige wijze uit zijn handen zijn geraakt (denk aan de Hollandsche Hypotheekbank processen). Zou dan de obligatiehouder van den rechter niet een beslissing van dit geschil tusschen hem, individueel en zijn debiteur kunnen verkrijgen.? Komt hij er mee op de vergadering van mede-gerechtigden — aangenomen al, wat niet eens zeker is, dat hij die bijeen kan krijgen — dan zal hem waarschijnlijk worden opgemerkt dat het niet aan de vergadering is uit te maken wie gelijk heeft, hij of de debiteur, dat zij niet is scheidsrechter in hun geschillen en wil hij er den trustee voor spannen, dan zal hij van dezen allicht hooren, dat hij (trustee) wel voor de belangen der gezamenlijke obligatiehouders heeft te waken, maar niet voor ieder individu behoeft op te komen, wiens qualiteit van obligatiehouder door den debiteur wordt betwist. Uitsluiting van een rechterlijke beslissing tusschen obligatiehouder individueel en debiteur in zoo'n geval zou neerkomen op absolute rechteloosheid van den eerste en een dergelijke absolute onderwerping van den crediteur aan den debiteur is zeker niet te vereenigen met wat openbare orde en goede zeden eischen.

Vat men dus het bovengenoemd beding zóó ruim op dat men

) Om dit goed duidelijk te maken wordt in de trust-akte dikwijls gezegd dat „door het enkel bezit der obligaties de houders worden geacht genoeg te hebben genomen met en zich te onderwerpen aan de bepalingen en voorwaarden dezer akte”. Dit is zonder beteeckenis en zelfs cenigszins dwaas. Immers niet op grond dat trustee en uitgever dit tegenover elkaar verklaren zijn de obligatiehouders gebonden, maar op grond, dat zij hun recht aan het papier ontlecnen en dit papier zelf naar de trust-akte verwijst en zoo deze als het ware in zich opneemt. Ontbreekt deze verwijzing, dan zijn de obligatiehouders *niet* gebonden, wat er ook in de trust-akte moge staan. Het opnemen van de clause, als ik citeerde, in de akte is weer - cvolg van de onjuiste voorstelling, dat de trustee de obligatiehouders *vertegenwoordigt* bij de akte.

elk proces tusschen individueelen obligatiehouder en debiteur uitgesloten acht, dan is zijn geldigheid verre van onbetwistbaar. Maar een zoo ruime uitlegging, — waartoe de gebruikte woorden zeker aanleiding geven — ligt niet in de bedoeling van partijen. Hun streven is de gemeenschappelijke belangen der obligatiehouders tot één belang te maken, het aan allen gemeene recht tot één recht, dus in de plaats van al de acties der individuen te stellen één gezamenlijke actie. De gezamenlijke actie kan dus uit den aard der zaak alleen die acties vervangen die door *ieder* obligatiehouder zouden kunnen worden ingesteld. Het individu verdwijnt voor de gemeenschap voor wat zijn rechtsverhouding met die van zijn medegerechtigden gemeen heeft, maar ook niet meer. Toetst men aan dit criterium het bovenstaand geval dan ziet men dat het daar om de vraag gaat of een bepaald persoon obligatiehouder is. niet of een obligatiehouder als zoodanig zekere rechten heeft. De moeielijkheid voor den obligatiehouder is nu *hoe* zijn proces in zoon geval aan te vangen. Vraagt hij betaling van coupons of uitlevering van couponbladen, dan loopt hij gevaar dat hem het beding van uitsluiting wordt tegengeworpen, immers een dergelijke vordering zou ieder obligatiehouder kunnen doen en eerst uit het verweer van den gedaagde zou blijken, dat het hier niet om een geschil dat door het beding wordt getroffen gaat. Hoe den gedaagde tot dit verweer te dwingen, als hij zich tot een beroep op het beding bepaalt? De eenig mogelijke weg voor den obligatiehouder zal m. i. zijn een declaratoire uitspraak te vragen dat hij is de rechtmatige houder van het stuk. Daarvan zou niet als van de actie tot betaling gezegd kunnen worden dat het een actie aan alle obligatiehouders gemeen is. Slechts wie de verouderde meening aanhangt, dat een dergelijke enkel declaratoire uitspraak niet van den rechter is te verkrijgen zal zich hier tegen kunnen verklaren, hoe die uit de impasse kan geraken weet ik niet. Heeft de obligatiehouder het declaratoir verkregen en weigert de debiteur nog betaling dan zou hij zeker van den trustee kunnen eischen dat deze oprad, omdat dan vast zou staan dat de debiteur een tegenover iederen obligatiehouder bestaande plicht verzuimde. Maar daarmee komen wij op de verhouding van obligatiehouder en trustee die we liever tot later bewaren. Eerst moet nog de verhouding van obligatiehouders en geldnemer worden afgehandeld.

