

UIT DE GESCHIEDENIS VAN HET HANDELSRECHT

II

Over vermogenden, minvermogenden en onvermogenden

*een bijdrage tot het beter begrip van de geschiedenis
der financiering van handel en bedrijf en de bezitloze zekerheden op roerende goederen**

Er bestaan over de geschiedenis van het moderne privaatrecht nogal wat theorieën die de status van vanzelfsprekendheden hebben aangenomen. Zulke beschouwingen plegen daarom ook meestal kritiekloos te worden overgenomen door de beoefenaren van het moderne recht die haar veelal dusdanig plegen te vergroven dat een karikatuur van de oorspronkelijke rechtshistorische theorie ontstaat. Zo wordt, bijvoorbeeld, het moderne, 'absolute', eigendomsbegrip veelal beschouwd als een vrucht van het gedachtengoed van de Franse revolutie en het opkomende kapitalisme; naar het oude recht zou dat recht een veel 'relatiever' karakter hebben gehad. Zo wordt ook, om nog een ander voorbeeld te noemen, de leer der contractsvrijheid, die de gebondenheid der betrokken partijen baseert op de theorie van aanbod en acceptatie en waarin het een rechter niet zou vrijstaan corrigerend in te grijpen, graag in verband gebracht met datzelfde 'opkomende' kapitalisme en de beschouwingswereld van het liberalisme. Onlangs werd ik geconfronteerd met nog een ander voorbeeld van zo'n theorie die de status van vanzelfsprekendheid voor zichzelf in aanspraak lijkt te nemen en waaraan ik mijzelf ook wel eens heb bezondigd. Enige tijd geleden namelijk had ik het voorrecht een nadere toelichting te mogen aanhoren op de zgn. 'Article 9 Security Interests' van de Amerikaanse Uniform Commercial Code die momenteel opnieuw wordt bewerkt. De spreker was een gezaghebbend Amerikaans jurist, één van de leden van de commissie die is belast met de herziening van 'Article 9', dat de zekerheidsrechten ten aanzien van roerende goederen regelt. Zoals het hoort, gaf hij aan het begin van zijn uiteenzetting een kort overzicht van de historische achtergronden van de codificatie van het systeem van zekerheidsrechten op roerende goederen in de Verenigde Staten van Noord-Amerika en zelfs van die op het westeuropese continent. Hij plaatste die in de negentiende eeuw, toen men - aldus de spreker - er van doordrongen zou zijn geraakt dat niet meer alleen het onroerende goed, het land, maar ook roerende goederen, zaken en vorderingsrechten, waardevolle vermogensbestanddelen waren die zich daarom goed leenden als onderpand voor een vordering. De samenleving van het

*. *Het onderstaande bevat een enigszins gewijzigde en uitgebreide versie van een voordracht die werd gehouden in het kader van de 'Studiedag negentiende en twintigste eeuw' te Tilburg op 2 juni 1995.*

'ancien régime', zo is dan de nagenoeg vanzelfsprekend geachte vooronderstelling die aan dit soort beschouwingen ten grondslag ligt, zou een 'feodaal-agrarisch' karakter hebben gedragen en haar recht zou geen ruimte hebben gehad voor typisch modern-kapitalistische instellingen als bezitloze zekerheidsrechten op roerende goederen, goederen waarover het zich, zo wordt daaraan dan ook nog vaak toegevoegd, in het pre-industriële tijdvak nauwelijks de moeite loonde om te procederen: *res mobilis, res vilis*. Eerst de industriële revolutie zou een omslag in het vermogensrecht hebben teweeg gebracht doordat ten gevolge daarvan roerende zaken en rechten een vermogenswaarde zouden hebben verworven die de aandacht van het recht verdiende en de opkomst van het moderne systeem van zekerheidsrechten ten aanzien daarvan met zich mee zou hebben gebracht. Zulke beschouwingen lijken de toets van enige nadere historische bezinning niet te kunnen doorstaan. Verwierf immers niet onze oude Republiek haar rijkdom door de handel in roerende zaken waarmede de ruimen van de schepen der VOC in het veraf gelegen Indië werden gevuld en mag men daaruit niet afleiden dat reeds in de zestiende en zeventiende eeuw het besef bestond dat roerende goederen niet alleen waardevol waren, maar dat zij daarom ook het regelmatig onderpand konden vormen voor geldleningen? Bestond er niet reeds vóór de negentiende eeuw een ruime ervaring met de financieringspraktijk op basis van de verzekering van vorderingen door middel van de vestiging van zekerheidsrechten op roerende goederen? Men lijkt het bijna te zijn vergeten, want de uitlatingen van de rechtsgeleerde spreker die ik zojuist aan het woord liet, staan niet op zichzelf: het gevoelen lijkt wijd verspreid dat de moderne financieringspraktijk op basis van zekerheidsrechten op roerende goederen eerst in de negentiende eeuw is begonnen. Nu is daarvoor inderdaad enige aanleiding, maar de achtergronden daarvan lijken mij veel gecompliceerder dan de gratuite schijngeleerdheden die ik zojuist naar voren bracht.

