

Het vervalbeding bij pand en hypotheek

De interpretatio multiplex van het toe-eigeningsverbod (C. 8.34(35).3)

1. Inleiding

In de hedendaagse praktijk komen transacties als de volgende voor. Een onderneming (de 'schuldenaar') leent geld ter financiering van de koop van aandelen en verleent aan de financier (de 'schuldeiser') een pandrecht op de aandelen tot meerdere zekerheid van de vorderingen uit hoofde van de geldlening. Tegelijkertijd verkoopt de schuldenaar de verpande aandelen op termijn aan de schuldeiser. Op het tijdstip waarop de aflossing van de geldlening dient te geschieden zal de schuldeiser de aandelen krachtens de koop verwerven, terwijl de vordering tot aflossing van de geldlening dan zal worden verrekend met de vordering tot betaling van de koopprijs. Wij zullen later zien dat hier geen sprake is van een vervalbeding dat vanwege schending van het toe-eigeningsverbod ongeldig is.¹ De verkrijging van de verbonden zaak door de schuldeiser vindt hier niet plaats met het oog op het tekortschieten in de verplichtingen onder de geldlening. Maar wat is rechtens als de koop wordt gesloten onder de (opschortende) voorwaarde van het intreden van verzuim onder de geldlening, of als de verpande aandelen onder de voorwaarde van het intreden van verzuim in betaling worden gegeven? Reeds de klassieke Romeinse juristen stelden zich de vraag of een voorwaardelijke verkoop of inbetalinggeving van een onderpand aan een pandhouder geldig is; ook in het geleerde recht bleef deze vraag actueel en werd hij geplaatst in de context van het verbod van het vervalbeding van C. 8.34(35).3.

Het verbod op het vervalbeding, dat men nog steeds in de meeste West-Europese codificaties aantreft,² heeft oude wortels, namelijk in een wet van keizer Constantijn uit AD 320 of 326. Deze wet beoogde te voorkomen dat een schuldenaar, die uit behoefte aan krediet bereid was een vervalbeding te aanvaarden, in geval van verzuim een zaak met een hogere waarde voor het bedrag van zijn schuld aan zijn schuldeiser zou verliezen.³ Men kan het edict van Constantijn relateren aan het beginsel van de verdelende rechtvaardigheid (*iustitia distributiva*), waarop ook andere civielrechtelijke leerstukken zoals de *laesio enormis* en de ongerechtvaardigde verrijking zijn gebaseerd.⁴ Dit doet wel de vraag rijzen of deze drastische ingreep in de contractsvrijheid van partijen ook

¹ § 7d.

² Alle Europese codificaties die ik heb bekeken kennen een wettelijk verbod op het vervalbeding: art. 3:235 BW, § 1229 van het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch, art. 2078 (oud) van de Franse Code civil, art. 2078 van het Belgische Burgerlijk Wetboek, art. 894 van het Zwitserse Zivilgesetzbuch, art. 1859 van de Spaanse Código civil en art. 2744 van de Italiaanse Codice civile.

³ Zie uitvoeriger § 3.

⁴ D. Schanbacher, Die Gegenwart der Geschichte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, - BGHZ 130, 101 -, in: M.J. Schermaier e.a. (red.), *Iurisprudentia universalis, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln (etc.) 2002 (hierna: 'Die Gegenwart der Geschichte'), p. 651-652.

gerechtvaardigd is indien in concreto de ratio van het verbod ongeschonden blijft, omdat de regeling van partijen erin voorziet dat de overwaarde ten goede komt aan de schuldenaar. In het geleerde recht bestond, zoals wij hierna zullen zien, meer sympathie voor deze gedachte dan heden ten dage het geval is.

Het is interessant om de interpretaties die in de loop der tijd aan C. 8.34(35).3 en de daarmee in verband staande fragmenten uit het Corpus iuris civilis zijn gegeven, in kaart te brengen. Deze ‘interpretatio multiplex’ is het onderwerp van mijn bijdrage.⁵ Achtereenvolgens komen aan de orde: de oorsprong en ontwikkeling van het vervalbeding bij pand en hypotheek in het klassieke en Justiniaanse recht, de reikwijdte van het toe-eigeningsverbod van Constantijn, de interpretatie van het verbod in het geleerde recht en de sporen die het verbod in het geldende recht heeft nagelaten. Mijn onderzoek heeft zich vooral gericht op het geleerde recht.⁶ Hierbij is niet naar volledigheid gestreefd. Uit elke bloeiperiode van de Europese rechtswetenschap heb ik vooraanstaande juristen geselecteerd.⁷ Met behulp van de aldus verkregen ijkpunten is het mogelijk om een redelijk betrouwbaar beeld te schetsen van de reikwijdte van het Constantinische verbod in het geleerde recht.⁸

Het vervalbeding bij pand en hypotheek vormt het onderwerp van deze bijdrage. Met andere woorden, het gaat mij om de antwoorden die in de loop van de rechtsgeschiedenis gegeven zijn op de vraag of partijen enerzijds kunnen kiezen voor de rechtsfiguren van pand of hypotheek, anderzijds rechtsgeldig kunnen overeenkomen dat wanneer de schuldenaar in verzuim is het verbonden goed door de schuldeiser zal worden verkregen.⁹ De vraag of het toe-eigeningsverbod in de weg staat aan andere zekerheidsconstructies, zoals de eigendomsoverdracht tot zekerheid en de koop met beding van wederinkoop

⁵ De uitdrukking ‘interpretatio multiplex’ is ontleend aan de titel van de Leidse inaugurele rede van Feenstra. R. Feenstra, *Interpretatio multiplex, een beschouwing over de zgn. Crisis van het Romeinse recht*, Zwolle 1953, in het bijzonder p. 22-24.

⁶ Voor het pandrecht in het Romeinse recht is nog steeds van belang, H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Leipzig 1860/1864. Voor het klassieke en Justiniaanse recht, zie M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch*, 19. Auflage, München 2008, p. 161-170. Voor het geleerde recht, zie W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht I*, Inleiding en zakenrecht, derde herziene druk, Den Haag 2006, p. 465-545.

⁷ De toepassing van vervalbedingen in de rechtspraktijk is grotendeels buiten beschouwing gebleven.

⁸ Bij de middeleeuwse juristen zijn de door mij relevant geachte passages verbatim in de voetnoten opgenomen. De belangrijkste citaten zijn vertaald. Andere citaten zijn volledigheidshalve opgenomen en worden in de hoofdtekst meestal geparafraseerd. De juristen vanaf de zestiende eeuw worden minder uitvoerig geciteerd, al komen bij met name Du Moulin en Covarruvias – vanwege het grote belang van deze juristen – nog veelvuldig citaten voor, waarvan er enkele zijn vertaald.

⁹ Korthedshalve zal ik in deze bijdrage meestal slechts spreken over het pandrecht. Tenzij anders is aangegeven gold voor het hypotheekrecht (in de hedendaagse betekenis van beperkt zekerheidsrecht op registergoederen) het toe-eigeningsverbod op dezelfde wijze als voor het pandrecht.

(‘sale/lease back’), komt – behalve voor wat betreft het oudvaderlands recht (§ 6c) – niet aan de orde.¹⁰

De latijnse term ‘lex commissoria’ is als aanduiding voor vervalbeding bij pand waarschijnlijk van naklassieke herkomst.¹¹ ‘Lex’ betekent hier ‘beding’ (niet: ‘wet’), terwijl ‘commissoria’ afkomstig is van ‘committere’, dat men als ‘vervallen’ kan vertalen.¹² Het klassieke Romeinse recht kende twee toepassingen van de *lex commissoria*. De eerste is de eigendomsoverdracht bij koop onder de *ontbindende* voorwaarde van verzuim met de voldoening van de koopprijs. De tweede is de eigendomsovergang bij pand onder de *opschortende* voorwaarde van verzuim met de voldoening van de door een pandrecht gedekte verbintenis. De *lex commissoria* bij koop werd niet door het verbod van Constantijn getroffen. Zij wordt in deze bijdrage niet behandeld, afgezien van een enkele keer, daar waar juristen van het geleerde recht de *lex commissoria* bij pand vergelijken met die bij koop.¹³

2. Klassiek Romeins recht

a. Van vervalpand naar verkooppand

De oudste vorm van pand in het Romeinse recht was een vervalpand. Dit verval van het onderpand aan de pandhouder vond volgens Kaser in het voorklassieke recht van rechtswege plaats: een vervalbeding was niet nodig.¹⁴ Voor het bestaan van een dergelijk vervalpand zijn volgens Kaser verscheidene aanwijzingen, zoals het gebruik van het woord ‘pignus’ in een niet-juridische context,¹⁵ de vergelijking met Griekse en

¹⁰ Specifieke kwesties als de verkoop aan een stroman van de pandhouder en de positie van lagere zekerheidsgerechtigden heb ik grotendeels buiten beschouwing gelaten. Zie hierover vooral F. Peters, ‘Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und im nachklassischen Recht’, in: D. Medicus en H.H. Seiler (red.), *Studien im Römischen Recht, Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, Berlin 1973, p. 137-168 (hierna: ‘Der Erwerb des Pfandes’), in het bijzonder p. 140-154. Zie over het vervalbeding bij fiducia, B. Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Studia Amstelodamensia, Volume XXXVII, Amsterdam 1999 (oorspronkelijke Nederlandse uitgave: *De Fiducia in het Romeinse recht*, diss. UvA 1988), p. 231-267.

¹¹ E. Levy, *West Roman Vulgar Law, The Law of Property*, Philadelphia 1951, p. 189; Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 168.

¹² Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 166 (noot 106).

¹³ Over de *lex commissoria* bij koop zie P.L. Nève, *Eigendomsvoorbehoud, Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*; no. 60, Deventer 2000, p. 1-89, met verdere verwijzingen. Voor een vergelijking tussen de *lex commissoria* bij koop en pand, zie Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 165-168.

¹⁴ M. Kaser, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Antiqua, Collana diretta da Luigi Labruna, 16, Napoli 1982, p. 15, 72-73. De in dit boek verzamelde bijdragen zijn eerder gepubliceerd in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 44 (1976), p. 233-289; *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 47 (1979), p. 195-234, 319-345; *Studia et documenta historiae et iuris*, 45 (1979), p. 1-92.

¹⁵ Kaser wijst (o.m.) op de betekenis van pignus als gijzelaar, waaraan ook het gevolg van ‘verval’ verbonden was. Kaser, *Studien zum römischen Pfandrecht*, p. 13.

‘Germaanse’ rechtsstelsels en de economische functie van het pandrecht.¹⁶ In samenlevingen met een ‘Naturalwirtschaft’ en een archaïsch rechtssysteem, waartoe waarschijnlijk ook de vroege Republiek gerekend kan worden, leeft vaak de idee dat de pandhouder als vervanging voor de toegezegde prestatie recht heeft op de verpande zaak (‘Ersatzpfand’).¹⁷ Men kan volgens Kaser het vervalpand zelfs zien als een door het doel van het pandrecht bepaald gebod van juridische logica: indien iemand ter verzekering van de voldoening van zijn schuld een zaak aan een ander ter beschikking stelt, dient hij de zaak terug te krijgen wanneer de schuld wordt afgelost; indien het laatste niet geschiedt, mag de ander de zaak behouden.¹⁸ Het gevolg hiervan was dat de overwaarde ten goede kwam aan de schuldeiser. Dit werd als rechtvaardig gezien: de schuldenaar had zijn recht op de overwaarde verbeurd door zijn schuld niet na te komen.

Kaser merkt op dat men hier ook nog zou kunnen denken aan een pandrecht dat de pandhouder slechts een retentierecht geeft, met daaraan gekoppeld een voorrangsrecht ter zake van de verdeling van de executieopbrengst. Deze hypothese wordt echter weerlegd door de werkelijkheid van het Romeinse executierecht: in de *venditio bonorum* was geen plaats voor een voorrangspositie van een schuldeiser.¹⁹ Een louter retentiepand zou weinig zinvol zijn geweest, zeker in die gevallen waarin aannemelijk was dat de schuldenaar zijn schuld nooit zou voldoen. Een dwangmiddel als de vernietiging van de verpande zaak (*pignus caedere*) door de pandhouder, dat gehanteerd kon worden door magistraten bij een inpandneming van overheidswege (*pignoris capio*), is zozeer in strijd met de economische belangen van een schuldeiser dat er tussen privé-personen waarschijnlijk geen behoefte aan was.²⁰

Als alternatief voor het vervalpand blijft dan nog een pandrecht over waaronder de pandhouder zich slechts door middel van verkoop aan een derde op de verpande zaak kon verhalen (‘Verkaufspand’). Dit veronderstelt niet alleen een niveau van economische ontwikkeling dat pas in de latere Republiek aanwezig was, maar bovendien dat de

¹⁶ Volgens De Blécourt-Fischer was in het oudvaderlands recht het pandrecht oorspronkelijk een vervalpand, maar werd het uiteindelijk overal vervangen door een verkoopspand. A.S. de Blécourt, H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, 7^e druk, Groningen 1967, p. 247-248.

¹⁷ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 13. Voor een vergelijking met het Griekse recht, waaronder ook het latere Grieks-Hellenistische recht, zie ook Schanbacher, *Die Gegenwart der Geschichte*, p. 639-659; G. Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht, Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln (etc.) 2007, p. 172-176. Zie ook Levy, *West Roman Vulgar Law*, p. 215 (noot 70), die verwijst naar Edictum Theodorici 124 en Cassiodorus 4.10.3.

¹⁸ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 14.

¹⁹ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 14. Kasers theorie is aangevallen door A. Wacke, ‘Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 115 (1998), p. 168-202. Wackes kritiek op Kaser is weerlegd door Schanbacher (*Die Gegenwart der Geschichte*, p. 648) en Krämer (*Das besitzlose Pfandrecht*, p. 175-176).

²⁰ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 15.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

pandhouder bevoegd was over de verpande zaak te beschikken, teneinde deze aan een derde te kunnen overdragen. Het ligt volgens Kaser eerder voor de hand dat ook het ‘verkoop pand’ zich ontwikkeld heeft uit een verval pand. De bevoegdheid tot verkoop vloeide aanvankelijk voort uit het eigendomsrecht dat de pandhouder na verval van het onderpand had verkregen. Tijdens de latere Republiek werd in de pandovereenkomst (conventio pignoris) de wijze van verhaal door partijen zelf geregeld, door middel van een vervalbeding en/of een afzonderlijk verkoopbeding.²¹ Pas in de loop van de klassieke tijd ging de pandhouder als regel over tot verkoop van de zaak aan een derde en werd een verkoopbeding steeds geacht stilzwijgend te zijn overeengekomen.²²

Bij de *fiducia* ziet men een aan die van pand parallelle ontwikkeling. De eerste fase is dat in geval van wanprestatie de terugleveringsverplichting van de schuldeiser verviel, waardoor de eigendom van de zaak onvoorwaardelijk bij de laatste bleef. Een *lex commissoria* was niet nodig, omdat de schuldeiser al eigenaar was.²³ De tweede fase is dat de schuldeiser op grond van de *bona fides* verplicht werd het superfluum aan de schuldenaar te vergoeden. De derde fase, tenslotte, is dat, teneinde meningsverschillen over de waarde van de zaak te voorkomen, de schuldenaar de zaak aan een derde verkocht. Dit resulteerde aanvankelijk in het uitdrukkelijk bedingen van de bevoegdheid tot verkoop (*pactum de distrahendo/vendendo*), een bevoegdheid die ook hier in een latere fase steeds geacht werd te zijn bedongen en volgens Noordraven reeds in de klassieke tijd werd opgevolgd door een verplichting om tot verkoop over te gaan.²⁴ In de naklassieke tijd verdween de *fiducia cum creditore* geleidelijk uit de rechtspraktijk. Slechts het pandrecht (*pignus*), waarbij de schuldenaar eigenaar van de verbonden zaak bleef, treft men in het *Corpus iuris civilis* aan.²⁵ Niettemin bevat de Justiniaanse codificatie teksten die formeel over pand handelen, maar oorspronkelijk op *fiducia* betrekking hadden en alleen in die context goed verklaarbaar zijn.²⁶ Een van die teksten is volgens Noordraven het hierna besproken fragment van Marcellus (D. 13.7.34).²⁷

b. Verplichting tot executoriale verkoop?

Men kan derhalve vaststellen dat gedurende de klassieke tijd het verval pand is geëvolueerd tot een verkoop pand. Uit de bronnen blijkt dat er al in de eerste eeuw n.Chr

²¹ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 15, 72-73.

²² Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 73 (noot 89), 77.

²³ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 239.

²⁴ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 260-262.

²⁵ Levy, *West Roman Vulgar Law*, p. 182-186; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen, Zweite, neubearbeitete Auflage, München 1975, p. 313. De term *fiducia* werd overigens nog wel gebruikt, als synoniem voor pand, zoals in Codex Theodosianus 15.14.9: ‘*pignoris adque fiducia obligatio perseveret*’. In de Pauli Sententiae (incl. latere interpretationes) wordt de *fiducia* wel behandeld als zelfstandige rechtsfiguur naast pand. Noordraven vermoedt dan ook dat zij in de 4^e eeuw nog niet geheel in vergetelheid is geraakt. Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 11.

²⁶ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 17-41.

²⁷ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 264-267.

een goed gereguleerde praktijk van openbare executoriale verkopen bestond.²⁸ Tot ver in de klassieke tijd werd het verkoopbeding echter als een beding ten gunste van de pandhouder gezien en werd gesproken over *vrijstaan* te verkopen ('vendere licere').²⁹ Verkoop was gunstig voor de pandhouder indien de waarde van het onderpand geringer was dan het bedrag van de schuld. Na verkoop kon de pandhouder zich dan voor het restant van de schuld verhalen op andere goederen van de schuldenaar.³⁰ De vroegste tekst waarin wordt gesproken van een *verplichting* tot verkoop is een tekst van Pomponius (D. 13.7.6pr.).³¹ Maar zelfs in deze tekst wordt nog gesproken over 'mag verkopen' ('vendere liceret') en wordt gezegd dat het verkoopbeding in het belang van de pandhouder is opgenomen. De verplichting waarover de tekst spreekt is geen verplichting tot *executoriale* verkoop en ontstaat slechts in bepaalde omstandigheden. Pomponius zelf wil bovendien van geen verplichting tot verkoop weten.

Een verplichting tot verkoop bestaat volgens de in D. 13.7.6pr. genoemde Atilicinus slechts in bepaalde omstandigheden, bijvoorbeeld indien de waarde van het onderpand veel hoger is dan het bedrag van de schuld en het onderpand nu voor meer verkocht kan worden dan later. Pomponius acht zelfs dan geen verplichting tot verkoop aanwezig: de *pandgever* kan de verpande zaak nu verkopen en uit de opbrengst het verschuldigde betalen. Krämer noemt D. 42.1.15.5 en D. 46.1.51.3 als teksten die *tegen* het aannemen van een verplichting tot verkoop pleiten.³² Deze teksten betreffen echter bijzondere gevallen en zeggen mijns inziens evenmin iets over de verplichting tot executoriale verkoop in het algemeen. In D. 42.1.15.5 wordt opgemerkt dat de schuldeiser niet gedwongen kan worden de verpande zaak te verkopen ('non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrahere'). Deze tekst betreft echter een geval waarin een andere schuldeiser zich op de zaak verhaalt. Hierdoor kan de pandhouder niet verplicht worden zelf het onderpand te verkopen. De verkoop door de andere schuldeiser kan geen afbreuk doen aan de voorrang van de pandhouder bij de verdeling van de executieopbrengst. D. 46.1.51.3 bepaalt dat indien tot meerdere zekerheid van nakoming aan de schuldeiser zowel een pandrecht is verleend als een derde zich borg heeft gesteld, de schuldeiser niet gedwongen kan worden eerst de verpande zaak te verkopen alvorens hij de borg aanspreekt.

Wel is er een verordening uit 229 van keizer Alexander Severus waarin gezegd wordt dat een beding tot inbetalinggeving geduid dient te worden als een verplichting voor de pandhouder om de verpande zaak te verkopen (C. 8.34(35).1).³³ Hiernaast gold de regel dat de pandhouder de verpande zaak slechts met keizerlijk verlof (*impetratio dominii*) mocht

²⁸ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 247.

²⁹ Zie bijv. D. 20.1.35. Voor meer verwijzingen, zie Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 76 (noot 103).

³⁰ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 20; Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 187-188.

³¹ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 76.

³² Zie Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 181 (noot 37).

³³ Zie verder § 2e.

behouden.³⁴ Hieruit wordt wel afgeleid dat reeds in de klassieke tijd een vervalbeding ongeldig werd.³⁵ Uit een andere Codextekst zou men echter kunnen afleiden dat deze keizerlijke toestemming voor toe-eigening slechts vereist was indien partijen geen vervalbeding waren overeengekomen.³⁶ Uit fragmenten als Papinianus FV 9 en Marcianus D. 20.1.16.9 blijkt in ieder geval dat in de hoog- en laatklassieke tijd een als koop ingekleed vervalbeding nog steeds rechtsgeldig werd geacht.

c. Eigenlijke en oneigenlijke vervalbedingen

In de moderne romanistische literatuur wordt aangenomen dat in het klassieke recht zowel het vervalbeding als het verkoopbeding zakelijke werking hadden. In die zin kan men de pandovereenkomst (*conventio pignoris*) als een goederenrechtelijke rechtshandeling kwalificeren.³⁷ In geval van verzuim verwierf bij een vervalbeding de pandhouder de eigendom van de zaak zonder dat hiervoor nog een levering door de pandgever vereist was, terwijl bij een verkoopbeding het beding zelf de pandhouder bevoegd maakte de zaak aan een derde over te dragen.³⁸ Bij *fiducia* lag in de eigendomsoverdracht aan de *fiduciarius* besloten dat hij bij verzuim de zaak als eigenaar kan behouden, of beschikkingsbevoegd was om de zaak aan een derde over te dragen.³⁹

Dernburg heeft het vervalbeding als volgt gereconstrueerd:

Indien het geld niet op de dag van opeisbaarheid is betaald, zal het stuk grond van de schuldeiser zijn.⁴⁰

Men zou een dergelijk beding als een *eigenlijk* vervalbeding kunnen aanduiden: het verzuim van de schuldenaar leidt rechtstreeks tot eigendomsverkrijging door de pandhouder, zonder dat daarvoor een andere rechtsgrond dan het beding zelf noodzakelijk is. Een in deze zin begrepen vervalbeding treft men in de Digesten niet aan. Wellicht zijn teksten die betrekking hadden op een eigenlijk vervalbeding bewust weggelaten, omdat de Justiniaanse compilatoren zich realiseerden dat een dergelijk beding ongeldig was vanwege C. 8.34(35).3.⁴¹ Wat men wel aantreft is wat men *oneigenlijke* vervalbedingen zou kunnen noemen: verbintenisrechtelijke constructies, waarbij de verkrijging door de

³⁴ D. 13.7.24pr.; D. 41.1.63.4; C. 8.33.1. Verg. art. 3:251 lid 1 BW.

³⁵ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 259-267. Noordraven acht het daarentegen wel aannemelijk dat (bij *fiducia*) een inbetalinggeving (*datio in solutum*) mogelijk was.

³⁶ Zie hierna de bespreking van C.8.13.13.

³⁷ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 155-161.

³⁸ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 49.

³⁹ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 239, 244.

⁴⁰ 'Si pecunia intra diem soluta non sit, fundus creditoris esto'. Dernburg, *Das Pfandrecht II*, p. 276.

⁴¹ Volgens Schanbacher kwam het eigenlijke vervalbeding in de 2e-3e eeuw nog voor. In de 3e-4e eeuw nam het zelfs de overhand, totdat het door Constantijn verboden werd. Schanbacher, *Die Gegenwart der Geschichte*, p. 649-650, 653-657.

schuldeiser op een andere rechtsgrond is gebaseerd. Uit de hoog- en laatklassieke tijd zijn teksten overgeleverd waarin, naar Griekse voorbeelden,⁴² via op koop gebaseerde constructies werd bewerkstelligd dat de pandhouder in geval van verzuim de zaak als eigenaar kon gaan bezitten. Uit deze tijd stammen ook bronnen die betrekking hebben op een inbetalinggeving van het onderpand aan de pandhouder. Deze teksten worden hierna in extenso weergegeven, omdat zij – ondanks het verbod van Constantijn – (op één belangrijke uitzondering na: FV 9) in het Corpus iuris civilis zijn opgenomen en aldus de latere rechtsontwikkeling in het geleerde recht hebben beïnvloed.

Het is heel goed mogelijk dat al eerder in de klassieke tijd een inbetalinggeving van het onderpand of een verkoop van het onderpand voor het bedrag van de schuld bij pand het normaaltype van het vervalbeding zijn gaan vormen.⁴³ Volgens Kaser was reeds in het voorklassieke recht het verval van het onderpand aan de pandhouder op een soort voorwaardelijke inbetalinggeving gebaseerd.⁴⁴ Voor het klassieke recht merkt hij op dat in die tijd de wijze van verhaal door partijen in de pandakte werd geregeld, waarbij voornamelijk werd gedacht aan verkoop aan derden en verval aan de pandhouder. De wijzen waarop het verval van het onderpand aan de pandhouder werd geconstrueerd waren inbetalinggeving en verkoop aan de pandhouder voor het bedrag van de schuld.⁴⁵

d. Verkoop aan pandhouder

De drie belangrijkste fragmenten over een verkoop door de pandgever aan de pandhouder zijn Papinianus, *Fragmenta Vaticana* 9, Marcianus D. 20.1.16.9 en Marcellus D. 13.7.34 (onder e. besproken). Hiernaast zijn er andere fragmenten waarin een verkoop aan een schuldeiser voorkomt: Paulus D. 13.7.20.3, Thryphoninus D. 20.5.12pr. en Scaevola D. 18.1.81.⁴⁶

In deze fragmenten wordt slechts aandacht besteed aan de contractuele aspecten van de casus. Men mag aannemen dat in dergelijke gevallen de eigendomsverkrijging door de pandhouder in geval van verzuim meestal op een voorwaardelijke traditio was gebaseerd. In geval van *res Mancipi* werd hierdoor bonitarische eigendom verschaft, die door *usucapio* kon uitgroeien tot civiele eigendom.⁴⁷

Papinianus, Fragmenta Vaticana 9

In Papinianus FV 9 spraken partijen af dat in geval van verzuim de pandhouder geacht

⁴² Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 20; Schanbacher, *Die Gegenwart der Geschichte*, p. 649.

⁴³ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 20.

⁴⁴ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 72.

⁴⁵ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 73, 114.

⁴⁶ Zie ook C. 8.34(35).1, waarin een beding tot inbetalinggeving wordt uitgelegd als een beding tot verkoop aan de pandhouder.

⁴⁷ Zie Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 17, 48, 74, 114. Zie ook Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 188-189.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

moet worden de verbonden zaak te hebben gekocht voor het verschuldigde bedrag. Het fragment luidt als volgt:

Papinianus, Fragmenta Vaticana 9. Creditor a debitore pignus recte emit, siue in exordio contractus ita conuenit siue postea; nec incerti pretii uenditio uidebitur, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem soluendae pecuniae praestitutam certa sit.

Een schuldeiser kan het pand van zijn schuldenaar rechtsgeldig kopen, ongeacht of men dit onmiddellijk bij het sluiten van het contract overeengekomen is of naderhand. Het zal niet als een verkoop tegen een onbepaalde prijs beschouwd worden, als men overeengekomen is, dat bij niet-betaling van het rentebedrag de schuldeiser krachtens zijn recht uit koop de zaak in eigendom mag behouden, aangezien het totale bedrag van de hoofdsom plus rente tot op de dag die voor de betaling tevoren vastgesteld is precies vaststaat.⁴⁸

Volgens Papinianus kunnen pandgever en pandhouder ter zake van de verpande zaken een koopovereenkomst aangaan, zowel ten tijde van de verpanding als naderhand. Hierbij geldt wel als eis dat de koopprijs voldoende bepaald dient te zijn. Dit is het geval indien deze gesteld is op het bedrag van de door het pand gedekte vordering vermeerderd met rente.

Marcianus D. 20.1.16.9

De voor de latere rechtsontwikkeling belangrijkste tekst is een fragment van Marcianus.

D. 20.1.16.9. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam

Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeue, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu uidetur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita diuus Severus et Antoninus rescripserunt.

Een zaak kan in pand of hypotheek gegeven worden onder het beding dat, als binnen een bepaalde tijd het geld niet betaald is, de schuldeiser de zaak – die dan op zijn juiste prijs getaxeerd moet worden – zal mogen bezitten krachtens het recht van een koper. In dat geval wordt er namelijk geacht in zekere zin sprake te zijn van een voorwaardelijke koop. Aldus hebben de vergoddelijkte Severus en Antoninus Caracalla in een rescript bepaald.⁴⁹

Marcianus geeft aan dat pandgever en pandhouder bij de vestiging van het pandrecht kunnen afspreken dat het onderpand in geval van verzuim van de schuldenaar aan de

⁴⁸ Tekst en vertaling uit: J.E. Spruit, K.E.M. Bongenaar, *Fragmenta Vaticana, Collatio, Consultatio, Schola Sinaïtica, Probus, Het erfdeel van de klassieke Romeinse juristen IV*, Zutphen 1987, p. 16-17.

⁴⁹ De vertalingen uit het *Corpus iuris civilis* zijn, tenzij anders aangegeven, steeds ontleend aan de desbetreffende delen van J. E. Spruit e.a. (red.), *Corpus iuris civilis, Tekst en Vertaling*, Zutphen-'s-Gravenhage-Amsterdam 1993-(...).

pandhouder als koper zal verblijven. De koopprijs dient dan wel de ‘rechtvaardige prijs’ van de verpande zaak te weerspiegelen.⁵⁰ Hiervoor dient de waarde van het onderpand te worden bepaald. Het tijdstip dat beslissend is voor deze waardebepaling is niet geheel duidelijk. Het is mogelijk dat *'tunc aestimandum'* verwijst naar het tijdstip van vestiging.⁵¹ Het risico van een waardeschommeling van de verkochte/verpande zaak zou dan bij de pandhouder/koper liggen, zoals bij een gewone koopovereenkomst. Een meer voor de hand liggende interpretatie is dat *'tunc'* een verwijzing binnen de bijzin *'si intra ... aestimandum'* inhoudt, derhalve naar *'si intra certum tempus non sit soluta pecunia'*. Het tijdstip waarop het verzuim intreedt zou dan beslissend zijn voor de taxatie.⁵² Het moment van waardebepaling zou dan hier min of meer hetzelfde zijn als bij een executoriale verkoop door de pandhouder aan een derde.⁵³ Een dergelijke interpretatie spoort in ieder geval het best met de ratio van het (latere) verbod op het vervalbeding, die inhoudt dat de overwaarde ten tijde van de executie ten goede dient te komen aan de pandgever.

Papinianus FV 9 en Marcianus D. 20.1.16.9: vergelijking

Zowel D. 20.1.16.9 als FV 9 (Papinianus) gaan ervan uit dat een koop door de pandhouder rechtsgeldig is. Een dergelijk oneigenlijk vervalbeding kan volgens beide teksten reeds bij de vestiging van het pandrecht worden overeengekomen, maar ook daarna. Niettemin zijn er verschillen tussen beide teksten. Waar FV 9 aanneemt dat er sprake is van een werkelijke koop, lijkt D. 20.1.16.9 eerder van een fictieve koop uit te gaan.⁵⁴ Een voor ons onderwerp belangrijker verschil is dat slechts in D. 20.1.16.9 besloten ligt dat de overwaarde van het onderpand ten goede komt aan de pandgever. Waar bij Papinianus de hoogte van de koopprijs gelijk is aan het onder de geldlening verschuldigde bedrag (plus rente), is deze bij Marcianus gebaseerd op de waarde van het onderpand.

Stel dat de hoogte van de vordering van de schuldeiser 20 (incl. rente) is en de waarde van het onderpand 100. Bij Papinianus kan dan de vordering van de pandgever tot betaling van de koopprijs (20) volledig worden verrekend met de vordering van de pandhouder uit hoofde van de geldlening

⁵⁰ ‘Juiste’ prijs is waarschijnlijk voor het klassieke recht een betere vertaling. Vanwege de rol die D. 20.1.16.9 later in het geleerde recht gaat spelen heb ik toch gekozen voor ‘rechtvaardige’ prijs.

⁵¹ In deze zin, M. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code*, De la contrainte par corps en matière civile et de commerce ; du nantissement, du gage et de l'antichrèse ; ou commentaire des titres XVI et XVII, livre III du code civil, édition augmentée, en Belgique, Bruxelles 1848 (hierna: ‘Le droit civil’), nr. 389.

⁵² In deze zin legt Noodt D. 20.1.16.9 uit. G. Noodt, *Commentarius ad Digesta seu Pandectas*, Ad Lib. XVIII, Titulus I, Opera Omnia, Tomus II, Lugduni Batavorum 1735, p. 389-390: ‘conventio de vendendo justo pretio postea aestimando’ (mijn curs.). In dezelfde zin waarschijnlijk ook (o.a.) Accursius, Bartolus en Covarruvias. Zie de besprekingen van de betreffende juristen in deze bijdrage.

⁵³ Verg. art. 2348 Cc (2006): zie hierna § 7e.

⁵⁴ Verg. art. 3:251 lid 1 BW: ‘aan de pandhouder als koper zal verblijven’.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

(20) en is er geen verplichting tot vergoeding van de overwaarde. In Marcianus D. 20.1.16.0, daarentegen, staat tegenover de vordering uit hoofde van de geldlening van 20 een vordering tot betaling van de koopprijs van 100, zodat de pandhouder na verrekening 80 verschuldigd is aan de pandgever. Levy stelt dat uit de Papinianus-tekst voortvloeit dat de pandgever met de actio pigneraticia een bedrag van 80 kan vorderen, maar Feenstra stelt daar tegenover dat FV 9 hierover niets zegt.⁵⁵ Kaser lijkt de door Levy aangenomen mogelijkheid slechts bij een actio pigneraticia in ius concepta te aanvaarden.⁵⁶

Slechts FV9 betreft een ‘klassiek’ vervalbeding, waaronder verval van het onderpand aan de pandhouder plaatsvindt voor het bedrag van de schuld.

Paulus D. 13.7.20.3 en Thryphoninus D. 20.5.12 pr.: geen oneigenlijke vervalbedingen?

Er zijn fragmenten van Paulus en Tryphoninus waarin wordt bevestigd dat de pandgever de verpande zaak aan de pandhouder kan verkopen.

D. 13.7.20.3 Paulus libro vicensimo nono ad edictum. 3. Interdum etsi soluta sit pecunia, tamen pigneraticia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit a debitore.

Soms dient, ook al is het geld betaald, toch de pandactie te worden tegengehouden, bijv. als de schuldeiser de hem verpande zaak van de schuldenaar heeft gekocht.

D. 20.5.12 pr. Thryphoninus libro octavo disputationum. Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.

Door de keizer is, toen Papinianus aan het hoofd stond van de afdeling verzoekschriften van de kanselarij, bij rescript bepaald dat een schuldeiser de verpande zaak van zijn schuldenaar kan kopen, aangezien deze tot de eigendom van de schuldenaar is blijven behoren.

Het staat echter niet vast dat in deze fragmenten de verkoop aan de pandhouder een vervalconstructie behelsde. Het is heel goed mogelijk dat hier een verkoop van een verpande zaak plaatsvond die geheel onafhankelijk was van verzuim met de voldoening van de door pand gedekte verbintenis.⁵⁷ D. 13.7.20.3 zegt niet meer dan dat de pandgever niet altijd bij voldoening der schuld afgifte van het onderpand kan vorderen, waarbij een verkoop van het onderpand aan de pandhouder als voorbeeld wordt gegeven. De bedoeling van D. 20.5.12 is waarschijnlijk aan te geven dat – in tegenstelling tot bij fiducia – de schuldenaar eigenaar van de zaak is gebleven en de schuldeiser dus niet een zaak koopt waarvan hij al eigenaar is.⁵⁸

⁵⁵ Levy, *West Roman Vulgar Law*, p. 190. R. Feenstra, recensie Levy, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 74 (1957), p. 513-514. In dezelfde zin Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 147.

⁵⁶ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 20 (noot 121).

⁵⁷ In deze zin Schanbacher, *Die Gegenwart der Geschichte*, p. 642-643.

⁵⁸ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 263.

Scaevola D. 18.1.81: verkoop aan borg

Wel over een vervalbeding gaat D. 18.1.81, zij het niet over een vervalbeding ten gunste van een pandhouder, maar ten gunste van een borg. Deze digestentekst luidt als volgt:

D.18.1.81. Scaevola libro septimo digestorum. Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum: quod si id non fecerit die supra scripta et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia empti esse, quae creditoribus obligaverat. quaero cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, empti haberet supra scripta praedia. respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut empti habeat, sub condicione emptio facta est et contractam esse obligationem.

