

# Antichresis: het vergeten zekerheidsrecht

## Een historische vergelijking met het Franse recht

### 1. Inleiding

In 1940 schreef Suijling over de mogelijkheid voor financiers om zich zekerheid te verschaffen op huurvorderingen.<sup>1</sup> Een verhuurder kon nog niet verschenen huurtermijnen overdragen, indien zij voortvloeiden uit een rechtsverhouding met een reeds bestaande huurder.<sup>2</sup> Huurvorderingen uit nog niet bestaande rechtsverhoudingen kon de verhuurder niet overdragen, en dus niet in zekerheid geven. Voor dit probleem zag Suijling een oplossing. Een financier kon een hypotheekrecht laten vestigen op een onroerende zaak, en dit hypotheekrecht combineren met een recht van vruchtgebruik. Zo kreeg de gezekerde financier voorrang op de executie-opbrengst van de onroerende zaak. Bovendien had hij als vruchtgebruiker recht op alle toekomstige inkomsten die aan de onroerende zaak waren verbonden. Daaronder vielen alle toekomstige huurvorderingen, ongeacht de rechtsverhouding waaruit zij voortvloeiden. Wat Suijling wellicht niet wist, is dat deze combinatie van een zekerheidsrecht en een recht van vruchtgebruik een eigen naam had, en een zeer oude geschiedenis kende. Haar wortels reikten tot in het Romeinse recht, en wellicht nog verder. In de Nederlanden was zij tot en met het begin van de negentiende eeuw een rechtsfiguur in het zekerhedenrecht. Haar naam was 'antichresis', het genotszekerheidsrecht.

- 
- 1 J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5<sup>e</sup> stuk. Zakenrecht*, Haarlem: Erven F. Bohn 1940, p. 491-492.
  - 2 HR 29 december 1933, *NJ* 1934, 343, m.nt. PS (*Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij De Nederlanden*); HR 15 maart 1940, *NJ* 1940, 848, m.nt. EMM (*De Boer/Haskerveenpolder*). In het arrest *Fijn van Draat* overwoog de Hoge Raad dat de levering van een vordering slechts mogelijk was 'indien de vordering bij het aangaan der akte reeds bestaat'. In het kader van een overdracht werd een vordering echter geacht te bestaan, indien zij haar onmiddellijke grondslag vond in een reeds bestaande rechtsverhouding tussen cedent en cessionaris. In lijn met dit arrest overwoog de Hoge Raad in *De Boer/Haskerveenpolder* dat huurvorderingen golden als vorderingen die onmiddellijk bij het totstandkomen van de huurovereenkomst ontstonden, ook voor zover zij betrekking hadden op toekomstige perioden. Hieruit volgt dat huurvorderingen die betrekking hadden op toekomstige perioden, onmiddellijk bij het totstandkomen van de huurovereenkomst konden worden overgedragen. Ontleend aan H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, *Cessie. De overdracht van vorderingen op naam*, Deventer: Kluwer 2000, p. 37 en 43-44. Zie ook r.o. 4.1 van de conclusie van A-G Bloembergen bij HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 530, m.nt. G (*WUH/Emmerig q.q.*).

Naar geldend recht staat artikel 35 lid 2 Fw in de weg aan de overdracht van, of de totstandkoming van een pandrecht op, toekomstige huurvorderingen.<sup>3</sup> Een huurvordering verschijnt pas in het vermogen van de verhuurder op het moment dat zij werkelijk een tegenprestatie vormt voor het verschaffen van huurgenot. De cessie of verpanding bij voorbaat heeft dan ook pas rechtsgevolg op het moment dat een huurtermijn ontstaat. Verschijnt een huurvordering op of na datum faillissement, dan valt die vordering in de failliete boedel. Een financier aan wie de huurvordering bij voorbaat was gecedeerd of verpand, vist achter het net.<sup>4</sup>

Een recht van vruchtgebruik zou de hindernis die artikel 35 lid 2 Fw vormt, kunnen omzeilen. Als vruchten<sup>5</sup> vallen huurpenningen in het vermogen van de vruchtgebruiker, en buiten de failliete boedel. Mogelijk is de oplossing van Suijling dus nog altijd van waarde onder het geldende recht. Daarom is het interessant om aandacht te besteden aan het oude recht van antichresis.