Zijn de besproken bedingen, opgevat als het vereenigen der algemeene actiën in één actie voor vergadering en trustee, geldig, daaruit volgt nog niet, dat ook elk besluit krachtens die bedingen gemaakt geldig is en iederen obligatiehouder bindt. Die geldigheid zal telkens aan wet en goede zeden moeten worden getoetst. Een strijd met de goede zeden is ook hier denkbaar, maar de wet zwijgt. Of dit een gewenschte toestand is en of het niet beter ware, dat de wet hier ter wille van de belangen der minderheden zekere waarborgen voor de deugdelijkheid der te nemen besluiten stelde,

is een andere vraag. Zoo eischt een Duitse wet van 1899, die, ook als daaromtrent bij de uitgifte der leening niets is bedongen, dergelijke organisaties van obligatiehouders mogelijk maakt, voor elk besluit, waardoor rechten der schuldeischers zullen worden beperkt of opgeheven een gequalificeerde meerderheid ($\frac{2}{3}$ of $\frac{3}{4}$) zoo mag naar de wet voor obligaties in handen van den schuldenaar zelf niet worden meegestemd en is een ongelijke behandeling der schuldeischers niet geoorloofd¹⁾). Een besluit waarbij dit laatste gebeurde zou men misschien ook naar ons recht als in strijd met de goede zeden kunnen betwisten, maar behoudens dien aan iedere rechtshandeling te stellen eisch ontbreekt bij ons iedere beperking van de vrijheid van besluiten krachtens de akte. Krachtens de akte, immers hierin verschilt de vergadering van obligatiehouders, van die van de leden eener vereeniging, de aandeelhouders van een naamlooze vennootschap bijvoorbeeld, dat de laatste als belichaming van die éénheid der leden tot alles bevoegd is, wat haar niet door de statuten is verboden, de vergadering van obligatiehouders daarentegen geen andere bevoegdheden heeft dan die haar door de akte zijn gegeven. De vergadering van aandeelhouders is de noodzakelijke toepassing van het meerderheidsbeginsel in de vereeniging, die van obligatiehouders is een kunstmatige nabootsing, waar een zekere eenheid wordt beoogd en toch de vereeniging ontbreekt²⁾).

Verdwijnt door aan de vergadering van obligatiehouders de bevoegdheid te geven, besluiten te nemen bindend voor allen, het individu voor de gemeenschap, door het trustbeding wordt het zwaartepunt der handeling van de vergadering naar den trustee verschoven. Is een trustbeding in de akte opgenomen, dan komt niet aan de vergadering maar aan den trustee het recht toe ten bate van de obligatiehouders tegenover den debiteur op te treden. Hier als bij de hypotheek heet het dat de trustee de rechten van obligatiehouders „uitoefent“, maar hier zal op dezelfde gronden als bij de hypotheek gezegd moeten worden dat de trustee niet eens anders recht maar eigen recht doet gelden, zij het ten bate van een ander. Het feit dat hem krachtens dat recht bevoegdheden van controle over den geldnemer worden gegeven, die de individueele obligatiehouder niet heeft, is alleen verklaarbaar bij deze opvatting, niet als men denkt aan een „uitoefenen“ van eens anders recht. Vroegen

¹⁾ Vgl. Dernburg, Burg. Recht II blz. 339 vlg.