Toen Titius een rentedragende lening van zo en zoveel goudstukken aanging, gaf hij stukken land in pand of in hypotheek en stelde hij Lucius als borg. Aan laatstgenoemde deed hij de belofte dat hij hem binnen de eerstvolgende drie jaar zou bevrijden, en voor het geval dat hij dit niet binnen de bovengenoemde termijn zou hebben gedaan en de borg het verschuldigde bedrag aan de schuldeiser zou hebben betaald, legde hij vast dat de stukken land die hij jegens zijn schuldeisers als pand verbonden had, als door Lucius gekocht zouden gelden. Mijn vraag is of Lucius wanneer hij als borg niet door Titius is bevrijd en zelf de schuldeiser heeft voldaan, daarmee de bovengenoemde stukken land door koop verworven heeft. Het antwoord luidde: indien er onder voorwaarde een koop gesloten is, niet met de bedoeling dat hij de stukken land als in pand gegeven zou krijgen, maar dat hij ze werkelijk als gekocht zou verwerven, zal er ook een verbintenis van die strekking tot stand gekomen zijn.

Tot meerdere zekerheid van de nakoming van een verplichting uit geldlening, waren zowel zakelijke (pand) als persoonlijke zekerheden (borgtocht) verschaft. De schuldenaar/pandgever kwam met de borg overeen dat indien de borg de schuldeiser zou voldoen, de verpande zaken aan de borg als verkocht zouden gelden. Volgens Scaevola is er sprake van een geldige voorwaardelijke koopovereenkomst, tenzij partijen in werkelijkheid een pandrecht beoogden. Deze ‘verkoop’ aan de borg is volgens Kaser eigenlijk een vervalbeding.⁵⁹

e. Inbetalinggeving

Niet alleen de koopovereenkomst is een verbintenisrechtelijke weg waarlangs de pandhouder het onderpand kan verwerven, de inbetalinggeving (*datio in solutum*) is dat ook. Volgens Kaser beantwoordt de afspraak dat de pandhouder in geval van verzuim de eigendom van het onderpand als in betaling gegeven zal verwerven, zelfs op de meest volkomen wijze aan het concept van een vervalpand.⁶⁰ Er zijn dan ook verscheidene

⁵⁹ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 74 (noot 91).

⁶⁰ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 19.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

teksten over een inbetalinggeving van een verpande zaak aan de pandhouder. De betreffende teksten luiden als volgt:

C. 8.13.1. Imp. Servus et Antoninus AA. Timotheo. Debitor, qui pignoribus profitetur se creditoribus cedere, nihilo magis liberabitur.

De schuldenaar die verklaart dat hij afstand doet van de in pand gegeven zaken ten gunste van zijn schuldeisers, zal daardoor nog niet worden bevrijd.

C. 8.13.13. Imperatores Diocletianus, Maximianus. Cum dominam non minorem viginti et quinque annis ea quae obligaverat tibi iure domini possidere permisisset et in solutum dedisset precibus significasset, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit.

Wanneer de eigenares toen zij niet meer jonger dan 25 jaar was, u, zoals u in het verzoekschrift te kennen geeft, heeft toegestaan de zaken die zij als pand had verbonden, te bezitten met recht van eigendom en ze u in betaling heeft gegeven, zijn de overeenkomst met de eigenares en haar wil voor u voldoende voor de rechtskracht hiervan.

C. 8.(34)35.1. Imp. Alexander A. Victorino. Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam quam mutuam accepit solveret, cessurum creditoribus, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet.

Degene die heeft afgesproken afstand te zullen doen [van een pand] ten gunste van schuldeisers, als hij niet binnen een bepaalde termijn het geld dat hij te leen heeft ontvangen zou terugbetalen, is geen verkoop van de verpande zaak overeengekomen, maar heeft tot uitdrukking gebracht wat de schuldeiser krachtens zijn recht [toch al] zou hebben bij het verkrijgen van het pand. De schuldeiser moet daarom overeenkomstig de algemeen geldende rechtsregels het pand verkopen.

D. 46.3.45pr. Ulpianus libro primo responsorum. Callippo respondit, quamvis stipulanti uxori vir sponderit dirempto matrimonio praedia, quae doti erant obligata, in solutum dare, tamen satis esse offerri dotis quantitatem.

Hij heeft aan Calippus geadviseerd: ook al heeft de man op de stipulatie van zijn vrouw beloofd dat hij in geval van ontbinding van het huwelijk de stukken grond die hij haar voor de bruidschat had verpand, in betaling zou geven, niettemin is het voldoende dat het bedrag van de bruidschat aangeboden wordt.

C. 8.(34)35.1 ziet op de afspraak tussen pandgever en pandhouder dat de pandgever bij verzuim afstand zal doen (cessurum) van het onderpand. Partijen beoogden hier naar alle waarschijnlijkheid een inbetalinggeving, hoewel de Codextekst er in eerste instantie een (ongeldige) verkoop aan de pandhouder in ziet. De verordening bepaalt dat hier slechts wordt afgesproken wat toch al geldt: de pandhouder is tot executoriale verkoop aan derden bevoegd. Een oneigenlijk vervalbeding wordt als het ware geconverteerd tot een verkoopbeding. Deze verordening indiceert dat aan het einde van de klassieke periode een

oneigenlijk vervalbeding in de vorm van een op verzuim gebaseerde (belofte tot) inbetalinggeving ongeldig was.

In C. 8.13.13, een fragment uit de tijd van Diocletianus, wordt een inbetalinggeving door de pandgever aan de pandhouder volledig geldig geacht. Volgens sommige auteurs diende deze tekst ertoe om aan te geven dat er bij een geldig vervalbeding geen keizerlijk verlof voor toe-eigening (*impetratio dominii*) noodzakelijk was.⁶¹ Peters sluit deze interpretatie niet uit, maar acht een andere uitleg aannemelijker. Hij zoekt de verklaring hierin, dat in casu niet gevreesd hoefde te worden voor een ‘woekerachtige uitbuiting’ van de debitrice. Het fragment klinkt volgens Peters alsof, bij wijze van uitzondering, de schuldenaar hier in een sterkere positie was: niet de schuldenaar was bevreesd om haar positie maar de schuldeiser.⁶² Zelf ben ik meer geneigd de oplossing te zoeken in de afwezigheid van het karakter van een vervalbeding. Indien de schuldeiser en de schuldenaar er bij het opeisbaar worden van de lening voor kiezen dat in plaats van de verschuldigde som geld de verpande zaak in betaling zal worden gegeven, is er geen sprake van een op verzuim gebaseerd vervalbeding.⁶³

In de volgende paragraaf wordt D. 13.7.34 besproken. Deze tekst maakt volgens Noordraven duidelijk dat bij een *fiducia cum creditore* schuldeiser en schuldenaar rechtsgeldig kunnen overeenkomen dat de zaak bij wijze van datio in solutum in eigendom bij de schuldeiser zal verblijven.⁶⁴ Dit zou een aan verzuim gerelateerde inbetalinggeving zijn, maar dan wel een die volgens Marcellus geldig is. De juristen van het geleerde recht leidden uit D. 13.7.34 af dat een naderhand overeengekomen vervalbeding geldig is. Onder artikel 3:251 lid 2 BW zou een dergelijke afspraak eveneens geldig zijn, omdat deze pas ten tijde van het verzuim is overeengekomen.

D. 46.3.45 betreft een casus waarin een man zijn vrouw beloofde dat hij de landgoederen die hij aan haar voor de bruidschat had verpand haar na een eventuele ontbinding van het huwelijk in betaling zou geven. Ulpianus adviseert dat wanneer het huwelijk ontbonden wordt, het voldoende is dat het bedrag van de bruidschat wordt aangeboden. Niet uitgesloten is dat de bescherming van de pandgever een motief voor Ulpianus’ advies is geweest. Hiermee is evenwel nog niet gezegd dat Ulpianus hier afbreuk doet aan de geldigheid van een als inbetalinggeving geconstrueerd oneigenlijk vervalbeding. Een belangrijk verschil tussen deze tekst en C. 8.34(35).1, is dat de inbetalinggeving van het onderpand hier niet aan verzuim is gerelateerd. Afgesproken wordt dat in geval van echtscheiding het onderpand in betaling zal worden gegeven, waarbij men de verplichting tot betaling van de bruidschat en het pandrecht in stand laat. Ulpianus zegt dan dat de belofte tot inbetalinggeving er niet aan in de weg staat dat de pandgever de schuld

⁶¹ Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 158 (noot 79)) verwijst naar Burdese en von Lübtow.

⁶² Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 159. Volgens Peters betekent ‘domina’ hier niet ‘eigenares’, maar heeft het betrekking op de sociale positie van de pandgeefster.

⁶³ Verg. de bespreking van het derde vereiste van Du Moulin in § 5a.

⁶⁴ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 266.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

waarvoor het pandrecht tot zekerheid dient voldoet. Hiermee interpreteert hij de afspraak van partijen als leidende tot een soort facultatieve verbintenis: de schuldenaar is verplicht de bruidschat te betalen, tenzij hij er zelf voor kiest de landgoederen in betaling te geven. Indien hij bij ontbinding voor inbetalinggeving kiest is deze rechtsgeldig. Dit is geen op verzuim gebaseerd vervalbeding en om deze reden dient men D. 46.3.45 naar mijn mening niet te beschouwen als een tekst waarin een pandgever wordt beschermd tegen ‘woekerachtige uitbuiting’.⁶⁵

De bovenstaande teksten leveren op het eerste gezicht een heterogeen beeld op. In sommige teksten wordt een (aanbod of beding tot) inbetalinggeving ongeldig geacht (C. 8.13.1 en C. 8.34(35).1), in een andere tekst geldig (C. 8.13.13), terwijl weer een andere tekst aangeeft dat een (belofte tot) inbetalinggeving geen afbreuk doet aan het lossingsrecht van de pandgever (D. 46.3.45pr.). Peters en Kaser ontwaren in deze fragmenten een tendens om de rechtsgevolgen van een inbetalinggeving van het onderpand af te zwakken, teneinde de pandgever bij inbetalinggeving te beschermen tegen ‘woekerachtige uitbuiting’.⁶⁶ Naar mijn mening kan men dit oogmerk slechts met zekerheid toeschrijven aan de opstellers van C. 8.34(35).1. Deze verordening uit het einde van de klassieke periode is niet voor niets samen met het Constantinische verbod van het vervalbeding in C. 8.34(35) opgenomen. Van de (bedingen tot) inbetalinggeving die in de andere teksten in het geding zijn, staat geenszins vast dat het oneigenlijke vervalbedingen zijn, waarmee ten tijde van de vestiging een op *verzuim* gebaseerde *voorwaardelijke* overdracht beoogd werd. Een tweetal teksten (C. 8.13.13 en D. 46.3.45) lijkt betrekking te hebben op een inbetalinggeving waarmee de niet in verzuim zijnde schuldenaar zich van zijn schuld kan bevrijden. Eén fragment (D. 13.7.34) zou wel een aan verzuim gerelateerde inbetalinggeving kunnen betreffen, maar dan wel een die pas bedongen wordt nadat verzuim was ingetreden (vergelijk artikel 3:251 lid 2 BW). C. 8.13.1, tenslotte, lijkt niet meer te zeggen dan dat een inbetalinggeving de toestemming van de schuldeiser behoeft (vergelijk artikel 6:45 BW).

Dit alles betekent niet dat er in het klassieke recht geen rechtsmiddelen voorhanden waren, waarmee een pandgever onder omstandigheden een uitbuiting door de schuldeiser kon tegengaan. Indien de pandgever onder invloed van door de pandhouder ongeoorloofde dwang had toegestemd in een verkoop van het onderpand aan de pandhouder, was waarschijnlijk *restitutio in integrum* mogelijk.⁶⁷ Hierbij zal vanzelfsprekend gegolden hebben dat een dreiging de geldlening op te zeggen of tot executoriale verkoop over te gaan geen ongeoorloofde dwang opleverde.

⁶⁵ Anders Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 19-20, 73; Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 156-161. Ook Azo, Accursius en Bartolus zien D. 46.3.45 als een tekst over een ongeldig vervalbeding; zie § 4.

⁶⁶ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 19-20, 73; Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 161.

⁶⁷ Verg. C. 8.27.10.1, een naklassieke tekst, die volgens Peters ook het klassieke recht weergeeft. Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 148-149.

f. *Marcellus D. 13.7.34: vervalbeding of verkoop aan derde?*

Het Corpus iuris civilis bevat een problematische tekst van Marcellus, die op verscheidene wijze is geïnterpreteerd, zowel door de juristen van het geleerde recht als door hedendaagse romanisten.⁶⁸ Het betreffende fragment luidt als volgt:

D. 13.7.34 Marcellus libro singulari responsorum

Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petit a creditore ut fundum certo pretio emptum haberet, et cum impetrasset, epistulam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea, quae proposita essent, revocare non posse.

Toen Titius geld had uitgeleend aan Sempronius en daarvoor een pand had ontvangen en het bijna zover was dat de schuldeiser die zaak zou verkopen, omdat het geld niet betaald werd, heeft hij gevraagd aan de schuldeiser of hij het stuk grond als tegen een bepaalde prijs gekocht wilde hebben. Toen hij dat gedaan gekregen had, heeft hij een brief verzonden waarin hij te kennen gaf dat hij het stuk grond verkocht had aan zijn schuldeiser. Ik vraag of de schuldenaar deze verkoop kan herroepen door het aanbieden van de hoofdsom en de verschuldigde rente. Marcellus heeft geantwoord dat hij, op basis van de voorgelegde feiten, niet kan herroepen.⁶⁹

De casus lijkt op het eerste gezicht een eenvoudige te zijn. Schuldeiser Titius geeft aan zijn schuldenaar Sempronius te kennen dat hij van plan is de verpande zaak aan een derde executoriaal te verkopen. Hierop biedt Sempronius aan Titius aan dat het onderpand aan Titius ten titel van koop zal verblijven. Nadat Titius dit aanvaard heeft, geeft Sempronius hem een schriftelijke bevestiging. Als Sempronius later het pandrecht alsnog wil lossen, kan dit niet meer: de zaak is immers al verkocht en geleverd.⁷⁰ In deze lezing is er sprake van een oneigenlijk vervalbeding: de pandgever verkoopt het onderpand aan de pandhouder vanwege het verzuim. Het gaat dan wel om een vervalbeding dat pas nadat verzuim is ingetreden is gemaakt, hetgeen in latere tijden als minder bezwaarlijk werd beschouwd dan een bij de vestiging opgenomen vervalbeding. Het probleem met deze interpretatie is dat niet Sempronius maar Titius het onderwerp lijkt te zijn van 'petit'. Men zou derhalve Titius niet mogen beschouwen als de schuldeiser *aan* wie het verzoek wordt gedaan om het onderpand te kopen.⁷¹

⁶⁸ Voor een uitvoeriger bespreking van de interpretaties van D. 13.7.34 zie C. Zülch, *Der liber singularis responsorum des Ulpianus Marcellus*, Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 37, Berlin 2001, p. 63-75. Zie ook de elders in deze aflevering opgenomen rubriek Tekst & Uitleg van Zwolve.

⁶⁹ Vertaling door mij aangepast.

⁷⁰ D. 13.7.34 bevestigt volgens Noodt dat waar een schuldenaar toestaat dat het onderpand bij de schuldeiser ten titel van koop blijft, door de schuldenaar de eigendom aan de schuldeiser 'quasi brevi manu' wordt geleverd. Noodt, *Commentarius ad Digesta seu Pandectas*, XIII, VII, Opera Omnia II, p. 323.

⁷¹ O.a. Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 140-142; Noordraven, *Die Fiduzia im römischen*

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

Opmerkelijk is dat noch Accursius noch de latere juristen van het geleerde recht het grammaticale probleem – Titius als onderwerp van 'petit'- onderkenden. Zelfs in Accursius' interpretatie van D. 13.7.34 als een driepartijencasus is Sempronius het onderwerp van 'petit'. Glossa ordinaria, D. 13.7.34 Petit: '*Sempronius debitor secundum utramque positionem*' ('De schuldenaar Sempronius volgens beide posities').⁷²

Volgens een belangrijk deel van de literatuur zou dan bovendien onverklaarbaar zijn dat de schuldenaar Sempronius een brief stuurt aan zijn schuldeiser Titius waarin hij verklaart dat de zaak aan hem verkocht is.⁷³ Dit laatste argument acht ik in ieder geval niet overtuigend. Waarom zou Sempronius, wetende dat Titius vanwege het verzuim onder de geldlening op het punt stond de zaak executoriaal te verkopen, Titius niet benaderd kunnen hebben met een voorstel dat de zaak door Sempronius aan Titius zelf verkocht zou worden? Misschien leverde een dergelijke koop wel een hogere prijs op, zodat er een (hoger) superfluum voor Sempronius zou zijn. Indien Titius daar vervolgens in toestemt, is het niet vreemd dat Sempronius de koop bevestigt in een brief aan Titius. Enkele auteurs zien ook niet in waarom Sempronius, die eerst op koop had aangedrongen, deze later weer ongedaan zou willen maken.⁷⁴ Daar kunnen tal van redenen voor zijn geweest: de schuldenaar is alsnog tot aflossing in staat, de schuldenaar heeft alsnog een beter bod ontvangen of familieleden van de schuldenaar willen het goed (fundus!) in de familie houden. Voorts wordt het door enkele auteurs onwaarschijnlijk geacht dat een schuldenaar die nog bereid was tot nakoming zijn medewerking verleende aan een verkoop.⁷⁵ Dat de schuldenaar nog bereid was tot nakoming, blijkt evenwel niet uit de tekst. Integendeel, ten tijde van het voorstel tot koop, was Sempronius nog in verzuim. Pas later kreeg hij spijt en wilde hij de koop alsnog ongedaan maken. Over blijft dan nog het grammaticale argument: Sempronius is niet het onderwerp van 'petit'. Maar zou het niet kunnen zijn dat de tekst enigszins gecorrumpeerd is overgeleverd? In de oudere romanistische literatuur zijn verscheidene conjecturen voorgesteld, bijvoorbeeld dat na 'petit a creditore' eenvoudigweg 'Sempronius' moet worden ingevoegd.⁷⁶ Het lijkt mij derhalve niet uitgesloten dat de tekst van Marcellus een koop van het onderpand door de pandhouder betreft.

Het merendeel van de moderne literatuur leidt uit 'petit a creditore' af dat er in de casus van D. 13.7.34 een derde in het spel moet zijn geweest.⁷⁷ Hierbij gaat men er veelal

Recht, p. 264-267.

⁷² Zie verder hierna § 4c.

⁷³ Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 141; Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 264.

⁷⁴ O.a. Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 141.

⁷⁵ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 264.

⁷⁶ Voorgesteld door Krüger en Kreller. Zie Zülch, *Der liber singularis responsorum des Ulpianus Marcellus*, p. 61, met verwijzingen.

⁷⁷ O.a. Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 140-142; Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 264-267; Zülch, *Der liber singularis responsorum des Ulpianus Marcellus*, p. 67-75; Zwälve, *Tekst & Uitleg*.

vanuit dat een derde geld ter beschikking heeft gesteld aan Titius, opdat deze het uitleent aan Sempronius. Vervolgens lopen de meningen uiteen. Volgens Peters en Kaser verleende Sempronius een pandrecht aan Titius, tot meerdere zekerheid van nakoming van de door Titius met het geld van de derde verstrekte geldlening.⁷⁸ Toen Sempronius later in gebreke bleef met de terugbetaling van de geldlening heeft Titius de verpande zaak aan de derde verkocht en Sempronius hiervan schriftelijk op de hoogte gesteld. In deze interpretatie is er geen sprake van een koop door de pandhouder: Titius verkoopt het onderpand immers aan een derde. Noordraven schetst een andere casuspositie. Voor de lening die Titius heeft verstrekt aan Sempronius heeft hij van hem een stuk grond als zakelijke zekerheid ontvangen. Titius geeft op zijn beurt dit stuk grond in zekerheid aan zijn schuldeiser. Volgens Noordraven kan men dit slechts verklaren indien er tussen Sempronius en Titius sprake is van een fiducia cum creditore. Alleen dan is Titius als (fiduciair) eigenaar bevoegd de zaak in zekerheid te geven aan zijn eigen schuldeiser. Als Titius dan later in verzuim is en de derde aanstalten maakt om de verbonden zaak executoriaal te gaan verkopen, is hij als (fiduciair) eigenaar bevoegd de zaak in het kader van een tweede fiducia aan zijn eigen schuldeiser in betaling te geven. D. 13.7.34 maakt volgens Noordraven duidelijk dat bij een fiducia cum creditore schuldeiser en schuldenaar rechtsgeldig kunnen overeenkomen dat de zaak bij wijze van datio in solutum in eigendom bij de schuldeiser zal verblijven.⁷⁹

De ‘koop’ waar het fragment over spreekt is volgens Noordraven in werkelijkheid een inbetalinggeving. Hij leidt dit af uit de zinsnede ‘petit ut certo pretio emptum haberet’: Titius vraagt aan zijn schuldeiser of hij bereid is in de toekomst de zaak op grond van koop te bezitten. Dit is alleen begrijpelijk als Titius' schuldeiser de zaak reeds krachtens een andere rechtsgrond bezat. Deze rechtsgrond moet volgens Noordraven (ook) fiducia zijn. Alleen dan verandert er goederenrechtelijk niets; bij pignus, daarentegen, zou een levering nodig zijn om Titius' schuldeiser eigenaar te maken en zou de tekst van ‘emeret’ gesproken hebben.⁸⁰

Zoals wij hierna zullen zien, ontwikkelt D. 13.7.34 zich in het middeleeuwse geleerde recht als de autoriteit voor de rechtsgeldigheid van een naderhand overeengekomen vervalbeding.⁸¹ Ook voor het klassieke recht als zodanig zou het belang van de tekst hierin gelegen kunnen zijn. Volgens een deel van de literatuur bevestigt D. 13.7.34 immers dat een zaak in geval van verzuim kan worden verkocht of in betaling gegeven aan de schuldeiser aan wie de zaak verbonden is (pignus of fiduciaire eigendom).

⁷⁸ Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 140-142; Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 74 (noot 91).

⁷⁹ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 266.

⁸⁰ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 266.

⁸¹ Zie § 4. Voor de afwijkende interpretaties van Du Moulin en Covarruvias, zie § 5.

g. *Evaluatie*

De ontwikkeling van het vervalbeding in het klassieke Romeinse recht kan als volgt worden samengevat. De *eerste fase* is die van het ‘Ersatzpfand’: als alternatief voor nakoming van de vordering heeft de pandhouder recht op de verpande zaak, ook al is deze meer waard dan het bedrag van zijn vordering. In de *tweede fase* komen partijen een verkoopbeding overeen, teneinde de schuldeiser in staat te stellen bij een onderwaarde zich op andere goederen van de schuldenaar te verhalen. Hiernaast zou het motief van partijen voor het opnemen van een vervalbeding geweest kunnen zijn een eventuele overwaarde van het onderpand te doen toekomen aan de pandgever en meningsverschillen over de waarde van de zaak te voorkomen. In de *derde fase* wordt een verkoopbeding geacht stilzwijgend te zijn overeengekomen en is de pandhouder mogelijk zelfs verplicht om tot verkoop over te gaan. Dit laatste zou betekenen dat een eigenlijk vervalbeding reeds in deze derde fase ongeldig wordt. Een andere interpretatie is echter dat deze verplichting slechts gold indien partijen geen vervalbeding waren overeengekomen. In deze tijd zien wij in ieder geval dat oneigenlijke vervalbedingen werden opgenomen.

De ons overgeleverde bronnen waarin een oneigenlijk vervalbeding in de vorm van een voorwaardelijke verkoop aan de pandhouder rechtsgeldig werd geacht, stammen uit de hoog- en laatklassieke tijd. De vroegste tekst is hier Papinianus FV 9. Peters leidt hier uit af dat in de tijd vóór Papinianus verkrijging van de verbonden zaak door de pandhouder voor ontoelaatbaar werd gehouden. De latere juristen zouden zich anders niet op zo’n uitgesproken wijze over de geldigheid van de verkrijging hebben uitgelaten.⁸² Een dergelijke conclusie acht ik te speculatief. Waar het Papinianus in FV 9 om te doen lijkt te zijn geweest, is aan te geven dat hier geen sprake is van een (ongeldige) koop voor een onzekere koopprijs. Er is geen enkele aanwijzing dat Papinianus zich hier zorgen maakte over een mogelijke benadeling van de pandgever. Er kunnen bovendien ook andere redenen zijn waarom ons geen vroeg- en hoogklassieke teksten zijn overgeleverd. Zo zouden vervalbedingen in onbruik kunnen zijn geraakt - hetgeen wat anders is dan verboden - en pas in laatklassieke tijd weer opkomen. Ook D. 18.1.81 indiceert dat oneigenlijke vervalbedingen in de vorm van een verkoop (voor het verschuldigde bedrag) aan de schuldeiser geldig waren. Niet uitgesloten is daarentegen dat men na Papinianus, teneinde de pandgever te beschermen, de eis is gaan stellen dat de koopprijs niet zonder meer gesteld mocht worden op het bedrag van de schuld, maar gebaseerd diende te zijn op de marktwaarde van het onderpand. Marcianus D. 20.1.16.9 zou hiervan een voorbeeld kunnen zijn. Dit zou eveneens kunnen verklaren waarom C. 8.34(35).1 een inbetalinggeving (voor het bedrag van de schuld) converteert in een verplichting tot executoriale verkoop. Hier staat weer tegenover dat de door Marcianus gestelde eis van een *iustum pretium* een interpolatie zou kunnen zijn.⁸³ In dat geval is er geen conflict

⁸² Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 143.

⁸³ Volgens Levy, *West Roman Vulgar Law*, p. 190 (noot 184), en R. Feenstra, recensie Levy, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 74 (1957), p.

tussen enerzijds FV 9 en D. 18.1.81 en anderzijds D. 20.1.16.9 en zouden alle teksten de ongekwalificeerde rechtsgeldigheid van oneigenlijke vervalbedingen in de klassieke tijd staven.⁸⁴ De betekenis van D. 13.7.34 is omstreden. Verdedigbaar is dat men uit dit fragment mag afleiden dat partijen na het intreden van verzuim in ieder geval een oneigenlijk vervalbeding konden overeenkomen. Over de vraag of de hoogte van de koopprijs dan gelijk moet zijn aan de marktwaarde van de zaak zegt dit fragment niets.

Voor de door Peters en Kaser waargenomen tendens om de rechtsgevolgen van een inbetalinggeving van het onderpand af te zwakken, teneinde de pandgever bij inbetalinggeving te beschermen tegen uitbuiting door de pandgever, is naar mijn mening niet voldoende bewijs aanwezig in de ons overgeleverde teksten.⁸⁵ Slechts aan het uit het einde van de klassieke periode daterende C. 8.34(35).1 kan dit motief redelijkerwijs worden toegeschreven. De bedingen tot inbetalinggeving van de andere teksten zijn waarschijnlijk geen oneigenlijke vervalbedingen, waarmee ten tijde van de vestiging een op *verzuim* gebaseerde *voorwaardelijke* overdracht beoogd werd. Men kan wel uit de teksten afleiden dat een inbetalinggeving van het onderpand aan een pandhouder die geheel los van een verzuim plaatsvond, rechtsgeldig was (C. 8.13.13, D. 46.3.45).

De slotconclusie voor het klassieke recht is dat gedurende de gehele klassieke periode vervalbedingen rechtsgeldig werden geacht, aanvankelijk mogelijkerwijs als eigenlijke vervalbedingen en na verloop van tijd als oneigenlijke vervalbedingen. Niet uitgesloten is dat aan het einde van de klassieke tijd vervalbedingen waardoor de overwaarde ten goede kwam aan de schuldeiser ongeldig werden (C. 8.34(35).1 en D. 20.1.16.9).

3. Het verbod van Constantijn: C. 8.34(35).3

a. De uitvaardiging van het verbod

Uit een aantal van de in de vorige paragraaf besproken teksten kan men afleiden dat, ondanks het feit dat in de klassieke tijd het verkooppand het normaaltype is geworden, in de hoog- en laatklassieke periode partijen in de praktijk toch behoefte bleken te hebben aan een vervalpand. In de tijd van Constantijn moet dat zeker het geval zijn geweest. Het bedingen van een vervalpand past goed bij een tijd waarin sprake was van een hoge inflatie en een schaarste aan krediet.⁸⁶ In een economie die gekenmerkt wordt door een

514 (noot 28), is 'rem iusto pretio tunc aestimandam' een interpolatie. Kaser daarentegen sluit niet uit dat de zinsnede het resultaat is van klassiek billijkheidsdenken. Kaser, *Das Römische Privatrecht* II, p. 320 (noot 14).

⁸⁴ Levy stelt dat de pandgever met de *actio pignoratitia* het superfluum kan vorderen. Levy, *West Roman Vulgar Law*, p. 190. In deze interpretatie zouden FV 9 en (een niet geïnterpoleerd) D. 20.1.16.9 eveneens verenigbaar zijn.

⁸⁵ Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, p. 19-20, 73; Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 161.

⁸⁶ In het Romeinse rijk van de eerste decennia van de vierde eeuw n. Chr. was sprake van een chronische inflatie. Zie J-P. Callu en J-N. Barrandon, *L'inflazione nel IV secolo (295-361): il contributo delle analisi*, in: A. Giardina (red.), *Istituzioni, ceti, economie, Società Romana e Impero Tardoantico*, Roma-Bari 1986, p. 559-589.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

hoge inflatie is het gunstig om een vervalbeding overeen te komen. De waarde van de verpande zaak zal immers stijgen in verhouding tot de uitgeleende geldsom. Indien men de verpande zaak moet verkopen onder gehoudenheid de overwaarde aan de schuldenaar af te dragen, baat dit de schuldeiser niet. De schuldeiser is dan slechts gerechtigd tot het nominale bedrag van de geldschuld. Indien de schuldeiser daarentegen de eigendom van het onderpand verwerft, is wanprestatie onder de lening zelfs gunstig voor hem: hij verwerft een zaak met een hogere intrinsieke waarde dan het bedrag van zijn geldvordering. De schaarste aan krediet bracht waarschijnlijk met zich dat financiers vanwege hun economische machtspositie feitelijk in staat waren bezwarende bedingen als het vervalbeding aan hun schuldenaren op te leggen. Het is aan dergelijke praktijken dat Constantijn met zijn edict waarin hij het vervalbeding nietig verklaart een einde wilde maken. Het ‘verbod van Constantijn’ is als volgt geformuleerd:

C.8.34(35)3. Imp. Constantinus A. ad populum [CT 3.2.1].

Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae [pignorum] legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in his posterum, omnem eius memoriam aboleri.

*1. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quaecum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt. D. II. k. Febr. Serdicae Constantino A. VII et Constantio C. cons.*⁸⁷

Aangezien naast andere bedrieglijke praktijken in het bijzonder de hardheid van het vervalbeding [bij panden] toeneemt, besluiten wij dit krachteloos te maken en voor de toekomst iedere herinnering daaraan uit te bannen. Indien daarom iemand gebukt gaat onder een dergelijk contract mag hij herademen door deze verordening die naast de bedingen uit het verleden ook de huidige verjaagt en toekomstige belet. Immers, wij bepalen dat schuldeisers als zij de zaak zijn kwijtgeraakt terugkrijgen wat zij gegeven hebben.⁸⁸

Het verbod heeft terugwerkende kracht: het gold ook voor ten tijde van de inwerkingtreding reeds in pandaktes opgenomen bedingen. Het edict van Constantijn leidde slechts tot partiële nietigheid. Slechts de eigendomsverkrijging door de pandhouder was nietig: het pandrecht bleef geldig. De pandgever kon de verpande zaak van de pandhouder terugvorderen, echter de betreffende vordering diende dan te worden voldaan. Bleef voldoening achterwege, dan kon de pandhouder het onderpand executoriaal aan een derde verkopen.

De ratio van het verbod is dat voorkomen moet worden dat de overwaarde ten goede komt aan de schuldeiser. Men kan het Constantinische verbod vergelijken met het prijsedict van Diocletianus, dat immers ook een reactie was op de met hoge inflatie gepaard gaande economische problemen in het Romeinse keizerrijk. Het is eveneens

⁸⁷ De in de Codex opgenomen versie wijkt slechts in een opzicht af van die van de Codex Theodosianus: ‘pignorum’ is door Justinianus toegevoegd.

⁸⁸ Laatste zin van de vertaling is door mij aangepast.

verwant aan de ‘lex secunda’ van Diocletianus over de verkoop van een stuk grond voor minder dan de helft van de werkelijke waarde (*laesio enormis*).⁸⁹ Vanzelfsprekend is er ook verwantschap met wettelijke maatregelen waarin de rente op geldleningen aan bepaalde maxima wordt gekoppeld.

b. Pauli Sententiae

In de laat-derde-eeuwse *Pauli Sententiae* bestaat de normale wijze van verhaal uit een verkoop, die pas kon plaatsvinden nadat de schuldenaar mededeling (*denuntiatio*) was gedaan van een voorgenomen verkoop, zodat hij het pandrecht alsnog kon lossen.⁹⁰ Volgens de *Pauli Sententiae* kan de schuldenaar de verbonden zaak niet verkopen aan de schuldeiser (PS 2.13.3), maar wel aan een derde. De schuldeiser dient dan uit de koopsom te worden voldaan, waarna hij de zaak (bij *fiducia*) formeel dient te remancipieren aan de schuldenaar, opdat de laatste de zaak aan de derde/koper kan leveren. PS 2.13.3 handelt over *fiducia* en men zou kunnen zeggen dat de reden van ongeldigheid van de koop gelegen is in het feit dat de schuldeiser al eigenaar is.⁹¹ Het hierop volgende PS 2.13.4, dat zowel op pand als *fiducia* van toepassing is,⁹² indiceert echter dat het wel degelijk om een aan C. 8.34(35).3 verwant verbod zou kunnen gaan. Deze tekst bepaalt dat indien (bij *pignus* en *fiducia*) de schuldeiser een tussenpersoon inschakelt, die de zaak voor zijn rekening koopt van de debiteur, hem dit niet baat. De koop is ongeldig en de debiteur kan door lossing de onbezwaarde eigendom van de verbonden zaak verwerven.⁹³ Hier kan de reden van de ongeldigheid moeilijk zijn gelegen in de eigendom van de koper: veeleer lijkt de tekst te zeggen dat een verbod van toe-eigening niet kan worden omzeild door het inschakelen van een tussenpersoon.

c. Justiniaans recht

In het *Corpus iuris civilis* is het verbod van Constantijn gehandhaafd. Als zodanig heeft het een grote invloed gehad op het geleerde recht en de hierop gebaseerde codificaties. Het is opmerkelijk dat ondanks het Constantinische verbod de zojuist besproken klassieke teksten, in het bijzonder D. 20.1.16.9 (koop voor rechtvaardige prijs), voor het merendeel door Justinianus zijn gehandhaafd. Men zou dit als een vergissing kunnen beschouwen: men heeft een tegenstrijdigheid over het hoofd gezien, of men is vergeten de teksten te interpoleren. Men zou ook naar een verklaring kunnen zoeken die de teksten harmoniseert.

⁸⁹ C. 4.44.2. Zie hierover R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, South Africa-Deventer-Boston 1990, p. 255-270.

⁹⁰ PS 2.5.1. Levy, *West Roman Vulgar Law*, p. 187.

⁹¹ Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 165-166.

⁹² Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 240 (noot 97).

⁹³ Volgens Levy staat PS 5.26.4 toe dat de vuistpandhouder zich de verpande zaak toe-eigent. Zie Levy, *West Roman Vulgar Law*, p. 214-215, die ook andere naklassieke bronnen noemt (noot 70). Zie ook Kaser, *Das römische Privatrecht II*, p. 320. De tekst lijkt eerder te zeggen dat de pandhouder de verpande zaak eigenmachtig onder zich kan nemen. Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 161 (noot 10) vindt de opvatting van Levy te speculatief.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

Die verklaring heeft men gemeend te vinden in het goederenrechtelijke karakter van het verbod. De 'lex commissoria' die het verbod van Constantijn op het oog had is in deze interpretatie slechts het eigenlijke vervalbeding, waaronder het verzuim van de schuldenaar rechtstreeks leidt tot eigendomsverkrijging door de pandhouder, zonder dat daarvoor een levering of een andere rechtsgrond dan het beding zelf (koop, inbetalinggeving) noodzakelijk is. Door het verbod werden oneigenlijke vervalbedingen, als de voorwaardelijke koop (FV 9), de fictieve koop (D. 20.1.16.9) en de inbetalinggeving (C. 8.13.13), niet getroffen. Volgens Schanbacher berust de beperking tot (goederenrechtelijke) eigenlijke vervalbedingen niet op een historisch toeval. Contractuele constructies kunnen gecorrigeerd worden, bijvoorbeeld door een 'iustum pretium' te eisen (D. 20.1.16.9), of op basis van *laesio enormis*.⁹⁴ Deze 'goederenrechtelijke interpretatie' acht ik niet geheel overtuigend. Het is naar mijn mening waarschijnlijker dat ook oneigenlijke vervalbedingen door het verbod konden worden getroffen. De ratio van het verbod is dat voorkomen moet worden dat een overwaarde ten goede komt aan de schuldeiser. Indien men tracht om door middel van een verbintenisrechtelijke constructie (koop of inbetalinggeving) deze overwaarde aan de schuldeiser toe te delen, ligt het eerder voor de hand dat ook een dergelijk beding als ongeldig dient te worden aangemerkt. Deze interpretatie strookt met de Interpretatio bij CT 3.2.1 in het Breviarium Alaricianum. Hierin wordt gezegd dat het verbod op een *lex commissoria* betrekking heeft op een 'Commissoria cautio'. Dit is een afspraak waarbij de schuldenaar zich door middel van een in een noodsituatie geschreven akte jegens de schuldeiser verplicht de aan hem verpande zaak aan hem te *verkopen*.⁹⁵

De meest aannemelijke verklaring is naar mijn mening dat (goederenrechtelijke of obligatoire) bedingen waarbij werd uitgegaan van de werkelijke waarde van de zaak en een toedeling van de overwaarde aan de pandgever niet door het verbod van Constantijn werden getroffen. De ratio van het Constantijnische verbod blijft dan immers ongeschonden. Goederenrechtelijke of obligatoire bedingen waarin besloten lag dat de overwaarde ten goede kwam aan de pandhouder waren daarentegen wel ongeldig vanwege C. 8.34(35).3. In de door Marcianus D. 20.1.16.9 gestelde eis van een *iustum pretium* kan men een bevestiging van deze interpretatie zien. Een afspraak als die van Papinianus FV 9 was in deze interpretatie verboden, een afspraak als die van D. 20.1.16.9 niet.⁹⁶

⁹⁴ Schanbacher, *Die Gegenwart der Geschichte*, p. 655-657.