In Nederland kennen we de antichresis niet meer. Zij werd niet opgenomen in het BW van 1838. Zo verdween deze figuur uit het Nederlandse recht. Mijn eerste vraag in dit opstel luidt dan ook: wat is de verklaring voor het feit dat de antichresis niet in het BW van 1838 is opgenomen? De manier waarop negentiende-eeuwse Franse auteurs keken naar de antichresis, is één van de redenen geweest waarom deze rechtsfiguur niet in het BW van 1838 is opgenomen. In artikel 2387 e.v. van de moderne Code Civil is de antichresis echter wel gehandhaafd. Een vergelijking met het Franse recht laat zien dat de antichresis een rol kan vervullen in de moderne Franse financieringspraktijk. Mijn tweede vraag luidt dus: kan de antichresis ook voor de Nederlandse financieringspraktijk een aanvulling vormen?

In paragraaf twee geef ik ter introductie een omschrijving van het recht van antichresis zoals dat bestond in het klassieke en Justiniaanse Romeinse recht. Hierop volgt in paragraaf drie een grove schets van de antichresis in het Ius Commune. Tegen deze achtergrond schets ik de lotgevallen van de antichresis in Nederland en Frankrijk vanaf de eerste codificaties in het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw. In paragraaf vier komt de antichresis uit de Codificatieperiode aan de orde. In paragraaf vijf ga ik in op de Franse *antichrèse* zoals die gold in de Napoleontische Code Civil. In deze paragraaf zal ik tevens een korte blik vooruitwerpen op de moderne Franse *antichrèse*. In paragraaf zes bespreek ik de parlementaire geschiedenis die leidde tot de verdwijning van de antichresis uit het BW van 1838. In paragraaf zeven geef ik weer hoe de antichresis in vergetelheid raakte tussen de Codificatieperiode en de invoering van het BW van 1838. De schuldeiser met een recht

3 Preciezer: huurvorderingen die ten tijde van de faillietverklaring nog toekomstig zijn.

4 Verhagen & Rongen, *Cessie. De overdracht van vorderingen op naam*, p. 37-39 en 43-44; B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen*, Deventer: Kluwer 2016, p. 144-147; HR 24 oktober 1980, NJ 1981/265, m.nt. WMK (*Solleveld II*); HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615, m.nt. WMK (*SOS/ABN en Scheepvaart Krediet*); HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530, m.nt. G (*WUH/Emmerig q.q.*), r.o. 3.2.

5 W.M. Kleijn, *Vruchtgebruik*, Deventer: Kluwer 1990, p. 4-6.

van antichresis noem ik voor het vervolg van dit artikel 'antichresist', of, als het recht van antichresis is gecombineerd met een recht van pand of hypotheek 'pandhouder' of 'hypotheekhouder'.

## 2. Antichresis naar Romeins recht

### 2.1. Inleiding

In essentie was antichresis een genotsrecht dat strekte tot voldoening van een vordering, meestal een vordering die ontstond in een kredietrelatie. De schuldenaar verstreekte dit recht aan zijn schuldeiser. Antichresis gaf aan de antichresist het recht om de in antichresis gegeven zaak te gebruiken en de vruchten van de zaak te trekken. Vervolgens verrekende de antichresist de waarde van het gebruik en van de vruchten met zijn vordering.<sup>6</sup> Het woord antichresis komt van het oud-Griekse woord ἀντίχρησις, wat 'tegengebruik' betekent. Het woord ἀντίχρησις is weer afgeleid van χρῆσις ἀντί τινός, wat 'gebruik in plaats van iets anders' betekent, of 'gebruik als tegenprestatie voor iets anders'.<sup>7</sup> Zo is antichresis een recht op het gebruik en vruchttrekking van een zaak in ruil voor iets anders: de voldoening van een vordering.<sup>8</sup>