Men dient te bedenken dat alle codificaties die in de 19^e eeuw op het westeuropese continent zijn verschenen, worden gekenmerkt door wat een Duitse schrijver 'der Triumph des Faustpfandprinzips' heeft genoemd.¹ Men verstaat daaronder het gegeven dat het romeinsrechtelijke zekerheidsrecht van hypotheek werd beperkt tot onroerende goederen en dat voor roerende goederen slechts werd voorzien in één zakelijk zekerheidsrecht, te weten het recht van vuistpand dat bovendien in zijn vormvereisten werd aangescherpt doordat voor de geldigheid van dit recht werd vereist dat de tot zekerheid strekkende goederen uit de macht van de debiteur, de credietnemer, dienden te worden

1. Zie Hromadka, *Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert*, Keulen 1971.

gebracht *en te blijven*.² Dit laatste vereiste werd door het gemene recht niet gesteld, want het Romeinse recht liet toe dat de pandgever weer door de pandhouder in het feitelijk bezit werd gesteld van de door hem verpande goederen.³ De ‘moderne’ 19^e-eeuwse codificaties braken derhalve bewust met het oude recht dat financiering op basis van ‘bezitloze’ zekerheidsrechten – dat zijn vormen van onderpand waarbij de tot zekerheid van een vordering strekkende goederen in de macht van de debiteur blijven – wel degelijk toeliet. Om deze zogenaamde ‘bezitloze’ zekerheidsrechten nu is het mij in het bijzonder te doen, want de zojuist vastgestelde ogenschijnlijk tamelijk abrupte breuk met de financieringspraktijk uit de tijd vóór de codificaties heeft mij altijd verbaasd: zij lijkt op het eerste gezicht te getuigen van een zeldzaam gebrek aan inzicht in de behoeften van het bankwezen en het bedrijfsleven die het immers niet zonder vormen van bezitloze zekerheden op roerende goederen lijken te kunnen stellen. De ervaringen van de afgelopen eeuw lijken dit bovendien op overtuigende wijze te verduidelijken, want de ‘Triumph des Faustpfandprinzips’ is van korte duur geweest: in veel (niet alle) landen op het continent zijn in de loop van de tweede helft der 19^e eeuw vormen van bezitloze zekerheidsrechten op roerende goederen heringevoerd.⁴ Voor wie nu kennis neemt van de motieven die aan deze tamelijk plotselinge introductie van het vuistpandbeginsel in de 19^e eeuw ten grondslag lagen, ontvouwt zich een beeld dat inderdaad goed past bij het veronderstelde paternalistisch-feodale karakter dat aan de pre-industriële samenleving wordt toegeschreven. Het zekerheidsobject bij uitstek was onroerend goed, land en datgene wat er op is gebouwd. Wie daarover niet beschikte, behoorde tot een maatschappelijke klasse die men weliswaar niet als ‘onvermogen’, maar toch wel als ‘minvermogen’ beschouwde en wier credietwaardigheid in eerste instantie berustte op het feit dat een ander zich borg voor hen wilde stellen. *Borgtocht* was, met andere woorden, het aangewezen zekerheidsrecht dat een vordering op iemand die niet over onroerend goed beschikte afdoende kon versterken. Wie geen onroerend goed had en geen borg kon vinden, had geen andere mogelijkheid om crediet te krijgen dan op onderpand van zijn

2. Zie, bijvoorbeeld, ALR I,20, § 104 (1794); art. art. 2076 Cc (1804); art. 1198 O(ud) BW (1838) en zelfs nog § 1253 (1) BGB (1900).

3. Zie D. 13,7,37 (Paulus).

4. De ontwikkeling begon in Duitsland met de beroemde uitspraak van het voormalige ‘Reichsgericht’ *d.d.* 2 juni 1890 (NB: 10 jaren vóór de invoering van het BGB), RGZ (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*) 4, 111 en werd overgenomen in Nederland in de niet minder beroemde uitspraak van de Hoge Raad *d.d.* 25 januari 1929, NJ 1929, 616 (het ‘Bierbrouwerij-arrest’). Aan beide uitspraken ligt een langjarige praktijk ten grondslag die eerst in 1890 en 1929 haar officiële bevestiging vond in de erkenning door de rechtspraak. Zie voor de 19^e-eeuwse ontwikkeling in Nederland J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen, *Tussen Droom en Daad*, Zwolle 1995, p. 75 e.v. Er is nauwelijks onderzoek gedaan naar de mate waarin deze praktijk in Duitsland (of elders) was verspreid vóórdat daarvan bleek in de sinds 1879 verschijnende uitspraken van het voormalige Duitse ‘Reichsgericht’; zie de verzuchting van Coing, *Europäisches Privatrecht* II, München 1989, p. 427.

roerende bezittingen die, zo wilde het het 'Faustpfandprinzip' dat in de 19^e-eeuwse codificaties werd vastgelegd, aan de credietgever of een derde tot zekerheid van de schuld in bewaring moesten worden gegeven. Wie van die schamele roerende bezittingen geen afstand kon doen, werd in het geheel niet als credietwaardig en dus eigenlijk als 'onvermogen' beschouwd. Uit dergelijke motieven, die men tot diep in de 19^e eeuw kan traceren, spreekt een tamelijk misprijzend oordeel over de categorie personen die crediet vraagt op basis van zekerheidsrechten op roerende goederen en zeker over die welke aandringt op de verstrekking van crediet op basis van bezitloze zekerheidsrechten op die goederen, dat zijn dus personen die geen afstand willen doen van de macht over de goederen die zij tot zekerheid van hun schulden aanbieden. Men krijgt de indruk alsof men voornamelijk het oog had op kleine pachtboeren die uiteraard niet de hoeve die zij bewerkten konden verhypothekeren, maar ook geen afstand konden doen van hun vee en landbouwgereedschappen, dat wil dus zeggen de onderlaag van pre-industriële samenleving aan wier behoefte naar crediet de wetgever kennelijk niet tegemoet wilde komen. Men diende die veeleer, zo is de indruk die wordt gewekt, tegen zichzelf in bescherming te nemen door hen de mogelijkheid te ontnemen om, zoals vóór de invoering der 19^e-eeuwse codificaties wel degelijk mogelijk was, hun roerende goederen op basis van bezitloze zekerheidsrechten te verpanden. Het zich aldus ontvouwend beeld lijkt, zoals gezegd, inderdaad de indruk van regenteske bevoogding te bevestigen die geen ruimte bood voor het ontstaan van moderne financieringssystemen, waarin het recht van vuistpand nauwelijks, maar het bezitloze zekerheidsrecht op roerende goederen prominent aanwezig is.