⁹⁵ 'Commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem, ipsi oppignoratam ad tempus, vendere per necessitatem conscripta cautione promittit'. Volledige tekst en (Duitse) vertaling bij M. Conrat, *Breviarium Alaricianum, Römisches Recht im fränkischen Reich in systematischer Darstellung*, Leipzig 1903 (Neudruck Aalen 1963), p. 239. Zie hierover ook M. Conrat, *Der westgotische Paulus*, Verhandlungen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, N.R., dl. 8, no. 4. Afdeeling Letterkunde, Amsterdam 1903, p. 148-151.

⁹⁶ In dezelfde zin Peters, *Der Erwerb des Pfandes*, p. 163-164; Kaser, *Studien zum römischen Pfandrecht*, p. 20. Het is dan ook niet uitgesloten dat FV 9 bewust door de compilatoren niet in de Digesten is opgenomen.

d. *Conclusie*

Men kan in het Corpus iuris civilis, verspreid over een aantal fragmenten, reeds de elementen vinden van wat in het ius commune als een ongeldig vervalbeding werd beschouwd. Een ongeldig vervalbeding heeft twee elementen: is een van deze elementen afwezig, dan is er sprake van een geldig beding. *Ten eerste*, het is gericht op een verzuim dat mogelijksterwijs in de toekomst plaatsvindt (C. 8.34(35).3). Indien de verkrijging van het onderpand het gevolg is van een overeenkomst die pas na het intreden van het verzuim is tot stand gekomen, ontbreekt het eerste kenmerk en is er sprake van een geldige verkrijging (D. 13.7.34). Een niet op verzuim gebaseerde verkoop of inbetalinggeving kan gedurende het bestaan van het pandrecht plaatsvinden (C. 8.13.13, D. 13.7.20.3, D. 20.5.12pr.). *Ten tweede*, de overwaarde die in het onderpand besloten ligt, komt ten goede aan de pandhouder. Indien het tweede kenmerk ontbreekt, omdat de regeling van partijen gebaseerd is op de marktwaarde van het onderpand en een vergoeding van de overwaarde aan de pandgever, is er sprake van een rechtsgeldig beding (D. 20.1.16.9). Een dergelijke synthese treft men in het Corpus iuris civilis niet aan. Daarvoor moeten we naar de juristen van het ius commune.

4. Middeleeuwse legisten en canonisten

Vrijwel alle in § 2 besproken fragmenten vonden hun plaats in het Corpus iuris civilis, met als belangrijkste uitzondering de koop voor het bedrag van de schuld van Papinianus FV 9. De middeleeuwse juristen van het ius commune trachtten uit al deze fragmenten een harmonisch geheel te componeren. De belangrijkste sedes materiae wordt hier vanzelfsprekend gevormd door C. 8.34(35). In deze paragraaf en de volgende zullen de opvattingen van de geleerde juristen zoveel mogelijk in een vaste volgorde worden behandeld: ongeldige vervalbedingen, verkrijging voor een rechtvaardige prijs en posterieure vervalbedingen.⁹⁷

a. *Glossatoren: Azo (†1229?)*

Ongeldige vervalbedingen

In zijn commentaar op C. 34(35).3 in de *Summa codicis* wordt de afspraak van C. 8.34(35).1 door Azo aangemerkt als een ongeldig vervalbeding (pactum legis commissoriae). Azo geeft de volgende omschrijving:⁹⁸

⁹⁷ Bij een aantal juristen wordt hiervan afgeweken en wordt geen indeling gehanteerd (Cinus, Baldus en Hostiensis), of worden onderwerpen aan de indeling toegevoegd (Accursius, Du Moulin).

⁹⁸ Opvallend is dat middeleeuwse juristen spreken over *pactum legis commissoriae*. Het lijkt wel of men hier vergeten is dat 'lex' in *lex commissoria* 'beding' betekent en niet 'wet'. In de zestiende eeuw merkt Antonius Faber op dat zijn tijdgenoten ten onrechte deze term hanteren: het is immers alsof men zegt 'pactum pacti commissorii'. A. Faber, *Codex Fabrianvs definitionvm forensivm et rerum in Sacro Sabavdiae Senatv tractarvm*, Tomus II, Lugduni 1606, Liber VIII, Titulus XXII, Definitio I, noot 1. Zie ook Charles Du Moulin (Molinaeus), *Tractatus contractuum et usurarum redditumque pecunia constitutorum et*

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

‘Vervalbedingen bij pandrechten zijn onwerkzaam. Dat wil zeggen dat indien het geld niet op de dag van opeisbaarheid is betaald, de zaak van de schuldeiser zou zijn alsof deze aan hem was verkocht, zoals in C. 8.34(35).1. Hetzelfde geldt indien de schuldenaar heeft beloofd dat hij de zaak in betaling zal geven, zoals in D. 46.3.45.’⁹⁹

Een vervalbeding houdt volgens Azo in dat bij verzuim de zaak van de schuldeiser zal zijn *alsof* de zaak aan hem was verkocht (‘quasi sibi vendita’). Er is sprake van een fictieve verkoop aan de pandhouder en men kan hier daarom nog spreken van een eigenlijk vervalbeding.¹⁰⁰ Eerder in de Summa bracht Azo de nuance aan dat er sprake is van een verboden vervalbeding, wanneer is bedongen dat, indien niet op tijd wordt betaald, de zaak geacht moet worden te zijn verkocht *voor een bedrag gelijk aan de geleende som*.¹⁰¹ Wanneer de pandgever belooft dat bij verzuim het onderpand in betaling zal worden gegeven is er eveneens sprake van een ongeldig (oneigenlijk) vervalbeding. De belofte tot inbetalinggeving van een in verband met een bruidsschat verpande zaak van D. 46.3.45 wordt door Azo als een dergelijk ongeldig vervalbeding gezien. Azo beschouwt ook als een ongeldig vervalbeding het beding dat de pandgever niet tot lossing mag overgaan. In zijn Lectura stelt Azo zich nog de vraag of een schuldenaar afstand kan doen van het recht dat hij heeft onder C. 8.34(35).3 om zich op de ongeldigheid van het vervalbeding te beroepen. Hij beantwoordt deze vraag ontkennend: de schuldeiser zal het onderpand moeten verkopen en het surplus moeten afstaan aan de schuldenaar.¹⁰²

Verkrijging voor rechtvaardige prijs

Voortbouwend op in het bijzonder D. 20.1.16.9, hanteert Azo een genuanceerde benadering van constructies waarmee in geval van verzuim de eigendom van de verbonden zaak aan de pandhouder wordt toegekend. In zijn commentaar op C. 8.34(35) in de Summa codicis noemt hij, nog vóór de zojuist weergegeven omschrijving van een

monetarum (zie § 5a), Quaestio 52, 364: ‘lex, id est pactio commissoria pignorum’.

⁹⁹ *Aurea summa D. Azonis*, Augustae Taurinorum 1578 (hierna: Azo, *Summa codicis*), commentaar op C. 8.34(35), fo. 200 v^o: ‘Inutilia sunt pacta legis commissoriae in pignoribus. quae est ut non soluta pecunia ad diem res fiat creditoris, quasi sibi vendita: ut [C. 8.34(35).1] Item et si debitor promisit se daturum in solutum: ut [D. 46.3.45].’

¹⁰⁰ Een dergelijke constructie wordt ook in het huidige Nederlandse recht nog gehanteerd: art. 3:251 lid 1 BW staat de rechter toe te bepalen dat het verpande goed ‘aan de pandhouder als koper zal verblijven’.

¹⁰¹ Azo, *Summa codicis*, commentaar op C. 8.13(14), fo.196 v^o: ‘Secus si dicat debitor creditori, ut non soluta pecunia ad diem, sit ei res empta pro illa pecunia, quam mutuavit: haec enim conventio, vel lex commissoria improbata est in pignoribus: ut [C. 8.34(35).1 en 2].’

¹⁰² *Azonis lectura super codicem, Corpus Glossatorum juris civilis* III (facsimile-uitg. van de editie: Parijs 1577), Turijn 1966 (hierna: Azo, *Lectura*), commentaar op C.8.34, fo. 642: ‘quid si renunciauit debitor beneficio quod habet per legem istam et etiam interposita fuerit superior pactio? videtur quòd non valeat, per legem ult. istius tit. et ideo bonum est vt subiiciamus, eam vendere debet: et si plus accepit quam sibi deberetur, debet reddere.’

(ongeldig) vervalbeding, de verkoop voor een rechtvaardige prijs als een geldig beding. Azo zegt:

‘Insgelijks is ook de afspraak geldig dat wanneer niet op de dag van opeisbaarheid betaald wordt de schuldeiser de zaak voor een zoals dan te schatten rechtvaardige prijs zal bezitten, zoals in D. 20.1.16.9.’¹⁰³

In zijn *Lectura super codicem* stelt Azo dan ook dat niet iedere koop door een pandhouder getroffen wordt door het verbod. Hij merkt hierover het volgende op:

‘Want niet geldig is immers enigerlei koop van het onderpand die heeft plaatsgevonden ter ontduiking van de lex commissoria, omdat daardoor de schuldenaar zou worden gedwongen te verkopen. De rechter kan deze wetsontduiking eenvoudig vaststellen wanneer zij zou geschieden: namelijk indien de zaak is verkocht voor 20 terwijl ze 100 waard is. Indien evenwel de zaak een weinig meer waard is, is het geldig en houdt de koop stand, omdat immers niet de koop verboden is maar de wetsontduiking.’¹⁰⁴

Niet iedere verkoop van een onderpand aan de schuldeiser is ongeldig, slechts een verkoop die geschiedt ‘in fraudem legis commissoriae’. Daarom is volgens Azo geldig het beding dat indien er sprake is van verzuim, de schuldeiser de zaak zal hebben gekocht voor een rechtvaardige prijs zoals dan gewaardeerd.¹⁰⁵

Posterieure vervalbedingen

Azo maakt geen uitzondering voor een naderhand overeengekomen vervalbeding. Vermoedelijk acht hij een vervalbeding ook dan ongeldig.

b. Glossatoren: Odofredus (†1265)

Ongeldige vervalbedingen

Volgens Odofredus in zijn commentaar op C. 8.34(35).3 is bij pand, in tegenstelling tot bij koop, een pactum legis commissoriae in strijd met de billijkheid.¹⁰⁶ Een dergelijk beding is

¹⁰³ Azo, *Summa codicis*, C. 8.34(35), fo. 200 v^o: ‘Item et illud pactum tenet, ut non soluta pecunia ad diem, pro iusto pretio tunc aestimando creditor rem poss(i)deat: ut [D. 20.1.16.9].’

¹⁰⁴ Azo, *Lectura*, C.8.34, fo. 642: ‘non enim valet talis vel talis emptio pignoris in fraudem legis commissoriae facta, cum cogatur hinc debitor vendere. et haec fraus bene potest percipi à iudice quando fiat: ut scilicet si res sit sic empti pro xx quae valet.c. si verò res parum plus valeat, bene valet et tenet talis emptio: quia emptio non prohibetur hinc, sed fraus.’

¹⁰⁵ Azo, *Lectura*, C. 8.34(35), fo. 642: ‘si tamen dicat, si non soluta fuerit pecunia ad tale tempus, habeas rem emptam iusto pretio tunc aestimandam, bene valet pactio: ut [D. 20.1.16.9].’

¹⁰⁶ Odofredus, *Lectura super codice, Opera juridica rariora* 5 (fotomech. herdr. van de uitg.: Lugduni 1522, 1552, 1550), Bologna 1968-1969, De pactis pignorum (C. 8.34(35)),

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

‘hard en streng’ bij pand.¹⁰⁷ Wanneer de schuldeiser en de schuldenaar afspreken dat, indien het geld niet wordt terugbetaald, de verpande zaak van de schuldeiser zal zijn, is het beding ongeldig. Niettegenstaande het beding kan de schuldenaar de zaak dan ook revindiceren van de schuldeiser, indien de schuld is voldaan.¹⁰⁸ Zou een dergelijk beding geldig zijn dan zouden immers volgens Odofredus schuldeisers slechts geld willen uitlenen indien de waarde van het onderpand hoger is dan het bedrag van de geleende som. Het is een onevenwichtig beding, dat om die reden bij pand ongeldig is.¹⁰⁹ Het beding is in strijd met de goede zeden, omdat ‘het schuldeisers uitnodigt tot het kwaad’.¹¹⁰

Verkrijging voor rechtvaardige prijs

Odofredus acht een koop door de pandhouder geldig, mits deze voor een rechtvaardige prijs (*iustum pretium*) geschiedt, ofwel voor zoveel als door een derde getaxeerd, ofwel voor zoveel als billijk is.¹¹¹ In zijn commentaar op D. 20.1.16.19 werkt hij dit verder uit. Het gaat volgens Odofredus in deze tekst om een voorwaardelijke koop.¹¹² De reden waarom de koop, ondanks het ontbreken van een bepaalde koopprijs geldig is, is gelegen in het bijzondere karakter van de overeenkomst. De koopprijs wordt hier immers bepaald door een ‘goede man’: dit is een rechter volgens Odofredus.¹¹³

Posterieure vervalbedingen

Odofredus laat zich niet ondubbelzinnig uit over een naderhand overeengekomen vervalbeding, al beschouwt hij wel de verkoop van de verpande zaak aan de pandhouder van D. 13.7.34 als geldig. Aan Odofredus’ commentaar op D. 13.7.34 gaat – in de door

Summarium, p. 160: ‘Pactum legis commissorie est in venditione approbatum, quod in ea equitatem contineat; sed in pignoribus reprobatur: quia equitati est contrarium.’

¹⁰⁷ Odofredus op C. 8.34(35) Quoniam, p. 160: ‘In lex ista dicitur, quod lex commissoria dura et aspersa est in pignoribus.’

¹⁰⁸ Odofredus op C. 8.34(35) Quoniam, p. 160: ‘Si ergo obligo tibi rem meam eo pacto, quod si ad diem non solvam tibi pecuniam, res sit tua: non obstante tali pacto soluta pecunia, pignus potero a te vindicare.’

¹⁰⁹ Odofredus op C. 8.34(35) Quoniam, p. 160: ‘nam bene scitis quod creditores nolunt mutuare quin pignus valeat plus, quam faciat debitum: certe quia illud est iniquum pactum, ideo in pignoribus reprobatur.’

¹¹⁰ Odofredus op C. 8.34(35) Quoniam, p. 160: ‘et hoc est contra bonos mores: nam per hoc creditores iam invitarentur ad malum.’

¹¹¹ Odofredus op C. 8.34(35), Summarium, p. 160: ‘Sed istud pactum bene comprobatur in pignoribus. puta. dicit creditor, mutuo tibi .x. et tu obligas mihi illa pignora: si ad diem non solveris, habeam pignora iusta precio: vel quanti aliquis fuerit arbitratus: vel quanti equum erit. ut [D. 20.1.16.9].’

¹¹² Odofredus, *Lectura super digesto veteri, II, Opera juridica rariora 2* (fotomech. herd. van de uitg.: Lugduni 1550,1552), Bologna: Forni 1967-1969, Potest ita fieri (D. 20.1.16.9): ‘et hoc casu videtur conditionalis venditio.’

¹¹³ Odofredus op D. 20.1.16.9: ‘speciale tamen est in casu qui ponitur in .§. isto ut iusto pretio habeam rem tuam emptam determinando pretium arbitrio boni viri: et intelligitur bonus vir id est iudex.’

mij gebruikte editie (Lyon 1552) - de volgende samenvatting vooraf: 'het naderhand gemaakt beding dat het onderpand in betaling zou zijn gegeven voor de schuld is geldig'.¹¹⁴ Ik vermoed echter dat het hier om een latere toevoeging gaat, die niet van Odofredus zelf afkomstig is. In het commentaar zelf zegt Odofredus: 'aangezien hij aan het begin vrij is te verkopen'.¹¹⁵ Het is mij niet geheel duidelijk of 'ab initio' betrekking heeft op het tijdstip van vestiging van het pandrecht, of op het tijdstip van totstandkoming van de koopovereenkomst. Het laatste is heel goed mogelijk: de koop kan immers later niet meer ongedaan gemaakt worden, omdat hij op het tijdstip van de vervreemding geldig is gesloten.

c. *De Glossa ordinaria: Accursius (1185-1263)*

Ongeldige vervalbedingen

De kern van de opvattingen van Accursius is dat een beding waaronder de pandhouder in geval van verzuim het onderpand verkrijgt, zonder dat hij gehouden is de overwaarde aan de pandgever te vergoeden, ongeldig is. Als belangrijkste sedes materiae fungeert hier C. 8.34(35).1. De Accursische glosse beschouwt (anders dan Azo) het beding van C. 8.34(35).1 niet als een vervalbeding. Een vervalbeding wordt in de glosse als volgt omschreven:

Een vervalbeding zou het echter zijn wanneer, indien ik niet binnen een bepaalde termijn betaal, het onderpand van de schuldeiser zou zijn, of dat hij de zaak voor zijn geld als gekocht zou verwerven, of dat hij het recht zou hebben ermee te doen wat hij wil, of soortgelijke bedingen.¹¹⁶

De Accursische glosse noemt hier een viertal categorieën van vervalbedingen: het eigenlijke vervalbeding, het koopbeding gebaseerd op het bedrag van de schuld, het beding waaronder het de schuldeiser geheel vrijstaat over de zaak te beschikken en analogische bedingen. Ten aanzien van het beding van C. 8.34(35).1 zegt de Accursische glosse:

En merk op dat dit niet een vervalbeding is, maar werkelijk eraan gelijk en daarom onwerkzaam, want het brengt niets teweeg. Zoals immers de schuldeiser anders het onderpand heeft kunnen verkopen ofwel krachtens een beding ofwel krachtens de wet: zo ook nu. En op dezelfde wijze zou je zeggen dat het onwerkzaam zou zijn, indien hij heeft gezegd dat hij in betaling zal geven, zoals in D. 46.3.45pr.¹¹⁷

¹¹⁴ 'Pactum quod pignus sit solutum pro debito factum ex post facto valet'.

¹¹⁵ Odofredus op D. 13.7.34: 'quia ab initio liberum est vendere'.

¹¹⁶ *Glossa ordinaria*, C. 8.34(35).1 *Creditoribus*: 'Pactum autem legis commissoriae esset, ut si non solvam intra certum tempus, creditoris sit pignus: vel habeat pro pecunia sua emptum, vel sit ius faciendi quod vult: vel similia'. De door mij gebruikte editie van de *Glossa ordinaria* is: *Corpus iuris civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii, scholiis Conti, et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium* (etc.), Lyon 1627.

¹¹⁷ *Glossa ordinaria*, C. 8.34(35).1 *Creditoribus*: 'Et nota quod hoc non est pactum legis

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

Het beding van C. 8.34(35).1 is volgens de glosse weliswaar geen vervalbeding, maar wel van gelijke aard, en daarom eveneens ongeldig (eerste zin). Een inbetalinggeving behoort eveneens tot deze categorie van oneigenlijke vervalbedingen (derde zin). Evenals Azo voert hij hiervoor D. 46.3.45 als autoriteit aan. Een tegenstijdigheid tussen enerzijds de ongeldige inbetalinggeving van D. 46.3.45 en anderzijds de geldige inbetalinggeving van C. 8.13.13 wordt niet waargenomen.¹¹⁸ De glosse op C. 8.13.13 volstaat met het weergeven van de inhoud van deze tekst, zonder er zelf iets aan toe te voegen.¹¹⁹ Een beding zoals dat van D. 18.1.81, waarbij de borg de verpande zaak verkrijgt indien hij de schuldeiser betaalt, is volgens de Accursische glosse geen vervalbeding of hieraan gelijk:

maar daar blijft het onderpand niet bij de schuldeiser, maar bij de borg: en daarom is er daar geen vervalbeding, noch een hieraan gelijk beding.¹²⁰

De reikwijdte van het verbod wordt derhalve in de Accursische glosse door middel van een analogische redenering uitgebreid tot bedingen die gelijkaardig zijn aan een pactum legis commissoriae.¹²¹ Wij zullen hierna zien dat (o.a.) Bartolus, Hostiensis, Du Moulin en Covarruvias deze analogische interpretatie van C. 8.34(35).3 overnemen en een beding dat dezelfde strekking heeft als een pactum legis commissoriae onder het verbod brengen.

Accursius is overigens niet helemaal consistent. Waar hij in het eerst geciteerde deel van de glosse zegt dat als vervalbedingen ook gelden 'soortgelijke bedingen' ('similia'), zegt hij vervolgens dat het beding van C. 8.34(35).1 niet als vervalbeding wordt gekwalificeerd, maar wel als hieraan gelijk ('simile'). Met andere woorden, waar onder vervalbedingen eerst ook analogische bedingen ('similia') worden begrepen, worden zij elders buiten deze categorie geplaatst, zij het dat zij vanwege de gelijkenis met echte vervalbedingen eveneens ongeldig zijn.

Verkrijging voor rechtvaardige prijs

Een aan verzuim gerelateerde voorwaardelijke verkoop aan de pandhouder voor de marktwaarde van het onderpand is geldig. In de woorden van de Accursische glosse:

commissoriae, sed quoddam ei simile: et ideo inutile. nam nihil operatur. sicut enim creditor àlias potuit vendere pignus vel ex pacto vel ex lege: ita et nunc. Et idem dicas si dixit se daturum in solutum, ut sit inutile: ut [46.3.45pr.].’ Later in deze paragraaf wordt Accursius’ interpretatie van D. 46.3.45pr. besproken.

¹¹⁸ Zie § 2e.

¹¹⁹ *Glossa ordinaria*, C. 8.13.13 Cum: ‘Si maior annis mulier debitor tua in solutum praedia tibi dederit, an talis contractus valeat quaeritur. Et dicitur quod sic.’ Vertaling: ‘Indien een meerderjarige vrouw die jouw schuldenaar is aan jou een stuk grond in betaling zou geven, wordt gevraagd of een dergelijk beding geldig zou zijn. En gezegd wordt dat dit zo is.’

¹²⁰ *Glossa ordinaria*, C. 8.34(35).1 Communi itaque: ‘Sed ibi non creditori, sed fideiussori remanebat pignus: et ideo non est ibi pactum legis commissoriae, vel ei simile.’

¹²¹ Over de analogie bij de glossatoren zie G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz, Ius Commune – Sonderhefte 1*, Frankfurt am Main 1971, p. 200-210.

Maar indien ik het zo zou zeggen: jij kunt het gekochte (onderpand) verkrijgen voor zoveel geld als het op dat moment waard zou zijn, dan is het geldig, zoals in D. 20.1.16.9.¹²²

Hierbij is volgens Accursius het tijdstip van het verzuim maatgevend voor de waardebeoordeling. Het tijdstip van de waardebeoordeling is immers het tijdstip waarop de koop onvoorwaardelijk wordt ('dat moment') en dat is het tijdstip van verzuim.

In een glosse op D. 20.1.16.9 werkt Accursius de koop door de pandhouder voor een rechtvaardige prijs verder uit. Deze koop onder opschortende voorwaarde wordt door Accursius in dit opzicht gelijkgesteld met een verkoop onder opschortende voorwaarde door de schuldenaar aan een borg (D. 18.1.81). Bovendien kan men volgens Accursius de voorwaardelijke koop aan de pandhouder vergelijken met het geval waarin een verkoper een voortvluchtige slaaf verkoopt onder de opschortende voorwaarde dat de koper de slaaf heeft gevangen (C. 9.20.6). Het voorwaardelijk karakter van de koop staat derhalve niet aan de rechtsgeldigheid van het beding in de weg. Indien echter het onderpand wordt gekocht voor het geleende bedrag is de koopovereenkomst ongeldig, zoals in C. 8.34(35).1 en 3 is bepaald.¹²³

Maar bij een koop voor een rechtvaardige prijs is er volgens Accursius nog een ander probleem. De glosse omschrijft dit als volgt:

Maar ook dit schijnt niet geldig te zijn, omdat de schatting aan een onbekende persoon wordt opgedragen, zoals in D. 19.2.25. Het daar gegeven antwoord is contradictoir. De oplossing: dit is een bijzonder geval, omdat schuldenaren anders nauwelijks aan geld zouden kunnen komen.¹²⁴

In de door de glosse aangehaalde digestentekst wordt gezegd dat als de vaststelling van de huurprijs in het algemeen aan het oordeel van een vreemde is opgedragen, de huurovereenkomst ongeldig is. De tegenstrijdigheid tussen deze algemene regel en D. 20.1.16.9 lost Accursius op met het regelmatig door de glossatoren gehanteerde argument dat het hier om een bijzondere situatie gaat: 'hoc speciale'.¹²⁵ De bijzondere aard van de

¹²² *Glossa ordinaria*, C. 8.34(35).1 *Creditoribus*: 'Sed si sic dicam, habeas tunc emptum tanta pecunia quanti tunc valuerit, valet: ut [D. 20.1.16.9].'

¹²³ *Glossa ordinaria*, D. 20.1.16.9 *Aestimandum*: 'ut et supra [D. 18.1.81] et arg. [C. 9.20.6]. Secus autem si dicat pro pecunia mutuata quatenus sit emptum. ut [C. 8.34(35).1 & 2].'

¹²⁴ *Glossa ordinaria*, D. 20.1.16.9 *Aestimandum*: 'Sed videtur et hoc non valere: quia in incertum hominem confertur aestimatio: ut [D. 19.2.25pr.] ibi responsio quae est contra. Sol. hoc speciale: quia debitoribus vix aliter invenirent pecuniam.' Ook Azo acht het geen onoverkomelijk bezwaar dat – bij pand – de koopprijs door een onzekere persoon wordt bepaald. Azo, *Summa codicis*, C. 8.13(14): '... et in incertam personam videtur conferri pretium rei; quod alias vetitum est.'

¹²⁵ Het 'speciale' karakter van deze casus was ook alesignaleerd door Odofredus in zijn commentaar op D. 20.1.16.9: 'speciale tamen est in casu ...'. Over het harmoniseren door de glossatoren van teksten door middel van het aannemen van een *lex specialis*, zie Otte, *Dialektik und Jurisprudenz*, p. 177-178. De glossatoren waren zich bewust van de beperkte overtuigingskracht van deze methode. Otte citeert Placentinus (*ex Summa Vindocinensis* II

situatie is volgens Accursius hierin gelegen: schuldenaren zouden anders nauwelijks aan geld kunnen komen. De voorwaardelijke verkoop voor een rechtvaardige prijs aan de pandhouder wordt derhalve soepeler behandeld: de taxateur van het onderpand hoeft niet genoemd te worden bij het aangaan van de overeenkomst.

Posterieure vervalbedingen

Hierna zal worden uiteengezet dat vanaf Jacques de Revigny D. 13.7.34 gaat fungeren als voornaamste autoriteit voor de geldigheid van naderhand overeengekomen vervalbedingen. In de Accursische glosse op heeft D. 13.7.34 deze functie nog niet. Het vervalbeding is zelfs niet het onderwerp van de glosse.¹²⁶ Een verband tussen 13.7.34 en het vervalbeding bij pand wordt in een andere glosse gelegd, namelijk in een glosse op D. 46.3.45. Hierin wordt uit D. 13.7.34 en D. 46.3.45 afgeleid dat bij een stil pandrecht de schuldenaar wel verval van het onderpand aan de schuldeiser kan voorkomen door aan te bieden de schuld alsnog te voldoen, terwijl die mogelijkheid bij een vuistpand niet bestaat.

Wij zagen dat D. 46.3.45 een casus betreft waarin een man zijn vrouw beloofde dat hij de landgoederen die hij aan haar voor de bruidschat had verpand haar na een eventuele ontbinding van het huwelijk in betaling zou geven.¹²⁷ Ulpianus adviseert dat wanneer het huwelijk ontbonden wordt, het voldoende is dat het bedrag van de bruidschat wordt aangeboden. De glosse acht dit in overeenstemming met C. 8.34(35).1, maar ziet een tegenstrijdigheid met D. 13.7.34. Accursius tracht deze teksten als volgt te harmoniseren. In D. 46.3.45 was de schuldenaar in het bezit van de zaak toen hij beloofde het onderpand in betaling te geven: daarom was het voldoende dat de schuldenaar betaling van het verschuldigde aanbood aan de schuldeiser. In D. 13.7.34 was de schuldeiser in het bezit van de zaak: daarom stond het de schuldenaar niet vrij om betaling van de schuld aan te bieden.¹²⁸ Waarom dit zo is, is voor mij niet geheel duidelijk. Het zou kunnen zijn dat Accursius eenvoudigweg het gezag van beide teksten aanvaardt en vaststelt dat de wet blijkbaar bepaalt dat in het ene geval (stil pand) wel lossing kan plaats vinden en in het andere geval (vuistpand) niet.

Wat van deze glosse ook zij, men vindt hier in ieder geval de kiem van de later door Bartolus uitgewerkte opvatting dat een naderhand gemaakt vervalbeding (slechts) geldig is bij een vuistpand.¹²⁹

Accursius' interpretatie van D. 13.7.34

Accursius was reeds tot het inzicht gekomen dat D. 13.7.34 verklaard kan worden door

17, 8): 'Solverit ille male, qui dixerit: est speciale'.

¹²⁶ Accursius' interpretatie van deze tekst wordt hierna weergegeven.

¹²⁷ § 2e.

¹²⁸ *Glossa ordinaria*, D. 46.3.45 Offerri: 'Sic [C. 8.34(35).1]. Sed contra [D. 13.7.34]. Solu. hic quando spopondit dare in solutum, id est vir erat in possessione et ideo satis est si debitum offerat creditori: ibi in possessione pignorum fuerat creditor, unde debitori non licet offerre'.

¹²⁹ Zie hierna § 4g. Ook Noodt bouwt voort op de Accursische glosse: zie §6a.

middel van de betrokkenheid van een derde. In zijn glossen op D. 13.7.34 beschrijft hij twee casusposities die mogelijksterwijs aan het advies van Marcellus ten grondslag hebben gelegen: een tweepartijencasus en een driepartijencasus. De belangrijkste glosse luidt als volgt:

Aan Sempronius. Aan de schuldeiser van Seius: aan welke Sempronius de zaken waren verbonden, die Sempronius wilde vervreemden. Maar eerst heeft hij verbonden, daarna heeft hij – de schuld niet betaald zijnde – verkocht aan dezelfde aan wie hij heeft verbonden. Een andere mogelijkheid is dat de schuldenaar aan de schuldeiser gevraagd heeft om het onderpand voor een zekere prijs gekocht te hebben, zodat je het zo zou kunnen lezen: “toen Titius geld had geleend aan Sempronius etc. vroeg Sempronius etc.” En volgens de eerste opvatting zijn er drie personen: Titius, Sempronius en Seius; volgens de andere twee, te weten Titius en Sempronius.¹³⁰

De driepartijencasus was derhalve volgens Accursius als volgt. Titius heeft een vordering op Sempronius, die op zijn beurt een vordering heeft op Seius. Seius heeft een pandrecht verleend aan Sempronius, terwijl de laatste de zaak heeft herverpand aan Titius. Toen Seius jegens Sempronius in verzuim was heeft hij de door Seius aan hem verpande zaak aan Titius verkocht en deze koop in een brief aan Seius medegedeeld. Seius trachtte de koop ongedaan te maken, door zijn schuld aan Sempronius te voldoen.

Noordraven gaat in zijn dissertatie uitvoerig in op deze interpretatie van Accursius. Zijn kritiek op Accursius is op de eerste plaats grammaticaal van aard: Titius is het onderwerp van 'petit' dus moet de 'creditor' aan wie het verzoek wordt gedaan wel een ander dan Titius zijn, namelijk diens schuldeiser.¹³¹ Voorts verwijt Noordraven Accursius dat er volgens deze sprake zou zijn van een herverpanding door Sempronius aan Titius, terwijl dat een probleem had moeten zijn voor Accursius. 'Herverpanding' was slechts mogelijk bij fiducia, maar Accursius kon volgens Noordraven nog niet weten dat hier sprake was van een geïnterpoleerde fiducia-tekst.¹³² Deze kritiek is naar mijn mening niet geheel terecht. Volgens de meerderheidsvisie in de *hedendaagse* literatuur was er van een echte herverpanding in het klassieke en Justiniaanse Romeinse recht geen sprake. De 'subpignus' van het Corpus iuris was geen verpanding door een pandhouder van de aan een ander toebehorende zaak, maar van een aan de pandhouder toebehorende vordering die was gedekt door een pandrecht op een zaak.¹³³ De glossatoren (Azo en Accursius) gingen

¹³⁰ *Glossa ordinaria*, D. 13.7.34 Sempronio. 'creditori Seij: cui Sempronio res erant obligatae, quas volebat Sempronius distrahere. sed primo obligavit, postea eidem cui obligavit, vendidit, non soluto debito. Vel dic secundo, quod debitor petiit a creditore ut pignus certo pretio habeat emptum: ut ita legas, cum Titius credidisset Sempronio pecuniam etc. petiit Sempronius, etc. et Secundum primum sunt tres personae: Titius, Sempronius et Seius: secundum alium duae, scilicet Titius et Sempronius.'

¹³¹ Zie ook § 2f.

¹³² Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, p. 265.

¹³³ Zie vooral F.B.J. Wubbe, 'Eine 'Lehre vom subpignus' im corpus iuris civilis?', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 26 (1958), p. 133-194. Uit deze studie blijkt dat men de 'moderne'

echter wel degelijk uit van een werkelijke verpanding van andermans zaak door de pandhouder. Zo zegt Azo in zijn Codex-summa: ‘Niet slechts door de eigenaar, maar ook door de niet-eigenaar kunnen zaken worden verbonden, bijvoorbeeld door hen aan wie zij zijn verbonden’.¹³⁴

Accursius vermeldt ook een alternatieve benadering, volgens welke het wel degelijk om een tweepartijenverhouding tussen Sempronius en Titius gaat: pandgever Sempronius biedt de zaak te koop aan aan pandhouder Titius, teneinde een executoriale verkoop door Titius aan een derde te vermijden. Later vermeldt Bartolus in zijn commentaar op D. 13.7.34 dat de Glosse in deze lex ofwel twee ofwel drie personen ziet, maar geeft aan dat dit hem niet uitmaakt (‘non curo’).¹³⁵

d. *Canonisten: Henricus de Segusio (Hostiensis) (ca. 1194-1271)*

In een bijdrage over het geleerde recht mag de andere tak van de middeleeuwse rechtswetenschap, die van de geleerde juristen die zich bezig hielden met het canonieke recht, niet ontbreken. Een jurist bij wie zich het *utrumque ius* in optima forma manifesteert is Henricus de Segusio, kardinaal-bisschop van Ostia en om die reden ook ‘Hostiensis’ genoemd. Zijn *Summa Aurea* op de decretalen van paus Gregorius IX (Liber Extra) is een synthese van het toen geldende canonieke recht en het Romeinse recht. Volgens Lefebvre kan men de Summa beschouwen als het eindresultaat van de wetenschappelijke verrichtingen van de glossatoren en de canonisten van de voorafgaande (twaalfde) eeuw en als basiselement van het zich vormende *ius commune*.¹³⁶ De hierna besproken verhandeling over het vervalbeding is afkomstig uit een later werk, de *Lectura* (of *Commentum*) *in quinque libros decretalium*. Dit uitgebreide commentaar op het Liber Extra is volgens Lefebvre nog diepgaander dan de Summa en heeft er mede toe bijgedragen dat Hostiensis een van de meest invloedrijke canonisten is geworden.¹³⁷

In de titel van het Liber Extra over ‘pand en andere zekerheden’ (‘De pignoribus et aliis cautionibus’) bevindt zich een decretale uit 1198 (X. 3.21.7), waarin wordt vastgesteld dat het pactum legis commissoriae bij pand verboden is.¹³⁸ Het commentaar

visie ook reeds bij juristen als Pierre de Belleperche (waarsch. de eerste), Bartolus en Negusantius aantreft. Voor het klassieke en Justiniaanse recht, zie J.C. Out, *Vormen van Accessorietiteit*, Nijmegen 2005, p. 116-130.

¹³⁴ Azo, *Summa codicis*, C. 8.23(24).1, Si pignus pignori datum sit, fo. 199: ‘Non solum a dominis, sed etiam a non dominis, res obligantur, puta ab eis, quibus sunt obligatae.’

¹³⁵ Bartolus a Saxoferrato, *In primam ff. Veteris Partem*, Venetiis 1585, commentaar op D. 13.7.34.