Een voorbeeld van een recht van antichresis dat strekte tot gebruik, is de inzet van slaven. De antichresist kon een slaaf, die aan hem in antichresis gegeven was, voor hem laten werken.<sup>9</sup> Een ander voorbeeld is bewoning. De antichresist bewoonde dan een woning die in eigendom aan de schuldenaar toebehoorde.<sup>10</sup> Voorbeelden van antichresis door vruchttrekking liggen allereerst in het oogsten van natuurlijke vruchten van een onroerende zaak, zoals gewassen van een akker.<sup>11</sup> Een ander voorbeeld is het door de antichresist innen van huurpenningen voor een woning van de schuldenaar. De huurpenningen die de antichresist ontving, golden als vruchten die hij in mindering moest brengen op de vordering.<sup>12</sup> Het is aannemelijk, maar niet zeker dat de antichresist zelfstandig huurpenningen kon innen uit

6 H. Kupiszewski, 'Quelques remarques sur les vocabula ἀντίχρησις, ἄρρα, παράφηνα dans le Digeste', *The Journal of Juristic Papyrology (JJP)* 18/1974, p. 230-231.

7 A. Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, Berlin: Franz Vahlen 1910, p. 14-15; Kupiszewski, 'Quelques remarques sur les vocabula ἀντίχρησις, ἄρρα, παράφηνα dans le Digeste', p. 229.

8 M. Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römisches Pfandrecht III)', *SDHI* 1979/47, p. 1-92 (herdrukt in: M. Kaser, *Studien zum römisches Pfandrecht*, Napels: Jovene Editore 1982, p. 128-220), p. 80; Jörs/Kunkel/Wenger/Honsell, Mayer-Maly & Selb, *Römisches Recht*, Berlin, Heidelberg, New York: Springer 1987, p. 202-203.

9 Zie bijvoorbeeld C.8,24,2; C.8,42,20.

10 C.4,32,14; C.4,26,6.

11 C.3,37,2; C.4,24,1; C.4,24,3.

12 C.4,24,2.

een huurovereenkomst tussen de schuldenaar en de derde-huurder.<sup>13</sup> Duidelijk is wel dat de antichresist als houder voor de schuldenaar de macht over de woning kon verkrijgen. Vervolgens kon hij zelfstandig een huurovereenkomst sluiten met een derde, en zo als verhuurder huurpenningen innen. De derde-huurder was dan houder voor de antichresist.<sup>14</sup> Een voorbeeld hiervan is D.20,1,23 (Modestinus):

'Een schuldeiser kan de jegens hem verbonden stukken grond uit hoofde van het pandrecht rechtsgeldig verpachten.'<sup>15</sup>

De antichresist had zelfs de mogelijkheid om een huis in antichresis te krijgen, en het vervolgens terug te verhuren aan de schuldenaar, zo blijkt uit D.13,7,35,1 (Florentinus):

'Bij pand blijft de eigendom bij de schuldenaar, terwijl slechts het bezit overgaat op de schuldeiser. Toch kan die schuldenaar zowel op grond van bezit ter bedde als op grond van huur van zijn zaak gebruik maken.'<sup>16</sup>

Deze constructie van antichresis en verhuur aan de schuldenaar heeft recentelijk een terugkeer gemaakt in het Franse recht, waarover later meer.<sup>17</sup>

Uit de moderne literatuur wordt duidelijk dat de schuldeiser de inkomsten, die hij genereerde door gebruik of vruchttrekking, kon gebruiken voor drie verschillende doeleinden. Die doeleinden leidden tot drie verschillende mogelijke toepassingen van de antichresis.<sup>18</sup>