Nu dient men te bedenken dat er, geheel los gezien van deze sociale depreciatie van de maatschappelijke groepering die vroeg om crediet op basis van bezitloze zekerheidsrechten, tevens vanuit een strikt technisch-juridisch oogpunt goede redenen aanwezig waren om het oude bezitloze zekerheidsrecht, dat wil zeggen de hypotheek, op roerende goederen af te schaffen. Men kan die al in de juridische literatuur van de 17^e en 18^e eeuw terugvinden.⁵ De hypotheek is een absoluut vermogensrecht en heeft dientengevolge zaaksevolg. Het kon dus gebeuren dat een argeloze verkrijger van met hypotheek bezwaarde roerende goederen werd uitgewonnen voor de schuld van een derde. Het Romeinse recht heeft zich niet gestoord aan deze consequentie omdat de uitgewonnen verkrijger zich natuurlijk kan verhalen op zijn rechtsvoorganger die hem moet vrijwaren. In de moderne tijd is men deze uitwinningsmogelijkheid onder derden, ondanks het bestaan van de vrijwaringsplicht van de vervreemder, evenwel als bezwaarlijk gaan ervaren, reden waarom in het bijzonder in Frankrijk en de Republiek het zaaksevolg aan

5. Zie, bijvoorbeeld, reeds Johannes Voet (1647-1713), *Commentarius ad Pandectas* 20,1,12.

de hypotheek op roerende zaken werd ontnomen: 'meubles n'ont pas de suite par hypothèque'. De hypotheek op roerend goed was daardoor geworden tot een recht dat slechts preferentie schiep in het faillissement van de zekerheidsgever, de credietnemer. Wanneer men deze ontwikkeling, die in Frankrijk en ten onzent al vóór de invoering van onze moderne codificaties was voltooid, vanuit een strikt juridisch oogpunt beschouwt, is men geneigd daarin reeds de voorbode te ontwaren van de algehele afschaffing van de hypotheek op roerend goed: wordt de hypotheeknemer, de credietgever, niet één van de meest essentiële bestanddelen van zijn zekerheidsrecht, het zaaksgevolg, onthouden? Men vergeet dan echter dat die ingreep voor de financieringspraktijk niet zo bezwaarlijk zal zijn geweest: credietgevers willen ook nu nog over het algemeen niet meer dan preferentie. Het zaaksgevolg van hun recht zal hen meestal een zorg zijn, al was het alleen maar omdat de zekerheid veelal werd en wordt gegeven op handelswaar waarvan het nu juist de bedoeling is dat de credietnemer daarover onbelast *moet* kunnen beschikken teneinde in staat te kunnen worden gesteld zich de financiën te verschaffen waarmede hij zijn schuld kan aflossen. Tegenwoordig wordt daarom aan een zekerheidsgever door de zekerheidsnemer de volmacht verleend om binnen de normale uitoefening van zijn bedrijf de verzekerde roerende zaken vrij van alle lasten te mogen verkopen, een beding dus waarbij de credietgever bewust afstand doet van zijn recht van zaaksgevolg dat hem in beginsel naar het moderne recht wel degelijk toekomt. Dit laatstgenoemde recht is overigens in nagenoeg alle moderne codificaties tamelijk illusoir omdat daarin bepalingen zijn opgenomen die derden-verkrijgers te goeder trouw in bescherming nemen tegen de rechten van zekerheidsnemers die dergelijke volmachten niet hebben verleend. Waar dus de financieringspraktijk weinig moeite zal hebben gehad met de afschaffing van het oorspronkelijk aan de romeinsrechtelijke hypotheek op roerend goed verbonden 'droit de suite', zal dat zeker niet hebben gegolden voor de afschaffing van het daaraan verbonden 'droit de préférence', de *voorrang* op grond van de hypotheek. Waarom, zo luidt dan nu de vraag, heeft men aan het begin van de negentiende eeuw alomt gemeend óók die straffeloos te kunnen afschaffen en daarvoor in de plaats een zekerheidsrecht op roerende zaken geïntroduceerd dat slechts kon worden gevestigd door de bezwaarde goederen uit de macht van de debiteur te brengen zodat hem de feitelijke beschikkingsmacht daarover werd ontnomen? Waarom ontbrak het, kennelijk, volledig aan nuchtere observatoren die er op wezen dat men daardoor die goederen hun productiviteit ontnam, omdat de credietnemer de mogelijkheid werd onthouden zich door middel daarvan in staat te stellen zijn schuld af te lossen? Waar waren de grote kooplieden die er tegen protesteerden dat hen door deze ingreep in het tot dusverre geldende recht, die vanuit een economisch oogpunt niet anders dan als een legislatieve misgreep van de eerste orde lijkt te kunnen worden bestempeld, in één slag de mogelijkheid werd ontnomen om hun handelswaar tot

onderpand van een productieve vorm van crediet te laten strekken?⁶

Ik zal mij bij de beantwoording van deze vraag beperken tot Nederland en ik dien u daartoe allereerst in te wijden in enige juridische en economisch-historische details die mij voor de beantwoording daarvan belangrijk voorkomen.