¹³⁶ G. le Bras, Ch. Lefebvre, J. Rambaud, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, Tome VII, L'Age Classique, 1140-1378, Sources et théorie du droit, Paris 1965, p. 313.

¹³⁷ Le Bras, Lefebvre, Rambaud, *L'Age Classique*, p. 312-314; J. Müller, Hostiensis, in: *Biographisch-Bibliographisch Kirchenlexicon*, Band XXIII (2004), p. 676-680.

¹³⁸ X. 3.21.7: ‘Quum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum’. Dit is slechts een zin uit een veel omvangrijker tekst, waarin de Paus een beslissing geeft in een geschil tussen een schuldeiser en een schuldenaar, waarin de schuldenaar zijn met hypotheek

van Hostiensis op dit gedeelte van X. 3.21.7, onderscheidt zich qua inhoud en omvang nauwelijks van dat van zijn legistische tijdgenoten.¹³⁹ Hostiensis verwijst dan ook naar C. 8.34(35).3 en andere teksten uit het Corpus iuris civilis.

Een vervalbeding houdt volgens Hostiensis in dat de verpande zaak eigendom van de schuldeiser zal zijn, of dat de zaak uiteindelijk niet zal worden teruggegeven aan de schuldenaar, indien binnen een bepaalde termijn het geleende geld niet wordt terugbetaald.¹⁴⁰ Een dergelijk beding, of een hieraan gelijk beding, staat er volgens Hostiensis in het geheel niet aan in de weg dat de schuldenaar het onderpand met de actio pigneraticia opeist. Een beding waarbij de schuldenaar zegt dat hij als hij niet betaalt de zaak in betaling zal geven is eveneens ongeldig. Dit wordt – evenals bij Azo en Accursius - gestaafd met een verwijzing naar D. 46.3.45pr.¹⁴¹ Voorts zijn volgens Hostiensis ongeldig het beding dat niet afgelost mag worden¹⁴² en het beding dat de schuldeiser (bij verzuim) een onroerende zaak als leengoed (*in feudum*) zal verkrijgen.¹⁴³ Het volgende – ongeldige - beding lijkt alleen door Hostiensis te worden genoemd: indien de schuldenaar het onderpand opeist, is hij een boete verschuldigd. Ook dit wordt niet met canoniecrechtelijke teksten gestaafd, maar met een verwijzing naar twee digestenteksten.

Hostiensis zegt: ‘Wat indien hij een boete belooft indien hij terug zou vorderen? Dat is niet geldig, zie D. 2.11.2pr. en D. 12.6.23pr.’¹⁴⁴ Ik vermoed dat het terugvorderen (‘repetat’) hier betrekking heeft op het eisen van teruggave van de verpande zaak door de pandgever. D. 2.11.2pr. zegt onder meer dat een boete die verschuldigd is indien een partij niet ten processe verschijnt, niet gevorderd mag worden als er reeds een minnelijke schikking heeft plaatsgevonden, terwijl D. 12.6.23pr. zegt dat indien er gepresteerd is in de onjuiste veronderstelling dat er een schikking is tot stand gekomen, het betaalde teruggevorderd kan worden. Een boete die betaald moet worden indien de schuld al is afgelost (de pandgever eist immers teruggave van het onderpand) wordt door Hostiensis vergeleken met gevallen waarin de oorzaak voor een prestatie in een procesrechtelijke context is verdwenen.

bezwaarde huis naar de schuldeiser zag gaan, omdat hij door omstandigheden niet op tijd had kunnen betalen.

¹³⁹ Henrici de Segusio Cardinalis Hostiensis iur. utr. monarchae celeberrimi, *In Tertium Decretalium librum Commentaria*, Venetiis 1581, commentaar op X. 3.21.7 Sign(ific)ante.

¹⁴⁰ Hostiensis op X. 3.21.7 In pignoribus: ‘ut si convenit, quod res pignorata propria sit creditoris, vel quod ulterius non reddatur pignus debitori, nisi infra certum tempus fuerit soluta pecunia mutuata.’ Zie ook Hostiensis op X. 3.21.7 Legis commissoriae: ‘rei committendae si infra certum tempus, pecunia, pro qua res obligata est, non solvatur.’

¹⁴¹ Hostiensis op X. 3.21.7 Legis commissoriae: ‘Quid si ita dicat debitor, si non solvero, do tibi ipsam rem in solutum? non valet [D.18.1.81].’

¹⁴² Hostiensis op X. 3.21.7 Legis commissoriae: ‘Quid si dicat, quod non liceat in perpetuum redimere? non valet’.

¹⁴³ Hostiensis op X. 3.21.7 Legis commissoriae: ‘Quod si dicat, habeas rem in feudum? non valeat’. Baldus heeft hierover een andere mening; zie § 4h.

¹⁴⁴ Hostiensis op X. 3.21.7 Legis commissoriae: ‘Quid si promisit poenam si repetat ? non valet ar. [D. 2.11.2pr.][D. 12.6.23pr.]’.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

Een beding waarbij de schuldenaar afstand doet van de bevoegdheid zich op het voorrecht te beroepen dat de wet hem toekent is eveneens ongeldig.

Hostiensis op X. 3.21.7 Legis commissoriae: ‘Quid si renunciat beneficio huius canonis? Et hoc non valet.’ Het is niet uitgesloten dat Hostiensis dit heeft ontleend aan Azo. Azo, *Lectura*, C.8.34: ‘quid si renunciauit debitor beneficio quod habet per legem istam’. ‘lex’ is bij Hostiensis vervangen door ‘canon’. Ook in andere opzichten bestaat er gelijkenis tussen de commentaren van Azo en Hostiensis op het vervalbeding. Het is bekend dat Hostiensis van het werk van Azo gebruik maakte.¹⁴⁵

Hostiensis acht een vervalbeding dat tussen schuldenaar en borg is overeengekomen geldig, waarbij hij verwijst naar D. 18.1.81.¹⁴⁶ Indien een vervalbeding door een *eed* is bekrachtigd is het eveneens geldig.¹⁴⁷

Deze stellingname van Hostiensis en de andere canonisten wordt overgenomen door de middeleeuwse legisten, maar wordt daarna controversieel. [Baldus](#), bijvoorbeeld, acht het vervalbeding geldig indien het is bekrachtigd door een eed.¹⁴⁸ Du Moulin, daarentegen, acht het vervalbeding ook dan ongeldig, aangezien een eed niet een ‘keten van onbillijkheid’ mag zijn.¹⁴⁹

Hostiensis acht het vervalbeding geldig als er is bedongen dat de zaak in geval van verzuim eigendom van de schuldeiser zal zijn voor een dan te waarden rechtvaardige prijs en verwijst daarbij naar D. 20.1.16.9.¹⁵⁰ Interessant is dat Hostiensis hier uitgaat van een eigenlijk vervalbeding: niet een *koop*,¹⁵¹ maar een *verkrijging* voor een rechtvaardige prijs.

Het pactum legis commissoriae krijgt derhalve van een belangrijke canonist als Hostiensis evenveel aandacht als van zijn legistische tijdgenoten. Het merendeel van zijn stellingnames wordt ondersteund met verwijzingen naar het Corpus iuris civilis. Slechts zijn opvatting over een vervalbeding dat door een eed is bevestigd vindt duidelijk zijn

¹⁴⁵ Le Bras, Lefebvre, Rambaud, *L'Age Classique*, p. 313.

¹⁴⁶ Hostiensis op X. 3.21.7 Legis commissoriae: ‘Item hoc intelligas, quando fit pactum inter creditorem et debitorem. Nam inter debitorem et fideiussorem (quem bene dat) bene valeret.’

¹⁴⁷ Hostiensis op X. 3.21.7 In pignoribus: ‘Tale enim pacto, vel alio simili non obstante potest nihilominus a creditore pignus repeti per pignoratitiam actionem, iuramentum tamen bene obstatet sibi, si in culpa fuisset.’

¹⁴⁸ Baldus, In *vij. viij. ix. & xm. codicis libros commentaria*, Venetiis 1586, commentaar op 8.34.1, Qui pactus: ‘tamen de iure canonico illud pactum firmatur iuramento, [X. 3.21.7].’

¹⁴⁹ Du Moulin, *Quaestio* 52, 362: ‘...quia iuramentum non est iniquitatis vinculum’.

¹⁵⁰ Hostiensis op X. 3.21.7 Legis commissoriae: ‘Et hoc verum est, nisi ita dicatur, si usque ad tale tempus non solvero, sit res tua tunc iusto pretio aestimanda ... [D.20.1.16.9].’

¹⁵¹ Bijvoorbeeld Belleperche op C. 8.34(35).3 Quoniam, Hs. Cambridge, Peterhouse College 34, fo. 234 rb-234 va; Hs. Florence, BML, Plut. 6 sin. 6, fo. 296 ra, [transcriptie C.H. Bezemer]: ‘Aut inter eum (=debitorem) convenit et creditorem. Et tunc aut tale pactum in(h)ierunt nisi solverit quod sibi sit venditum iusto pretio; tunc valet, ut l. all. Si fundus § ult. [D. 20,1,16,9].’

oorsprong in het canonieke recht. Verbazingwekkend is dit niet: de eed is een van de belangrijkste onderwerpen van het canonieke privaatrecht.¹⁵²

e. *School van Orléans: Jacques de Revigny (ca. 1235-1296)*

Ongeldige vervalbedingen

De *Lectura* over de Codex van Jacques de Revigny bevat een uitgebreid commentaar op C. 8.34(35).3.¹⁵³ Revigny begint met de vaststelling dat C. 8.34(35).1 en 2 geen betrekking hebben op vervalbedingen. Hierin wijkt hij gedeeltelijk af van Azo en Accursius, die in het beding van lex 1 ofwel een vervalbeding (Azo) ofwel een analoog beding (Accursius) zien. Vervolgens merkt Revigny op dat ‘vóór deze wet de hebzucht en hardheid van schuldeisers heersten, die behoeftige mensen in zeer grote mate troffen’.¹⁵⁴ Dan komt Revigny met een levendige beschrijving van het type van gevallen dat tot het verbod aanleiding heeft gegeven. Revigny zegt:

‘Er kwam een arme man bij een geldlener en zei tegen hem: “Mijnheer, je zou mij kunnen helpen aan 10”. Hierop zegt de geldlener: “ik zal je lenen indien je mij daarvoor onderpanden geeft en aangeeft wanneer je zult aflossen”. De schuldenaar zegt: “ik zou kunnen aflossen binnen twee jaar”. De schuldeiser zegt: “en je komt met mij overeen dat als jij niet aflost op die termijn de onderpanden van mij zijn”. Aldus kwam het voor dat de schuldenaar op die termijn het geld niet beschikbaar had en hij zo zijn zaak kwijtraakte.’¹⁵⁵

In dit door Revigny gegeven voorbeeld gaat het om een eigenlijk vervalbeding: een beding dat direct gericht is op een aan verzuim gekoppelde voorwaardelijke verkrijging van het onderpand door de pandhouder, zonder dat hierbij gebruik wordt gemaakt van een

¹⁵² Zie P. Landau, ‘Pacta sunt servanda’, in: M. Ascheri e.a. (red.), *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert* (Festschrift K.W. Nörr), Köln (etc.) 2003, p. 457-474, met verdere verwijzingen.

¹⁵³ Jacques de Revigny, *Lectura super codice, Opera juridica rariora* 1 (fotomech. herdr. van de aan Petrus de Bella Pertica toegeschreven uitgave Parijs 1519), commentaar op 8.34(35).3 Quoniam. De beschouwingen van Revigny over het vervalbeding bij sponsalia en bij feodale leenverhoudingen (interessant!), alsmede zijn beantwoording van de vraag of een beding van niet-lossing een ongeldig vervalbeding is worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

¹⁵⁴ Revigny op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Lex ista respicit ultimam partem rubrice et reprobatur pactum legis commissorie. unde nec prima lex nec secunda loquitur de pacto legis commissorie. ante lex ista regnabat avaricia et asperitas creditorum et ipsi maxima afficiebant homines indigentes.’

¹⁵⁵ Revigny op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Veniebat enim pauper homo ad feneratorem et dicebat ei: domine iuvetis mihi. x dicit fenerator: ego mutuabo tibi si tu das mihi pignora pro illis et quando redimes tua. dicit debitor ego redimam usque ad biennium. Dicit creditor et tu convenies mecum quod ubi (waarsch.: nisi) redimes pignora illa die sint mea: et sic contingebat quod debitor non poterat habere pecuniam illa die et sic debitor amittebat rem suam.’

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

koopconstructie of inbetalinggeving. Revigny geeft vervolgens de inhoud van het Constantinische verbod weer en concludeert dat een vervalbeding bij pand ongeldig is. Bij een koopovereenkomst gaat de zaak bij niet-nakoming terug naar de eigenaar en is een vervalbeding geldig. Bij pandrecht is dat anders en hierin schuilt de reden voor de ongeldigheid van het vervalbeding.¹⁵⁶

Verkrijging voor rechtvaardige prijs

Er is volgens Revigny sprake van een rechtsgeldig beding indien bepaald is dat de pandhouder het onderpand voor een rechtvaardige prijs zal mogen behouden. Hij verwijst hierbij naar D. 20.1.16.9. De schuldenaar wordt hier niet misleid en hierom is het beding geldig.¹⁵⁷ Opvallend is dat Revigny (zoals Hostiensis) ook hier uitgaat van een eigenlijk vervalbeding. In de meeste commentaren wordt gesproken over een *koop* voor een rechtvaardige prijs,¹⁵⁸ terwijl hier sprake is van een rechtstreeks *verval* voor de rechtvaardige prijs.

Posterieure vervalbedingen

Van de door mij bestudeerde juristen geeft Revigny als eerste een inhoudelijke motivering voor het verschil in behandeling van ab initio en naderhand gemaakte vervalbedingen. Revigny acht een vervalbeding geldig indien het na het sluiten van het contract is overeengekomen, waarbij hij verwijst naar D. 13.7.34. Zijn motivering luidt als volgt:

‘Indien echter het beding na het contract was tot stand gekomen is het beding in dat geval geldig, zoals in [D. 46.3.82] en [D. 13.7.34]. En wanneer daar vragen over worden gesteld, dan is de reden voor het verschil onmiddellijk te geven: de wet ziet dat schuldenaren die in grote nood verkeren bereid zijn overeen te komen met hun schuldeisers om het even wat de schuldeisers zouden willen, als ze maar het geld verkrijgen. Vanwege deze nood dwingen schuldeisers deze schadelijke bedingen af van die schuldenaren. En derhalve wordt een op die manier verkregen beding afgekeurd. Maar vanaf het moment dat de schuldenaar het geld ontvangen heeft, verkeert hij niet meer in nood. Hierom veronderstelt de wet niet dat schuldenaren dan nog met deze schadelijke bedingen kunnen worden afgeperst. Indien het beding derhalve is overeengekomen nadat het contract is gesloten is het

¹⁵⁶ Revigny op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Ratio diversitatis est in promptu: in venditione ego vendo tibi rem meam et convenio tecum quod si non solvas ad diem quod res sit inempta. si non solvatur ad diem istam est quod res redeat ad dominum: sed in pignore non est idem. unde propter incommodum non valet pactum legis commissorie in pignoribus.’

¹⁵⁷ Revigny op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Solutio aut pactum est interpositum inter creditorem et debitorem aut est actum quod creditor retineret pignus pro precio iusto eo casu non est deceptus debitor unde valet pactum. vt. [D. 20.1.16.9].’

¹⁵⁸ Bijvoorbeeld Belleperche op C. 8.34(35).3 Quoniam, Hs. Cambridge, Peterhouse College 34, fo. 234 rb-234 va; Hs. Florence, BML, Plut. 6 sin. 6, fo. 296 ra, [transcriptie C.H. Bezemer]: ‘Aut inter eum (=debitorem) convenit et creditorem. Et tunc aut tale pactum in(h)ierunt nisi solverit quod sibi sit venditum iusto pretio; tunc valet, ut l. all. Si fundus § ult. [D. 20,1,16,9].’

geldig.¹⁵⁹

De kern van Revigny's motivering is dat wanneer hij geen behoefte meer heeft aan krediet, omdat hij het geleende geld reeds heeft ontvangen, een schuldenaar zich niet meer gedwongen hoeft te voelen een vervalbeding te aanvaarden.

Men treft deze motivering nog aan in de 20e-eeuwse Nederlandse rechtspraak. In HR 17 januari 1929, NJ 1929, 622 (Schild/Centraal Administratie & Trustkantoor) overweegt de Hoge Raad: 'dat dus tijdens het aangaan der nadere overeenkomst de schuldenaar niet meer als credietbehoevende tegenover zijne wederpartij stond en, in dit opzicht onbelemmerd, bij de betalingsregeling zijne belangen kon nastreven'. Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan artikel 3:251 lid 2 BW. Aan de juistheid ervan kan men overigens twijfelen: verkeert de schuldenaar die een (vaak terstond opeisbare) geldlening heeft verkregen of door een executoriale verkoop bedreigd wordt, niet in een minstens zo zwakke positie als een kredietbehoevende persoon? Volgens Du Moulin, Covarruvias en Voet wel: zie de bespreking van deze juristen verderop in deze bijdrage.

Er zijn nog twee aspecten van Revigny's betoog die aandacht behoeven.

Op de eerste plaats, opmerkelijk is Revigny's verwijzing naar Proculus D. 46.3.82. Waarschijnlijk is dit geschied omdat ook in deze casus de omstandigheden van het geval aanvankelijk een vrije wilsvorming negatief beïnvloedden, terwijl dat later niet meer zo was.

Deze tekst betreft het geval waarin Cornelius een aan hem toebehorende onroerende zaak namens Seia aan haar man als bruidschat heeft gegeven. Het echtpaar had afgesproken dat bij echtscheiding de zaak aan Cornelius zou worden teruggegeven. Proculus zegt dat bij echtscheiding de man de zaak niet aan Cornelius terug mag geven, als Seia dat verbiedt. Slechts als de man de zaak aan Cornelius heeft teruggegeven voordat Seia dit verbood en hij ook geen reden had om aan te nemen dat dit tegen de wil van Seia geschiedde is er sprake van een geldige teruggave. Zowel bij een tijdens het sluiten van de geldlening en het pandcontract tot stand gekomen vervalbeding als bij een tijdens de huwelijksluiting aanvaard 'restitutiebeding' terzake van de bruidschat, zou een persoon zich onder de druk van de omstandigheden gedwongen kunnen voelen in te stemmen met een overgang van een goed die in de toekomst mogelijkerwijs zal plaatsvinden. In de onderhavige casus heeft Seia's wens om in het huwelijk te treden haar wellicht al te gemakkelijk doen instemmen met de bepaling dat de

¹⁵⁹ Revigny op C. 8.34(35).3 Quoniam: 'Si autem pactum fuit habitum post contractum eo casu valet pactum.vt [D. 46.3.82] et [D. 13.7.34]. Et si queritur ratio diversitatis est in promptu: lex vidit quod debitores constituti in magna necessitate convenerunt cum creditoribus quoquomodo voluerent creditores dum modo ipsi debitores habeant pecuniam: unde ipsa necessitate creditores extorquent pacta damnosa ipsius creditoris (waarsch.: ipsi debitori): et ideo pactum legis commissorie tunc habitum reprobat. sed ex quo debitor habet pecuniam ipse est extra necessitatem. unde non presumit lex quod possit ita extorqueri ab eo pactum damnosum sibi. unde ex eo paciscitur post contractum valet pactum.'

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

bruidschat – die formeel aan de man toebehoorde, maar in de klassieke tijd de vrouw een min of meer onafhankelijke positie kon verschaffen – bij ontbinding van het huwelijk zou worden teruggegeven. Indien Seia evenwel later, bij de ontbinding van het huwelijk, nog steeds instemt met de teruggave van de onroerende zaak, is teruggave niet bezwaarlijk meer. Min of meer hetzelfde geldt voor een pandhouder: de behoefte aan geld doet hem vaak al te gemakkelijk instemmen met een mogelijk verlies van de eigendom van zijn zaak, maar als hij daar later nog steeds mee instemt, dan hoeft hij niet meer te worden beschermd.

Ten tweede, Revigny spreekt eenvoudigweg over een vervalbeding dat ‘na het contract’ (*post contractum*) is overeengekomen. Het kan zijn dat hij met het contract de geldlening bedoelde, maar hij kan ook het pandcontract op het oog hebben gehad. Van het laatste contract maakt een vervalbeding immers deel uit. Een interessanter kwestie is of elk ‘na het contract’ tot stand gekomen beding geldig is, of dit, zoals in de moderne codificaties het geval is, beperkt is tot situaties waarin er sprake is van verzuim.¹⁶⁰ De inhoudelijke motivering van de geldigheid van een naderhand gemaakt vervalbeding indiceert een dergelijke beperking geenszins. Als de schuldenaar het geld reeds heeft, verkeert hij niet meer in een dwangpositie: dit is reeds onmiddellijk na de totstandkoming van de geldlening het geval.

Heeft in dit verband Revigny’s verwijzing naar D. 46.3.82 nog betekenis? Uit deze tekst kan men afleiden dat de wil van de persoon die de eigendom (pand) of het genot (bruidschat) van de zaak dreigt te verliezen, op het moment van de inwerkingtreding van de voorwaarde nog op overgang van de zaak moet zijn gericht. Getransponeerd naar het vervalbeding zou dit dan betekenen dat de pandgever ten tijde van het verzuim nog zou moeten instemmen met de eigendomsovergang van de verpande zaak. In D. 13.7.34 was hieraan voldaan: nadat de pandgever in verzuim was bood hij het onderpand aan de pandhouder ter verkrijging ten titel van koop aan. Voor de stelling dat Revigny met zijn verwijzing naar D. 46.3.82 bedoeld heeft de mogelijkheid van een vervalbeding tot verzuimsituaties te beperken, is echter onvoldoende bewijs aanwezig. Bij latere juristen wordt steeds op algemene wijze gesproken over bedingen die ‘ex intervallo’, ‘ex post facto’ etc. zijn gemaakt.¹⁶¹ Pas bij Du Moulin lijkt een kentering op te treden.¹⁶²

In zijn commentaar op C. 8.34(35).3 sluit Pierre de Belleperche (ca. 1250-1308) zich bij de opvattingen van zijn leermeester Revigny aan.¹⁶³ Belleperche zegt dat, indien is

¹⁶⁰ Bijv. art. 3:251 lid 2 BW.

¹⁶¹ Zie bijv. hierna Cinus, Bartolus en Baldus.

¹⁶² Zie § 5a.

¹⁶³ Belleperche op C. 8.34(35).3 Quoniam, Hs. Cambridge, Peterhouse College 34, fo. 234 rb-234 va; Hs. Florence, BML, Plut. 6 sin. 6, fo. 296 ra. Revigny was slechts voor korte tijd leermeester van Belleperche. Zijn belangrijkste leermeester was Raoul d’Harcourt. Over de verhouding tussen Revigny en Belleperche, zie K. Bezemer, *Pierre de Belleperche, Portrait of a Legal puritan*, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Veröffentlichungen des Max-

bedongen dat de schuldeiser de zaak zal verkrijgen voor het verschuldigde bedrag, een onderscheid dient te worden gemaakt tussen een aan het begin en een naderhand gemaakt beding. Indien het aan het begin is gemaakt, is het ongeldig, zoals in C. 8.34(35).1 en 3 wordt bepaald. Het vervalbeding is geldig volgens Belleperche, indien het naderhand wordt gemaakt, zoals in D. 13.7.34.¹⁶⁴ Dit motiveert Belleperche als volgt:

‘Dit is de reden van de wet: om het geld te kunnen krijgen zou een schuldenaar om het even welk beding aangaan met een schuldeiser. Derhalve (aanvaardt de schuldenaar) dat hij zonder enige instemming de eigendom zou kunnen verliezen wanneer hij de schuld niet zou voldoen. Maar waar hij dit na tijdsverloop deed, is hij hiertoe niet uit noodzaak bewogen.’¹⁶⁵

Wij zullen hierna zien dat deze aan Revigny ontleende motivering (zonder bronvermelding) via Belleperche wordt overgenomen door tal van geleerde juristen, zoals Cinus, Bartolus, Negusantius en ook nog Donellus.¹⁶⁶

f. Commentatoren: Cinus de Pistoia (1270?-1336)

De jurist en dichter Cinus van Pistoia - leermeester van Bartolus, Boccaccio en Petrarca – grijpt terug op zijn voorgangers en voegt geen nieuwe opvattingen toe aan de bestaande.¹⁶⁷ Het vervalbeding dat in geval van verzuim het onderpand zal toebehoren aan de schuldeiser voor het uitgeleende bedrag, is *ongeldig* indien het bij de verpanding is overeengekomen. Cinus acht een koop door de pandhouder daarentegen geldig, mits deze voor een *rechtvaardige prijs* (iustum pretium) geschiedt.¹⁶⁸ Indien het vervalbeding is

Planck-Instituts für europäischen Rechtsgeschichte, Band 194, Frankfurt 2005, p. 23-41.

¹⁶⁴ Belleperche op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Aut pactum est interpositum quod rem illam habeat pro pecunia quam recepit. Tunc aut appositum est in initio aut ex intervallo. Si in initio, non valet, ut hic [C. 8.34,3] et supra e. l.i [C. 8.34,1] et l. all. Qualipodius [D. 46,3,45]. Aut ex intervallo appositum est; tunc dico quod valet, ut ff. de pig. act. l. Titius [D. 13,7,34], arg. supra de pig. l. Dominam [C. 8,13,13].’

¹⁶⁵ Belleperche op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Et est ratio huius legis: debitor omne pactum cum creditore in(h)iret ut haberet pecuniam. Ideo cum non satisfecerit poterit dominium amittere sine consensu; ideo etc. Set ubi ex intervallo fecit non est inductus necessitate; ideo etc. arg. supra de pac. Si quis in conscri. [C. 2,3,29]. Quare dicitur pactum legis commissorie? Etc.’

¹⁶⁶ A. Negusantius, *Tractatus de pignoribus et hypothecis*, Keulen 1589, IV, 6; H. Donellus, *Commentarii absolutissimi ad II, III, IV, VI et VIII Libros Codicis Justinianeus*, Frankfurt 1622, commentaar op C. 8.35.3, nr. 6. Voor Cinus en Bartolus, zie hierna.

¹⁶⁷ Als dichter wordt hij nog gerekend tot de Dolce stil novo, waartoe ook Dante behoorde, hoewel hij volgens Frans van Dooren ‘innerlijk ... al op weg [is] naar Petrarca’. F. van Dooren, *Geschiedenis van de klassieke Italiaanse literatuur*, Amsterdam 1999, p. 31-32.

¹⁶⁸ Cinus van Pistoia, *Lectura codicis*, Turijn 1964 (herdruk van Frankfurt 1578), fo. 501A, commentaar op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Secundo casu, quando inter eum et creditorem, tunc refert: aut est pactum initum, quod nisi solverit, venditum sit pignus iusto precio et nunc valet, ut [D. 20.1.16.9]. aut est pactum initum, quod nisi solverit, rem habeat pro pecunia, quam mutuavit: tunc aut tale pactum est appositum in initio, aut ex intervallo. Si in initio, non valet, ut hic et [C. 8.34(35).3] et [D. 46.3.45].’

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

overeengekomen tussen de schuldenaar en een *borg* of een derde (extraneus) is het eveneens geldig.¹⁶⁹ Interessant is slechts Cinus' behandeling van het *naderhand* overeengekomen vervalbeding, niet omdat hij hier iets nieuws brengt, maar omdat het een inzicht geeft in de verspreiding van het gedachtengoed van Orleans. Cinus zegt:

‘Indien het na verloop van tijd is afgesproken is het volgens Petrus geldig, zoals in D. 13.7.34. (...). In verband hiermee vraag ik mij af waarom het vervalbeding verboden is bij pand? Ik antwoord dat de reden voor het verbod was dat een schuldenaar bereid is elke afspraak met de schuldeiser te aanvaarden, om maar het geld te krijgen. Derhalve zou hij hoe dan ook de eigendom zonder instemming verliezen mocht hij niet voldoen. Odofredus zegt echter, dat de ratio van het verbod was dat indien een dergelijk beding geldig zou zijn, schuldeisers nooit geld op onderpand zouden uitlenen zonder dit beding en dit zou tegen de goede zeden zijn.’¹⁷⁰

Zoals zo vaak, neemt Cinus ook hier vrijwel letterlijk een gedeelte over van de Codex-lectura van Pierre de Belleperche, waarbij hij bovendien ook naar Odofredus verwijst. De opvatting van Revigny, die door Belleperche is overgenomen, wordt door Cinus niet vermeld, hoewel hij wel met diens werk vertrouwd was. Bezemer heeft een artikel gepubliceerd over Cinus' Orleanese bronnen, omdat er onduidelijkheid bestond over Cinus' kennis van het werk van Revigny.¹⁷¹ Daaruit komt naar voren dat Cinus voor belangrijke delen van de Codex een andere lectura van Revigny had dan degene die wij kennen (editie Parijs 1519). Dat verklaart evenwel niet waarom Cinus in het onderhavige geval alleen Belleperche aanhaalt. Cinus stond steeds voor de keus wie van de twee Orleanesen hij ging citeren: Revigny, Belleperche, of beiden? Vermoedelijk heeft Cinus om plaats te winnen in dit geval voor Belleperche gekozen toen hij zag dat ze dezelfde opinie hadden. Hierbij kan nog worden opgemerkt dat Cinus in het algemeen een grote voorkeur had voor Belleperche. Dit blijkt onder andere hieruit dat, als er een verschil van mening was,

¹⁶⁹ Cinus van Pistoia op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Nota Quod pactum legis commissoriè in pignoribus tanquam asperum reprobatur. Ad lex istam opponitur et videtur non reprobare tale pactum, ut [D. 13.7.34]. Solutio. ibi non cum creditore, sed cum fideiussore convenitur, pro cuius rei evidentia distinguendum est, aut pactum legis commissoriè appositum est inter debitorem et fideiussorem, vel extraneum, aut inter eum et creditorem. Primo casu valet pactum ut dicit lex ultima.’ Opmerkelijk is dat D. 13.7.34 door Cinus wordt verklaard als een casus waarin het vervalbeding met een borg is overeengekomen.

¹⁷⁰ Cinus van Pistoia op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Si ex intervallo, tunc valet secundum Petrum, ut [13.7.34]. Arg. supra [C. 8.13.13]. Iuxta hoc quaero, quare pactum legis commissoriè sit prohibitum in pignoribus? Respondeo, ratio prohibitionis fuit, quia debitor omne pactum iniret, cum creditore, ut haberet pecuniam: et ideò cum non satisfaceret, postea perderet dominium quodammodo sine consensu, ideò et c. argum. [C. 2.3.29pr.], secundum Petrum. Odofredus verò dicit, quod ratio fuit, quia si tale pactum valeret, nunquam sine eo creditores mutuarent sub pignore et sic esset contra bonos mores.’

¹⁷¹ K. Bezemer, ‘Word for word (or not): on the track of the Orleans sources of Cinus’ lecture on the Code’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 68 (2000), p. 433-454.

Revigny doorgaans via Belleperche geciteerd wordt.¹⁷²

g. *Commentatoren: Bartolus de Saxoferrato (ca. 1313-1357)*

Ongeldige vervalbedingen

De naast Accursius meest invloedrijke middeleeuwse jurist is - ook op het gebied van het vervalbeding – Bartolus. Zowel in zijn commentaar op de Codex als in dat op de Digesten geeft hij aan welke bedingen ongeldig zijn en welke niet.

Bartolus ontvouwt zijn zienswijze op het vervalbeding bij pand grotendeels in zijn commentaar op C. 8.34(35).1. Hij stelt vast dat er bij koop niet alleen sprake kan zijn van vervalbedingen die in directe bewoordingen ('per verba directa') zijn vervat, maar ook van bedingen die in indirecte bewoordingen ('per verba obliqua') zijn gesteld.¹⁷³ Bartolus vervolgt:

'Evenzo wordt bij pand op dezelfde wijze vervalbeding genoemd, wat is geschied in directe bewoordingen, bijvoorbeeld: indien de schuldenaar niet op tijd betaalt, is het onderpand van de schuldeiser. Maar als het in indirecte bewoordingen is vervat, bijvoorbeeld: het onderpand wordt aan de schuldeiser in betaling gegeven of de schuldenaar belooft in betaling te geven, dan is er geen sprake van een vervalbeding, maar van een soortgelijk beding, waarover wordt gesproken in deze wet 1, die beknopt zegt: een beding gelijk aan een vervalbeding heeft bij pand geen gevolg.'¹⁷⁴

Als voorbeeld van een vervalbeding in directe bewoordingen noemt Bartolus het beding dat indien de schuldenaar niet op tijd nakomt, het onderpand van de schuldeiser zal zijn voor het verschuldigde. Dit is wat ik eerder als een *eigenlijk* vervalbeding heb omschreven. Als voorbeeld van een vervalbeding 'in indirecte woorden' noemt Bartolus het beding waarbij het onderpand in betaling wordt gegeven aan de schuldeiser. Evenals de Accursische glosse zegt Bartolus dat, hoewel deze bedingen geen pacta legis commissoriae zijn, zij toch hieraan gelijkaardig zijn en als zodanig nietig zijn. Het gaat hier om *oneigenlijke* vervalbedingen. Beide typen van bedingen vallen derhalve onder het verbod, eigenlijke vervalbedingen rechtstreeks, oneigenlijke bedingen per analogiam.¹⁷⁵

¹⁷² Bezemer, Word for word (or not), p. 452.

¹⁷³ Dit onderscheid speelde een grote rol bij de uitleg van ontbindende voorwaarden: zie A.J. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden 2003, p. 119.

¹⁷⁴ Bartolus a Saxoferrato in secundam codicis partem, Venetiis 1585, fo. 104, commentaar op C. 8.34(35).1 Qui pactus: 'Ita eodem modo in pignore illud dicitur pactum legis commissoriae, quod est factum per verba directa ut puta, si debitor ad diem non solverit, pignus sit creditoris, sed si fieret per verba obliqua, ut puta, quod pignus detur in solutum creditori, aut debitor promisit se dare in solutum, tunc non est pactum legis commissoriae, sed simile, de quo loquitur ista lex 1 quae breviter dicit: Pactum simile pacto legis commissoriae in pignoribus nihil operatur.'

¹⁷⁵ Zie echter hierna Bartolus' commentaar op C. 8.34(35).3, waarin een beding waarbij het onderpand wordt verkocht voor een bedrag gelijk aan dat van de schuld waarvoor het

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

Antonius Negusantius (1465-1528), auteur van een veel geciteerde en omvangrijke monografie over pand en hypotheek, onderscheidt eveneens tussen ‘directe’ en ‘indirecte’ vervalbedingen. Indien een pactum legis commissoriae per verba directa is geconcipieerd, vindt de eigendomsovergang van rechtswege plaats. Dergelijke vervalbedingen zijn pacta legis commissoriae, ook indien de titel koop of inbetalinggeving is. Indien het beding per verba obliqua vel inflexa (letterlijk: ‘door gebogen en schuine woorden’) is geconcipieerd, is er slechts een verplichting om bij verzuim in betaling te geven of te verkopen. Er is dan volgens Negusantius strikt genomen geen sprake van een pactum legis commissoriae. Dergelijke bedingen zijn volgens Negusantius geen pacta legis commissoriae, maar wel hier aan gelijk (simile) en derhalve eveneens ongeldig.¹⁷⁶ Het onderscheid heeft derhalve bij Negusantius een andere betekenis dan bij Bartolus: goederenrechtelijke tegenover obligatoire vervalbedingen.

In zijn commentaar op C. 8.34(35).3 voegt Bartolus niet veel meer toe. Nadat hij heeft herhaald dat een pactum legis commissoriae bij pand verboden is, merkt hij op dat C. 2.3.29 hiertegen zou kunnen worden aangevoerd. Aan het einde van deze verordening van Justinianus wordt bepaald: ‘dat het niemand vrijstaat van zijn afspraken terug te komen en zijn medecontractanten te misleiden’.¹⁷⁷ De oplossing voor deze schijnbare tegenstrijdigheid vindt Bartolus in het bijzondere karakter van het vervalbeding, vanwege de benadeling die er in besloten ligt. C. 8. 34(35).3 verbiedt dan ook volgens Bartolus een beding waarin wordt bepaald dat indien het geld niet op tijd is betaald het onderpand van de schuldeiser zal zijn.¹⁷⁸

Verkrijging voor een rechtvaardige prijs

Bartolus acht een voorwaardelijke koop voor de werkelijke waarde door een pandhouder geldig. Dit is geen vervalbeding volgens Bartolus en hier is elke benadeling en bedrog (‘captio et deceptio’) afwezig. D. 20.1.16.9 geeft dan ook aan dat een dergelijk beding geldig is.¹⁷⁹ In het volgende fragment bespreekt hij de verhouding tussen C.8.34(35) en D. 20.1.16.9:

‘Een beding is geldig, zoals wanneer de schuld niet betaald is, de schuldeiser het onderpand voor de

pandrecht is gevestigd als een pactum legis commissoriae wordt aangemerkt.

¹⁷⁶ Negusantius, Tractatus de pignoribus et hypothecis, IV, 1.

¹⁷⁷ C. 2.3.29pr., in fine: ‘... sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere.’