1. Ten eerste kon de antichresis werken als betaling van verschuldigde rente. Deze betaling kon geschieden op twee manieren. Aan de ene kant kon de antichresist de waarde van het gebruik of van de vruchten verrekenen met de verschuldigde rente. Oversteeg deze waarde de vervallen rente, dan moest de antichresist een vruchtoverschot teruggeven aan de schuldenaar. Aan de andere kant konden partijen de waarde van het gebruik en de vruchten *in de plaats* van de verschuldigde rente

<sup>13</sup> C.4,24,2 is hiervoor een aanwijzing. Bij een bevestigend antwoord zal een combinatie van antichresis met een hypotheekrecht voor de hand hebben gelegen: D.20,1,1,3. Zie voorts voetnoot 45.

<sup>14</sup> D.20,1,11,1; D.20,1,23.

<sup>15</sup> Creditor praedia sibi obligata ex causa pignoris locare recte poterit. De vertaling van deze en de volgende teksten is overgenomen van J.E. Spruit, R. Feenstra & K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling. III. Digesten 11-24*, Zutphen: Walburg Pers en Den Haag: SDU 1996.

<sup>16</sup> Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.

<sup>17</sup> Zie paragraaf 5.8.

<sup>18</sup> Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 55; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 83-84.

laten komen (zuivere rente-antichresis of *reine Zinnsantichrese*).<sup>19</sup> Het gebruik of de vruchttrekking van de zaak gold dan als voldoening van de rente, doordat de waarde van het gebruik of de vruchten voor die rente in de plaats kwam. Een eventueel overschot aan vruchten kwam toe aan de antichresist. Hij hoefde het overschot niet te verrekenen met de hoofdsom. De antichresist droeg wel het risico dat de opbrengst lager uitviel dan de overeengekomen rente. Die misgelopen rente kwam voor rekening van de antichresist. Hij kon dit verlies niet alsnog vorderen van de schuldenaar.<sup>20</sup>

2. Ten tweede kon de antichresis werken als aflossingsmechanisme voor de hoofdsom. De waarde van het gebruik of de vruchten kwam hier in mindering op de hoofdsom, totdat de hoofdsom volledig was afgelost. Deze vorm staat ook wel bekend als *Amortisationsantichrese*.<sup>21</sup>
3. Ten derde kon de antichresis werken als aflossingsmechanisme voor zowel de rente als de hoofdsom. In dat geval kwam de waarde van het gebruik of van de vruchten primair in mindering op de rente. Een overschot kwam vervolgens in mindering op de hoofdsom, totdat de antichresist voor zowel hoofdsom als vervallen rente was voldaan. Deze vorm staat ook wel bekend als *gemischte Antichrese*, of gemengde antichresis.<sup>22</sup>

Voor deze drie toepassingen kende het Romeinse recht van antichresis twee juridische verschijningsvormen. Het recht van antichresis kon worden gecombineerd met een recht van pand of hypotheek (gecombineerde antichresis). Antichresis kon daarnaast zelfstandig bestaan, zonder een recht van pand of hypotheek (zelfstandige antichresis).<sup>23</sup> Zowel voor de gecombineerde als de zelfstandige antichresis gold dat de rechten uit antichresis onmiddellijk konden intreden, door machtsverschaffing aan de antichresist. Daarnaast konden de rechten uit antichresis ook op een later moment intreden. De schuldenaar behield dan in eerste instantie de macht over de zaak. De antichresist kon zich pas de macht over de zaak verschaffen en zijn rechten uit antichresis uitoefenen op het moment dat de schuldenaar in verzuim kwam (verzuim-antichresis).<sup>24</sup>

19 Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 86; Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 55-56.

20 D.20,1,11,1; C.4,32,14; C.4,32,17; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 83; Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 55-57.