Men dient te bedenken dat substantiële leningen - en dat zijn tegenwoordig vrijwel uitsluitend bankleningen - heden ten dage ook altijd investeringen zijn. Wanneer men afziet van het consumptieve crediet (een zéér modern verschijnsel dat onze grootouders nog goeddeels onbekend was), verstrekt de credietgever (een bank) zijn voorschot niet, of althans niet met het uitsluitende oogmerk om dat zo snel mogelijk terugbetaald te krijgen en tot zekerheid waarvan hij zich verzekert van een preferentie in het faillissement van de credietnemer door een zekerheidsrecht te vestigen, maar eerst en vooral teneinde zijn geld een goede belegging te geven. Het geld waarover de bank beschikt wordt productief gemaakt door dat tegen rente uit te lenen. Dit is natuurlijk de reden waarom dikwijls zelfs een boete wordt gesteld op voortijdige aflossing van de schuld. Dit beleggingsaspect stond, zo het al aanwezig was, zeker niet voorop in de tijd waarin de Nederlandse Republiek haar grootste economische bloei beleefde, te weten de periode tussen 1600 en 1700: financiering van de handel en de handel zelf waren nog niet, zoals tegenwoordig wel, beroepsmatig gescheiden. De Hollandse 'koopman' kocht en verkocht niet alleen goederen, maar vervoerde en financierde die ook zelf en wanneer hij eens krap bij kas zat

6. Men denke niet dat de toenmalige rechters zich in het geheel niet bewust waren van de spanning tussen de eisen van het bedrijfs- en financieringswezen enerzijds en de regelingen van het recht anderzijds. Die komt inderdaad nauwelijks tot uitdrukking op het continent van West-Europa (men placht uitspraken niet te motiveren), maar wel in de toenmalige Engelse rechtspraak. Daarvan getuigt bijvoorbeeld de belangrijke zaak *Ryall v. Rolle*, die in 1748 werd beslist door de Court of the Exchequer Chamber. De zaak had betrekking op de positie van een crediteur met een 'bezitloos' zekerheidsrecht op roerende zaken in het faillissement van zijn debiteur. De 'Exchequer Chamber', een hof dat slechts bijeen werd geroepen teneinde zeer belangrijke zaken te beslissen, ontzegde hem een preferentie. Uit de overwegingen van enige rechters in deze belangrijke zaak blijkt dat van de zijde van de crediteur economische argumenten naar voren waren gebracht die hen moesten overtuigen van de noodzaak om in dit soort zaken de preferentie van de crediteur te honoreren. Rechter Burnet merkte daarbij het volgende op: 'It may be said that it will be laying trade under a great restraint if a trader cannot mortgage his goods or stock without quitting trade, and to be sure cases may occur in which there may be an inconvenience, but the inconveniences on the other side strike me more strongly. *A man ought to quit his trade when he has no stock to carry it on*' (*Ryall v. Rolle* (1749) All England Law Reports Reprint [1558-1774] 82, op p. 90-91). Zie ook de beschouwingen van de Lord Chancellor, Lord Hardwicke (1690-1764), in deze zaak: 'It has been said in this cause that great mischief might arise to trade and credit from making securities of this kind void, because it might prevent persons from using their credit in trade, and that they will not be able to make a security without exposing their circumstances to the world, which may hurt their credit. On the other side it has been argued that a delusive credit is still of more dangerous consequence. I will not say but some inconveniences may arise on each part, but I agree with the Chief Justice that, as it is a law, it must be adhered to, and we cannot depart from it. If any inconvenience does arise, it is for the consideration of the the legislature whether it ought to be allowed or not' (*Ryall v. Rolle*, t.a.p. p. 98).

(men beschikte overigens over naar onze begrippen enorme voorraden contant kasgeld), werd zijn 'handel' gefinancierd door een collega. Bij een dergelijke stand van zaken was een zo snel mogelijke afbetaling van de schuld geboden omdat het handelspotentieel van de 'financier' door zijn uitstaande vorderingen werd verminderd. Op welke wijze nu verstrekte hij crediet en wist zich van een zo snel mogelijke terugbetaling te verzekeren?

Wanneer de ene 'koopman' de 'handel' van een ander financierde door hem uit zijn kas contanten ter beschikking te stellen, was het mogelijk de daardoor ontstane schuld onmiddellijk in te lossen doordat de credietnemer ten behoeve van zijn crediteur een wissel trok op een bank, een wissel die ofwel onmiddellijk, ofwel na bepaalde tijd zal zijn te betalen. Men spreekt in dit geval van een zogenaamd 'acceptcrediet', dat wil zeggen een vorm van financiële dienstverlening waarbij de financier niet, zoals tegenwoordig veelal gebruikelijk is, zelf de gewenste geldmiddelen ter beschikking stelt, maar een op haar door de client getrokken wissel accepteerde waardoor deze in staat werd gesteld die elders ter betaling aan te bieden of te verdisconteren. Zo was het mogelijk om in den vreemde van een daar gevestigd bevriend handelshuis contanten te lenen, tegen afgifte van een op, bijvoorbeeld, de in 1609 opgerichte 'Amsterdamse Wisselbank' getrokken wissel. Bij een dergelijke wijze van financiering is er derhalve, omdat er onmiddellijk betaling volgde op de verlening van het crediet, geen vorm van zakelijke zekerheid nodig. De constructie vertoont grote overeenkomsten met die van de verlening van een bankgarantie, zoals die in de tegenwoordige handelspraktijk veelvuldig voorkomt. In wezen is daarbij sprake van een vorm van borgtocht die de bank aan derden verschaft tegen een storting aan de bank door haar client, de credietnemer. Ook tegenwoordig is bij dit soort transacties meestal geen sprake van de verlening van een zakelijke zekerheid door de credietnemer aan de credietgever: de garantie die door de bank aan de credietgever ten behoeve van de credietnemer is verstrekt, wordt veelal toereikend geacht.