¹⁷⁸ Bartolus op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Pactum legis commissoriae in pignoribus reprobatur h.d. Op. [C. 2.3.29pr.]. Solutio: speciale est, in isto pacto legis commissoriae, per pro deceptionem quam continet, ut patet ex princ. huius l(egis). ... Aut apponitur pactum, quod debito non soluto ad tempus pignus sit tuum pro debito. Istud est pactum legis commissoriae, quod reprobatur hic.’

¹⁷⁹ Bartolus op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Aut apponitur pactum, quod debito, non soluto pignus sit tibi emptum iusto pretio et istud non est pactum legis commissorie et in eo cessat omnis captio et deceptio et valet ut [D. 20.1.16.9]’.

VERHAGEN

rechtvaardige prijs gekocht heeft. Dit zegt (de tekst). Dit is opmerkenswaardig omdat het een uitzonderlijk geval is. Oppositie: C. 8.(34)35.1 en 2. Oplossing: Daar betreft het een beding dat het onderpand voor het verschuldigde bedrag is gekocht, welk beding ongeldig is, omdat het een vervalbeding is, dat bij pand wordt afgekeurd. Hier echter luidde het beding dat de zaak gekocht is voor een rechtvaardige prijs, of er wordt gezegd dat de zaak eenvoudigweg is gekocht, waaronder wordt begrepen dat de zaak voor de rechtvaardige prijs is gekocht.’¹⁸⁰

Bartolus contrasteert hier een beding tot de koop voor het onder de geldlening verschuldigde bedrag met een koopbeding voor de werkelijke waarde: slechts het eerste beding is een ongeldig vervalbeding. Hierbij geldt dat waar niets omtrent de koopprijs is bepaald, dit geacht wordt een koop voor de rechtvaardige prijs te zijn.

Bartolus voegt hieraan toe dat het onderpand door een rechter gewaardeerd dient te worden.¹⁸¹ Hierbij is het mogelijk dat reeds in de pandakte de persoon van degene die de waarde van de zaak moet bepalen wordt vermeld.¹⁸² Bartolus beschrijft hoe ‘voorzichtige’ Bolognese kredietverschaffers op advies van vooraanstaande ‘doctores’ en advocaten de volgende clause in hun pandaktes opnamen:

‘indien jij het geld niet op tijd betaalt, zal het perceel door mij voor een rechtvaardige prijs gekocht zijn, op het verklarende arbitrium van deze of gene, die wij nu als arbiters kiezen, als goede mannen en met een goed oordeel.’

Een dergelijk advies acht hij een goed advies.¹⁸³ Naar aanleiding hiervan signaleert Bartolus nog de volgende kwestie. De Accursische glosse zegt dat het niet mogelijk is om de taxatie van de prijs door een onbepaalde persoon te laten verrichten, maar dat D. 20.1.16.9 een bijzonder geval (‘speciale’) betreft. Bartolus zelf geeft vervolgens een

¹⁸⁰ Bartolus a Saxoferrato, *In primam ff. Veteris Partem*, Venetiis 1585, commentaar op D. 20.1.16.9: ‘Valet pactum, ut debito non soluto, creditor habeat pignus iusto pretio emptum. h.d. quod not. quia singularis est casus. Op. [C. 8.34(35).1 en 2]. Sol. Ibi pactum fuit appositum, quod res sit empta pro pecunia debita, quod pactum non valet, quia est pactum legis commissoriae, quod reprobatur in pignoribus. hic vero fuit pactum, quod res sit empta iusto pretio, vel fuit dictum quod res sit empta simpliciter, quod intelligitur scilicet iusto pretio’.

¹⁸¹ Bartolus op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Et debet aestimari per iudicem ...’. Wij hebben gezien in § 4b dat Odofredus deze eis reeds stelde. Verg. art. 3:251 lid 1 BW.

¹⁸² Bartolus op D. 20.1.16.9: ‘Posset etiam fieri in ipso contractum per quem talis res debeat aestimari, ut [D. 18.1.81] et [I. 3.23]’.

¹⁸³ Bartolus op C. 8.34(35).3 Quoniam: ‘Quidam tamen cauti foeneratores Bon(onienses) ex consilium su(m)orum antiq. Doctorum et advocatorum, faciebant fieri instrumentum isto: modo Si pecuniam ad tempus non solves, sit fundus mihi emptus iusto pretio, declarando arbitrio talis et talis, quos et nunc eligimus in arbitratore, ac bonos viros et tene menti, quia est pulchrum consilium.’ In de door mij gebruikte editie staat ‘Bon.’ De meest voor de hand liggende uitleg is dat dit betrekking heeft op ‘foeneratores’. Het zou nog kunnen dat er ‘Bononiensium’ behoort te staan, in welk geval de tekst spreekt over ‘Bologneser doctoren’.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

scherpzinnige verklaring voor het verschil tussen een koopovereenkomst zonder vaste prijs in het algemeen en het bijzondere geval van een koopbeding zonder vaste prijs bij pand. Hij vergelijkt een huurovereenkomst zonder vaste prijs (D. 19.2.25pr.) met de koop door een pandhouder voor een door een rechter te schatten juiste prijs (D. 20.1.16.9). De verklaring van het verschil tussen deze twee gevallen luidt als volgt:

‘Ik zeg dus dat D. 19.2.25 betrekking heeft op het geval waarin het oordeel over het principale contract zou worden toevertrouwd aan een onzekere persoon: dan is er immers geen enkele verbintenis, noch enig geldig contract, op grond waarvan men een beroep zou kunnen doen op de rechter. Hier echter gaat er een geldig pandcontract aan vooraf, waaraan dit beding was toegevoegd en dus is er een rechter beschikbaar die zich op het (contract) kan baseren, zodat deze rechter zelf als een goede man de juiste prijs kan vaststellen, en ik zou logischerwijs zeggen dat men argumenten hiervoor aantreft in D. 18.1.16 e.v. en D. 18.1.57.’¹⁸⁴

Voor een huurovereenkomst is de huursom essentieel, dus is er geen huurovereenkomst als deze ontbreekt en derhalve (de klassieke juristen zouden zeggen: vanwege het ontbreken van een formula) ook geen rechter die de huursom kan vaststellen. Maar in D. 20.1.16.9 is er wel degelijk een geldige overeenkomst: het koopbeding is onderdeel van de pandovereenkomst. Dus als het vaststellen van de prijs tot moeilijkheden aanleiding geeft, is er een rechter beschikbaar. Deze kan zelf als een ‘goede man’ (vir bonus) de rechtvaardige prijs vaststellen. Ter ondersteuning noemt Bartolus enkele digestenteksten (D.18.1.16.1 en D.18.1.17), die betrekking hebben op de waardebepaling van een verkochte zaak door een derde. Ook in deze gevallen was er sprake van een geldige overeenkomst en was er een rechter beschikbaar om de koopprijs aan te passen.

‘Uit D.18.1.16.1 en D.18.1.17 volgt dat indien een koper een zaak koopt zonder dat hij weet dat hij vruchtgebruiker van de zaak is, de koop weliswaar geldig is, maar door tussenkomst van de rechter de koopprijs verminderd zal worden. D.18.1.17pr. zegt dat indien het verkochte huis voor minder dan de helft is uitgebrand, de koper gebonden is aan de koopovereenkomst op basis van een overeenkomstig het oordeel van een ‘goede man’ verrichte waardebepaling (‘aestimatione viri boni arbitratu’).’

Posterieure vervalbedingen

Een vervalbeding dat ab initio wordt gemaakt is ongeldig. Dat is anders indien het nadien

¹⁸⁴ Bartolus op D. 20.1.16.9: ‘Dic ergo quod [D. 19.2.25] loquitur, quando super contractu principali committitur arbitrio incertae personae: tunc enim non est aliqua obligatio, nec aliq(ui)s contractus validus, cuius occasione posset recurri ad iudicem. hic vero precessit contractus pignoris validus, cui istud pactum fuit appositum et ideo iudicis officium habetur, super quo se fundat, ut ipse iudex tanquam bonus vir pretium iustum declaret, et dicam statim arg. pro hoc supra [D.18.1.16 ff.] et [D.18.1.57].’

wordt gemaakt (ex post facto), zegt Bartolus in zijn commentaar op C. 8.(34(35).3.¹⁸⁵ In zijn commentaar op D. 13.7.34 herhaalt Bartolus deze zienswijze voor een vervalbeding ‘in indirecte bewoordingen’, waarbij de verbonden zaak bij verzuim in betaling wordt gegeven.¹⁸⁶ Bartolus merkt op dat volgens een bepaalde lezing (lectura) de reden van het verschil de volgende is.¹⁸⁷ In de beginfase, wanneer de schuldenaar het geld nodig heeft, kan de schuldeiser elk beding aanvaard krijgen en daarom wordt dit verboden. Deze reden valt weg wanneer dit beding later wordt gemaakt.¹⁸⁸ Deze motivering is geheel identiek aan die van Revigny, Belleperche en Cinus. De ‘lezing’ waarnaar Bartolus verwijst is naar alle waarschijnlijkheid (die van) de Codex-lectura van Cinus. Het is dan ook vrijwel zeker dat Bartolus hier, via Cinus, door Orléans is beïnvloed.

Aan het slot van zijn commentaar op D. 46.3.45, waarin wederom een vrijwel integrale behandeling van het vervalbeding bij pand is opgenomen, maakt Bartolus nog een belangrijke nuancering: een naderhand overeengekomen vervalbeding leidt voor de pandhouder slechts tot een retentierecht en niet tot een actie. Hij vergelijkt D. 13.7.34 (‘daar’) met D. 46.3.45 (‘hier’) en zegt:

‘Ik zeg dat het geldig is ter retentie, zoals daar, niet voor een actie, zoals hier, en zo begrijp ik deze wet, wanneer het beding gedurende het tijdsverloop was toegevoegd.’¹⁸⁹

Een inhoudelijke reden voor deze nuancering heb ik niet kunnen achterhalen. Zij lijkt, evenals de Accursische glosse op D. 46.3.45, louter te zijn ingegeven door Bartolus’ wens om de in het Corpus iuris civilis opgenomen teksten over het vervalbeding te harmoniseren.¹⁹⁰ De pandhouder kan derhalve de actio pignoratitia van de pandgever tot teruggave van het onderpand afweren met een opschortingsrecht en dan gebruik maken

¹⁸⁵ Bartolus op C. 8.(34(35).3: ‘Item, illud, quod dixi, quod pactum legis commissorie non valet ab initio, secus est postfacto.’

¹⁸⁶ Bartolus op D. 13.7.34 Titius: ‘Pactum, quod pignus sit solutum pro debito, factum, ex post facto, valet. h.d. Glossa legit istam legem in duabus personis, vel tribus, non curo, etc. Opp. extra glossa [C. 8.34(35).1] ubi istud pactum improbat, quia simile pacto legis commissoriae. Sol. Illud verum, quando pactum ponitur ab initio, ut si pecunia soluta non fuerit, pignus sit solutum pro debito: sed si fiat ex postfacto, valet. Ita loquitur hic et in [C. 8.34(35).2 et 3].’ Bartolus spreekt hier over inbetalinggeving, hoewel D. 13.7.34 het over een verkoop aan de pandhouder heeft.

¹⁸⁷ Behalve een geheel van collegeverslagen, kan het woord ‘lectura’ ook betekenen ‘uitleg’ (van een tekst). Beide betekenissen zijn hier mogelijk.

¹⁸⁸ Bartolus op D. 13.7.34 Titius: ‘secundum unam lecturam ratio differentie est, quia ab initio cum debitor eget pecunia, faceret creditori omne pactum, quod vellet, ut pecuniam habeat, ideo reprobatur. Continet enim in se quandam asperitatem et violentiam in [C. 8.34(35).3]. quae ratio cessat, quando istud pactum apponitur ex intervallo, etc.’

¹⁸⁹ Bartolus, In secundam ff. Noui Partem, Ventiis 1585, fo. 85, commentaar op D. 46.3.45: ‘valet dico ad retentionem, ut ibi (i.e. D. 13.7.34), non ad actionem, ut hic, et ita intelligo hanc legem, quando pactum ex intervallo fuit appositum.’

¹⁹⁰ Verg. § 4c over Accursius’ interpretatie van D. 46.3.45. Een reden zou wellicht gelegen kunnen zijn in de machtspositie van degene die de zaak onder zich heeft.

van een geldig vervalbeding, maar heeft zelf geen vordering tot afgifte jegens de pandgever voor het geval de zaak zich nog bij de laatste bevindt. Dit betekent dat volgens Bartolus' benadering een naderhand overeengekomen vervalbeding in wezen slechts van waarde is bij een vuistpand en derhalve niet bij een stil pandrecht. Deze nuancering wordt door veel juristen van het geleerde recht overgenomen.¹⁹¹

h. Baldus de Ubaldis (1327-1406)

Baldus heeft dezelfde opvattingen over het vervalbeding als zijn leermeester Bartolus. De afspraak dat de zaak zonder enige waardebepaling aan de schuldeiser voor de schuld zal verblijven, is een *ongeldig* vervalbeding. De reden hiervoor is: 'dat dikwijls de schuldeiser voor een gering uitgeleend bedrag een zaak met de hoogste waarde zou verkrijgen, hetgeen onrechtvaardig is'.¹⁹² Ook Baldus acht een koop door de pandhouder voor een *rechtvaardige prijs* geldig. Indien bedongen is dat de zaak wordt getaxeerd en voor een rechtvaardige prijs wordt verkocht aan de schuldeiser, is er geen sprake van een pactum legis commissoriae. Baldus acht, met verwijzing naar Bartolus, een *naderhand* gemaakt vervalbeding geldig, ook slechts als grondslag voor het opwerpen van een exceptie en niet als grond voor een actie.¹⁹³ Op één onderdeel lijkt Baldus iets nieuws toe te voegen aan de bestaande literatuur. Hij stelt zich de volgende vraag:

'Ik vraag: stel dat jij mij 10 hebt geleend, zonder dat een pandrecht is gevestigd, op die afspraak dat indien ik niet betaal binnen een maand dat huis van mij het jouwe is voor deze 10. Ik antwoord "ja", aangezien het geen pandbeding is zoals in D. 18.1.81, hetgeen een belangrijke tekst is.'¹⁹⁴

Indien de schuldeiser en de schuldenaar eenvoudigweg afspreken dat een bepaald huis van

¹⁹¹ Men treft de nuancering bijv. aan bij Baldus (zie onmiddellijk hierna), Negusantius (*Tractatus de pignoribus et hypothecis*, IV, 6) en Faber (*Codex Fabrianus*, VIII, XXII, Def. I), terwijl ook Du Moulin deze als onderdeel van de (door hem onjuist geachte) heersende mening beschouwt (Du Moulin, *Tractatus contractuum et usurarum redditumque pecunia constitutorum et monetarum*, Quaestio LII, nr., 356).

¹⁹² *Baldi Vbaldi Pervsini ivrisconsulti ... In vij. viij. ix & codicis libros commentaria*, commentaar op 8.34.1, Qui pactus: 'Quia pactum quod res aestimatur et quod iusto pretio vendatur creditori, non est pactum legis commissoriae. Sed pactum, quod pro debito sine aliqua aestimatione remaneat creditori, illud est pactum legis commissoriae, quod est reprobatur, quia saepe pro modica quantitate mutuata creditor habet res maximi valoris, quod est iniustum.' Zie ook Baldus, *Super feudis*, De feudo dato in vicem legis commissorie, fo. 30.

¹⁹³ Baldus, *Opus aureum utriusque juris luminis domini Baldi de Perusia super feudis*, Lugduni 1502, De feudo dato in vicem legis commissorie, fo. 30: 'Et dicitur quidam quod ex intervallo valet ad excipiendum non ad agendum ut refert bart. in d.l. calipodius.'

¹⁹⁴ Baldus, *Super feudis*, De feudo dato in vicem legis commissorie, fo. 30: 'Quaero: pone quod tu mutuasti mihi .x. nullo pignore constituto hoc pacto quod non si non solvero infra mensem talis domus mea sit tua pro illis .x. an valeat pactum. respondeo sic: quia non est pactum pignoris ut [D. 18.1.81] est tex. notabilis.'

de schuldenaar in geval van verzuim eigendom van de schuldeiser zal zijn, zonder dat er een hypotheekrecht wordt gevestigd op het huis, is er volgens Baldus sprake van een geldig beding, aangezien het geen hypotheekbeding is. In wezen acht Baldus hier een voorwaardelijke eigendomsoverdracht tot zekerheid geldig. Dit is merkwaardig, aangezien de onrechtvaardigheid die volgens hem inherent is aan een vervalbeding bij pand ook hier aanwezig is. Door latere juristen als Du Moulin en Covarruvias wordt dit standpunt van Baldus om deze reden dan ook verworpen.¹⁹⁵

i. Conclusie

De middeleeuwse juristen bespreken C. 8.34(35).3 en D. 20.1.16.19 in onderling verband, waaraan meestal D. 13.7.34 wordt toegevoegd voor een naderhand gemaakt vervalbeding. Dit leidt reeds bij de glossatoren tot een genuanceerde benadering van eigenlijke en oneigenlijke vervalbedingen (voorwaardelijke koop; inbetalinggeving), waarbij het recht van de pandgever op de overwaarde het leidende motief is.

Een eigenlijk vervalbeding, waaronder de verbonden zaak bij verzuim wordt verkregen, wordt door de middeleeuwse juristen van het geleerde recht steeds ongeldig geacht, tenzij de verkrijging plaatsvindt tegen de werkelijke waarde van het onderpand. Oneigenlijke vervalbedingen, zoals een verkoop of inbetalinggeving aan de pandhouder voor een bedrag gelijk aan de schuld zijn eveneens ongeldig. Indien bij een verkoop of inbetalinggeving aan de pandhouder de marktwaarde van het onderpand in aanmerking wordt genomen is er sprake van een geldig beding. Hierbij wordt veelal geleerd dat het onderpand gewaardeerd dient te worden door een rechter of door een door partijen aangewezen arbiter. Hoewel geen van de door mij bestudeerde juristen dat uitdrukkelijk aangeeft, lijkt het erop dat de waarde ten tijde van het verzuim maatgevend is.

Ten aanzien van een naderhand gemaakt vervalbeding is men na verloop van tijd minder strikt geworden. Men knoopte hierbij aan bij D. 13.7.34. Waar de glossatoren nalaten duidelijk te onderscheiden tussen ab initio en ex intervallo gemaakte vervalbedingen, wordt vanaf de school van Orleans een naderhand gemaakt eigenlijk vervalbeding geldig geacht. De auctor intellectualis van deze regel, die - in aangescherpte vorm - de tand des tijds tot op heden heeft weten te doorstaan, is Jacques de Revigny.¹⁹⁶ Revigny's opvatting is overgenomen door Pierre de Belleperche, die op zijn beurt uitdrukkelijk wordt aangehaald door Cinus, terwijl ook Bartolus (waarschijnlijk via Cinus)

¹⁹⁵ Du Moulin, *Tractatus contractuum et usurarum redditumque pecunia constitutorum et monetarum*, Quaestio 52, 362; Covarruvias, *Variarum Resolutionum* (zie § 5b), Liber III, Caput II, 7.

¹⁹⁶ In aangescherpte vorm: omdat de hedendaagse codificaties een vervalbeding slechts toestaan nadat verzuim is ingetreden, terwijl de middeleeuwse juristen en hun opvolgers in het geleerde recht in het algemeen een vervalbeding al toestaan nadat de schuldenaar het door hem gewenste geld heeft ontvangen. Hierna zullen we zien dat de opvatting van Du Moulin dichter bij het nu geldende recht staat.

deze opvatting zonder bronvermelding overneemt.¹⁹⁷ Dit heeft er waarschijnlijk toe geleid dat in de latere literatuur van het geleerde recht Orleans vrijwel geheel uit het zicht is verdwenen. Door de latere geleerde juristen wordt meestal slechts Bartolus genoemd als autoriteit voor de heersende mening.¹⁹⁸ Aan de door Revigny gestelde geldigheid van posterieure vervalbedingen wordt al snel door Bartolus enigszins afbreuk gedaan. Bartolus brengt immers de nuancering aan dat een naderhand overeengekomen vervalbeding slechts aanleiding geeft tot een retentierecht en niet tot een vordering (tot afgifte). De aanzet hiervoor kan men reeds bij Accursius vinden.

5. De zestiende eeuw: Du Moulin en Covarruvias

In deze paragraaf bespreek ik twee zestiende-eeuwse juristen van uiteenlopende achtergrond, die beiden regelmatig worden aangehaald door latere juristen en die mede om die reden zijn geselecteerd. Charles Du Moulin (Molinaeus), heeft een uitgebreide verhandeling geschreven over het vervalbeding, die in grote mate afwijkt van de heersende mening. Dit geldt ook, zij het in iets mindere mate, voor Diego Covarruvias. Beide auteurs hebben gemeen dat zij het vervalbeding bij pand benaderen vanuit het verbod op woeker.

Ook Antonius Faber (1557-1624) stelt vast dat het vervalbeding heden ten dage in het algemeen ongeldig is voor zover het leidt tot overtreding van het woekerverbod. Dit is volgens Faber de ‘asperitas’ die in C. 8.34(35).3 wordt genoemd. Hieruit volgt dat het beding geldig is indien men overeenkomt dat in geval van verzuim de verbonden zaak voor zijn rechtvaardige prijs zal worden gewaardeerd.¹⁹⁹ Negusantius noemt woeker als verklaring voor het verschil in behandeling van de lex commissoria bij koop en pand, maar besteedt verder geen aandacht meer aan dit leerstuk.²⁰⁰

a. Charles Du Moulin (1500-1566)

Een van de meest originele beschouwingen over het vervalbeding is van de hand van de Parijse advocaat Charles Du Moulin (Molinaeus). Du Moulin heeft een belangrijk traktaat over woeker geschreven, waarvan een uitvoerige verhandeling over het vervalbeding bij pand en hypotheek deel uitmaakt.²⁰¹ Du Moulin begint zijn verhandeling met een

¹⁹⁷ Dit was overigens niet ongebruikelijk in het middeleeuwse geleerde recht.

¹⁹⁸ O.a. Negusantius (*Tractatus de pignoribus et hypothecis*, IV, 6) en Covarruvias (*Variarum Resolutionum*, Liber III, Caput II, 8). Een uitzondering is Du Moulin, *Tractatus contractuum et usurarum redditumque pecunia constitutorum et monetarum* (zie volgende voetnoot), Quaestio 52, nr. 356, die Belleperche klaarblijkelijk beschouwt als de ‘uitvinder’ van het onderscheid tussen ab initio en naderhand gemaakte bedingen en hierbij opmerkt dat Cinus hem hierin volgt.

¹⁹⁹ Faber, *Codex Fabrianus*, XXII, Def. I.

²⁰⁰ Negusantius, *Tractatus de pignoribus et hypothecis*, IV, 1.

²⁰¹ C. Molinaeus (Charles Du Moulin), *Tractatus contractuum et usurarum redditumque pecunia constitutorum et monetarum*, Parijs 1555. De verhandeling over het vervalbeding bij pand en hypotheek is opgenomen onder Quaestio LII, nrs. 356-378. De uitgave die ik heb gebruikt is C. Molinaeus, *Omnia Quae Extant Opera*, Tomus Secundus, Parisiis 1681, p. 146-154. Vanaf hier zijn de verwijzingen naar dit werk steeds naar Quaestio 52 en het betreffende

samenvatting van de in zijn tijd heersende mening in een vijftal conclusies, conclusies die hij grotendeels verwerpt. Deze samenvatting geeft een goed beeld van de stand van zaken in het geleerde recht in de zestiende eeuw en wordt om die reden hier weergegeven.

De heersende mening in vijf conclusies

De eerste conclusie is dat er een onderscheid gemaakt dient te worden tussen een vervalbeding dat door een schuldeiser en schuldenaar is overeengekomen (ongeldig) en een vervalbeding dat gemaakt is door een schuldenaar en een borg (geldig).²⁰² Dit onderscheid wordt door Du Moulin met een uitvoerige motivering verworpen: ook een vervalbeding met een borg is ongeldig.²⁰³

De tweede conclusie van de heersende mening is dat bij een vervalbeding dat tussen schuldeiser en schuldenaar is overeengekomen een onderscheid dient te worden gemaakt tussen bedingen waarbij het onderpand voor een rechtvaardige prijs wordt gekocht en bedingen waarbij de koopprijs gelijk is aan het geleende bedrag. Zoals wij hierna zullen zien is Du Moulin het zelfs hier in belangrijke mate mee oneens: bij geldlening is vanwege het woekerverbod ook een verkoop van het onderpand voor een rechtvaardige prijs aan een kredietverschaffer ongeldig.

De derde conclusie is gebaseerd op de mening van Baldus dat een vervalbeding geldig is, indien het is tot stand gekomen ten aanzien van een zaak waarop *geen* pand- of hypotheekrecht is gevestigd.²⁰⁴ Ook deze conclusie wordt door Du Moulin verworpen. Het gaat hier weliswaar formeel niet om een pactum legis commissoriae, maar wel om een beding dat gelijkaardig (simile) is en vanwege dezelfde reden – uitbuiting van de schuldenaar en hebzucht van de schuldeiser – ongeldig is.²⁰⁵

De vierde conclusie van de heersende mening is dat een bij de vestiging van een pandrecht overeengekomen vervalbeding van rechtswege nietig is, waarbij de nietigheid slechts partieel is.²⁰⁶ Hierover zegt Du Moulin dat slechts deze conclusie altijd waar is. Voor zover men evenwel stelt dat een eed een nietig vervalbeding weliswaar niet bevestigt, maar uit vrees voor meened toch dient te worden nagekomen, zegt Du Moulin (o.m.) dat er geen sprake is van meened, ‘aangezien een eed niet een keten van onbillijkheid is’.²⁰⁷ Met andere woorden, een eed kan een intrinsiek ongeldig vervalbeding

nummer.

²⁰² Du Moulin, *Quaestio* 52, 356.

²⁰³ Du Moulin, *Quaestio* 52, 357-359.

²⁰⁴ Du Moulin, *Quaestio* 52, 356, met verwijzing naar Baldus, *Super feudis*, De feudo dato in vicem legis commissorie, fo. 30. Zie § 4h.

²⁰⁵ Du Moulin, *Quaestio* 52, 362.

²⁰⁶ Du Moulin, *Quaestio* 52, 356: ‘aut sit ab initio contractus et non valet ipso iure, non tamen vitiat, sed vitiat [C. 8.34(35).3].’

²⁰⁷ Du Moulin, *Quaestio* 52, 362: ‘Unde quarta conclusio, videlicet quod hoc pactum ab initio factum cum creditore vitietur, haec sola semper vera est. Tamen in quantum dicunt, quod licet iuramentum non firmit pactum, tamen metu periurii est servandum, dico quod ex quo tenetur creditor pure relaxare, non tenetur debitor servare, nec periurius est, quia iuramentum

niet redden.

De vijfde conclusie, tenslotte, is dat een naderhand gemaakt vervalbeding steeds geldig is. Het biedt weliswaar geen grondslag voor het instellen van een vordering, maar wel voor een verweermiddel en een retentierecht.²⁰⁸ Du Moulin acht deze conclusie eveneens onjuist: een naderhand gemaakt vervalbeding is in alle opzichten ongeldig.²⁰⁹

Du Moulin vermeldt dat Bartolus dit, volgens hem door Pierre de Belleperche geïntroduceerde en door Cinus overgenomen, onderscheid uiteenzet in zijn commentaar op D. 46.3.45. Dit is niet geheel correct: niet alleen heeft Belleperche zijn zienswijze ontleend aan Revigny, bovendien treft men de nuancering dat het geen actie maar slechts een exceptie oplevert niet aan bij Belleperche en Cinus. De oorsprong van deze nuance lijkt eerder in de Glossa ordinaria te liggen en wordt door Bartolus uitgewerkt. De een halve eeuw later levende Faber stelt dat onder *zijn* tijdgenoten zeer vaak de dwaling wordt aanvaard dat een vervalbeding geldig is indien het niet bij de vestiging wordt gemaakt maar naderhand. Dit is volgens Faber slechts juist in die zin dat er sprake is van een exceptie, echter niet van een actie. Faber brengt de nuancering dus wel aan, maar zijn tijdgenoten blijkbaar niet.²¹⁰

Ongeldige vervalbedingen

Du Moulin formuleert een systematische theorie voor de ongeldigheid van vervalbedingen, waaronder pas sprake is van een formeel pactum legis commissoriae indien aan drie vereisten is voldaan.²¹¹ Deze vereisten zijn: (i) een goederenrechtelijk pandbeding, (ii) gericht op voldoening van de schuld, (iii) waarbij verzuim als opschortende voorwaarde fungeert.

Het *eerste* vereiste bestaat volgens Du Moulin uit twee bestanddelen: het beding (a) is overeengekomen in het kader van een pandrecht en (b) luidt in ‘directe bewoordingen’.²¹² Een beding waarbij een niet-verpande zaak in geval van verzuim aan de schuldeiser wordt overgedragen is geen vervalbeding. Een beding luidt in ‘indirecte’ bewoordingen indien bij verzuim de zaak niet onmiddellijk wordt verkregen door de schuldeiser, maar slechts een verbintenis tot levering ontstaat. Men zou het eerste vereiste derhalve kunnen aanduiden als dat van een goederenrechtelijk pandbeding. Een beding dat niet aan het

non est iniquitatis vinculum, ut dixi ad Alex. *consil.27.consil.59.lib.I.*

²⁰⁸ Du Moulin, *Quaestio* 52, 356.

²⁰⁹ Hier wordt hierna uitvoeriger op ingegaan.

²¹⁰ Faber, *Codex Fabrianus*, VIII, XXII, Def. I. Hierna wordt nader ingegaan op Du Moulins opvattingen over het posterieure vervalbeding.

²¹¹ Du Moulin, *Quaestio* 52, 364: ‘Tria autem sunt de substantia formali pacti, *legis commissoriae* stricte et proprie sumptae. Primum, quod fiat super pignore vel hypotheca, et verbis directis, non obliquis, ut etiam communiter omnes tradunt. Secundum, quod de dando creditori in solutum, pro debito, pro quo res est hypothecata. Tertium, quod non pure, nec de praesenti, sed in casum, quo debitum non erit solutum in termino. Haec est proprie et stricte lex, id est pactio commissoria pignorum, videlicet ut pignora cadant in commissum, debito ad diem non soluto.’

²¹² Du Moulin, *Quaestio* 52, 364: ‘... primo requisito, quod duo capita continet’.

eerste vereiste voldoet, is niet werkelijk een vervalbeding. Niettemin, als wel aan de twee andere vereisten voldaan is, heeft het beding dezelfde nadelige gevolgen als een echt vervalbeding en dient het eveneens als ongeldig te worden beschouwd. De reden is dat het anders eenvoudig zou zijn het verbod van het vervalbeding te omzeilen.²¹³ Een verbintenisrechtelijk vervalbeding is derhalve eveneens ongeldig, evenals een beding waaronder een niet-verpande zaak onder de opschortende voorwaarde van verzuim wordt overgedragen.²¹⁴

Het *tweede* vereiste is dat het beding een inbetalinggeving betreft voor de schuld waarvoor de zaak is bezwaard. Een beding dat de verbonden zaak in geval van verzuim voor de werkelijke waarde verkocht zal worden aan de schuldeiser is geen betaling van de schuld en is derhalve geldig. Dit is echter anders als het om een schuld uit geldlening gaat: het beding is dan vanwege het woekerverbod ongeldig. Dit vereiste wordt hierna verder besproken, bij de verkrijging voor een rechtvaardige prijs.

Tenslotte, het *derde* vereiste is dat het beding is overeengekomen voor het geval de schuld niet op tijd wordt betaald. Indien het derde vereiste afwezig is, is er sprake van een geldig beding, ook al is aan de overige twee vereisten wel voldaan. Het gaat dan volgens Du Moulin niet om een voorwaardelijk beding, waarbij wanprestatie als voorwaarde fungeert: de zaak wordt *nu* verkocht of anderszins overgedragen. Het toe-eigeningsverbod is dan volgens Du Moulin niet van toepassing. Er is immers geen gelegenheid meer voor benadeling van de schuldenaar, wanneer hij onvoorwaardelijk ('absolute') over de zaak beschikt.²¹⁵ Een pandrecht staat er derhalve niet aan in de weg dat de schuldenaar het onderpand terstond in betaling geeft of verkoopt aan de schuldeiser.

Koop voor rechtvaardige prijs

Het meest opvallend aan Du Moulins opvattingen over het vervalbeding is zijn afwijzing van de voorwaardelijke koop van een verpande zaak voor een rechtvaardige prijs door een

²¹³ Du Moulin, *Quaestio* 52, 364: '...tamen si duo alia requisita adsint, est pactum simile ejusdem effectus ejusdem captionis et acerbatis: et sic eadem sanctione prohibitum censetur, nec promptum sit prohibitionem legis commissoriae fraudare.'

²¹⁴ Op grond van D. 18.1.81 concludeerde Baldus dat een vervalbeding geldig is, indien het is tot stand gekomen ten aanzien van een zaak waarop *geen* pand- of hypotheekrecht is gevestigd. Baldus, *Super feudis*, De feudo dato in vicem legis commissorie, fo. 30: 'Quaero: pone quod tu mutuasti mihi .x. nullo pignore constituto hoc pacto quod non si non solvero infra mensem talis domus mea sit tua pro illis .x. an valeat pactum. respondeo sic: quia non est pactum pignoris ut [D. 18.1.81] est tex. notabilis.' Vert.: 'Ik vraag: stel dat jij mij 10 hebt geleend, zonder dat een pandrecht is gevestigd, op die afspraak dat indien ik niet betaal binnen een maand dat huis van mij het jouwe is voor deze 10. Ik antwoord "ja", aangezien het geen pandbeding is zoals in D. 18.1.81, hetgeen een belangrijke tekst is.'

²¹⁵ Du Moulin, *Quaestio* 52, 364: 'Deficiente etiam tertio, etiamsi reliqua adsint, ut si non sit pactum de commissio suspensio in futurum, sed pignus de praesenti datur in solutum, non est pactum legis commissoriae, quia non sit pactum, quod res cadat in commissum, sed de praesenti venditur vel commutatur, et sic cessat prohibitio dictae l. 3. et habent locum leges, quae de pura et mera datione in solutum, seu de venditionibus loquuntur'.

pandhouder bij geldlening. Het is opmerkelijk dat waar Du Moulin in de moderne literatuur geldt als een jurist die het woekerverbod restrictief uitlegt,²¹⁶ hij het hier hanteert om een constructie ongeldig te verklaren, waarvan de in zijn tijd heersende mening zonder enige twijfel aanneemt dat deze rechtsgeldig was. Du Moulin is van mening dat wanneer ten tijde van het aangaan van de geldlening bedongen is dat indien het geld niet binnen een bepaalde termijn is betaald, de verbonden zaak van de schuldenaar door de schuldeiser verkregen wordt voor het geleende bedrag, er sprake is van woeker en het beding als zodanig van rechtswege ongeldig is.²¹⁷ De overwaarde zou hier ten goede komen aan de schuldeiser, die aldus meer zou ontvangen dan hij heeft uitgeleend. Maar daarenboven is hij van mening dat zelfs als bepaald is dat de verbonden zaak verkocht zal zijn voor precies de rechtvaardige prijs, er *bij mutuum* sprake is van een vanwege woeker ongeldig beding.²¹⁸ Een beding onder opschortende voorwaarde ('tot de toekomst uitgesteld beding') dat inhoudt dat indien niet op tijd betaald is ofwel de verpande zaak zelf ofwel een andere zaak wordt verkocht voor een rechtvaardige prijs, is op zichzelf geen vervalbeding volgens Du Moulin.²¹⁹ Het gaat hier om een toepassing van het eerder genoemde tweede vereiste. Indien dit ontbreekt is er geen sprake van een ongeldig vervalbeding: het onderpand vervalt dan immers niet aan de schuldeiser vanwege niet-voldoening der schuld. Evenmin is er sprake van een beding dat hieraan gelijk is, wanneer de zaak wordt verkocht voor een rechtvaardige prijs. Het gaat dan om een beding tot verkoop van de zaak tegen marktwaarde, waarvoor het verbod op het vervalbeding niet geldt.²²⁰ Niettemin is dit beding, vanwege het *woekerverbod*, ongeldig indien het in

²¹⁶ Zie J.T. Noonan, *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, Massachusetts 1957, p. 367-370, waar hij abusievelijk beschouwd wordt als de eerste *katholieke* schrijver die aandringt op de rechtmatigheid van gematigde rente. Du Moulin heeft zich omstreeks 1540 bij de Reformatie aangesloten. Zijn uit 1542 daterende tractaat over woeker laat hier duidelijk de sporen van zien. Zie J-L. Thireau, *Charles Du Moulin (1500-1566), Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève 1980, p. 34 ('l'influence protestante se révèle bien plus profonde encore dans le *Tractatus de usuris*').

²¹⁷ Du Moulin, *Quaestio* 52, 360: 'Unde si tempore mutui fiat pactum, quod nisi infra certum tempus sit solutum, talis domus debitoris sit acquisita creditori pro pecunia mutuatur(iri)a, dico quod ipso jure non valet illud pactum tanquam usurarium'.