21 C.4,24,3; Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 57-60; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 83-84.

22 D.36,4,5,21; C.8,24,2; Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 60-61; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 84.

23 Kupiszewski, 'Quelques remarques sur les vocabula ἀντίχρησις, ἄρρα, παράφηρνα dans le Digeste', p. 230.

24 Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 55; Kupiszewski, 'Quelques remarques sur les vocabula ἀντίχρησις, ἄρρα, παράφηρνα dans le Digeste', p. 230-231; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 83-85.

## 2.2. Gecombineerde antichresis

Ten eerste bespreek ik de gecombineerde antichresis. De antichresis kwam naar Romeins recht voor in combinatie met een vuistpandrecht en een hypotheekrecht. De combinatie met het vuistpandrecht werkte als volgt. De schuldenaar vestigde een vuistpandrecht op zijn zaak. Zonder nadere afspraak was de pandhouder niet bevoegd tot gebruik van de zaak die hij in vuistpand had. Deed hij dit toch, dan pleegde hij *furtum*.<sup>25</sup> Via een nevenbeding bij de pandovereenkomst kon de vuistpandhouder toch toestemming krijgen om de verpande zaak te gebruiken en de vruchten van de zaak in mindering te brengen op de geseceerde vordering<sup>26</sup>, een *pactum antichreticum*.<sup>27</sup> Volgens Kaser is een *pactum antichreticum* naar verloop van tijd zo gebruikelijk geworden, dat het ook stilzwijgend onderdeel van de pandovereenkomst werd.<sup>28</sup> Manigk meende zelfs dat een vuistpand van rechtswege een antichretisch pandrecht werd, dat in een vuistpand het recht van antichresis besloten lag.<sup>29</sup> Uit D.20,2,8 (Paulus)<sup>30</sup> volgt inderdaad dat sprake kon zijn van een stilzwijgende antichresis. Deze Digestentekst luidde als volgt:

'Wanneer een schuldenaar in het genot is van een renteloze geldlening, kan de geldschieter van de vruchten van de hem verpande zaak rente afhouden tot op het wettelijk percentage.'<sup>31</sup>

Duidelijk is dat de schuldeiser in deze tekst een vuistpandrecht had op een zaak. Zonder nadere afspraak mocht hij de vruchten van de hem verpande zaak innen ter verrekening met vervallen rente. Er was dus sprake van een *pactum antichreticum* dat stilzwijgend onderdeel werd van de pandovereenkomst. De toepassing van het *pactum antichreticum* in deze tekst is omstreden. Volgens Weiß was met de stilzwijgende antichresis een zuivere rente-antichresis ontstaan. De lening uit de tekst was renteloos, omdat de pandhouder de vruchten van het onderpand mocht innen als rente. De grens aan deze bevoegdheid was het wettelijke rentemaximum. Paulus gaf immers aan dat de pandhouder niet meer vruchten onder zich mocht houden dan het wettelijke percentage.<sup>32</sup> Manigk en Kaser lazen deze Digestentekst anders. Volgens hen trad de antichresis pas in werking op het moment dat de schuldenaar in verzuim kwam met de aflossing van zijn renteloze lening. Vanaf dat

25 D.47,2,55; vgl. D.33,10,9,2; Jörs/Kunkel/Wenger/Honsell, Mayer-Maly & Selb, *Römisches Recht*, p. 202; W. Kunkel, 'Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts', *ZSS* 1973/150, p. 159.

26 Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 81.

27 Kupiszewski, 'Quelques remarques sur les vocabula ἀντίχρησις, ἄρρα, παράφερνα dans le Digeste', p. 232.

28 Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 81-82.

29 Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 51-54.

30 Zie ook C.3,37,2; C.4,24,1; C.4,24,2-3; C.8,24,2.

31 Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere.