²⁾ Hel/ou mij te ver voeren op de consequentie van de/tegenstelling in te gaan. Om haar goed te verstaan vergelijk men de regeling, zooals zij in de trust-akte voorkomt met de/e andere dat de obligatiehouders een naamlooze vennootschap vormen, die zich ten doel stelt de obligaties in de door de débitrice uitgegeven leening te nemen. Dan is de nieuwe rechtspersoon zelf créditrice, de obligatiehouders worden dan aandeelhouders en staan tot den debiteur der obligaties in geenerlei betrekking. Voor zoover mij bekend komt deze vorm in de praktijk niet voor. zij is echter zeer goed denkbaar en o.a. aanbevolen door Thaller. Vgl. I. chmann Recht der Aktiengesellschaften I blz. 284.

wij hierboven, hoe hier de grens in de bevoegdheden uit het vorderingsrecht voortvloeiend te trekken, uit het bovenstaande volgt, dat de bevoegdheid tot bescherming van de aan alle obligatiehouders gemeene rechten op den trustee is overgegaan. In ieder vorderingsrecht liggen twee elementen: het recht op de praestatie en het recht de praestatie af te dwingen. Het eerste heeft de obligatiehouder hier evenzeer als bij elke andere geldvordering: aan hem moet gepraesteerd worden, in zijn vermogen moeten de renten vloeien, tot hem keert ook de aflossingssom terug, de trustee staat hier buiten. Maar de bevoegdheid bescherming en verwezenlijking van dat recht te eischen door actie, beslag en wat dies meer zij heeft de trustee.

Doch deze is daarbij verplicht ten bate der obligatiehouders te handelen en ter wille van dien plicht ook in zekere mate aan de gezamenlijke obligatiehouders onderworpen. Hierover en over de verhouding van trustee en geldnemer ten slotte een kort woord.

V.

Heeft de trustee eenige verplichtingen tegenover den obligatiehouder; zoo ja, waarop steunen die, zijn zij in rechten af te dwingen en door wien, wat is haar inhoud, ziedaar vragen, waarover ik nog een enkele opmerking wil maken.

De obligatiehouders ontkenen hun recht tegenover den geldnemer aan het papier, voor de hand ligt het dus te onderzoeken of niet ook de trustee op grond van dat papier tegenover hen gebonden wordt. Buiten het papier om is niets te vinden op grond waarvan het bestaan van een verbintenis tusschen beiden zou kunnen worden aangenomen.

Het stuk is meestal door den trustee mede-onderteevend. Wel doet hij dit, zooals het in de akten heet, alleen om te doen blijken dat het stuk behoort tot de in de akte bedoelde geldleening en zonder eenige verbintenis op zich te nemen, maar dat laatste moet men niet al te letterlijk opvatten. Blijkbaar is de bedoeling daarvan dat de trustee zich niet als borg op welke wijze dan ook voor den geldschietel aansprakelijk stelt, niet, dat hij zich aan de verplichtingen die uit zijn optreden als trustee voortvloeien wil onttrekken. Bij de trustakte verklaart hij voor obligatiehouders op te treden en later te zullen optreden. Krachtens die akte worden, naar hem bekend is, de obligaties uitgegeven en naar die akte wordt in de stukken verwezen, de trustee kan zich dus niet beklagen als de obligatiehouders van hem verlangen dat hij de bij de verklaring op zich genomen taak om voor hun belangen te zorgen ook volbrengt. Daartoe is de trustee evenzeer gehouden, als de geldnemer verplicht is tot betaling van rente en aflossing. Niet op grond

van de onderteekening der obligatie is de trustee gebonden — deze zal inderdaad slechts van belang zijn om te constateeren dat *deze* obligatie behoort tot de in de akte bedoelde — maar op grond zijner verklaring bij de trustakte en het met zijn toestemming opnemen daarvan in het toonderpapier.