Dit patroon nu werd, zo is mijn indruk, in de loop van de achttiende eeuw geleidelijk verlaten: de 'koopman' richtte zich meestal niet meer tot zijn collegae (die immers ook zijn concurrenten waren), maar tot banken die, zoals het bankiershuis Hope, meestal zijn voortgekomen uit voormalige handelshuizen welke zich geleidelijk waren gaan toeleggen op de meer gespecialiseerde financiële dienstverlening, in het bijzonder die van het 'acceptcrediet'. Op welke wijze nu werden deze vormen van financiering door de banken zakenrechtelijk verzekerd?

Vóór de invoering van de 'moderne' 19^e-eeuwse codificaties werd een 'bezitloos' zekerheidsrecht slechts zelden op afzonderlijke, individueel bepaalde roerende goederen gegeven, doch veelal op een geheel vermogen of een algemeenheid van roerende

goederen, zoals de lading van een schip of de inhoud van een pakhuis. Het loont de moeite eens stil te staan bij deze beide laatstgenoemde voorbeelden omdat zij de aandacht vestigen op de bijzondere geaardheid van het handelscrediet en de bijzondere mogelijkheden die het oude Handelsrecht bood. Voor de eigendomsoverdracht en verpanding van scheepsladingen of in pakhuizen opgeslagen goederen golden namelijk al vóór de negentiende eeuw bijzondere handelsrechtelijke usances die afweken van het gemene recht. Zo kon de eigendom van de lading van een schip worden overgedragen door afgifte van het cognossement (*chirographum nauticum*) dat daarvoor was afgegeven, terwijl op dezelfde wijze een zekerheidsrecht op die lading kon worden gevestigd.

Willem Pauw (1712-1787), raadsheer en president van de voormalige Hoge Raad van Holland en Zeeland, merkt in zijn *Observationes Tumultuariae Novae*, naar aanleiding van een fraaie zaak over de eigendomsoverdracht door middel van een cognossement, het volgende op: 'indien de bezitter van het cognossement de opdrachtgever is die ervoor heeft gezorgd dat de handelswaar hem wordt toegezonden ... dan zou ik zeggen dat door levering van het cognossement <de eigendom van> de handelswaar zelf die in het cognossement staat vermeld door middel van een *traditio symbolica* moet worden geacht op de opdrachtgever te zijn overgegaan; dat dit het handelsgebruik is, blijkt overduidelijk uit het feit 'dat niemant swarigheid maakt, zulke cognossementen te belenen en daarop geld te schieten', wat zeker niet zou gebeuren als degene die het cognossement bezit niet werd geacht de zaken zelf krachtens zijn eigen recht te houden'.⁷

Bij in pakhuizen opgeslagen goederen moet voor de toenmalige handelspraktijk vooral worden gedacht aan de in de magazijnen van de VOC opgeslagen goederen, in het bijzonder de thee en koffie. Die werd bij openbare veiling verkocht aan bijzondere commissionairs en makelaars (*proxenetae*) die na betaling van de koopprijs 'Ontfangstcedullen' kregen geleverd die door de VOC werden afgegeven ten aanzien van de door hen gekochte hoeveelheden. Ik durf de stelling aan dat die voorraden reeds in de achttiende eeuw in eigendom konden worden overgedragen (en dus ook bezwaard) door middel van de afgifte van de ceel.

Pauw maakt op een drietal plaatsen⁸ gewag van procedures tussen commissionairs en hun opdrachtgevers, waarbij deze laatste levering vorderden van de door hen bestelde koffie (*cophia*). Nu rijst de vraag op welke andere wijze de commissionairs aan hun leveringsverplichting zouden hebben kunnen voldoen dan door afgifte van de cedullen aan hun opdrachtgevers? Inderdaad lijkt dit ook te worden geïmpliceerd door één van de door Pauw behandelde gevallen. Daarin kocht iemand van

7. Willem Pauw, *Observationes Tumultuariae Novae* III, Haarlem 1972, n° 1490 (16 juli 1779), p. 290, r. kol.: si quis possessor est chirographi sit mandans, qui merces ad se transmitti curavit ... putem traditione chirographi ipsas merces chirographo memoratas per traditionem symbolicam censeri in mandantem translatas; idque ita in re mercatoria servari, abunde patet ex eo, dat niemant swarigheid maakt, zulke cognossementen te belenen en daarop geld te schieten, quod certe non fieret ni qui chirographum possidet censeatur ipsas merces suo jure tenere.

8. *Observationes Tumultuariae Novae* I, n°s 490 & 556, alsmede II, n° 627.

een makelaar '4 kopen Oost Indise Comps. Javaanse koffybonen eerste soort in Gouny van de toen aanstaande verkoping der kamer Amsterdam, die zijn zoude in November, *te leveren met de ontfangcedullen* a 14 sts. per £ op 1 mei 1794'.⁹ De Amsterdamse schepenbank veroordeelde de handelaar tot levering. Hoe zou hij anders hebben kunnen voldoen aan die uitspraak dan door afgifte aan de koper van de aan hem door de V.O.C. ter hand gestelde ceelen? Mocht dit juist zijn, dan kunnen die handelsvoorraden op dezelfde wijze worden bezwaard.¹⁰