32 E. Weiß, *Pfandrechtliche Untersuchungen. I. Abteilung. Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend*, Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger 1909, p. 39-40, in de voetnoottekst.

moment begon wettelijke verzuimrente te vervallen. Voor het bedrag aan wettelijke rente mocht de schuldenaar vruchten afhouden. Voor deze interpretatie vonden zij steun in D.13,7,7 (Paulus), D.20,1,1,3 (Papinianus) en D.36,4,5,21 (Ulpianus), die het bestaan van boeterente en een antichresis daarvoor bevestigden.<sup>33</sup> Deze laatste interpretatie komt mij het meest plausibel voor. Naast de samenhang met de hiervoor aangehaalde Digestenteksten, valt deze interpretatie het beste te rijmen met het gebruik van het woord *gratuita*. Dit woord is vertaald met renteloos, en kan ook 'kosteloos' betekenen.<sup>34</sup> Een lening waarbij de antichresis vanaf het aangaan van de overeenkomst werkt als aflossingsmechanisme voor de rente, is niet *gratuita*. Rente is dan immers wel degelijk verschuldigd. Een lening is slechts *gratuita* indien de schuldenaar geen rente hoeft te voldoen, ook niet door verrekening met de vruchtopbrengst. Zodoende lijkt het mij aannemelijk dat Paulus zijn mening gaf over een situatie waarin een schuldenaar een rentevrije lening had. Met de aflossing van deze lening raakte hij in verzuim, zodat verzuimrente verviel. Voor deze rente mocht de schuldeiser vruchten van het onderpand innen.<sup>35</sup>

Welke interpretatie van deze tekst ook de juiste is, vast staat dat deze tekst ging om een *pactum antichreticum* dat stilzwijgend onderdeel werd van de pandovereenkomst.<sup>36</sup> De aanname dat ieder vuistpandrecht een genotspandrecht was, staat echter haaks op het uitgangspunt dat gebruik van een verpande zaak door de pandhouder *furtum* opleverde. De eerste twee zinnen van D.13,7,39 (Modestinus) vermeldden bovendien dat eerst een pandrecht tot stand kwam. Pas op een later moment kwam een recht van antichresis op dit onderpand tot stand:<sup>37</sup>

'Gaius Seius heeft vanwege een geldlening een hem toebehorend perceel grond aan Lucius Titius in pand gegeven. Daarna is tussen hen de afspraak gemaakt dat de schuldeiser zijn pand ter compensatie van zijn geld gedurende een bepaalde tijd in bezit zou hebben.'<sup>38</sup>

Deze tekst verhoudt zich niet met de aanname dat *ieder* vuistpandrecht antichretisch was. Of, zoals Manigk schreef, een vuistpandrecht van rechtswege een antichretisch pandrecht was, laat ik voor dit artikel dan ook in het midden. Ik volsta met de constatering dat het *kon* voorkomen dat een *pactum antichreticum* stilzwijgend onderdeel werd van een pandovereenkomst.

Het recht van antichresis kwam niet alleen voor in combinatie met een vuistpandrecht,

33 Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 61-64; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römisches Pfandrecht III)', p. 85.

34 H. Pinkster (red.), *Woordenboek Latijn/Nederlands*, Amsterdam: University Press 2003, p. 449.

35 Zie kritisch over de tegenstelling tussen *gratuita pecunia* en *modum legitimum usuras* in deze Digestentekst: H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Zweiter band*, 1864; Goldbach: Keip Verlag 2001 (fasc. uitg.).