²¹⁸ Du Moulin, *Quaestio* 52, 360: 'Sed plus teneo, quod etiamsi esset expressum, quod esset vendita justo demum pretio tunc aestimando, adhuc non valet tanquam usurarium'.

²¹⁹ Opmerkelijk is dat Du Moulin hier ook een niet-verpande zaak in de vraagstelling betreft. Ik vermoed dat dit verband houdt met zijn interpretatie van D. 13.7.34 (zie hierna), waarin volgens hem een andere zaak in plaats van het onderpand aan de schuldeiser te koop wordt aangeboden.

²²⁰ Du Moulin, *Quaestio* 52, 367: 'Pactum vero aequae suspensum in futurum, ut si non solvatur in termino, res, sive sit pignorat, sive alia sit vendita justo pretio tunc aestimando, quod primo deducetur super debito, ut [D. 20.1.16.9], non est pactum commissi: quia non sit pactum, quod res cadat in commissum pro debito: nec est pactum simile, nec talem iniquitatem, nec captionem importans, sed est simplex pactum de vendendo justo pretio tunc aestimando, quod est licitum, non solum ex intervallo, sed etiam ab initio'.

verband met een *geldlening* is aangegaan.²²¹ Du Moulin zegt hierover het volgende:

‘De tweede conclusie, echter, dat het beding dat de zaak voor de rechtvaardige prijs is gekocht zonder onderscheid geldig is, is in werkelijkheid niet zonder onderscheid. Ik zeg dat het beding niet is toegestaan bij verbruikleen, omdat de geldgever ten nadele van de schuldenaar geen winst mag behalen ten titel van geldlening, zelfs niet onder het voorwendsel van uitstel van betaling. Het recht om de zaak van een ander te kopen of te verkrijgen voor een rechtvaardige prijs, is een winst, ofwel een voordeel dat een aanzienlijk nadeel meebrengt voor de eigenaar. Het heeft een lagere waardebeoordeling van zijn zaak tot gevolg, zoals in D. 30.66, hetgeen bij geldlening formeel woeker oplevert.’²²²

De schuldenaar loopt derhalve volgens Du Moulin het risico zijn zaak kwijt te raken voor een te laag getaxeerd bedrag. Hierdoor verkrijgt de schuldeiser uit hoofde van de geldlening een voordeel ten koste van de schuldenaar, waardoor er sprake is van verboden woeker. In de tekst waarnaar Du Moulin verwijst, Gaius D. 30.66, heeft een erflater zijn erfgenaam opgedragen een zaak voor een billijke prijs (*‘aequo pretio’*) te kopen of te verkopen. Het feit dat de verkoper (erflater of pandgever) niet in volle vrijheid heeft beslist kan *op zich* al als een voordeel voor de wederpartij worden beschouwd. Bij geldlening levert dit woeker op en daarom is de koop voor een rechtvaardige prijs door een kredietverschaffer ongeldig. Ook als er in het geheel geen sprake is van fraude acht Du Moulin het beding vanwege woeker van rechtswege ongeldig. De reden voor ongeldigheid is niet de fraude, maar het voordeel dat de pandhouder in verband met de geldlening behaalt, doordat hij het onderpand in eigendom verkrijgt.²²³

Du Moulin keurt dan ook het door Bartolus gegeven advies voor een in de pandakte op te nemen clausule af.²²⁴ Du Moulin noemt nog het in de literatuur (Caepolla) genoemde geval waarin de geldgever eerder de arbiters ertoe heeft bewogen het onderpand te taxeren op het bedrag van de schuld, terwijl het in werkelijkheid veel meer waard is. Tot dergelijke gevallen wenst Du Moulin het verbod evenwel niet te beperken. Ook als er in het geheel geen sprake is van fraude acht Du Moulin het beding vanwege woeker van rechtswege

²²¹ Du Moulin, *Quaestio* 52, 365.

²²² Du Moulin, *Quaestio* 52, 360: ‘Secunda etiam conclusio, quod indistincte valeat pactum, ut res sit empta justo precio, non est vera indistincte: quia dico quod non procedit in mutuo, quia mutuans nullum lucrum stipulari potest propter officium mutui, etiam praetextu dilationis, praesertim damnosum debitori: sed jus emendi vel acquirendi rem alterius justo pretio, est lucrum seu commodum considerabile damnum afferens domino et aestimationem rei suae minuens textus in [D.30.66] et sic est usura formalis in mutuante *supra* 14-quest.3. per tot. et turpiter decipitur.’

²²³ Du Moulin, *Quaestio* 52, 361: ‘Caepol.cauté 309. incip. pactum pignoris. ubi tamen in fin. Subdit, quod si constaret foeneratorem prius egisse cum dictis arbitratoribus de aestimando fundum pro debito, licet multum plus valeret, quod tunc non teneret pactum. Sed ego dico quod etiamsi non constet, quinetiamsi nec ea fraus facta sit, non valere pactum ipso jure tanquam usurarium...’.

²²⁴ Zie § 4g.

ongeldig.²²⁵ De reden voor ongeldigheid is niet de fraude, maar het voordeel dat de pandhouder in verband met de geldlening behaalt, doordat hij het onderpand in eigendom verkrijgt.

Posterieure vervalbedingen

Wij hebben reeds gezien dat Du Moulin ook de heersende mening dat posterieure vervalbedingen geldig zijn verwerpt. Hiertoe voert hij op de eerste plaats een aantal fragmenten aan uit het Corpus iuris civilis, waaronder C. 8.34(35).3, waarin volgens hem geen onderscheid wordt gemaakt tussen bij de vestiging en naderhand overeengekomen vervalbedingen. Het is niet alleen in strijd met de letter, maar ook met de geest van de wet indien men een naderhand overeengekomen vervalbeding geldig acht. In tegenstelling tot de heersende mening, is volgens Du Moulin een naderhand overeengekomen vervalbeding ook bij een vuistpand ongeldig. Indien een schuldeiser de verpande zaak reeds in zijn macht heeft is er niet minder maar juist meer reden om ten behoeve van de schuldenaar tussenbeide te komen en om aan de hebzucht van de schuldeiser te weerstaan. Het naderhand overeengekomen vervalbeding geeft derhalve aan de pandhouder noch een actie noch een exceptie.²²⁶

Du Moulin ‘denkt’ echter dat een koopbeding zelfs bij verbruikleen geldig is, indien het na een ‘aanzienlijk interval’ – wanneer de lening moet worden afgelost - overeengekomen is en dit te goeder trouw is geschied en ook andere gebreken afwezig zijn.²²⁷ Bij een dergelijk geldig koopbeding is het volgens Du Moulin aan de schuldeiser om te bepalen of hij kiest voor het vorderen van betaling van de schuld, of voor het gebruik maken van het koopbeding.²²⁸ In wezen formuleert Du Moulin hier een benadering die heersend is geworden onder de latere codificaties: indien de lening opeisbaar is geworden staat het verbod niet meer in de weg aan een regeling van partijen.²²⁹

²²⁵ Du Moulin, *Quaestio* 52, 361: ‘Caepol.cauté 309. incip. pactum pignoris. ubi tamen in fin. Subdit, quod si constaret foeneratorem prius egisse cum dictis arbitratoribus de aestimando fundum pro debito, licet multum plus valeret, quod tunc non teneret pactum. Sed ego dico quod etiamsi non constet, quinetiamsi nec ea fraus facta sit, non valere pactum ipso jure tanquam usurarium...’.

²²⁶ Er is derhalve volgens Du Moulin niet minder maar juist meer risico; groter is dan ook de noodzaak om het vervalbeding af te wijzen dan wanneer de schuldenaar de verpande zaak onder zich heeft. Du Moulin, *Quaestio* 52, 363: ‘Ulterius probatur, quia etiamsi creditor jam possideat hypothecam, non minor, imo major est ratio subveniendi facilitati debitoris et obviandi rapacitati creditoris et consequenter, non est minus, sed majus periculum et major necessitas explodendi legem commissariam, quam si debitor semper possideret.’

²²⁷ Du Moulin, *Quaestio* 52, 367: ‘nisi in mutuo, in quo propter aliud, videlicet propter usuram vetitam, non est licitum ab initio, sed ex notabili intervallo, puta cum mutuum reddi deberet, non puto illicitum, modo bona fide fiat et cessante alio vitio’.

²²⁸ Du Moulin, *Quaestio* 52, 367: ‘Et nota quod ubi valet istud pactum, intelligitur favore creditoris: unde ejus est electio an exigat debitum, an vero hoc pacto utatur’.

²²⁹ Een koopconstructie is volgens Du Moulin eveneens geldig indien de koop niet ‘absoluut en voor eeuwig is’, maar een beding bevat dat voorziet in een ruime mogelijkheid voor de

D. 13.7.34 wordt door Du Moulin op basis van de drie eerder weergegeven vereisten voor een vervalbeding geanalyseerd. Ten onrechte beschouwen de Doctores volgens Du Moulin deze tekst als een tekst over het vervalbeding. Op de verkochte onroerende zaak rustte geen hypotheekrecht: een andere zaak was door de schuldeiser aanvaard als onderpand. Toen de schuldeiser zijn pandrecht op deze andere zaak zou gaan uitoefenen, omdat de schuld niet was voldaan, vreesde de schuldenaar dat hem dit meer schade zou berokkenen dan het verlies van de onroerende zaak. Daarom vroeg hij aan de schuldeiser of hij de fundus van hem wilde kopen, waarbij het verschuldigde bedrag van de koopprijs zou worden afgetrokken. Nadat de schuldeiser hiermee had ingestemd, stelde de schuldenaar in een brief een koopakte op en verzond deze aan de schuldeiser, waarna de koop perfect was. Later kreeg de schuldenaar spijt en wilde hij de koopovereenkomst herroepen, onder betaling van het verschuldigde bedrag en rente. Marcellus beslist dat dit niet kan. Het is duidelijk volgens Du Moulin dat hier geen sprake is van een vervalbeding. Alle drie vereisten ontbreken hier: er wordt niet verkocht uit hoofde van het pandrecht, de verkoop vindt niet plaats ter delging van de schuld waarvoor het pandrecht was gevestigd en de koop is niet een aan verzuim gerelateerde voorwaardelijke koop. Het gaat om een op zichzelf staande koop, die om derzelve wille is gesloten voor een prijs die beide contractanten behaagt.²³⁰

b. Diego Covarruvias y Leyva (1512-1577)

In de literatuur is gewezen op het belang van de Spaanse laatscholastici voor onderwerpen als het contractenrecht, onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking.²³¹ Ook voor ons onderwerp is deze ‘school van Salamanca’ van belang, in het bijzonder Diego Covarruvias de Leyva, de ‘Spaanse Bartolus’. Covarruvias’ uitvoerige beschouwingen over het vervalbeding worden door latere auteurs dikwijls aangehaald.²³² Deze beschouwingen maken deel uit van een hoofdstuk over woeker,²³³ een leerstuk waarvoor

schuldenaar om de zaak terug te kopen. Du Moulin, *Quaestio* 52, 368

²³⁰ Du Moulin, *Quaestio* 52, 366: ‘sed loquitur de venditione sponte per se principaliter et de presenti contracta pro certo congruo inter contrahentes placito pretio’.

²³¹ Zie H. Thieme, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, in *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte*, Gesammelte Schriften, II. Band, Köln-Wien 1986, p. 871-907; R. Feenstra, *L’influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé*, in: *Fata iuris romani*, Leiden 1974, p. 338-363; P. Grossi (red.), *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno*, Milano 1973 (waarin ook de bijdrage van Feenstra); J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford 1991, p. 69-111; I. Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto*, Torino 1997, p. 203-269; J. Hallebeek, *The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism*, Nijmegen 1996. Zie verder H. Coing (red.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, zweiter Band, Neuere Zeit (1500-1800), München 1977, p. 1016-1029 (Bergfeld).

²³² Bijvoorbeeld: J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Tomus Primus, Hagae-Comitum 1731, Liber XX, Titulus I, nr. 25. Mercuriale Merlini (1597-1657) verwijst in zijn uitvoerige monografie over pand vaak naar Covarruvias. Merlini, *De Pignoribus et Hypothecis Tractatus Absolutissimus*, Venetiis 1661.

²³³ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, Liber III, Caput II, 7. Dit werk is opgenomen in Covarruvias’ *Opera omnia*, waarvan vele edities zijn verschenen. De uitgave waarvan ik

de laatscholastici veel belangstelling hadden en waaraan zij belangrijke bijdragen hebben geleverd.²³⁴ Hetzelfde geldt voor het leerstuk van de rechtvaardige prijs en het is interessant dat in de bespreking van het vervalbeding de leerstukken elkaar treffen.²³⁵ Covarruvias kende het werk van Du Moulin, naar wie hij vaak verwijst, vaak instemmend, soms afwijzend.

Een andere laatscholasticus is de Zuid-Nederlandse jezuïet Leonardus Lessius (Lennaert Leys: 1554-1623). Hij besteedt maar weinig aandacht aan het vervalbeding. Wel interessant is dat hij het vervalbeding vergelijkt met een boetebeding. De boete moet redelijk zijn en in verhouding tot de schuld staan. Men kan de boete dan ook niet vorderen, voor zover zij een redelijke maat te buiten gaat. Vandaar dat ook een vervalbeding bij pand verboden is.²³⁶ Elders merkt hij op: 'bij pand is de opgelegde boete excessief: het is immers niet redelijk dat jij vanwege het niet betaald zijn van een kleine op termijn bepaalde schuld afstand doet van een of andere zeer kostbare zaak'.²³⁷

Ongeldige vervalbedingen

De ratio van het verbod van pacta legis commissoriae en gelijkaardige (similia) bedingen is volgens Covarruvias hierin gelegen dat de schuldeiser, indien hij de zaak in geval van verzuim verkrijgt of geacht wordt *onder* de rechtvaardige prijs te kopen, op die wijze winst (lucrum) uit hoofde van de geldlening maakt. Deze winst bestaat uit het verschil tussen de marktwaarde (iustum pretium) van het onderpand en hetgeen onder de geldlening verschuldigd is. In de woorden van Covarruvias:

‘Wanneer immers de schuldenaar voor een minder gerechte prijs het onderpand of een andere zaak heeft verkocht aan de schuldeiser, of in ieder geval voor hetzelfde bedrag als verschuldigd, in geval

gebruik heb gemaakt is: D. Covarruvias a Leyva, *Opera omnia*, Tomus primus, Lugduni 1606, p. 326-328.

²³⁴ De literatuur is overvloedig. Ik noem slechts: Noonan, *The Scholastic Analysis of Usury*, p. 199-362.

²³⁵ Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 94-111. Covarruvias' behandeling van de rechtvaardige prijs is grotendeels opgenomen in *Variae Resolutiones*, Lib. II, Cap. III, 4. Voor een recente en briljante historische synthese van renteverbod en rechtvaardige prijs, zie P. Prodi, *Settimo non rubare, Furto e mercato nella storia dell'Oriente*, Bologna 2009.

²³⁶ Leonard Lessius, *De Iustitia et Iure Ceterisque Virtutibus Cardinalibus*, Libri Quatuor: ad Secundam secundae D. Thomae, à Quest. 47. usque ad Quest. 171, Venetiis 1617, Liber 2, Caput 20, Dubitatio XVI, nr. 133. Zie voor een uitgave en vertaling van een deel van Lessius' werk, T. Van Houdt, Leonardus Lessius over lening, intrest en woeker, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 20. Editie, vertaling en commentaar, Verhandeling van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kusten van België, Klasse der Letteren, Jaargang 60, 1998, Nr. 162, Brussel 1998.

²³⁷ Lessius, *De Iustitia et Iure*, 2,22,XL,68: ‘... in pignoribus poena commissi est excessiva; (non enim par est ut ob non solutum tempore praefixo parvum debitum, amittas pignus aliquod pretiosissimum)’.

VERHAGEN

van verzuim met de betaling, verkrijgt de schuldeiser in werkelijkheid op basis van de geldlening meer dan het uitgeleende kapitaal, omdat hij zich niet houdt aan de rechtvaardige prijs, en daarom zal hij niet immuun kunnen zijn voor het delict van woeker.²³⁸

Dit is de kern van het betoog van Covarruvias. Hieruit leidt hij een aantal conclusies af, onder meer over het vervalbeding tussen schuldenaar en borg en over een voorwaardelijke overdracht ten titel van zekerheid. Schuldeiser en borg dienen op dezelfde wijze te worden behandeld. Wat een schuldeiser niet mag, mag een borg ook niet en wat een borg vrijstaat staat ook een schuldeiser vrij. Volgens Covarruvias geldt het verbod in ieder geval wanneer er sprake is van een aan de borg zelf verleend pandrecht dat is gevestigd tot meerdere zekerheid van nakoming van zijn regresvordering op de schuldenaar. Indien er geen pand of hypotheek verleend is aan de borg, is er weliswaar formeel geen sprake van een pactum legis commissoriae, toch is het beding hieraan gelijk (simile) en om dezelfde reden verboden.²³⁹ Daarentegen is een beding waarin wordt uitgegaan van de werkelijke waarde (iustum pretium) van de zaak geldig, ook indien de (al dan niet verpande) zaak wordt verkregen door een borg. De borg verkrijgt dan immers niet meer dan zijn deel en maakt derhalve geen winst ('lucrum').²⁴⁰

Covarruvias' humanistische tijdgenoot Hugo Donellus (1527-1591) heeft een andere opvatting over het beding van D. 18.1.81pr., waarbij de borg geacht wordt de aan de schuldeiser verpande zaak te hebben gekocht voor het bedrag van de door de borg aan de schuldeiser voldane schuld. Het verschil met een vervalbeding dat tussen schuldeiser en schuldenaar is overeengekomen is dat hier de schuldenaar niet gedwongen wordt toe te stemmen in het vervalbeding teneinde het geld te verkrijgen. Het beding is derhalve geldig.²⁴¹

Het maakt niet uit of het zekerheidsrecht op een individueel goed rust of een generaal zekerheidsrecht is, noch of het een onmiddellijke verkrijging ('pactum legis commissoriae directe') beoogt of slechts een belofte inhoudt om in geval van verzuim het onderpand te verkopen aan de pandhouder ('promissio rem ipsam in eum casum vendendi').²⁴² Een aan wanprestatie gekoppelde voorwaardelijke koop voor het bedrag van de schuld wordt

²³⁸ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7: 'Cum enim debitor minus iusto precio, nempe pro ipsa pecunia credita vendidit pignus, aut rem aliam creditori sub conditione dilatae solutionis, vere causa mutui creditor consequitur ultra sortem id, quod iusto precio deficit et ideo ab usurarum crimine immunis esse non poterit.'

²³⁹ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7: 'non sit formale pactum legis commissoriae: est tamen simile et eiusdem rationis et ob id aequè prohibitum.'

²⁴⁰ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7. Covarruvias verwijst hier naar Alexander de Imola en Du Moulin, *Quaestio* 52, 358.

²⁴¹ *Commentarii absolutissimi ad II, III, IV, VI et VIII Libros Codicis Justiniani*, commentaar op C. 8.35.3, nr. 6. In dezelfde zin Faber, *Codex Fabrianus*, XXII, Def. IV.

²⁴² Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7. Covarruvias verwijst instemmend naar Du Moulin, *Quaestio* 52, 359.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

getroffen door het verbod, ook wanneer de verkochte zaak niet reeds aan de schuldeiser is verpand. Covarruvias zegt:

‘De reden van de onbillijkheid en benadeling is immers dezelfde, of de zaak nu verpand is of niet, aangezien in beide gevallen de schuldeiser meer ontvangt dan de hoofdsom indien hij de zaak voor minder dan de rechtvaardige prijs heeft gekocht.’²⁴³

Ten aanzien van een vervalbeding dat door een eed is bevestigd wil Covarruvias niet zo ver gaan als Du Moulin (die het ook dan ongeldig acht). In een ander werk suggereert hij voorzichtig een compromis, die op een koop voor een rechtvaardige prijs is gebaseerd. Misschien heeft, zegt Covarruvias, een in een eed vervat vervalbeding bij pand het gevolg dat de in pand gegeven zaak na voldoening ten titel van koop bij de schuldeiser blijft, niet voor een prijs gelijk aan het geleende bedrag, maar voor een rechtvaardige schatting door ‘goede mannen’. De schuldeiser is dan verplicht, indien hij de zaak wil behouden, het verschil tussen het geleende bedrag en de aldus vastgestelde koopprijs aan de schuldenaar te vergoeden.²⁴⁴

Als er een ongeldig vervalbeding is gemaakt, is de schuldeiser verplicht, zowel voor het externe forum (rechter) als voor het interne forum (geweten), bij de betaling van de schuld het onderpand terug te geven, ook al is de waarde van het onderpand geheel gelijk aan de geleende som. Misschien is het echter juister, stelt Covarruvias, dat in een dergelijk geval een vervalbeding geldig is, nu de reden voor het verbod (woeker) is weggefallen. Het is zeker verre van twijfelachtig dat de schuldeiser voor het forum internum niet tot restitutie gehouden is jegens de niets eisende schuldenaar, wanneer hij ten titel van geldleen niet meer heeft ontvangen dan de hoofdsom. Wel dient dan de rechtvaardige prijs zorgvuldig onderzocht te worden opdat er geen bedrog (fraus) of kwade trouw (dolus) onder schuilt.²⁴⁵ Met deze opmerkelijke ‘substance-over-form-benadering’ besluit

²⁴³ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7: ‘eadem etenim est ratio iniquitatis et captionis, sive res sit pignori data, sive non, quum utroque casu creditor ultra sortem habeat rem minus iusto pretio emptam.’ Covarruvias verwijst instemmend naar Du Moulin, *Quaestio* 52, 362.

²⁴⁴ Covarruvias, *Relectio de pactis*, Cap. Quamvis pactum de pactis, Secundae Partis Initium, Paragraphus Tertius, nr. 3, Opera Omnia, Tomus primus, Lugduni 1606, p. 268: ‘Fortassis iuramentum appositum in pignoribus pacto legis commissoriae habebit eum effectum, ut res pignori data maneat post redemptionis tempus penes creditorem vendita, non equidem pretio(*) mutuatae pecuniae, sed iusto arbitrio boni viri definiendo, ita ut creditor possit rem ipsam retinere, adiiciens eam pecuniam, quae iuxta boni viri arbitrium deficiat, quoad iustam ipsius rei aestimationem, quod ipse collego ex his, quae Anton. Rubeus scribit in consil. 114. ad finem.’ (*) De uitgave uit 1606 luidt ‘petitio’, maar dit moet ‘pretio’ zijn, zoals in Covarruvias, *Opera Omnia*, Tomus I, Antwerpen 1610, p. 292, nr. 5.

²⁴⁵ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7: ‘Quarto et ultimo, quamvis in praxi fori exterioris et interioris, appposito pacto legis commissoriae pro quantitate mutuata, cogendus sit creditor soluto debito pignus debitori reddere, etiam si omnino constet, pignus ipsum iustissime non valere ultra quantitatem mutuata: fortassis verius est, quod in ea specie

Covarruvias zijn verhandeling over het vervalbeding bij pand en hypotheek.

Donellus merkt op dat ‘iemand’ heeft gezegd dat wanneer het vervalbeding de schuldenaar niet benadeelt, er geen reden is om het te verbieden. De anonymus waarnaar Donellus verwijst zou Covarruvias kunnen zijn. Donellus is het niet met deze opvatting eens. Hij zegt:

‘Het is echter in strijd met de goede zeden, omdat het de schuldeiser uitnodigt tot ongeoorloofd gedrag en tot bedrog van hen die daar niet mee instemmen, van welk gedrag vaststaat dat het geheel wordt afgewezen. Een dergelijk gedrag is een uitnodiging tot fraude, want als het mogelijk is voor een schuldeiser om dit beding straffeloos op te nemen, dan zouden schuldeisers dit altijd doen bij het uitlenen van geld en zaken naar zich doen overgaan voor zo weinig mogelijk. Schuldenaren, echter, die uit noodzaak gedwongen zijn om geld te accepteren aanvaarden dit beding en andere bedingen des te gemakkelijker omdat het toestaat dat zij voor zichzelf geld ontvangen.’²⁴⁶

Met andere woorden, ook al is in casu de ratio van het verbod op het vervalbeding niet geschonden, omdat de waarde van het onderpand gelijk is aan de schuld, toch zijn alle vervalbedingen ongeldig. De reden is dat anders schuldeisers altijd vervalbedingen zouden doen opnemen in de pandakte.

Verkrijging voor een rechtvaardige prijs

Covarruvias bespreekt de opvatting van Du Moulin over de koop door de pandhouder voor een rechtvaardige prijs. Du Moulin houdt de *communis opinio* hierover voor onjuist, aangezien dit beding woekerachtig is en derhalve bij geldlening ongeldig. De geldgever mag immers geen winst uit hoofde van de geldlening bedingen. Covarruvias zegt over deze opvatting van Du Moulin het volgende:

‘Toch overtuigt deze redenering niet en zij bewijst in het geheel niet dat de *communis opinio* onjuist is, al erken ik zelf dat dit beding woekerachtig is, indien tussen schuldeiser en schuldenaar is overeengekomen dat de schuldenaar verplicht is zijn eigen zaak te verkopen, terwijl hij deze in andere gevallen wellicht niet zou verkopen, ook al is een rechtvaardige prijs genoemd, waar die afspraak gemaakt is op grond van de lening en volgens de vriendenplicht van het lenen, boven op de betaling van de hoofdsom. Maar indien dit beding is gemaakt ten behoeve van een meer zekere en

validum sit legis commissoriae pactum cessante ratione prohibitionis. Et sane proculdubio in eo casu creditor nihil tenetur restituere debitori in foro interiori nihil petenti, cum nihil ultra sortem ratione mutui perceperit. qua in re oportet diligenter rem istam perpendere, iustumque precium examinare, ne fraus, aut dolus sub imagine iusti precij lateat.’

²⁴⁶ Donellus, *Commentarij absolutissimi ad II, III, IV, VI et VIII Libros Codicis Justiniani*, commentaar op C. 8.35.3, nr. 4: ‘Est autem contra bonos mores, quia invitat creditorem ad delinquendum et fraudandum eos qui non consentiunt, quod genus totum improbari constat [D. 23.4.5]. Invitamentum ad fraudandum huiusmodi est. nam si impune licebit creditori hoc pacisci, semper hanc legem in pecunia credenda adicient creditores et res ad se quam minimo transferrent. debitores autem necessitate pecuniae accipiendae constricti et hanc legem et alia quamvis facile suscipient, ut sibi pecunia potiri liceat.’

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

beschermende waarborg voor de betaling van het verschuldigde bedrag, als een rechtens volkomen rechtmatige inbetalinggeving, zie ik hier generlei woeker aan ten grondslag liggen. Maar het is eerder een behoedzame schadeloosstelling van de schuldeiser, hetgeen geheel rechtmatig is.²⁴⁷

Covarruvias erkent dat er wel degelijk gevallen kunnen zijn waarin er sprake is van een verkoopbeding dat vanwege woeker ongeldig is, maar indien het beding is tot stand gekomen in het kader van een normale kredietverlening op onderpand is het geldig.

Covarruvias onderschrijft de heersende mening dat bij een verkoop aan de pandhouder de koopprijs gelijk dient te zijn aan de werkelijke waarde (*iustum pretium*) van het onderpand. Bovendien dient de waardebepaling te geschieden door ‘goede mannen’. Hieraan voegt hij toe dat een betaling van de schuld die plaatsvindt nadat het verzuim reeds is ingetreden, het perfect worden van de koop verhindert.²⁴⁸ Covarruvias merkt nog op (met verwijzing naar Bartolus’ commentaar op D. 20.1.16.9) dat het niet nodig is dat uitdrukkelijk is overeengekomen dat de zaak voor de rechtvaardige prijs wordt gekocht door de pandhouder, omdat de zaak ook dan begrepen wordt voor de rechtvaardige prijs te zijn verkocht.²⁴⁹

Posterieure vervalbedingen

De opvatting van Bartolus en anderen dat een naderhand gemaakt vervalbeding geldig is, is volgens Covarruvias onjuist. Dezelfde reden die een bij de vestiging van het pandrecht gemaakt beding verbiedt, verbiedt ook een naderhand gemaakt vervalbeding.²⁵⁰ De reden hiervoor is wederom gelegen in het woekerverbod: ook een schuldeiser die in verband met de geldlening krachtens een na de vestiging van het pandrecht gemaakt beding meer dan de hoofdsom ontvangt van de schuldenaar pleegt woeker. Het beding waarbij in geval van verzuim meer wordt ontvangen dan de hoofdsom, is ook hier oorzaak en reden van de

²⁴⁷ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7: ‘Quae quidem ratio non convincit, nec omnino probat communem sententiam falsam esse, siquidem ipse fatear usurariam esse eam pactionem, qua actum sit inter creditorem et debitorem, ut debitor teneatur ei vendere propriam rem, quam alioqui forsan non foret venditurus, etiamsi iusti precij mentio fiat, ubi ea pactio fit ex causa mutui et ob officium mutuandi, ultra solutionem sortis: at si ea pactio fiat ad cautionem certiore et tutiore creditae pecuniae solutionem, veluti iure iustissimae dationis in solutum, non video hic aliquam subesse usuram. Sed potius cautum esse indemnitati creditoris, quod omnino licitum est.’ Covarruvias bespreekt hier Du Moulin, *Quaestio* 52, 360.

²⁴⁸ Covarruvias verwijst (o.a.) naar Du Moulin, *Quaestio* 52, 356. Merlini gaat uitgebreid op deze kwestie in: *De Pignoribus et Hypothecis Tractatus Absolutissimus*, Lib. IV, Tit. IV, Quest. CXXI, nrs. 54-71.

²⁴⁹ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7: ‘si fiat pactum simpliciter, quod res pignori data, empti sit creditori: quia intelligitur iusto precio, uti Bart. Existimat [D. 20.1.16.9].’

²⁵⁰ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7: ‘Haec etenim distinctio omnino falsa est: quia ratione eadem, qua nullum censetur pactum istud ab initio factum prohibetur et damnatur factum ex intervallo.’

geldlening. Daarom is ook dit wederrechtelijk.²⁵¹ Bovendien, zegt Covarruvias, wordt het beroep op D. 13.7.34 gehanteerd ter staving van een gemeenschappelijke vergissing. Deze tekst handelt niet over een vervalbeding, maar over een inbetalinggeving voor een rechtvaardige prijs.²⁵² Een dergelijke inbetalinggeving heeft geen enkel gebrek en kan rechtmatig geschieden. Covarruvias concludeert dan ook dat zonder een wettelijke grondslag dit verschil (tussen vervalbedingen ab initio en ex intervallo), dat fraude niet uitsluit maar vermeerdert, niet kan worden aanvaard. Hij merkt hierbij op dat Du Moulin deze stelling ‘mooi en elegant’ verdedigt.²⁵³ Covarruvias verwijst nog naar de opvatting van een aantal juristen, die kennelijk ook de zijne is, dat bedingen die ongeldig zijn bij enigerlei contract indien zij ab initio zijn gemaakt, wanneer zij ex intervallo gemaakt worden de verdenking van fraude op zich laden.²⁵⁴

c. *Conclusie*

Interessant aan het door Du Moulin en Covarruvias betoogde is dat zij, waar anderen grotendeels herhalen wat Bartolus heeft gezegd, met een schone lei beginnen. Weliswaar zijn hun verhandelingen over het vervalbeding bij pand en hypotheek doorregen met verwijzingen naar geleerde juristen als Belleperche, Cinus, Bartolus, Baldus en Negusantius en verwijzen zij regelmatig naar de ‘communem Doctorum sententiam’, echter niets wordt voetstoots aangenomen en op belangrijke punten wijken Du Moulin en Covarruvias af van de communis opinio. Wat dit alles nog interessanter maakt is dat Covarruvias regelmatig ingaat op de standpunten van Du Moulin, waarbij hij het de ene keer met hem eens is en de andere keer zijn standpunt verwerpt. Dat de auteurs in veel opzichten elkaars tegenpool waren - Du Moulin kerkverlater, Covarruvias (o.m.) bisschop van Segovia en invloedrijk deelnemer aan het concilie van Trente - lijkt geen rol te hebben gespeeld in Covarruvias’ commentaar.²⁵⁵ Op het dogmatische vlak is opmerkelijk dat zowel Du Moulin als Covarruvias het vervalbeding volledig in het kader van het woekerleerstuk plaatsen. De gevolgen die beiden hieruit afleiden zijn deels hetzelfde, deels verschillend. Zo beschouwen beiden – tegen de heersende leer in – een naderhand gemaakt beding als ongeldig. Ten aanzien van de verkoop aan de pandhouder voor de werkelijke waarde van het onderpand lopen hun meningen enigszins uiteen. Covarruvias acht – conform de heersende leer – een oneigenlijk vervalbeding, waaronder een zaak aan de

²⁵¹ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7: Hoc ipsum (woeker) probatur, siquidem negari non poterit usuram committi a creditore, qui ex intervallo receperit aliquid ultra sortem a debitore causa mutui, et iure dilatae solutionis, in hac vero specie pactum istud, ex quo ultra sortem accipitur, sit causa, et ratione mutui. igitur illicitum est.’

²⁵² Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7. Deze stelling van Covarruvias vindt geen steun in D. 13.7.34.

²⁵³ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7: ‘Ergo absque legis auctoritate, haec differentia, quae fraudem non excludit, sed auget, fieri non debuit. Sic sane hanc tertiam illationem pulchre et eleganter defendit Carol. Molin. in d. quest. 52.nu.363’.

²⁵⁴ Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7.

²⁵⁵ Bijvoorbeeld: ‘pulchre et eleganter defendit Carol. Molin.’.

pandhouder voor de marktwaarde (*iustum pretium*) wordt verkocht of in betaling gegeven, zonder voorbehoud geldig. Du Moulin, daarentegen, acht een aan verzuim gerelateerde voorwaardelijke koop van de verbonden zaak, ook al geschiedt deze tegen de marktwaarde, vanwege het woekerverbod bij *geldlening* ongeldig. Dit neemt niet weg dat volgens Du Moulin, indien de lening opeisbaar is geworden, de pandgever het onderpand rechtsgeldig aan de pandhouder kan verkopen of in betaling geven. Covarruvias gaat nog verder dan de heersende leer, door te suggereren dat zelfs een eigenlijk vervalbeding geldig is, als na de toe-eigening door de pandhouder komt vast te staan dat de waarde van het onderpand gelijk is aan het bedrag van de schuld. Een dergelijke consequente ‘substance over form’ benadering, waaronder de ratio van het verbod volledig zijn reikwijdte bepaalt, ben ik voor en na Covarruvias niet meer tegengekomen, ook niet in het hedendaagse recht.

6. Oudvaderlands recht

In deze paragraaf zal ik niet alleen de behandeling van de *lex commissoria* door zeventiende- en achttiende-eeuwse Noord-Nederlandse juristen bespreken, maar ook de executoriale verkoop door een pandhouder, met bijzondere aandacht voor de vraag of de pandhouder hierbij zelf de zaak kan kopen. In de praktijk van de noordelijke Nederlanden werd de voorkeur gegeven aan de eigendomsoverdracht tot zekerheid boven een pand- of hypotheekrecht. Om deze reden wordt in deze paragraaf ook aandacht besteed aan de rol die het toe-eigeningsverbod bij deze vorm van zekerheid heeft gespeeld. Tenslotte zal kort worden ingegaan op de wijze waarop belangrijke kredietverschaffers in de Nederlanden - de Lombarden - optraden als pandhouders.

a. *Het vervalbeding*

Ongeldige vervalbedingen

Onze oudvaderlandse juristen, waaronder Hugo de Groot (1583-1645), Ulrik Huber (1636-1694) en Johannes Voet (1647-1713), hielden onverkort vast aan het Romeinsrechtelijke verbod op het vervalbeding. Volgens De Groot is een vervalbeding ongeldig: ‘t gevolg van onderzettinge en is niet dat den schuldeisscher het onderzette mag voor hem behouden, ofte uit eighen macht verkopen’.²⁵⁶ Niet alleen een vervalbeding, maar zelfs een verkoopbeding was ongeldig.