Alleen dus wanneer voor de te bezwaren goederen geen bijzondere zakenrechtelijke waardepapieren waren afgegeven, diende de weg van het commune privaatrecht te worden bewandeld en rijst de vraag op welke wijze een bezitloos zekerheidsrecht werd gevestigd. Hugo de Groot behandelt de hypotheek op roerende goederen in zijn onvolprezen *Inleidinge*.¹¹ De daarin genoemde vereisten - vestiging voor drie getuigen, of een notariële akte, ondertekend door twee getuigen voor de hypotheek op roerende goederen en vestiging voor het gerecht van de plaats waar de tot het vermogen behorende onroerende goederen zich bevinden voor de vestiging van een hypotheek op een geheel vermogen - werden soms aangescherpt door stedelijke keuren die, zoals in Amsterdam, Haarlem, Leiden en Gouda,¹² registratie van de aldus gevestigde bezitloze zekerheidsrechten op roerende goederen voorschreven; wij zouden spreken van de introductie van een bijzonder moderne vorm van 'registerpandrecht'. De *Observationes Tumultuariae* en *Observationes Tumultuariae Novae* van Bynkershoek en Pauw leggen er getuigenis van af dat van de constructie der verhypothecering van een geheel vermogen, of een algemeenheid van roerende goederen veelvuldig gebruik werd gemaakt.¹³ Illustratief voor het aan het bezitloze zekerheidsrecht gehechte handelsbelang is het feit dat Amsterdam, de belangrijkste handelsstad van de toenmalige wereld, speciale, van het Hollandse recht afwijkende keuren kende met betrekking tot deze bijzondere zekerheidsrechten op roerende goederen. Er was namelijk in het gewest Holland een bijzondere, van het Romeinse recht afwijkende rangregeling van kracht die, in weerwil van de romeinsrechtelijke regel *prior tempore, potior iure*, inhield dat het bijzondere verband vóór het algemene ging. In Amsterdam gold daarentegen op grond van de zojuist genoemde speciale keuren het gemene recht dat de voorrang tussen bijzondere en algemene verbanden slechts door de romeinsrechtelijke prioriteitsregel liet bepalen. Die tegen de landgemene regeling in binnen Amsterdam geldende bevoordeling van het algemene verband, met name op roerende goederen, kan welhaast geen andere grond hebben gehad dan het commerciële belang dat aan die

9. *Observationes Tumultuariae Novae* II, n° 627 (p. 45).

10. Zie verder over de bezwaring door middel van afgifte van een ceel hieronder bij noot 25.

11. *Inleidinge* 2,48,23 & 28.

12. Zie daarover A.G. Pos, *Hypotheek op roerend goed*, Deventer 1970, p. 165.

13. Zie hiervoor in het bijzonder Pauw, *Observationes Tumultuariae Novae* I, n° 187.

voorrangsregeling werd gehecht: in Amsterdam, tot de tweede helft van de 18^e eeuw de belangrijkste stapelmarkt van Europa, gold het Europese *ius commune*, niet een daarvan afwijkende locale regeling die buitenlandse investeerders kon afschrikken.¹⁴ De Hoge Raad van Holland en Zeeland was het financieringswezen bovendien aanzienlijk tegemoet gekomen door in zijn beroemde uitspraak van 13 november 1737¹⁵ te bepalen dat er, zelfs wanneer de zojuist genoemde vormvereisten niet in acht waren genomen, desalniettemin sprake kon zijn van een geldig zekerheidsrecht en wel een recht van vuistpand, waarbij de daadwerkelijke bezitsverschaffing der afzonderlijke tot de algemeenheid van goederen behorende roerende zaken was vervangen door een *constitutum possessorium*, een overeenkomst die een algemeenheid van goederen tot onderwerp kan hebben. Zo kon dus bij een enkele overeenkomst een bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken worden gevestigd. Het is bijzonder belangrijk vast te stellen dat deze uitspraak van de Hoge Raad met zoveel woorden inging tegen de opvattingen van de grote Leidse rechtsgeleerde Johannes Voet, die had betoogd dat een recht van vuistpand op afzonderlijke roerende goederen slechts door middel van een daadwerkelijke bezitsverschaffing kon worden gevestigd. Ook toen al waren de hoogste rechtscolleges blijkbaar niet bijster gevoelig voor op zichzelf correcte rechtsgeleerde uiteenzettingen van hoogleraren wanneer men het gevoelen had dat de consequenties daarvan praktisch niet wenselijk waren. De opinie van Voet nu is precies die welke ten grondslag ligt aan de bepaling van art. 1198 OBW,¹⁶ waarin het vereiste van een daadwerkelijke en blijvende 'dépossession' aan de vestiging van het recht van vuistpand op roerende goederen wordt gesteld. Het verdient echter te worden benadrukt dat dezelfde Voet, anders dan het OBW, wel degelijk de mogelijkheid erkende van een *algemene* hypotheek op roerende goederen, mits die op de juiste wijze was gevestigd.¹⁷

Zonder al teveel omhaal van woorden werd het nog door Kemper in zijn Ontwerp voor een Burgerlijk Wetboek van 1816 opgenomen bezitloze zekerheidsrecht op roerend goed (art. 1703) door de Belgen (die sinds 1815 mochten meepraten) van de tafel geveegd en werd het 'Faustpfandprinzip' geaccepteerd, dat óók door de Code civil werd gehuldigd.¹⁸ Heeft men nu, toen deze praktijk in 1838 en daarvoor zelfs al in 1811 (bij de invoering van de Code civil in Nederland) werd afgeschaft, de economische nadelen van het nieuwe stelsel niet als bezwaarlijk ervaren, temeer daar het een oude handelspraktijk

14. Zie hierover J. Voet, t.a.p., 20,1,16.

15. Cornelius van Bynkershoek, *Observationes Tumultuariae* IV, Haarlem 1962, n° 3051.

16. Zo ook nu nog art. 3:236, lid 1 BW.

17. Zie Voet, t.a.p. 20,1,10.

18. Zie hierbij *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798, Zakenrecht 1798 - 1820* (bezorgd door mevr. mr M.J.E.G. van Gessel-De Roo), Zutphen 1991, p. 352 (ad art. 1703 Ontwerp 1816).

betrof?