Is dit de grond van de verplichting van den trustee tegenover den obligatiehouder, haar inhoud laat zich in het kort aanduiden als een moeten zorgen voor de belangen van de obligatiehouders als zoodanig, hij is gehouden de hem ten bate van obligatiehouders verleende rechten ook werkelijk in hun belang te gebruiken. Hoever hij met die zorg gaan moet is niet in het algemeen te zeggen, iedere twijfel die zich daaromtrent zou kunnen voordoen zal naar de omstandigheden moeten worden beslist. Maar wel is een enkele opmerking te maken over de verhouding tot de vergadering van obligatiehouders. Heeft de trust voor gewichtige handelingen toestemming van die vergadering noodig? Als het niet uitdrukkelijk in de akte bepaald is, zeker niet. De trust krijgt door de akte eigen rechten, hij heeft aan niemand te vragen of hij die zal uitoefenen, maar wel is hij verantwoord van die uitoefening schuldig en daarom kan hij zich door een besluit der vergadering doen dekken. Neemt de vergadering een besluit in strijd met hetgeen de trustee wil, dan is hij nog bevoegd dat besluit naast zich neer te leggen en zijn eigen wil door te zetten. Dit kan gevaarlijk voor hem zijn omdat zijn kans aansprakelijk te worden voor de nadeelige gevolgen van zijn daad vergroot wordt, formeel er toe bevoegd is hij volkomen en het kan zelfs zijn dat zijn verhouding tot den geld-nemer hem tot een dergelijk tegen het besluit der vergadering ingaan verplicht. Maar daarover zoo straks meer. Een binnen den kring zijner bevoegdheden door den trustee tegenover den geld-nemer verrichte handeling is dus ook ten aanzien der obligatiehouders geldig, al hebben deze wellicht verhaal op den trustee op grond van een onvoldoende zorg voor hunne belangen. Het spreekt van zelf dat als de trustee buiten den kring gaat, b.v. de schuld kwijtscheldt, of uitstel van rentebetaling verleent, zijn optreden de belanghebbenden niet bindt, maar het besluit der vergadering is overigens slechts voor de aansprakelijkheid van den trustee tegenover de obligatiehouders niet voor de geldigheid der handeling van den trustee tegenover den geldnemer van belang.

Is de trust ook aansprakelijk voor den inhoud van een prospectus door den geldnemer uitgegeven?¹⁾ Als het vóór de akte is uitgegeven zeker niet, als het daarna in de wereld is gezonden, zeker wel indien het mede door den trustee is geteekend. Twijfelachtiger wordt de zaak, als het prospectus wel alleen is geteekend door den debiteur, niet door den trustee, maar deze het wist en goed vond.

¹⁾ Zie daaromtrent ingezonden stukken in W. P. N. R. 1905 blz. 4, 33, 60.