Door Johannes Voet wordt uitvoerig op de *lex commissoria* bij pand ingegaan. Opvallend hierbij is dat zijn opvattingen, in het bijzonder over een later tot stand gekomen vervalbeding, overeenkomen met die van Covarruvias, naar wie hij dan ook verscheidene

²⁵⁶ Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid, Met de te Lund teruggevonden verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van den schrijver en met verwijzingen naar zijn andere geschriften*, uitgegeven en van aantekeningen en bijlagen voor door F. Dovring, H.F.W.D. Fischer, E.M. Meijers, Leiden 1952, II.48.41. In vergelijkbare zin U. Huber, *Praelectionum Juris Romani*, Pars III, Franequae 1701, Lib. XX, Tit. I, 17.

malen verwijst.²⁵⁷ Wel is de redengeving een andere: bij Covarruvias woeker, bij Voet de billijkheid die het voorkomen van misbruik eist. Geheel in lijn met de motivering die men sedert de glossatoren aantreft merkt Voet op dat anders waardevolle en belangrijke zaken voor een geringe schuld naar een ander zouden gaan. Een behoeftige schuldenaar zou dan, onder druk van een tekort aan contanten, instemmen met welke bezwarende voorwaarde dan ook. Hij belooft zichzelf betere tijden voor de dag die is opgenomen in het pactum commissorium en hoopt aldus door betaling de hardheid van de overeenkomst te ontlopen. Een dergelijke hoop, schrijft Voet, ‘glibberig en bedrieglijk’ als deze is, vindt niet zelden helemaal niets waarop zij zich uiteindelijk kan baseren.²⁵⁸

In tegenstelling tot veel andere juristen van het geleerde recht, maar in overeenstemming met Covarruvias, acht Voet ook een vervalbeding dat tussen een schuldenaar en zijn borg is overeengekomen ongeldig. Hierbij maakt het volgens Voet geen verschil of de borg de aan de schuldeiser verpande zaak verwerft of een aan de borg zelf ter securering van zijn regresvordering verpande zaak. De borg is immers ook een schuldeiser van de schuldenaar, zodat zich hier dezelfde gelegenheid voor onbillijkheid voordoet.²⁵⁹ De tegenstrijdigheid van deze opvatting met D. 18.1.18pr. verklaart hij door aan te nemen dat deze tekst wordt gecorrigeerd door het erop volgende C. 8.34(35).3 en de opvatting bevestigt van diegenen die menen dat het vervalbeding oudtijds wel geldig was. Een andere verklaring zou kunnen zijn, volgens Voet, dat de tekst geen pactum commissoriae betreft, maar een koop voor een rechtvaardige prijs door de borg.²⁶⁰ Evenmin is geldig het beding dat inhoudt dat de pandhouder de executieopbrengst mag behouden ten titel van betaling van de vordering, ook al is de opbrengst meer of minder dan deze.²⁶¹

²⁵⁷ J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Tomus Primus, Hagae-Comitum 1731, Liber XX, Titulus I, nr. 25.

²⁵⁸ Voet, *Commentarius ad Pandectas*, XX,1,25: ‘quippe quo cum id agatur, ut debito intra certum tempus non soluto apud creditorem pignus pro debito remaneat, maximi saepe momenti ac pretii res in aeris alieni exigui cederent ex solutionem; debitore egeno ac praesentis rei nummariae angustia presso facile patiente, dura quaeque et inhumana contra se scribi, dum ante insertum legi commissoriae diem molliora sibi tempora ac fortunam meliorem pollicetur, atque ita pacti asperitatem solutione se aversurum sperat; cui tamen spei, lubricae satis ac fallaci, eventus deinde haud raro non respondet. [volgt verwijzing naar o.a. Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 8].’

²⁵⁹ Voet, *Commentarius ad Pandectas*, XX, I, 25: ‘Non etiam refert, utrum inter debitorem et creditorem pactio huiusmodi intercedat, an inter debitorem et fidejussorem ejus, sive simul pignore et fidejussore dato caverit debitor, sive fidejussori ipsi in securitatem indemnitis pignus constituerit; cum constet, ipsum quoque fidejussorem esse ejus, pro quo fidejussit, creditorem, atque adeo eadem iniquitatis uti occasio, ita et ratio, pactionem talem reprobari suadeat.’

²⁶⁰ Voet, *Commentarius ad Pandectas*, XX, I, 25, met verwijzing naar (o.a.) Covarruvias, *Variarum Resolutionum*, III, II, 7.

²⁶¹ *Commentarius ad Pandectas*, XX,1, 26.

Posterieure vervalbedingen

Het maakt geen verschil volgens Voet of het vervalbeding bij de vestiging van het pand- of hypotheekrecht is afgesproken of pas na verloop van tijd. Indien de behoefte van de schuldenaar hetzelfde blijft kan de schuldeiser deze harde voorwaarde opdringen, bijvoorbeeld door een vervroegde opeising van de schuld. Geen minder sterke reden van onbillijkheid eist nietigheid van een vervalbeding dat na verloop van tijd is gemaakt. Voet merkt op dat vele anderen op het gezag van Antonius Faber een andere visie hebben.²⁶²

Van belang in dit verband is ook Noodts commentaar op D. 13.7.34. Noodt merkt op dat ook al is het geld betaald, soms de vordering van de pandgever tot afgifte van de zaak moet worden afgewezen. Noodt geeft als voorbeeld dat de schuldeiser het onderpand van de schuldenaar koopt. Want als de schuldenaar het onderpand voor het verschuldigde bedrag aan de schuldeiser heeft verkocht, geldt de verkoop als betaling. Hierdoor wordt het onttrokken aan het pandcontract, ook indien de schuldenaar later aanbiedt de schuld te voldoen. Vanwege de geldige wilsovereenstemming mag de verkoop van het onderpand niet worden herroepen. Hieraan voegt Noodt nog toe dat waar een schuldenaar toestaat dat het onderpand bij de schuldeiser ten titel van koop blijft, door de schuldenaar de eigendom aan de schuldeiser 'quasi brevi manu' wordt geleverd.²⁶³ Zelfs een koop voor een bedrag dat gelijk is aan de schuld geeft Noodt geen aanleiding tot een verwijzing naar het Constantinische verbod. De reden hiervoor zou kunnen zijn dat het hier om een (geoorloofd) naderhand overeengekomen vervalbeding gaat. Het meest lijkt zijn opvatting echter op die van Du Moulin: indien de lening opeisbaar is geworden kan het onderpand onvoorwaardelijk verkocht worden of in betaling worden gegeven.²⁶⁴

Verkrijging voor een rechtvaardige prijs

Voet noemt het in zijn commentaar op boek 20 van de Digesten (waarvan het Marcianus-fragment deel uitmaakt), als een van de 'eervolle en toegestane bedingen' die aan een pandrecht kunnen worden verbonden. Bedongen kan worden dat indien de schuld niet

²⁶² Voet, *Commentarius ad Pandectas*, XX, I, 25: 'Neque interest, utrum statim in ipsa pignoris hypothecae constitutione talis pactio interposita fuerit, an ex intervallo; eo quod aequae postea, durante eadem debitoris inopia, per intempestivam, aut saltem debitori misero gravem, difficilem, ac quacunque ratione protelandam ac declinandam debiti exactionem, creditor extorquere posset hanc duram legem; ut proinde non minor etiam tunc iniquitatis ratio pro pacti ex intervallo concepti nullitate pugnet, licet multi contra sentiant, ut autor est Ant. Faber *Cod. libr. 8. tit. 23. def. 1.*' Volgens Faber levert een dergelijk beding slechts een exceptie op en geen actie. Codex Fabrianus, XXII, Def. I.

²⁶³ Noodt, *Commentarius ad Digesta seu Pandectas*, XIII, VII, Opera Omnia II, p. 323: 'Interdum, & si soluta sit pecunia, eam inhiberi. & est exemplum: si creditor a debitore pignus emerit. nam si debitor creditori pignus vendidit pro debito: venditio cedit pro solutione. ita recessum est a contractu pignoris: ac si debitor postea offerat debitum; non ob id aget pigneratitia: quia consensu perfectam pignoris venditionem revocare, salvo iure, non debet [D. 13.7.34]. imo debitor, subi sivit pignus apud creditorem manere ex causa venditionis, ejus dominium creditori tradidit quasi brevi manu.'

²⁶⁴ Du Moulin, *Quaestio* 52, 365: zie § 5a.

wordt voldaan, de schuldeiser of de betalende borg het onderpand mag verkrijgen als gekocht voor een rechtvaardige prijs.²⁶⁵ Hierbij wordt door Voet niet meer de eis gesteld dat de waardebepaling van het onderpand door de rechter of een andere derde dient te geschieden.

Gerard Noodt (1647-1725) behandelt D. 20.1.16.9 in het kader van de vraag of het mogelijk is de koopprijs door een derde te laten bepalen. Over het algemeen acht hij een koopovereenkomst ongeldig, indien de bepaling van de koopprijs is overgelaten aan een onbepaalde persoon (bijv.: 'voor zoveel als een goede man redelijkerwijs zal schatten'). Bij pand acht hij een dergelijk beding evenwel geldig. Noodt verwijst hierbij naar de opvatting van Accursius, die volgens hem terecht heeft opgemerkt dat het om een bijzondere rechtsregel ten gunste van schuldenaren gaat, aangezien schuldeisers hierdoor eerder bereid zijn geld uit te lenen. Maar zelfs kan volgens Noodt het beding betreffende een later te schatten rechtvaardige prijs bij pand hierom standhouden, omdat het deel uitmaakt van een principale overeenkomst die op zichzelf geldig is. Het is niet absurd dat, deze overeenkomst geldig zijnde, het afhankelijke beding geldig is, terwijl indien het alleen zou zijn het niet geldig zou zijn.²⁶⁶ Noodt lijkt hier te zeggen dat, omdat het prijsbeding als nevenbeding (accessorium) deel uitmaakt van een geldige pandovereenkomst, het beding zelf ook geldig is, ook al zou het bij een koopovereenkomst (waar het een essentieel bestanddeel vormt van de overeenkomst) ongeldig zijn.²⁶⁷

Executoriale koop door de pandhouder

Volgens De Blécourt-Fischer was in het oudvaderlands recht het pandrecht oorspronkelijk een vervalpand, maar het werd uiteindelijk overal vervangen door een verkooppand. De schuldeiser executeerde niet meer door een gerechtelijke toewijzing van de eigendom van het onderpand, maar door een met rechterlijke machtiging te houden openbare verkoop.²⁶⁸ Bij Godding leest men dat in de Zuidelijke Nederlanden de verplichting tot executoriale verkoop met rechterlijke machtiging al in 12-eeuwse stadsrechten voorkwam.²⁶⁹ Dit door de rechtshistorische literatuur geschetste beeld wordt bevestigd door de door mij gelezen

²⁶⁵ Voet, *Commentarius ad Pandectas*, XX, 1, 21: 'Adjici hypothecae possunt pacta honesta et licita; veluti ... Ut debito non soluto, creditor aut fidejussor solvens pignus justo pretio emtum habeat.' Zie ook de eerder genoemde verklaring van C. 8.1.81pr..

²⁶⁶ Gerard Noodt, *Commentarius ad Digesta seu Pandectas*, XVIII, I, Opera Omnia II, p. 389-390: 'Verum animadversum jam olim est ab Accursio, in pignore jus speciale placuisse favore debitorum: quo facilius reperiant creditores mutuam pecuniam daturos. Quamquam etiam possit conventio de vendendo justo pretio postea aestimando, in pignore ideo subsistere: quia ea inhaeret principali conventioni per se validae: nec est absurdum, ea valente, valere accessoriam, quae si sola esset, non valeret.'

²⁶⁷ Verg. Bartolus' interpretatie van D. 20.1.16.9, besproken in § 4g.

²⁶⁸ A.S. de Blécourt, H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, 7^e druk, Groningen 1967, p. 247-248.

²⁶⁹ Ph. Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12^e au 18^e siècle*, deuxième tirage, Brussel 1987, p. 256.

juristen. In de meeste provincies (bijv. Gelderland, Holland, Utrecht) behoefde volgens Jacobus Voorda (1698-1768) de executoriale verkoop door een pandhouder rechterlijke machtiging en diende zij in het openbaar te geschieden. Een andersluidend contractueel beding was ongeldig.²⁷⁰ Hier was er geen bezwaar om de pandhouder als bieder toe te laten.²⁷¹ In Friesland daarentegen had de pandhouder volgens Voorda het recht van eigenmachtige onderhandse verkoop en was geen verkoop aan de pandhouder mogelijk. De pandhouder zou dan immers als verkoper optreden en hoe kan de pandhouder verkoper en koper tegelijk zijn?²⁷² Huber geeft een wat genuanceerder beeld van het Friese recht dan Voorda. Indien dit tussen pandgever en pandhouder is overeengekomen, is de pandhouder bevoegd de verpande zaak te verkopen, zoals bij banken van lening gebruikelijk is. Is hieromtrent niets overeengekomen, dan moet de pandhouder de pandgever aanmanen. Indien de pandgever vervolgens in gebreke blijft mag de pandhouder de zaak na twee jaar bij wijze van openbare executoriale verkoop verkopen, onder gehoudenheid het superfluum af te dragen. Bij banken van lening geldt een kortere termijn.²⁷³ Slechts bij een openbare executoriale verkoop,²⁷⁴ of bij een onderhandse verkoop die met toestemming van de pandgever geschiedt, mag de pandhouder de verpande zaak zelf kopen. Indien bij een openbare executoriale verkoop geen koper gevonden wordt, moet de pandhouder de pandgever wederom aanmanen en kan de pandhouder het Hof verzoeken te bepalen dat de pandhouder de eigendom van de verpande zaak verwerft. De pandgever heeft dan evenwel nog twee jaar de tijd om door lossing de eigendom van de zaak terug te verkrijgen.²⁷⁵

In het bijzonder bij een *onderhandse* verkoop bestaat de mogelijkheid dat de pandhouder in samenspanning met een derde het onderpand voor een te lage prijs verkoopt. Een interessante kwestie is dan of de pandgever een beroep kan doen op *laesio enormis* (C. 4.44.2). De oudvaderlandse juristen hebben zich vooral beziggehouden met de vraag of C. 4.44.2 van toepassing was op een openbare verkoop.²⁷⁶

²⁷⁰ J. Voorda, *Dictata ad Ius Hodiernum. Lectures on the Contemporary Law*, Vol. I-II, Transcribed, Edited and Translated into English by M. Hewett, Amsterdam 2005, p. 769. In dezelfde zin Voet, *Commentarius ad Pandectas*, XX,V,6: 'Qualiscunque autem lege municipali aut usu inveterato inductus fuerit pignoris vendendi modus, is servandus est, nec ab eo privatis creditorum ac debitorum conventionibus recedi potest, aut ordo mutari.'

²⁷¹ Voorda, *Dictata ad Ius Hodiernum*, p. 769, met verwijzing naar C.8.22(23).2 en naar Groenewegen en Voet; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, XX,5,3.

²⁷² Voorda, *Dictata ad Ius Hodiernum*, p. 770. In dezelfde zin Voet, *Commentarius ad Pandectas*, XX, 5, 3.

²⁷³ Ulrik Huber, *Hedendaegse Rechtsgeleertheit, So elders, als in Frieslandt gebruikelijk*, Eerste Deel, Leeuwarden, II. Boek XLVIII. Kapittel, 13, p. 383.

²⁷⁴ Huber benadrukt dat een koop door de pandhouder zelf ongeoorloofd is 'als hij het buiten de wech van executie verkoopt'. Huber, *Hedendaegse Rechtsgeleertheit*, II, XLVIII, 17, p. 383-384.

²⁷⁵ Huber, *Hedendaegse Rechtsgeleertheit*, II, XLVIII, 23, p. 385, met verwijzing naar C. 8.33.3 (*impetratio domini*).

²⁷⁶ Zie J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen, F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht, De civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17^e en 18^e eeuw*, Hilversum 1999, p. 131-141.

b. Eigendomsoverdracht tot zekerheid

In de praktijk van de noordelijke Nederlanden werd de voorkeur gegeven aan de eigendomsoverdracht tot zekerheid boven een pand- of hypotheekrecht. De reden voor deze voorkeur voor zekerheidseigendom kan niet zijn gelegen in verschillende vereisten voor vestiging en levering: zowel een verpanding als een eigendomsoverdracht tot zekerheid dienden bij notariële akte plaats te vinden en waar voor verpanding registratie in een openbaar register was vereist gold dit ook voor een eigendomsoverdracht tot zekerheid. Ook waren beide rechtsfiguren onderworpen aan dezelfde belasting.²⁷⁷ Volgens Pos was de reden voor de voorkeur voor de eigendomsoverdracht tot zekerheid dat deze een groter gevoel van zekerheid gaf. Hoewel de geldigheid van een stil pandrecht op roerende zaken in theorie werd erkend, bestonden er wellicht toch twijfels omdat de praktijk toch vooral een vuistpand op roerende zaken had gekend.²⁷⁸ Nève suggereert dat de reden hierin gelegen was dat het eigendomsrecht, anders dan het pandrecht, wel zaaksgevolg had en de schuldeiser de bevoegdheid gaf om de verbonden zaak onbeperkt bij derden te revindiceren, tenzij een lokale gewoonte anders bepaalde.²⁷⁹

Het controversiële karakter van de eigendomsoverdracht tot zekerheid was *niet* gelegen in een eventuele ontduiking van het verbod op het vervalbeding, maar – geheel parallel aan de vraag naar de toelaatbaarheid van een stil pandrecht – in het feit dat de verbonden zaken constituto possessorio werden geleverd. In alle door Pos en Nève genoemde gevallen ziet men dat bij een eigendomsoverdracht tot zekerheid de schuldeiser verplicht is de zaak executoriaal te verkopen en het superfluum af te dragen aan de schuldenaar. In een arrest uit 1734 waren partijen dit uitdrukkelijk overeengekomen.²⁸⁰ In de andere arresten vloeiende voort uit de gelijkstelling van de fiduciaire overdracht aan pand. In een arrest uit 1737 leverde een schuldenaar ten titel van zekerheid ('tradit, in securitatem crediti') een uittreksel uit het aandeelhoudersregister van een handelscompagnie. Enige tijd later leverde zij al haar meubelen en winkelvoorraad aan dezelfde schuldeiser, ten titel van koop ("cedit et vendit"). De Hoge Raad oordeelde dat hier een *pandrecht* geacht moest worden te zijn tot stand gekomen: partijen moeten dit hebben gewild, aangezien de levering "tot meerdere securiteit" heeft plaatsgevonden. Hieraan verbindt Van Bijkershoek de conclusie dat de overwaarde van de verbonden zaken aan de overige schuldeisers moet worden uitgekeerd.²⁸¹ In een arrest uit 1746 lieten partijen er geen misverstand over bestaan dat zij werkelijk een eigendomsoverdracht

²⁷⁷ Zie T. Pos, 'The Hoge Raad of Holland and Zeeland in the 18th century and chattel mortgages' (transfer of ownership as security for a debt), in: J.G.B. Pikkemaat (red.), *The Old Library of the Supreme Court of the Netherlands*, Hilversum 2009 (hierna: 'The Hoge Raad of Holland and Zeeland'), p. 83-102, p. 86.

²⁷⁸ A.G. Pos, *Hypotheek op roerend goed (bezitloos pandrecht)*, *Enkele rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwingen*, diss. Leiden, Deventer 1970, p. 167.

²⁷⁹ Nève, *Eigendomsvoorbehoud*, p. 27-28.

²⁸⁰ Arrest van 17 februari 1734, C. van Bijkershoek, *Observationes Tumultuariae*, ed. E.M. Meijers e.a., tom. III, Haarlem 1946, nr. 2823, p. 595.

²⁸¹ Arrest van 13 november 1737, *Observationes Tumultuariae* IV, nr. 3051, p. 112-113.

beoogden. Niettemin werd ook deze eigendomsoverdracht tot zekerheid als een pandrecht ('pignus') behandeld. Een eerdere instantie leidde hieruit af dat indien de zaken meer waard zouden blijken dan de schuld, de overwaarde aan de overige schuldeisers ten goede diende te komen.²⁸²

Men kan derhalve concluderen dat het verbod van Constantijn ook gold voor een eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid onder oudvaderlands recht.²⁸³ De schuldenaar mocht de tot zekerheid overgedragen goederen niet behouden, maar diende deze executoriaal te verkopen, onder gehoudenheid de overwaarde uit te keren aan de schuldenaar.

c. Lombarden

In de loop van de dertiende eeuw ontstonden door Lombarden geëxploiteerde banken van lening in de Nederlanden.²⁸⁴ Voor door Lombarden verstrekte leningen op onderpand gold eeuwenlang een minder streng regime. Op basis van een 'woekerbriefje' of 'lombardbriefje' verstrekten Lombarden – voornamelijk kortlopende – geldleningen, gedekt door een pandrecht. Als object van het pandrecht konden allerlei roerende zaken dienen, van spinnewielen tot de juwelen van een landvoogdes.²⁸⁵ De meeste van deze documenten zijn verdwenen, omdat ze na aflossing van de lening of uitoefening van het pandrecht werden vernietigd.²⁸⁶ Enkele lombardbriefjes zijn ons echter overgeleverd. In een van die briefjes wordt geld geleend 'volgens de gewoonte van onze bank'.²⁸⁷ De woorden 'ad usum banchi nostri' impliceerden in die tijd niet alleen een rentetarief van 43⅓ %, maar ook een regeling over de uitoefening van het pandrecht.²⁸⁸ Uit de aan de Lombarden verleende vergunningen vloeide voort dat zij niet-geloste onderpanden slechts een jaar en een dag hoefden te bewaren en er daarna naar goedgesdunken over konden beschikken. Bovendien

²⁸² Arrest van 23 september 1746, W. Pauw, *Observationes tumultuariæ novæ*, ed. H.F.W.D. Fischer e.a., tom. I, Haarlem 1964, nr. 187, p. 135-136. Zie ook het arrest van 17 oktober 1718, *Observationes Tumultuariæ* II, nr. 1485, p. 310-311, besproken door Pos, 'The Hoge Raad of Holland and Zeeland', p. 88-89.

²⁸³ In dezelfde zin Pos, 'The Hoge Raad of Holland and Zeeland', p. 89, 97.

²⁸⁴ R. de Roover, *Money, Banking and Credit in Mediaeval Bruges*, Cambridge, Massachusetts 1948, p. 99-167; H.A.J. Maassen, *Tussen commercieel en sociaal krediet, De ontwikkeling van de Bank van Lening in Nederland van Lombard tot Gemeentelijke Kredietbank 1260-1940*, diss., Hilversum 1993. Niet door mij geraadpleegd is R. Bordone (red.), *Lombardi in Europa nel medioevo*, Milano 2005.

²⁸⁵ De Roover, *Money, Banking and Credit in Mediaeval Bruges*, p. 129 (spinnewielen), p. 130 (juwelen). Isabella gebruikte haar juwelen als onderpand voor een lening ter financiering van haar campagne tegen de opstandige Noordelijke Nederlanden. De campagne verliep rampzalig, de lening werd nooit afgelost en de juwelen werden verkocht, tegen een lagere prijs dan verwacht. De Roover, *Money, Banking and Credit in Mediaeval Bruges*, p. 130.

²⁸⁶ De Roover, *Money, Banking and Credit in Mediaeval Bruges*, p. 131.

²⁸⁷ De volledige tekst van het briefje is te vinden bij De Roover, *Money, Banking and Credit in Mediaeval Bruges*, p. 132.

²⁸⁸ De Roover, *Money, Banking and Credit in Mediaeval Bruges*, p. 132.

was er geen verplichting om de overwaarde aan de pandgever te vergoeden. Dit lijkt te betekenen dat Lombarden zich na een jaar de onderpanden mochten toe-eigenen. Waar in de Inleidinge van De Groot een vervalbeding ongeldig wordt beschouwd, maakt het handschrift van Lund dan ook een uitzondering voor de 'Tafelhouders', de Lombarden.²⁸⁹

De verhaalsaansprakelijkheid van het vermogen van de schuldenaar was bij door Lombarden verstrekte leningen beperkt tot het onderpand. Dit is altijd zo gebleven. Volgens de artikelen 8 en 25 van de (nog in werking zijnde) Pandhuyswet, dient het superfluum aan de pandgever te worden uitgekeerd, indien deze een daartoe strekkend verzoek doet binnen een bepaalde termijn na de verkoop. Bij gebreke van een tijdig verzoek vervalt dat bedrag aan de bank. Het 'op een pand geleden verlies' wordt echter door de bank gedragen.

d. Oudvaderlands recht: samenvatting

De oudvaderlandse juristen houden onverkort vast aan het Constantinische verbod. In het bijzonder door Voet wordt dit bovendien strikt uitgelegd: ook een naderhand overeengekomen vervalbeding en een vervalbeding met een borg zijn ongeldig. Dit neemt niet weg dat diezelfde Voet, evenals Gerard Noodt, een voorwaardelijke koop voor een rechtvaardige prijs volkomen geldig acht. Uit de werken van de Noord-Nederlandse juristen van de zeventiende eeuw komt een tamelijk strikt executieregime voor de pandhouder naar voren. De pandhouder had (behalve in Friesland) geen recht van parate executie, de executoriale verkoop diende in het openbaar te geschieden en onderhandse verkoop was veelal niet toegestaan. Deze regels golden - in ieder geval in Holland - ook voor zekerheidseigendom. Slechts waar een openbare verkoop plaatsvond, was de pandhouder bevoegd mee te bieden. Voor Lombarden gold een lichter regime, waaronder volgens De Groot zelfs een vervalbeding was toegestaan.

De codificaties

In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van de wijzen waarop het Constantinische verbod in enkele Europese codificaties is geïncorporeerd: de Franse Code civil, het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 en het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch. Aan het einde van de paragraaf zullen vervolgens het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek worden behandeld, alsmede de recente (2006) wijziging van de Code civil met betrekking

²⁸⁹ Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid* (Dovring-Fischer-Meijers), p. 193: 'LUND: Uitgenomen de Tafelhouders'. Simon van Leeuwen, daarentegen, zegt dat niet opgehaalde onderpanden « als vervallen opentlijk verkocht » werden, waarbij het superfluum aan de 'gemenen Armen' werd geschonken. S. van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands-Regt*, Amsterdam 1708, Boek 4, Deel 8, nr. 4, p. 334. Volgens Spruit geschiedde dit sinds Karel V. J.E. Spruit, 'Das Darlehen', in: R. Feenstra, R. Zimmermann (red.), *Das römisch-holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, band 7, Berlin 1992, p. 275-303, p. 292.

tot het 'pacte commissoire' en de implementatie van de 'Collateral Directive'. Bij de bespreking van de Code civil en het BGB zal ook kort worden ingegaan op belangrijke wegbereiders voor deze codificaties.

e. Code civil

Art. 2078 Cc: Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle.

Pothier

Volgens Pothier (1699-1772) geeft het pandrecht de schuldeiser het recht om het onderpand in geval van verzuim te verkopen en zich op de opbrengst te verhalen. De schuldeiser heeft alleen het recht van eigenmachtige verkoop, indien hij dit heeft bedongen. Het voornemen tot executoriale verkoop dient aan de schuldenaar te worden medegedeeld en de executoriale verkoop dient onder toezicht van een deurwaarder in het openbaar te geschieden. Hiervan kunnen partijen in de pandakte afwijken, zodat een onderhandse verkoop mogelijk is.²⁹⁰ Een beding evenwel, dat inhoudt dat de schuldeiser bij verzuim eigenaar wordt van het onderpand is nietig. Pothier verwijst naar het verbod van Constantijn, dat wil voorkomen dat schuldeisers zich de goederen van hun 'misérables débiteurs' toe-eigenen, voor een prijs die beneden hun waarde ligt. Deze wet wordt, als zijnde zeer billijk, ook in Frankrijk gevolgd.²⁹¹ Maar als het beding inhoudt dat, indien de schuldenaar niet op tijd betaalt, de schuldeiser eigenaar wordt voor een prijs zoals die zal worden geschat door experts, die door partijen in onderling overleg zijn uitgezocht, is er geen sprake van strijd met de wet. Hierbij verwijst Pothier naar D. 20.1.16.9. Dat wil echter niet zeggen dat de pandhouder bij verzuim onmiddellijk eigenaar wordt. Hiervoor is nodig, volgens de gebruiken, dat de schuldeiser aan de rechter verzoekt dat hij eigenaar zal worden voor het getaxeerde bedrag en dat de schuldenaar hiermee instemt. Tot die tijd kan de schuldenaar door lossing de onbezwaarde eigendom van de zaak verwerven.²⁹²

Code civil

In de oorspronkelijke versie van artikel 2078, eerste alinea, van de Code civil werd in aansluiting op het recht van het Ancien Régime bepaald dat in geval van verzuim de pandhouder slechts bevoegd is ofwel te verzoeken dat de rechter beveelt dat het onderpand aan de pandhouder zal verblijven in betaling en ten belope van de schuld, volgens een schatting door deskundigen, ofwel dat het onderpand in het openbaar zal worden verkocht.

²⁹⁰ *Oeuvres de Pothier*, contenant les traités du droit français, nouvelle édition de M. Dupin, Tome huitième, Traité de l'hypothèque, Paris 1827, p. 591-592.

²⁹¹ Pothier, *Traité de l'hypothèque*, p. 592.

²⁹² Pothier, *Traité de l'hypothèque*, p. 592.

Artikel 2078, tweede alinea, voegt hieraan toe dat elk beding waarbij de schuldeiser zou worden gemachtigd zich het onderpand toe te eigenen, of erover te beschikken zonder inachtneming van het in de eerste alinea bepaalde, nietig is.²⁹³ Een bijzonderheid aan de Code civil is dat het wetboek de ‘mortgage’ (hypothèque) en de ‘vifgage’ (antichrèse) afzonderlijk regelt. Slechts bij de antichrèse was een verbod op een vervalbeding in de wet opgenomen (artikel 2088). Hieruit is door een deel van de literatuur afgeleid dat bij hypothèque een vervalbeding wel mogelijk is, een interpretatie die uiteindelijk de heersende mening is gaan vormen.²⁹⁴

Bij antichrèse worden de opbrengsten van de bezwaarde onroerende zaak in mindering gebracht op de schuld. In het BW van 1838 treft men dit zekerheidsrecht niet aan. Wel werd aangenomen dat het partijen vrijstond om bij een hypotheekrecht een dergelijke regeling zelf te treffen.²⁹⁵

Troplong

Van de negentiende-eeuwse commentaren op artikel 2078 Cc behandel ik slechts dat van Troplong (1795-1869). Ik heb voor hem gekozen omdat zijn commentaar vrijwel geheel in de traditie van het geleerde recht staat. Hoewel Troplong als een lid van de exegetische school kan worden aangemerkt, neemt dit niet weg dat hij veel waarde hechtte aan de inbedding van de Code civil in de historische ontwikkeling van het recht.²⁹⁶ Het gehele commentaar op artikel 2078 Cc is dan ook doorspekt met verwijzingen naar het Corpus iuris civilis en juristen van het geleerde recht als Bartolus, Baldus, Du Moulin, Faber, Donellus en Voet.

Geheel in deze traditie begint Troplong met de vaststelling dat het vervalbeding leidt tot een excessieve hardheid (*dureté excessive*), immoreel, vexatoire en in strijd met de goede zeden is en de schuldeiser de mogelijkheid geeft zich te verrijken als gevolg van de zwakheid van de schuldenaar.²⁹⁷ Ook al kan worden aangetoond dat de verpande zaak ten tijde van de verpanding geen grotere waarde heeft dan de schuld, dan nog dient het vervalbeding als ongeldig te worden beschouwd. De waarde van de zaak kan later immers stijgen en men dient de schuldenaar dit voordeel niet te onthouden. Het zou schuldeisers bovendien ertoe aanzetten steeds een vervalbeding in de pandakte op te nemen, wetende dat het slechts in uitzonderlijke gevallen (*fraude, lésion*) mogelijk zal zijn het beding aan

²⁹³ Deze parafrase van art. 2078 Cc is gebaseerd op art. 2078 van het Belgische Burgerlijk Wetboek.

²⁹⁴ Van de mogelijkheid van een pacte comissoire werd echter maar zelden gebruik gemaakt, omdat schuldeisers in het algemeen geen eigenaar willen worden van een onroerende zaak. Aynès/Crocq, *Les sûretés ; la publicité foncière*, nr. 687.

²⁹⁵ C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's Gravenhage en Amsterdam 1838, p. 433.

²⁹⁶ C. Gau-Cabée, in: P. Arabeyre e.a. (red.), *Dictionnaire historique des juristes français*, Parijs 2007, p. 756.

²⁹⁷ Troplong, *Le droit civil*, nr. 379, 381.

te tasten.²⁹⁸ Voor wat betreft het Romeinse recht sluit hij zich aan bij de opvatting van Donellus dat vanwege de onrechtvaardigheid van het vervalbeding er goede reden is om aan te nemen dat het al voor het verbod van Constantijn ongeldig was.²⁹⁹ Hij verzet zich tegen de opvatting van Bartolus dat een vervalbeding ex intervallo wel geldig is, omdat een schuldenaar die het geld al gekregen heeft geheel vrij is om hierin toe te stemmen. De dreiging die van een voorgenomen executoriale verkoop uitgaat maakt dat ook hier het vervalbeding onredelijk bezwarend is.³⁰⁰

Met aanhaling van C. 8.34(35).3 schrijft Troplong dat overtreding van het toe-eigeningsverbod partiële nietigheid oplevert. Slechts het vervalbeding is nietig, voor het overige heeft de pandhouder de bevoegdheden die hem volgens gemeen recht (*droit commun*) toekomen. Vervolgens zet hij uiteen wat dit voor de codificatie geldende recht hier inhield. Hiertoe begint hij met een uitvoerig citaat van Loyseau, waarin de laatste (onder meer) aangeeft dat, tenzij partijen anders zijn overeengekomen, de pandhouder aan de rechter verlof moet vragen voor een executoriale verkoop en dat de verkoop in het openbaar dient plaats te vinden door middel van een deurwaarder (*sergent vendeur*).

Pas aan het einde van Troplongs verhandeling begint de eigenlijke bespreking van artikel 2078. Volgens Troplong is artikel 2078 in overeenstemming met deze Franse praktijk, waarbij er evenwel enkele verschillen zijn. Wat voor ons het interessantst is, is dat volgens Troplong partijen kunnen bedingen dat rechterlijke tussenkomst niet nodig is om het verval aan de schuldeiser mogelijk te maken. Wat artikel 2078 beoogt te zeggen is niet dat rechterlijke tussenkomst absoluut onmisbaar is, maar dat de waardering door deskundigen op geen enkele wijze kan worden vervangen. In het laatste ligt de bescherming van de schuldenaar, niet in de rechterlijke tussenkomst.

Frans recht tot 2006

In dit opzicht is Troplong (tot de wetswijziging van 2006!) niet gevolgd: ook als er geen *raison d'être* was voor het verbod – omdat de waarde van de zaak was vastgesteld door experts – werd het toegepast.³⁰¹ In andere opzichten is het verbod op het vervalbeding beperkt uitgelegd. Het heeft niet in de weg gestaan aan een fiduciaire overdracht, het werd niet toegepast bij de *hypothèque*³⁰² en bij de verpanding van geld en het stond niet in de weg aan een vervalbeding dat na vestiging is overeengekomen. In 2006 heeft de Franse wetgever dan ook de conclusie getrokken dat een rigide verbod op een vervalbeding niet meer aansluit bij de eisen van de praktijk: zie hierna onder e.

²⁹⁸ Troplong, *Le droit civil*, nr. 380.

²⁹⁹ Troplong, *Le droit civil*, nr. 383-384.

³⁰⁰ Troplong, *Le droit civil*, nr. 386.

³⁰¹ Aynès, Crocq, *Les sûretés; la publicité foncière*, nr. 515.

³⁰² Van de mogelijkheid van een *pacte commissoire* werd echter maar zelden gebruik gemaakt, omdat schuldeisers in het algemeen geen eigenaar willen worden van een onroerende zaak. Aynès/Crocq, *Les sûretés; la publicité foncière*, nr. 687.

f. Burgerlijk Wetboek van 1838

Art. 1200: De schuldeischer mag, bij niet-voldoening des schuldenaars aan zijne verplichtingen, zich het pand niet toe-eigenen: alle hiermee strijdige bepalingen zijn nietig. Hij heeft het vermogen om in regten te vorderen dat het pand hem in betaling zal verblijven tot het beloop der schuld, volgens eene door deskundigen te doene begroting, of dat hetzelfde bij openbare veiling zal worden verkocht.

Artikel 1200 BW

Volgens artikel 1200 van het Burgerlijk Wetboek van 1838 mocht de schuldeiser zich de verpande zaak niet toe-eigenen wanneer de schuldenaar niet aan zijn verplichtingen voldeed.³⁰³ Wel kon de schuldeiser bij pand de rechter verzoeken dat het onderpand aan hem zou verblijven voor een door een deskundige te bepalen bedrag.³⁰⁴ Voor hypotheek bepaalde artikel 1223 dat bedingen waarbij de schuldeiser gemachtigd wordt zich het goed toe te eigenen nietig zijn.

Het Ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden (1807/1808) bevatte ook een wettelijk verbod van een vervalbeding bij pand en hypotheek. Artikel 2.7.1.18 bepaalde:

Het is niet geoorloofd te bedingen, dat bij wanbetaling van de Schuld, het verpande Goed, tot voldoening der Schuld zal vervallen aan den Schuldeischer.

Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland (1809) bevatte eveneens een dergelijk verbod. Artikel 1818 bepaalde:

Het is niet geoorloofd te bedingen, dat, bij wanbetaling van de schuld, het verpande goed, tot voldoening der schuld, zal vervallen aan den schuldeischer.

Het Ontwerp-Kemper bevatte geen uitdrukkelijk toe-eigeningsverbod, maar bepaalde in de artikelen 1510 en 1511 dat verhaal op het onderpand slechts door middel van een door de rechter ge-autoriseerde verkoop kon plaatsvinden.

Diephuis

In tegenstelling tot Troplong voor het Franse recht stelt Diephuis (1817-1892) dat men kwalijk kan beweren dat vervalbedingen in strijd zijn met de goede zeden of ook maar in

³⁰³ Aanvankelijk had de pandhouder slechts het recht van eigenmachtige verkoop indien dit door partijen uitdrukkelijk was bedongen. Later (1874) bepaalde art. 1201 BW dat de schuldeiser deze bevoegdheid van rechtswege had en dat partijen deze konden uitsluiten.