Men kan over deze vraag een aantal belangwekkende gegevens vinden in het mooie proefschrift dat A.G. Pos heeft geschreven over de hypotheek op roerend goed.¹⁹ Hij komt, op grond van archiefonderzoek in Leiden, tot het interessante inzicht dat vooral na 1760 bijzonder weinig meer gebruik werd gemaakt van de registerhypotheek op roerend goed.²⁰ Dit gegeven, dat een willekeurige datum lijkt te bevatten, wordt eerst buitengewoon interessant wanneer men dat plaatst tegen de achtergrond van de economische geschiedenis van Holland. In het fraaie boek dat De Vries en Van der Woude hebben geschreven over de economische geschiedenis van Holland tussen 1500 en 1815,²¹ worden drie economische trends onderscheiden: de eerste is die van de dynamische ontwikkeling van de Nederlandse (lees: de Hollandse) staatshuishouding tussen 1500 en 1650; de tweede is een contractiefase die loopt van 1650 tot 1750 en de derde een neergaande trend die van 1750 tot 1815 loopt. Is het toeval dat de begindatum die Pos opgeeft voor de geleidelijke vermindering van het gebruik van de constructie van de hypotheek op roerend goed als verzekering van vorderingen nagenoeg samenvalt met de begindatum van de diepgaande en structurele recessie die door De Vries en Van der Woude rond 1750 wordt geplaatst? Ik denk het niet en zal deze stelling nader toelichten.

Wij spraken zojuist over de opkomst van de moderne handelsbanken. Deze nu brachten zich juist in de tweede helft van de achttiende eeuw in grote moeilijkheden ten gevolge van de wisselhandel.²² Men had zich, zoals gezegd, voornamelijk gespecialiseerd in de verlening van het zojuist beschreven 'acceptrediet', een constructie waarmede men uit de oude handelspraktijk waaruit deze banken zijn voortgekomen vertrouwd was. Deze transacties geschieden bovendien veelal binnen het kader van het internationale betalingsverkeer waarin Amsterdamse bankiers een vooraanstaande rol speelden. Ter dekking nu van die wissels diende de trekker natuurlijk in beginsel een fonds ter beschikking te stellen aan de bank, maar noodzakelijk was dit niet: de bank was ook zonder dat zij een dergelijk fonds van de trekker onder zich had verplicht tot betaling aan de houders van de wissel. Ten gevolge van de uitgifte van teveel ongedekte wissels raakten de Amsterdamse handelsbanken in de tweede helft van de achttiende eeuw in grote betalingsmoeilijkheden en menige financieringsinstelling zag zich genoopt de betalingen op te schorten of zelfs te

19. *Hypotheek op roerend goed*, Deventer 1970.

20. T.a.p., p. 166.

21. *Nederland 1500-1815*, Amsterdam 1995.

22. De Vries & Van der Woude, t.a.p., p. 190 e.v.

liquideren. Amsterdam verloor ten gevolge van een aantal hiermede verband houdende crises zijn positie als het monetaire centrum van Europa en belangrijke bankiers, zoals de Barings, vertrokken naar Londen. De resterende huizen zochten hun heil in de geldhandel en de speculatie in buitenlandse staatsobligaties,²³ *maar niet* in de verlening van binnenlandse bedrijfscredieten die dienden te worden verzekerd door de vestiging van bezitloze zekerheidsrechten op zich te Nederland bevindende roerende goederen. Ik heb de indruk dat onze bankhuizen zich toentertijd, geheel anders dan nu, nauwelijks op deze markt bewogen en dat een fabrikant - bijvoorbeeld een houtzager of scheepstimmerman - die zijn bedrijf wilde uitbreiden eerder aanklopte bij zijn familieleden of rijke geldschieters, die als stille vennoten optraden, dan bij een financieringsinstelling. Slechts voor hen die niet over een dergelijke mogelijkheid beschikten, was er een gat in de markt dat bestond uit een gering aanbod van voor binnenlandse investering bestemd kapitaal, dat wil dus zeggen bedrijfsmatig crediet. Het voert mij te ver en bovendien ontbreekt mij de deskundigheid om stil te staan bij de vraag of de afname van de Nederlandse productiviteit in die jaren een gevolg of slechts een begeleidend verschijnsel is van dit verschijnsel. Laat mij volstaan met de vaststelling dat slechts de door de lokale overheden ingestelde 'Banken van Lening', zoals die van Amsterdam uit 1614, aan deze vraag tegemoet kwamen. Het doel van deze instellingen, waarvan er tegen het einde van de Republiek meer dan tachtig waren, was het verstrekken van crediet ten belope van kleine bedragen aan particulieren, ambachtslieden en kleine kooplui. Steun dus aan de 'minvermogenden', niet de 'onvermogenden'. Dit soort leningen nu diende uiteraard statutair op onderpand te geschieden en hier vindt men dus het voornaamste commerciële toepassingsterrein van de zekerheidsrechten op roerende goederen. De belangrijkste daarvan zal evenwel ongetwijfeld het recht van vuistpand zijn geweest, zeker voor de kleine leningen aan particulieren. Pas wanneer bij de Banken van Lening door kleine kooplieden of fabrikanten werd gevraagd om bedrijfsfinanciering, komen de bezitloze zekerheidsrechten in aanmerking. Een mooi voorbeeld daarvan is de regeling die te Gouda werd getroffen ten behoeve van de stedelijke pijpenmakers.²⁴ Aan de daar in 1689 ingestelde wekelijkse pijpenmarkt werd een bijzondere bank van lening verbonden, waar een locale pijpenmaker zijn gehele onverkochte voorraad kon belenen tegen de marktprijs. Het is onwaarschijnlijk dat deze bank duizenden pijpen in daadwerkelijk onderpand zal hebben genomen. Ze zal die zich daarom tot zekerheid van haar lening in eigendom hebben laten overdragen, of - hetgeen naar het toenmaals geldende recht hetzelfde was - verhypotheceren. Vergelijkbare overdrachten zullen hebben plaatsgevonden wanneer winkeliers de bank van lening om