dat zijn naam als trustee der leening in het prospectus werd genoemd ■—■ of dan een aansprakelijkheid bestaat zal van de omstandigheden afhangen, zeker zou ik dit niet in het algemeen willen ontkennen. En voor wat de akte zelf inhoudt? als daarbij ten nadeele van obligatiehouders wordt geknoeid? De aansprakelijkheid van den trustee tegenover de obligatiehouders steunt op het toonder-stuk en de akte; *door* maar niet eoor de akte is hij aansprakelijk, zegt men wellicht. Intusschen, dat is toch te algemeen, zeker behoeft de trustee niet te zorgen, dat de voorwaarden der uitgifte voor de obligatiehouders voordeelig zijn: de geldschieters nemen deel in de leening nadat de akte is opgesteld, zij hebben dus zelf den inhoud van dat stuk te beoordeelen en moeten zelf weten of de zaak hun al dan niet lijkt. Gaat de uitgifte aan de akte vooraf¹), dan zal de materieele inhoud van de akte wel al in het prospectus vermeld zijn en heeft de trustee alleen er op te letten, dat de akte overeenstemt met dat prospectus. Zorgt hi; daar in zoo'n geval echter niet voor, dan doet hij zijn plicht niet, en aan gelijk plichtverzuim maakt hij zich schuldig, als hij toelaat dat in de akte een feitelijk gegeven wordt opgenomen waarvan hem de onwaarheid bekend was of bekend behoorde te zijn (b.v. als in strijd met de waarheid wordt gezegd, dat de grond die bezwaard wordt vrij is van servituten). Voor dit plichtverzuim is hij naar mijn meening tegenover obligatiehouders wel verantwoordelijk, immers hij die zich opwerpt om belangen van anderen te behartigen en daartoe zich zelf zekere rechten bedingt, handelt in strijd met de goede trouw, als hij toelaat dat die anderen bij die handelingen worden misleid. Maar het is niet mijn bedoeling, verder allerlei mogelijkheden na te gaan, ik stipte er slechts enkele aan om den aard van de verhouding nader toe te lichten, liever dan deze oppervlakkige casuïstiek voort te zetten, wijd ik nog een enkel woord aan de vraag: tegenover wien is de trustee aansprakelijk. Natuurlijk tegenover obligatiehouders, maar tegenover ieder individueel of tegenover hen allen gezamenlijk?

Gelijk ieder obligatiehouder individueel recht heeft op de praesta-tie van den geldnemer, zoo is ook de trustee tegenover ieder individueel tot nakoming zijner verplichtingen gehouden, daarover loopt de quaestie niet. Maar kan nu ieder obligatiehouder voor zich deze verplichting in rechten afdwingen, eventueel schadevergoeding vragen of geldt ook van deze actie, dat zij alleen krachtens een besluit der gezamenlijke obligatiehouders kan worden ingesteld en dat ook zij door een nieuwen trustee, als die de oude vervangen heeft, zal moeten worden aangevangen? Dat dit laatste niet juist kan zijn, blijkt al uit de restrictie die in de vraag gemaakt is, immers in het tegengesteld geval, als de oude *niet* vervangen is, zou dan elk optreden onmogelijk zijn. Maar bovendien de trustee

*) Zie naschrift.

zou zich nooit kunnen beroepen op een beding, dat alleen den uitgever der leening betreft, deze alleen heeft bedongen, dat de in het vorderingsrecht gelegen beschermingsbevoegdheden op den trustee zullen overgaan. Van een „uitoefenen van rechten" tegen den trustee door een anderen trustee is voor zoover ik kan nagaan in de acte nimmer sprake. Niet zo gemakkelijk is uit te maken, of de onderwerping van den individueelen obligatiehouder aan de vergadering ook ten aanzien van den trustee geldt. Dan zou als het trustbeding niet toepasselijk is, wel niet van een gezamenlijke actie sprake kunnen zijn — de vergadering van obligatiehouders is niet een rechtspersoon, die in rechten kan optreden, — de acties zouden dus individueele acties blijven, maar dan zouden toch de besluiten der meerderheid den individueelen obligatiehouder kunnen worden tegengeworpen, zoodat na een decharge van den trustee door de vergadering elke individueele actie zou zijn uitgesloten. In de trust-akten wordt, voor zoover mij bekend, deze quaestie niet uitdrukkelijk beslist, met den tekst van het beding, „dat de besluiten der krachtens de akte bijeengeroepen vergadering de tegenstemmers en de afwezigen binden" is zoowel een uitlegging, die het ook ten behoeve van den trustee, toch ook partij in de akte, geschreven acht, te vereenigen als eene die het opvat als alleen ten bate van den schuldenaar der leening gemaakt. Ik zal hier geen keus tusschen beide interpretaties doen, alleen wil ik opmerken, dat eenerzijds het doel der handeling: het vereenigen der obligatiehouders voor den trustee van evenveel belang is als voor den debiteur, dat, neemt men het gezag van de meerderheid hier niet aan, de trust in dezelfde moeilijke positie kan komen, die hij voor den geldnemer juist door zijn optreden vermijdt — dat anderzijds de schuldeischer, die juist voor zijn onderwerping aan de meerderheid tegenover den debiteur een correctief heeft in zijn eventueele vordering op den trustee, wel geheel aan willekeur van trustee en meerderheid is overgeleverd, als nu ook over die actie de macht van de helft plus één beslist, dat voorts ook hier die macht, wat er overigens van zijn moge, zeker beperkt is tot het nemen van besluiten de aan allen gelijkelijk toekomende rechten betreffend. Weigert dus in het een vorige maal besproken geval de debiteur iemand ook na vaststelling door den rechter van diens qualiteit van obligatiehouder, betaling, dan zou de trust tot optreden verplicht zijn en een besluit der meerderheid dat hem van dien plicht onthief, dien houder niet binden. Dit geval toont wel hoe moeilijk het is hier, zonder overzicht van de feitelijke verhoudingen, een algemeene beslissing te geven; ik zal mij er daarom, gelijk gezegd, van onthouden.