³⁰⁴ Deze mogelijkheid bestond niet bij hypotheek: naar geldend recht overigens nog steeds niet. Later is de mogelijkheid van rechterlijke toewijzing aan de pandhouder uit art. 1200 gelicht en in art. 1202 geregeld, terwijl ook de (veranderde) regeling over openbare verkoop in een afzonderlijke bepaling is geregeld.

enig opzicht de openbare orde raken.³⁰⁵ De reden waarom de wet het beding tot toe-eigening verbiedt is volgens Diephuis om de schuldenaar te beveiligen tegen de gevolgen van zijn handeling in een situatie waarin hij uit behoefte aan geld al te gemakkelijk instemt met het beding, ervan uitgaande dat hij later toch wel aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen. In zijn bespreking van artikel 1200 voegt hij hier aan toe dat de schuldenaar hierdoor verstoken zou zijn van een zaak die misschien wel een veel grotere waarde heeft dan het bedrag van de schuld.³⁰⁶ Diephuis verwijst naar de artikelen 2078 en 2088 van de Code civil als bepalingen van gelijke strekking. Hierbij merkt Diephuis op dat, omdat bij hypotheek ('mortgage') een dergelijk verbod niet in de wet was opgenomen, een deel van de Franse literatuur in het vervalbeding bij hypotheek een nergens door de wet verboden voorwaardelijke verkoop zag. Een dergelijke bedenkelijke voorstelling wordt volgens Diephuis door artikel 1223 voorgoed uitgesloten.³⁰⁷

Dit neemt niet weg dat volgens Diephuis artikel 1223 niet in de weg staat aan een beding volgens welk, indien de schuldenaar niet aan zijn verplichtingen voldoet, de schuldeiser eigenaar van de zaak zal zijn (of zal kunnen worden), tegen een prijs die dan daarvoor door deskundigen zal worden bepaald. Deze deskundigen zouden desnoods door de rechter kunnen worden benoemd. Diephuis kwalificeert dit als een 'voorwaardelijken koop en verkoop', waartegen noch artikel 1223 noch enig andere bepaling van de wet zich verzet.³⁰⁸ Ten aanzien van artikel 1200 merkt Diephuis nog op dat deze bepaling niet buiten haar inhoud mag worden uitgebreid. Noch deze bepaling noch andere bepalingen beletten dat de schuldenaar later, voor of nadat de schuld opeisbaar is geworden, de in pand gegeven zaak aan de schuldeiser kan verkopen. De schuldenaar zal hiertoe niet lichtvaardig overgaan en zou hierbij een handeling verrichten waarvan de precieze strekking hem niet kan ontgaan.³⁰⁹

Verdere ontwikkeling in literatuur en rechtspraak

De Hoge Raad heeft in 1927 beslist dat artikel 1201 BW (openbare verkoop) een regel van dwingend recht is, waarvan partijen niet kunnen afwijken.³¹⁰ Dit neemt niet weg volgens de Hoge Raad dat de regeling van de artikelen 1200-1202 BW niet verhindert dat partijen na het opeisbaar worden van de vorderingen een nadere overeenkomst sluiten waarbij als betalingsregeling de pandgever erin toestemt dat de verpande aandelen ter beschikking

³⁰⁵ G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, Zevende deel, Tweede druk, Groningen 1886, p. 473.

³⁰⁶ Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, VII, p. 565.

³⁰⁷ Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, VII, p. 473. Diephuis verwijst naar art. 1223a. De oorspronkelijke bepaling uit 1838 was art. 1223: 'Alle bedingen, bij welke de schuldeischer gemagtigd zoude worden om zich het gehypothekeerde goed toe te eigenen, zijn nietig.' Ten tijde van Diephuis (1886) is deze bepaling omgenummerd tot art. 1223a; later weer tot art. 1223 BW. Als art. 1223 heeft het ook ultimo 1991 de eindstreep gehaald.

³⁰⁸ Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, VII, p. 474.

³⁰⁹ Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, VII, p. 566.

³¹⁰ HR 1 april 1927, NJ 1927, 601.

ondershands aan de pandhouder worden overgelaten.³¹¹

In de latere handboeken krijgt het toe-eigeningsverbod van artikel 1200 BW geen uitvoerige aandacht meer. De door Diephuis besproken voorwaardelijke-koop-constructie komt niet meer aan de orde. Land en Suijling bijvoorbeeld, besteden nauwelijks aandacht aan het toe-eigeningsverbod, terwijl Asser-Scholten niet meer zegt dan dat het een 'volstrekt verbod' betreft, dat gepaard gaat met 'nietigheid van alle hiermee strijdende bepalingen'.³¹²

De meest interessante ontwikkeling die op dit gebied in de rechtspraak heeft plaatsgevonden, betreft de verhouding van het verbod van het vervalbeding en de eigendomsoverdracht tot zekerheid. Enerzijds vormde het toe-eigeningsverbod in 1929 voor de Hoge Raad geen obstakel voor de erkenning van de eigendom tot zekerheid (HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616 (Bierbrouwerij)), anderzijds begint in 1941 een reeks arresten waaruit blijkt dat de wettelijke bepalingen betreffende pandrecht en hypotheek zoveel mogelijk analogisch moeten worden toegepast op de eigendom tot zekerheid.³¹³ Dit betekende dat ook de schuldeiser die rechthebbende is van een fiduciair eigendomsrecht in beginsel executoriaal diende te verkopen, onder gehoudenheid de overwaarde uit te keren aan de schuldenaar. Een vervalbeding, waaronder de eigendom van de zaak definitief door de schuldeiser zou worden verkregen, moest derhalve ook hier ongeldig worden geacht.

Artikel 1202: verpanding van effecten

In zijn postuum uitgegeven *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon* vestigt Carel Asser (1780-1836) er de aandacht op dat het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, in tegenstelling tot het Franse recht, in artikel 1202 een bijzondere regeling kent voor de 'pandgeving van effecten of obligaties'.³¹⁴ De reden voor opname van deze bepaling in de nieuwe codificatie was volgens Asser dat de wetgever wilde bewerkstelligen: 'dat men, bij gebrek aan doelmatige verordeningen, niet verder zijne toevlugt zal behoeven te nemen, om die handelingen met den naam *prolongaties*, *koop met wederinkoop* enz. te bemantelen'.³¹⁵ Artikel 1202 bepaalde dat de pandhouder bij

³¹¹ HR 17 januari 1929, NJ 1929, 622 (Schild/Centraal Administratie en Trustkantoor).

³¹² P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht*, Tweede deel-Zakenrecht, 8^e druk, Zwolle 1945, p. 433, 515.

³¹³ HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 (Hazerswoudse Bank/Los); HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (Doyer & Kalff); HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos); HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 (Dutch Air/de Bary)); HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 (INB/Klützw q.q.).

³¹⁴ Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, p. 419. Zie voor een uitvoerige weergave van de parlementaire geschiedenis van art. 1202 BW, J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, IV. Deel, Utrecht 1838, p. 422-431.

³¹⁵ *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, p. 419. In dezelfde zin, Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken* IV, p. 425.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

wanprestatie bevoegd was courante effecten daags na de (vereiste) sommatie door twee makelaars ter beurze te laten verkopen. De Code civil eiste hier een openbare verkoop, waarvoor bovendien een rechterlijke machtiging noodzakelijk was. ‘De plotselinge en onvoorziene daling, welke effecten en obligaties soms ondergaan, regtvaardigen het spoedig werkend middel bij artikel 1202 aan de hand gegeven’, merkt Asser op.³¹⁶ Volgens een lid van de Staten-Generaal, Van Reenen, diende de bijzondere regeling voor effecten nog verder te gaan en de pandhouder de bevoegdheid te geven de effecten tegen de beursprijs over te nemen. Hij verwijst hierbij naar een negentiende-eeuwse beurscrisis, die hij zelf heeft meegemaakt:

‘In de ten opzichte dezer handelingen, en van de geldmarkt zoo merkwaardige maand van November, vele jaren geleden, heeft ieder die toen met die zaken iets te doen had, bij ondervinding geleerd, hoe nuttig en noodzakelijk zulke bevoegdheid is. Waren er toen niet eenige brave en weldadige geldschietters geweest, die door overneming en dergelijke gunstige schikking met de prolonganten, een einde hadden gemaakt aan de dagelijks in eene schrikbarende menigte, ter beurze ter verkoop aangeboden wordende effecten, dan waren de rampen niet te overzien geweest. ... Overigens is zoodanig een beding, om een pand voor de waarde over te nemen, noch met onze vroegere gebruiken, noch met het Romeinsch regt strijdig, ja het wordt zelfs in deze zelfde wet, in dit zelfde artikel a (nu 1200), in andere gevallen toegelaten.’

Op den Hooff bracht hiertegen in ‘dat het hoogst gevaarlijk zoude zijn, den schuldeischer het regt te laten *om de effecten over te nemen*.’ De verkoop ter beurze door twee makelaars was volgens Op den Hooff voldoende om recht te doen aan de bijzondere aard van beursgenoteerde effecten.³¹⁷ Het voorstel van van Reenen om een overname van de effecten tegen beurskoers door de pandhouder toe te staan heeft het niet gehaald. Uiteindelijk is een dergelijke regeling wel in het Burgerlijk Wetboek opgenomen (artikel 7:54 lid 3 BW), maar dat geschiedde pas veel later, ter implementatie van een Europese richtlijn.³¹⁸

g. *Bürgerliches Gesetzbuch*

§ 1229 BGB: Eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig.

Dernburg

Van de negentiende-eeuwse Duitse rechtswetenschappers behandel ik slechts Dernburg,

³¹⁶ *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, p. 420. In dezelfde zin, Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken IV*, p. 425.

³¹⁷ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken IV*, p. 428.

³¹⁸ Zie § 7f.

auteur van een (nog immer) belangrijk handboek over het pandrecht naar ‘hedendaags Romeins recht’. Dernburg merkt op dat niet slechts het zuivere vervalbeding nietig is, maar elke overeenkomst waarbij het toe-eigeningsverbod wordt omzeild. Maar dan is wel vereist dat een dergelijke overeenkomst de specifieke kenmerken heeft van een vervalbeding.³¹⁹ Hier komt Dernburg tot resultaten die afwijken van die van het geleerde recht. Na te hebben vastgesteld dat Constantijn wil verhinderen dat de schuldeiser de eigendom van een zaak verwerft die veel meer waard is dan het bedrag van de schuld, zegt hij dat om dezelfde reden een verkoop door de pandgever van de verpande zaak aan de pandhouder voor een prijs die onder de waarde van de zaak ligt door het verbod getroffen zou kunnen worden. Dernburg acht dit evenwel een onjuiste conclusie. Een vervalbeding (*lex commissoria*) is ongeldig, ongeacht of de waarde van de zaak correspondeert met het bedrag van de schuld. Een koopovereenkomstig is geldig, ongeacht of de overeenkomst gunstig voor de verkoper (pandgever) of koper (pandhouder) is.³²⁰ Dan komt Dernburg tot de kern van zijn betoog: slechts de *lex commissoria* in haar specifieke rechtsvorm is vanwege de aan haar inherente gevaren voor de schuldenaar verboden; op contracten met een andere juridische aard is het verbod niet van toepassing. Dernburg acht een koop van de verpande zaak die tussen pandgever en pandhouder is gesloten onder de opschortende voorwaarde van niet-nakoming van de vordering waarvoor het pandrecht tot waarborg strekt dan ook geldig. Hierbij doet niet ter zake of de koopprijs gebaseerd is op de werkelijke waarde van de zaak: slechts in geval van *laesio enormis* dient het objectieve recht in te grijpen. In tegenstelling tot bij de *lex commissoria* zijn beide partijen hier van begin af aan gebonden en is de koopprijs bepaald.³²¹ Dezelfde zienswijze brengt hem tot een eigenzinnige interpretatie van D. 20.1.16.9. De reden voor geldigheid van een voorwaardelijke koop voor een rechtvaardige prijs is niet gelegen in het feit dat de koopprijs de waarde van de zaak weerspiegelt en billijk is. Niet de verkoop van de verpande zaak is verboden, maar het vervalbeding.³²²

BGB

Het verbod van Constantijn is ook in het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) opgenomen: § 1229.³²³ Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis heeft men het verbod opgenomen, omdat het vervalbeding een middel is om te profiteren van een onvoorzichtige of zich in een noodsituatie bevindende schuldenaar.³²⁴ De tekst zelf van §

³¹⁹ Dernburg, *Das Pfandrecht* II, p. 280-281, 285.

³²⁰ Dernburg, *Das Pfandrecht* II, p. 285.

³²¹ Dernburg, *Das Pfandrecht* II, p. 282.

³²² Dernburg, *Das Pfandrecht* II, p. 285.

³²³ Voor hypotheek bevat § 1149 BGB een vergelijkbare regel.

³²⁴ B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* Bd. 3 Sachenrecht, Berlin 1899 (Neudruck Aalen 1979), p. 379 e.v., 458. Zie ook W. Wiegand, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 3. Buch: Sachenrecht, Berlin 2002, § 1229, RdNr. 1.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

1229 BGB geeft al aan dat het verbod slechts geldt indien het vervalbeding wordt gemaakt terwijl de pandhouder nog niet tot executoriale verkoop bevoegd is. Voorts blijkt uit de tekst dat het verbod zowel goederenrechtelijke als obligatoire vervalbedingen betreft, derhalve zowel een overdracht onder de opschortende voorwaarde van verzuim als een voorwaardelijke verplichting tot levering aan de pandhouder.³²⁵ Uit rechtspraak van het Reichsgericht wordt afgeleid dat deze voorwaarde een essentieel vereiste is voor de toepasselijkheid van § 1229. De verkrijging door de pandhouder dient derhalve te geschieden met het oog op het verzuim door de schuldenaar. § 1229 leidt ook tot ongeldigheid indien het onderpand niet zonder meer, maar voor een bepaalde prijs, voor een te taxeren bedrag of tegen een bepaalde beurskoers aan de pandhouder verblijft.³²⁶ Ook oneigenlijke vervalbedingen als die van D. 20.1.16.9 worden door het verbod getroffen.³²⁷ Zo paste het Reichsgericht § 1229 toe op een op koop gelijkende overeenkomst, die was gesloten onder de opschortende voorwaarde van wanprestatie onder een geldlening en daarmee geacht werd ten behoeve van verhaal door de schuldeiser te strekken. Het feit dat een redelijke prijs voor het onderpand was bepaald en dat de overwaarde naar de schuldenaar ging mocht niet baten.³²⁸

In andere opzichten is het toe-eigeningsverbod restrictief toegepast door de rechter. Het Bundesgerichtshof moest oordelen over een geval waarin een schuldenaar tot meerdere zekerheid van nakoming van een geldlening een hypotheekrecht had gevestigd op een onroerende zaak, terwijl hij een derde verzocht zich jegens de schuldeiser borg te stellen. De schuldenaar en de borg kwamen overeen dat indien de borg de schuldeiser zou voldoen, de borg de onroerende zaak in eigendom zou verwerven. Waar het Oberlandesgericht deze overeenkomst op grond van een analogische toepassing van § 1149 en 1229 BGB ongeldig achtte, oordeelde het Bundesgerichtshof dat deze bepalingen slechts vervalbedingen bij pand en hypotheek ongeldig verklaren. Hier sluit het BGH aan bij een eeuwenoude regel uit het geleerde recht.³²⁹

h. Het Burgerlijk Wetboek van 1992

Art. 3:235 BW: Elk beding waarbij de pand- of hypotheekhouder de bevoegdheid wordt gegeven zich het verbonden goed toe te eigenen, is nietig.

Artikelen 3:235, 250 en 251 BW

De regeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek bevat weinig nieuws. Het verbod op toe-

³²⁵ Staudinger/Wiegand, § 1229, RdNr. 5.

³²⁶ Staudinger/Wiegand, § 1229, RdNr. 6.

³²⁷ Schanbacher, *Die Gegenwart der Geschichte*, p. 658.

³²⁸ Reichsgericht, 29 januari 1918, RGZ 92, 101. Zie Schanbacher, *Die Gegenwart der Geschichte*, p. 657-658.

³²⁹ BGHZ 130, 101. Zie Schanbacher, *Die Gegenwart der Geschichte*, p. 639, die deze uitspraak van het BGH in zijn historische context plaatst.

eigening geldt nog in volle omvang. De wetgever achtte het blijkbaar zelfs nog wenselijk om in artikel 3:250 lid 3 BW uitdrukkelijk te bepalen dat de pandhouder bevoegd is mede te bieden tijdens een executoriale verkoop.³³⁰ In aansluiting op het oude recht staat artikel 3:251 lid 1 BW de pandgever of de pandhouder toe de voorzieningenrechter te verzoeken dat het verpande goed op een andere wijze dan bij openbare verkoop wordt verkocht. Als tweede mogelijkheid wordt in dit lid genoemd dat de voorzieningenrechter op verzoek van de pandhouder kan bepalen dat het verpande goed voor een door de rechter te bepalen bedrag aan de pandhouder *als koper* zal verblijven. In aansluiting op een lange traditie (bijv. D. 20.1.16.9) is hier sprake van een fictieve verkoop aan de pandhouder. De reden voor deze fictie is erin gelegen dat volgens de minister de rechtspositie van de pandhouder in niets mag verschillen van die van een koper bij executie.³³¹ Op grond van artikel 3:251 lid 2 kunnen de pandgever en de pandhouder, nadat verzuim is ingetreden, niet alleen overeenkomen dat een onderhandse verkoop aan een derde plaatsvindt, maar ook dat het verpande goed aan de pandhouder (als koper) zal verblijven. De Toelichting Meijers stelt dan ook dat nadat de schuldenaar in verzuim is het toe-eigeningsverbod niet meer geldt.³³² Voor hypotheek is er geen aan artikel 3:251 lid 2 BW analogische regeling opgenomen. Wel mag worden aangenomen dat de hypotheekhouder op grond van artikel 3:268 lid 2 BW de voorzieningenrechter kan verzoeken dat het verhypothekerde goed aan de hypotheekhouder zelf onderhands wordt verkocht.

Voorwaardelijke verkoop aan pandhouder

Aan het begin van deze bijdrage schetste ik een transactie, waarbij ten tijde van de vestiging van het pandrecht de verpande aandelen op termijn door de schuldenaar werden verkocht aan de schuldeiser. Een dergelijke constructie wordt niet getroffen door het toe-eigeningsverbod dat is opgenomen in artikel 3:235 BW. Het oogmerk van de schuldeiser is hier immers reeds ten tijde van de vestiging van het pandrecht en de totstandkoming van de koopovereenkomst gericht op verkrijging van de aandelen op termijn.³³³ Maar stel nu dat het gaat om een voorwaardelijke koop tegen marktwaarde, waarbij het intreden van verzuim bij de nakoming van de geldlening als enige voorwaarde fungeert. De geleerde juristen zouden hier geen probleem in zien. Naar Nederlands recht komen we nu echter in de gevarenzone. In het Sogelease-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde over de rechtsgeldigheid van een sale-en-lease-back-constructie, oordeelde de Hoge Raad dat het toe-eigeningsverbod van artikel 3:235 BW ziet op de situatie dat in geval van verzuim de schuldeiser, in plaats van het goed te gelde te maken en zich uit de opbrengst te voldoen,

³³⁰ We hebben gezien dat dit zelfs onder de strenge executieregimes van de Republiek niet omstreden was.

³³¹ Parlementaire geschiedenis Boek 3, p. 781-782.

³³² Parlementaire geschiedenis Boek 3, p. 776.

³³³ Vergelijk de eerder vermelde Duitse opvatting dat het toe-eigeningsverbod slechts betrekking heeft op een verkrijging door de pandhouder die met het oog op wanprestatie bij de aflossing van de geldlening zou dienen plaats te vinden.

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

het goed op zich kan doen overgaan. De benaderingswijze van de Hoge Raad lijkt op het eerste gezicht op die van Dernburg met betrekking tot een koop met beding van wederinkoop. Een essentieel bestanddeel van een vervalbeding is volgens Dernburg dat de schuldeiser de keuze heeft tussen het afdwingen van voldoening van de vordering door middel van verkoop van het onderpand of het behoud van het onderpand in eigendom.³³⁴ Een koop/terugkoop heeft volgens Dernburg dit specifieke kenmerk van een vervalbeding niet. Zegt de Hoge Raad nu niet min of meer hetzelfde in deze overweging? Als dat een juiste lezing van het arrest is, dan kan men zeggen dat bij een voorwaardelijke koop de schuldeiser deze keuze niet heeft en er derhalve geen sprake is van nietigheid op grond van artikel 3:235 BW. Deze bepaling spreekt bovendien over ‘de *bevoegdheid* ... zich het verbonden goed toe te eigenen’. Door wanprestatie in het kader van de geldlening treedt de voorwaarde in werking, waardoor (indien een op een voorwaardelijke overdracht gerichte levering reeds heeft plaatsgevonden) *automatisch* overdracht aan de pandhouder plaatsvindt.³³⁵ Men kan zich evenwel afvragen of in de benadering van de Hoge Raad dit keuze-element doorslaggevend is. Beoogt de Hoge Raad in de geciteerde overweging niet eenvoudigweg te zeggen dat een beding dat strekt tot een eigendomsverkrijging die slechts in geval van verzuim plaatsvindt door het toe-eigeningsverbod wordt getroffen? Hieraan kan worden toegevoegd dat een voorwaardelijke koop ook in strijd lijkt te zijn met de executieregeling van artikel 3:251 BW. Het systeem van de wet is dat een vervalbeding pas rechtsgeldig kan worden overeengekomen nadat er sprake is van verzuim. Wenst de pandgever hieraan dan niet mee te werken, dan zal de pandhouder de rechter dienen te verzoeken dat het verpande goed aan hem zal verblijven. De voorwaardelijke koop van de verbonden zaak aan de pandhouder voor de marktwaarde, loopt derhalve op zijn minst een niet gering risico te moeten worden aangemerkt als een ongeldig vervalbeding, indien de enige voorwaarde is de wanprestatie onder de verbintenis waarvoor het pandrecht is gevestigd. A fortiori loopt een aan verzuim gerelateerde voorwaardelijke verkoop van een met hypotheek bezwaard registergoed aan de hypotheekhouder eveneens het risico ongeldig te zijn.

i. De wijziging van de Code civil (2006)

Art. 2348 Cc: Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.

³³⁴ Dernburg, *Das Pfandrecht* II, p. 285.

³³⁵ Deze overdracht heeft op zijn beurt tot gevolg dat het pandrecht door vermenging teniet gaat.

In een publicatie over de hervorming van het Franse zekerhedenrecht wordt opgemerkt dat, waar in de negentiende eeuw de Code civil hét referentiepunt vormde, heden ten dage deze positie wordt ingenomen door de common law.³³⁶ Teneinde het Franse zekerhedenrecht te moderniseren, heeft de wetgever in 2006 de Code civil op een aantal onderdelen ingrijpend gewijzigd.³³⁷ Een van die wijzigingen betreft het vervalbeding (pacte comissoire). De nieuwe bepaling, artikel 2348 Cc,³³⁸ staat toe dat pandgever en pandhouder reeds bij vestiging overeenkomen dat bij een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis de pandhouder eigenaar van de verpande zaak zal worden. In het bij de wetswijziging behorende *Rapport au Président de la République* wordt verwezen naar de voordelen die aan een dergelijk beding verbonden zijn.³³⁹ Artikel 2348 Cc biedt de pandhouder de mogelijkheid zijn pandrecht op een snelle, minder bezwarende en ongecompliceerdere wijze te executeren. De overgang van de zaak vindt daarbij automatisch plaats, ook al is de dwingend voorgeschreven taxatie nog niet geschied. Hierbij geldt dat partijen de voorwaarden waaronder de verkrijging plaatsvindt nader kunnen preciseren, bijvoorbeeld door te bepalen dat het verzuim schriftelijk moet zijn geconstateerd, door deze te koppelen aan een bepaalde termijn of door de schuldeiser de bevoegdheid te geven van verkrijging af te zien en te kiezen voor executoriale verkoop. Wel geldt als regel van dwingend recht dat de waarde ten tijde van de verkrijging van de zaak door een expert dient te worden vastgesteld, die door partijen zelf of door een rechter dient te worden aangewezen. Indien het verpande goed een beursprijs heeft, is een expertise niet vereist. De overwaarde dient te worden afgedragen aan de schuldenaar of te worden geconsigneerd aan de overige pandhouders. Vervalbedingen die deel uitmaken van pandaktes die voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet zijn tot stand gekomen zijn vernietigbaar, waarbij de pandgever echter afstand kan doen van het beroep op nietigheid. Ook kunnen partijen alsnog een vervalbeding opnemen voor reeds gevestigde pandrechten.³⁴⁰

Een pacte comissoire is niet altijd geldig of afdwingbaar. Bij consumentenkrediet is een pacte comissoire ongeldig,³⁴¹ evenals bij een hypotheek op het woonhuis van de

³³⁶ R. Dammann, *La réforme des sûretés mobilières: une occasion manqué*, Recueil Dalloz 2006, p. 1298-1300.

³³⁷ 'Moderniser les sûretés afin de les rendre lisibles et efficaces tant pour les acteurs économiques que pour les citoyens tout en préservant l'équilibre des intérêts en présence, tels sont les objectifs de la présente ordonnance.' *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, Introduction.

³³⁸ Voor hypotheek geldt een vergelijkbare bepaling: art. 2459 Cc.

³³⁹ *Rapport au Président de la République relative à l'ordonnance no 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, 1.2.2.2.1.2.

³⁴⁰ Het bovenstaande is ontleend aan Aynès/Crocq, *Les sûretés ; la publicité foncière*, nrs. 515, 687.

³⁴¹ Art. L.311-32 van de Code de la consommation: En cas de défaillance de l'emprunteur, seuls les modes de réalisation du gage autorisés par les articles 2346 et 2347 du code civil sont ouverts aux créanciers gagistes, à l'exclusion du pacte comissoire prévu à l'article 2348 qui est réputé non écrit (mijn curs.).

HET VERVALBEDING BIJ PAND EN HYPOTHEEK

hypotheekgever.³⁴² De belangrijkste beperking is dat een op zichzelf geldig pacte commissaire tijdens het faillissement van de zekerheidsgever niet kan worden uitgeoefend.³⁴³ In het licht van de motieven die hebben geleid tot de wetswijziging is het een bijna bizarre beperking dat, juist wanneer er de grootste behoefte aan bestaat, geen beroep op een vervalbeding kan worden gedaan. Een Franse commentator (Ancel) merkt op dat hierdoor deze belangrijke vernieuwing bij voorbaat is geneutraliseerd.³⁴⁴

j. 'Financiële zekerheid'

Art. 7:54 lid 3 BW: De zekerheidsnemer kan zich effecten toe-eigenen indien dit in de financiëlezekerheidsovereenkomst tot de vestiging van een pandrecht is bedongen en de waardering van de effecten is gebaseerd op de waarde op een markt of ter beuze.

In 2006 is titel 7.2 BW ingevoerd als onderdeel van de implementatie van Richtlijn 2002/47/EG van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten.³⁴⁵ De Richtlijn beoogt door een communautaire regeling de integratie en efficiëntie van de financiële markt, alsook de stabiliteit van het financiële bestel in de Europese Gemeenschap te bevorderen en tegelijkertijd de vrijheid van dienstverrichting en het vrije kapitaalverkeer op de interne markt voor financiële diensten te ondersteunen.³⁴⁶ De regeling is bedoeld voor effecten die snel en eenvoudig op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn (artikel 7:51 sub e BW). In verband met de verhandelbaarheid is doorslaggevend of de effecten eenvoudig overdraagbaar zijn en of een regelmatige markt bestaat waarop de verkoop kan plaatsvinden, teneinde te garanderen dat bij uitwinning van de zekerheid een reële marktprijs wordt gerealiseerd.³⁴⁷ De belangrijkste vernieuwingen die de richtlijn in

³⁴² Art. 2459 Cc.

³⁴³ Art. L. 622-7 van de Code de commerce: ... Il fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissaire.

³⁴⁴ P. Ancel, 'La réforme du droit des sûretés en France', in: V. Sagaert (red.), *La réforme du droit privé en France, Un modèle pour le droit privé européen?*, Brussel 2009, p. 29-47, p. 35. Eveneens kritisch is, in dezelfde bundel, E. Dirix, 'La réforme du régime des sûretés en France, Réplique au professeur Pascal Ancel du point de vue du droit belge', p. 49-56, p. 55-56. Dirix wijst bovendien op een inconsistentie: bij een eigendomsoverdracht tot zekerheid (fiducie-sûreté) is een vervalbeding wel afdwingbaar tijdens een insolventieprocedure.

³⁴⁵ PbEG L 168 van 27 juni 2002, p. 48. In het bijzonder de volgende bijdragen zijn van belang voor de inbedding van de fzo in het Nederlandse goederenrecht: F.M.J. Verstijlen, 'Van feo naar fzo (via Brussel); Over het wetsvoorstel inzake de financiëlezekerheidsovereenkomst en het spanningsveld tussen Europees en nationaal goederenrecht', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 68-75; C.J.H. Jansen, 'De financiëlezekerheidsovereenkomst', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*; Bijzonder deel, (Serie Onderneming en Recht, deel 42-II), Deventer 2007, p. 353-367.

³⁴⁶ Considerans bij de Richtlijn, onder (3).

³⁴⁷ MvT, Kamerstukken II 30 138, nr. 3, p. 13 en MvA, Kamerstukken I 28 874, nr. C, p. 6.

het Nederlands recht introduceert betreffen de bevoegdheid van de pandhouder om over de verpande goederen te beschikken (artikel 7:53 BW) en de mogelijkheid om rechtsgeldig een vervaldbeding overeen te komen (artikel 7:54 lid 3).³⁴⁸ Naast de verkoop van de verpande effecten, kan de pandhouder zich de effecten toe-eigenen (lid 3). Toe-eigening is uitsluitend toegestaan indien dit door partijen is bedongen en daarbij overeenstemming is bereikt over de waardering van de effecten. Voor de waardering kan slechts worden aangesloten bij de marktwaarde of beurswaarde van de effecten, waarbij het relevante tijdstip waarschijnlijk de dag is waarop toe-eigening plaatsvindt.³⁴⁹ Indien de waarde van de toegeëigende effecten de hoogte van de door pand gewaarborgde vorderingen te boven gaat, dient de pandhouder dit overschot uit te keren aan de pandgever.

In de Nederlandse literatuur is niet iedereen even gelukkig met de richtlijn en titel 7.2 BW. Een eerste punt van kritiek betreft de aard van partijen die een fzo kunnen aangaan. In het oorspronkelijke wetsvoorstel 28 874 gold slechts de beperking dat beide partijen moesten handelen in de uitoefening van een bedrijf of beroep. Dit was onaanvaardbaar voor de Eerste Kamer: titel 7.2 BW is nu slechts van toepassing op een fzo waarbij tenminste één van partijen een overheidsinstantie of een financiële instelling is.³⁵⁰ Voorts zou de bevoegdheid tot toe-eigening van de pandhouder moeilijk verenigbaar zijn met de Europese rechtscultuur.³⁵¹ Dit moet betwijfeld worden. In het geleerde recht heeft men vrijwel steeds oog gehad voor situaties waarin de ratio van het verbod van Constantijn impliceert dat het niet behoort te gelden, omdat in casu de door partijen getroffen regeling uitgaat van de marktwaarde van de verbonden goederen en van een uitkering van de overwaarde aan de zekerheidsgever.³⁵² De richtlijn en titel 7.2 sluiten bij deze continentale traditie aan.³⁵³

³⁴⁸ De regeling is slechts van toepassing indien de te verpanden goederen bestaan uit geld of effecten. Geld is een op een rekening of deposito gecrediteerd tegoed in geld (art. 7:51 sub d BW) en wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

³⁴⁹ Noch de wet noch de parlementaire geschiedenis laten zich hierover uit. Indien de toe-eigening geschiedt op een dag waarop de betreffende beurs gesloten is, zou men de koers op de aan de toe-eigening voorafgaande of volgende beursdag als uitgangspunt kunnen nemen.

³⁵⁰ Zelfs deze beperking gaat sommigen nog niet ver genoeg, omdat nu het midden- en kleinbedrijf nog steeds zijn effectenportefeuilles door middel van een fzo als zekerheid kan aanbieden. Zie T.R.M.P. Keijser, 'Financiële zekerheidsovereenkomsten', *Ars Aequi* 55 (2006), p. 835-840.

³⁵¹ R. Westrik, 'Verwijdering van de Europese rechtscultuur. Het wetsvoorstel uitvoering Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten', *WPNR* 04/6592, p. 771-776.

³⁵² De mogelijkheid dat de eigenaar aan een ander de bevoegdheid verleent over zijn zaak te beschikken is evenmin wezensvreemd aan het Europese goederenrecht, denk aan de (reeds door de glossatoren aanvaarde) bevoegdheid tot herverpanding en de vervreemdingsbevoegdheid van een koper onder eigendomsvoorbehoud.

³⁵³ In dezelfde zin Jansen, 'De financiële zekerheidsovereenkomst', p. 360. Hoogstens zou men vraagtekens kunnen plaatsen bij de regeling van de fzo tot overdracht op dit punt, waarbij immers geen wettelijke verplichting tot uitkering van het superfluum bestaat. Hier staat tegenover dat ook art. 7:55 BW slechts tussen beroeps- of bedrijfsmatig handelende partijen geldt en partijen bovendien in de praktijk er vrijwel altijd zelf voor kiezen de overwaarde te

7. Slotbeschouwing

Het verbod van Constantijn, dat zijn oorsprong vindt in een economische crisis van ruim 1600 jaar geleden, heeft zich wijdverbreid en lang vrijwel onverkort kunnen handhaven. Dit toe-eigeningsverbod liet in het geleerde recht bepaalde verbintenisrechtelijke constructies onverlet, die in de Digesten worden besproken.

Cruciaal is hier de voorwaardelijke koop voor een rechtvaardige prijs van D. 20.1.16.9, een tekst die tot in de negentiende eeuw door Europese juristen wordt aangehaald. Een oneigenlijk vervalbeding was geldig, mits gebaseerd op de werkelijke waarde van het onderpand en een vergoeding van de overwaarde aan de pandgever. In het geleerde recht werd hiernaast D. 13.7.34 gehanteerd ter ondersteuning van de regel dat een vervalbeding dat naderhand gemaakt is, niet door het verbod van Constantijn wordt getroffen. De inhoudelijke motivering van deze regel is waarschijnlijk afkomstig van Revigny: indien de lening al verstrekt is, is de schuldenaar niet meer uit noodzaak gedwongen het vervalbeding te aanvaarden. Deze motivering wordt nog steeds aangevoerd ter onderbouwing van de regel die men in de meeste huidige Europese codificaties aantreft en die inhoudt dat zodra er sprake is van verzuim de schuldeiser en schuldenaar kunnen afspreken dat het onderpand wordt verkocht of in betaling gegeven.

Ook D. 20.1.16.9 heeft aanvankelijk de codificatiegolf overleefd. In de negentiende-eeuwse Franse, Nederlandse en Duitse literatuur (Troplong, Diephuis, Dernburg) stond het verbod van het vervalbeding niet in de weg aan een koop van de verbonden zaak voor de marktprijs. In dit opzicht sloot de negentiende-eeuwse rechtswetenschap nog volkomen aan bij het geleerde recht. In de twintigste eeuw lijkt men op dit punt de band met het geleerde recht verbroken te hebben. De aan verzuim gerelateerde voorwaardelijke verkoop aan de pandhouder is uit wetenschap en praktijk verdwenen.³⁵⁴ Het risico is zelfs groot dat een dergelijk koopbeding ongeldig is, ook al is de regeling van partijen gebaseerd op de marktwaarde van het verbonden goed en een uitkering van de overwaarde aan de pandgever. Een (eigenlijk of oneigenlijk) vervalbeding is ongeldig, ook als in het concrete geval de ratio van het verbod ongeschonden blijft. In het geleerde recht was men niet bereid een dergelijk rigide formalistische benadering te aanvaarden: het verst ging hier Covarruvias.

Aan het begin van de eenentwintigste eeuw hebben sommige (nationale en supranationale) wetgevers echter weer een stap gezet in de richting van het geleerde recht: de Collateral Directive en de artikelen 2348 en 2459 van de Code civil. De eerste regeling heeft slechts een beperkte reikwijdte (giraal geld en verhandelbare effecten). De in 2006 herziene bepalingen uit de Code civil zijn algemener geformuleerd: een vervalbeding is geldig, maar dient gebaseerd te zijn op de door een expert vastgestelde waarde van het

doen toekomen aan de zekerheidsgever.

³⁵⁴ Dit geldt niet voor de koop met beding van wederinkoop: HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616 (Bierbrouwerij). Daarbij gaat het echter niet om een voorwaardelijke verkoop aan een pandhouder, maar om een eigendomsoverdracht tot zekerheid die ab initio plaatsvindt.

VERHAGEN

onderpand. De Franse codificatie keert hiermee terug naar zijn wortels in het geleerde recht (D. 20.1.16.9) en zou hier opnieuw een lichtend baken kunnen zijn voor de Europese wetgevers.³⁵⁵

R. Verhagen

Nijmegen

³⁵⁵ Ik dank de volgende collegae voor hun bereidwillige hulp: F. Brandsma, E.C. Coppens, C.J.H. Jansen, P. van Peteghem, W.J. Zwolve en in het bijzonder C.H. Bezemer en P.L. Nève.