23. De Vries & Van der Woude, t.a.p.

24. Ik vond het voorbeeld bij De Vries & Van der Woude, t.a.p., p. 366.

een bedrijfscrediet vroegen. Dit was, bijvoorbeeld, het geval in de zojuist gememoreerde beroemde uitspraak van de Hoge Raad uit 1737, waarin een winkelier, een vrouw, een crediet had gevraagd waarvoor zij haar hele winkelvoorraad in bezitloos pand overdroeg aan de zekerheidsgever.

Ik kom op grond van het vorengaande tot een voorlopige hypothese over het ontbreken van iedere kritiek op de afschaffing van de bezitloze zekerheidsrechten op roerende goederen in de 19^e-eeuwse Nederlandse codificaties.

Het is niet waarschijnlijk dat de handelsbanken een sterke behoefte gevoelden aan het voortbestaan van bezitloze zakelijke zekerheidsrechten op roerende goederen: zij bewogen zich niet op een markt waarin daaraan behoefte bestond. Die behoefte bestond slechts bij een verhoudingsgewijs marginale groep van credietvragenden: kleine fabrikanten en winkeliers. Dat zijn dus de economisch gevoelige sectoren, de groepen die de klappen van een economische recessie meestal als eersten voelen en die bij het aanhouden daarvan meestal ook als eersten door de knieën gaan. Men vindt de gevolgen daarvan in het door Pos vermelde gegeven dat de registraties van geldleningen op bezitloos onderpand in de steden waar die registratie was verplicht in de jaren na 1750 dramatisch afnemen: er werd nauwelijks meer geregistreerd omdat er, zo waag ik te veronderstellen, nauwelijks meer werd geïnvesteerd in de sectoren waarin deze financieringsconstructies oudtijds het meest gebruikelijk waren. Zeer belangrijk lijkt mij bovendien de vaststelling dat groothandelaren niet of nauwelijks werden getroffen door de introductie van het 'Faustpfandprincipe' omdat zij hun oude handelsrechtelijke praktijk eenvoudig konden voortzetten. In de negentiende eeuw verschijnen de grote pakhuizen in de Nederlandse havensteden. Men kon de daar in bewaring gegeven goederen op eenvoudige wijze verpanden door afgifte van de ceel aan de credietgever.²⁵ Het kan geen toeval zijn dat voor de eerste bezitloze zekerheidsrechten in Frankrijk werd aangeknoopt aan een oude handelsrechtelijke praktijk, te weten die van de 'warrantage', dat wil zeggen de afgifte van ceelen.²⁶ Het commune privaatrecht zocht kennelijk zijn inspiratie bij een door de introductie van het 'Faustpfandprincipe' in de Code civil niet beïnvloede handelspraktijk die nog steeds gebruik maakte van 'bezitloze' vormen van zekerheidsverschaffing.

Toen de verwoestingen van de revolutionaire oorlogen, Napoleon en het continentale

25. Deze voor de toenmalige handel buitengewoon belangrijke praktijk was gegrondvest op art. 670 OBW, dat de 'gebruiken in zaken van Koophandel' sanctioneerde. Zie hierover uitvoerig A.J. van der Lely, "Levering door middel van een ceel", in *Groninger Opmerkingen en Mededelingen X* (1993), p. 94 e.v.

26. Zie daarover mijn *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht I*, Groningen 1993, p. 380 e.v.

stelsel over ons land waren getrokken, was er nauwelijks nog meer iets over van wat ooit de eerste kapitalistische economie van Europa was geweest. Nederland was ontaard tot wat het in de ogen van veel buitenlanders nog steeds is: niet het land van scherp concurrerende internationaal opererende ondernemers, maar een land van kaasboeren. Zo'n land miste de oude hypotheek op roerende goederen niet en had daaraan eerst weer behoefte²⁷ nadat het in de vaart der volkeren werd meegezogen in het kielzog van de Duitse economie, die in de economische 'boom' van de 'Gründerjahre' na 1871 de oude 'Mobiliarhypothek' herintroduceerde onder de benaming van 'Sicherheitsübereignung'. De Hoge Raad sanctioneerde deze nadien ook in Nederland veelvuldig gehanteerde constructie eerst uitdrukkelijk in 1929; niemand was zich er toen nog van bewust dat zijn voorganger ooit, in 1737, iets vergelijkbaars had gedaan. Wederom was toen, zoals zo vaak in de geschiedenis van het privaatrecht, een cirkel gesloten.

W.J. ZWALVE

LEIDEN

27. Men bedenke hierbij nog dat borgtocht, omdat het daarbij gaat om de verstrekking van een hoogstpersoonlijke garantie, weinig attractief is wanneer degene voor wie men zich borg stelt geen natuurlijke persoon is, maar een rechtspersoon. Bestaat er een verband tussen het ontstaan van de behoefte aan 'bezitloze' zekerheidsrechten op roerende zaken en de geleidelijke verspreiding van het fenomeen der vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid? Hoe verloopt eigenlijk statistisch de geschiedenis van deze 'moderne' financierings- en ondernemingsvormen en welke zijn haar effecten geweest op het vermogensrecht in het algemeen? Wij weten het niet, want er wordt nauwelijks onderzoek naar gedaan.