Wij stipten straks de mogelijkheid aan, dat een nieuwe trustee optreedt, kan dit ook tegen den wil van den in functie zijnde geschieden? Kan hij worden afgezet? Soms is de bevoegdheid daartoe uitdrukkelijk aan de vergadering van obligatiehouders gegeven,

maar heeft zij die ook zonder dergelijk beding? Ik zou het niet meenen. Ik heb reeds vroeger betoogd, dat hier van een volmacht, die herroepen kan worden, geen sprake is, art. 1850 B. W. is niet toepasselijk en op welken grond zouden dan de obligatiehouders bevoegd zijn de trustee zijn positie, bij het behoud waarvan hij belang heeft, te ontnemen? Bovendien zou nog een derde een woordje mee kunnen spreken: de geldnemer. Hij heeft den trustee gekozen en hij heeft tegenover obligatiehouders het beding gemaakt, dat deze en niet een andere trustee zekere rechten zou hebben ten hunnen bate, zonder zijn toestemming kan men niet een anderen trustee tegenover hem stellen. Wordt de afzetting geregeld, dan geeft hij die toestemming bij voorbaat, maar anders zal zij in elk geval moeten worden verkregen. Dat heeft zeker zijn bezwaren. Verzaakt de trustee zijn plicht, dan moest het den obligatiehouders vrij staan hem te ontslaan. Het is zeker, dat deze geheele materie voor een in details afdalende wettelijke regeling nog niet rijp is, maar mocht het er eens toe komen, dan zal dit een punt zijn waar de wetgever heeft in te grijpen. Is de vergadering krachtens uitdrukkelijk beding tot ontslag bevoegd, dan zal zij harerzijds verplicht zijn tegenover den geldnemer om een nieuwen trustee aan te wijzen, krachtens de acte heeft de schuldenaar recht dit te verlangen, gevaar trouwens dat obligatiehouders het zouden nalaten bestaat er niet, immers wie zou dan de hypotheek en de overige rechten van den trustee kunnen doen gelden? Bij afzetting gaan volgens de akten, de rechten van den trustee op den nieuw benoemde over.

Zeer sterk zal de behoefte aan vervanging van den trustee zich doen gevoelen als deze in staat v^n faillissement geraakt. Wij moeten daar nog even bij stilstaan, omdat men wellicht in de rechtsgevolgen der faillietverklaring voor de verhouding een bezwaar kan zien tegen onze opvatting er van. Als de hypotheek enz. zijn eigen rechten van den trustee, vallen zij dan niet in diens faillissement en gaan ze dus niet in zoon geval voor de obligatiehouders verloren? Toch is dit bezwaar slechts schijn. Immers de hypotheek en de verdere bevoegdheden zijn slechts formeele bevoegdheden, zij hebben op zich zelf geen vermogenswaarde, maar dienen slechts ter betere waarborg van vermogensrechten die in dit geval aan anderen toekomen. Van een in het faillissement vallen kan daarom geen quaestie zijn. Dit neemt niet weg, dat het faillissement van den trustee moeilijkheden kan geven voor de obligatiehouders, maar deze moeilijkheden bestaan toch alleen dan, als zij niet macht tot afzetten hebben. Hebben zij die wel, dan gaan ook ondanks het faillissement de rechten van den trustee op zijn opvolger over.

Ten slotte de verhouding van geldnemer en trustee. Ik zal deze niet uitvoerig bespreken. Wellicht werd mijn opstel reeds te uitgebreid. Ik wil er alleen op wijzen dat ook tusschen trustee en

geldnemer verbintenissen bestaan, waaruit is af te leiden dat de trustee een geheel andere positie inneemt dan alleen die van vertegenwoordiger van obligatiehouders. Zoo is de trustee gerechtigd van den geldnemer haar loon te vorderen, omgekeerd verplicht tot het geven van royement voor de hypotheek in de bij de akte voorziene gevallen, tot bijeenroeping van vergaderingen enz., in één woord tot het verrichten van zijn werkzaamheden als trust. Hoezeer men met die verplichtingen vastraakt bij de opvatting van den trustee als vertegenwoordiger van obligatiehouder, blijkt uit een mij bekende akte van uit dit standpunt opgesteld, waarbij obligatiehouders bevoegd worden verklaard den trustee te ontslaan o. a. als hij zijn plichten tegenover den debiteur niet nakomt. Dat is toch wel zonderling!

Reeds merkten wij op, dat de Crustee als de in de akte genoemde voorwaarden vervuld zijn, verplicht is tegenover den geldnemer royement te geven, al zou ook een besluit van obligatiehouders het hem verbieden. Omgekeerd zal een royement tegen de akte in niet geldig zijn, obligatiehouders kunnen dan zoowel tegenover den geldnemer als tegenover den derde het voortbestaan van de hypotheek ondanks die handeling volhouden. Hier komt dus uit wat wij vroeger betoogden, dat wèl de trustee als zelf gerechtigde tegenover den geldnemer staat, maar deze toch ook er mee rekening moet houden dat achter dien trustee anderen staan om wier belang het hier eigenlijk gaat.

Hiermede ben ik aan het einde gekomen van mijn betoog. Wel zou er over de verschillende rechtsverhoudingen door de besproken handeling in het leven geroepen nog veel te zeggen zijn, maar mijn bedoeling was geenszins het onderwerp in al zijn breedte te bespreken. Hoofdzaak was voor mij slechts, de aandacht van belangstellenden in dergelijke dingen op het instituut te vestigen, het verdient die m. i. ten volle. Niet alleen om zijn grote praktische beteekenis maar ook omdat wellicht de hier ingevoerde rechtsvorm nog in andere moeilijke gevallen van dienst zal kunnen zijn.

Naschrift. Van bevriende, ten deze bij uitstek deskundige zijde, werd mij de opmerking gemaakt, dat de voorstelling die ik van den loop der zaken in mijn eerste artikel gaf, niet geheel juist is of liever niet voor alle hypothecaire leeningen met trustbeding geldt. Het gebeurt nl. wel (zooals ik zeide) dat eerst de trust-akte gemaakt wordt en dan de leening geplaatst, maar het gebeurt ook, dat eerst de leening wordt uitgegeven, dat dan aan de deelnemers recepissen worden uitgereikt, vervolgens de trust-akte gemaakt en daarna de recepissen tegen de definitieve stukken voor de dan hypothecair geworden leening verwisseld.

Ik herstel deze fout gaarne. Maar ik moet er toch bijvoegen, dat dit aan de constructie die ik gaf niets afdoet. De opmerking „dat

de leening eerst geplaatst zou worden, als de hypotheek ingeschreven is" (p. 438) moge minder juist zijn, het blijft waar dat de obligatie eerst uitgegeven kan worden na die inschrijving. En op het uitgeven van die obligatie, het stuk, waaruit de debiteur gebonden wordt, komt het aan, niet op het vagere, meer economische dan juridieke begrip van „plaatsing der leening".