36 Aldus ook J. Voet, *Commentarius ad pandectas*, Tomus primus, Hagae-Comitum 1731, ad D.20,1.

37 Vgl. ook D.13,7,33.

38 Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret.

maar ook in combinatie met een Romeins recht van hypotheek. Het recht van antichresis kwam tegelijk met het hypotheekrecht tot stand, en fungeerde als een verzuim-antichresis. Vermoedelijk kon het recht van antichresis zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend tot stand komen. Met het vuistloze recht van hypotheek zou het recht van antichresis pas actief worden op het moment dat de schuldenaar in verzuim kwam. Vanaf dat moment kon de hypotheekhouder de verhypothekerde zaak in vuistpand nemen. Met de zaak onder zich, kon de hypotheekhouder zijn rechten van antichresis en hypotheek uitoefenen. Hij kon de zaak gebruiken en de vruchten van de zaak innen op grond van het recht van antichresis. Daarnaast kon de hypotheekhouder op grond van het hypotheekrecht de zaak executeren en zich met voorrang voldoen uit de opbrengst.<sup>39</sup> Het bekendste voorbeeld van een antichresis in combinatie met een hypotheekrecht is D.20,1,1,3 (Papinianus):

'Bij afspraak was overeengekomen dat als de rente niet op tijd zou zijn voldaan, de vruchten van de verhypothekerde goederen met de rente verrekend zouden worden tot op de wettelijk toegestane rente. Hoewel aanvankelijk een lagere rente in de stipulatie was vastgelegd, is deze overeenkomst volgens de heersende leer toch niet ongeldig, omdat de hogere wettelijke rente aan de stipulatiecrediteur rechtsgeldig toegezegd kon worden vanaf het moment dat de lagere rente niet op tijd voldaan zou worden.'<sup>40</sup>

Was een recht van antichresis als nevenbeding gecombineerd met een recht van pand of hypotheek, dan konden partijen hun rechten uitoefenen op grond van het pand of hypotheekrecht en de onderliggende overeenkomst van pand of hypotheek. Mochten er na de aflossing van de rente en de hoofdsom nog vruchten overblijven, dan moest de antichretische pandhouder het overschot aan de pandgever teruggeven. De pandgever kon teruggave van deze overgebleven vruchten en de verpande zaak afdwingen met de *actio pigneraticia directa*, de actie uit pandovereenkomst.<sup>41</sup> Dit gold niet indien partijen een zuivere rente-antichresis waren overeengekomen. In dat geval kwam de opbrengst van de vruchten in de plaats van de rente, ongeacht de hoogte van de opbrengst. Er kon dan dus nooit een vruchtoverschot zijn. De pandhouder kreeg uit het pandrecht een goederenrechtelijke actie om de aan hem verpande zaak op te eisen: de *actio Serviana*.<sup>42</sup> Door de

39 D.20,1,1,3; zie ook D.20,2,8; Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 61-65; Kupiszewski, 'Quelques remarques sur les vocabula αντίχρησις, ἄρρα, παράφηννα dans le Digeste', p. 232; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischem Pfandrecht III)', p. 85-86.

40 Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimate usurae. Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit, cum ad diem minore faenore non solute legitimae maiores usurae stipulanti recte promitti potuerunt.

41 D.36,4,5,21; C.4,24,1; E. Weiß, *Pfandrechtliche Untersuchungen. I. Abteilung. Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend*, Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger 1909, p. 41; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischem Pfandrecht III)', p. 87.

42 D.13,7,33; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischem Pfandrecht III)', p. 87-88.



zaak met deze actie op te eisen, kon de pandhouder tevens zijn rechten uit het *pactum antichreticum* veiligstellen. Hij kon de vruchten van het onderpand innen.

### 2.3. Zelfstandige antichresis

Ten tweede was er de zelfstandige antichresis, in de literatuur ook wel aangeduid als pandloze antichresis.<sup>43</sup> Naar Romeins recht werd deze vorm van antichresis meestal toegepast als zuivere rente-antichresis. Zij kon ook worden gevestigd voor de hoofdsom in combinatie met de rente.<sup>44</sup> De antichresist mocht bovendien een in antichresis gegeven zaak onder zich houden tot de hoofdsom volledig was betaald. Zodoende gaf de zelfstandige antichresis een retentierecht aan de antichresist.<sup>45</sup> Net als de antichresis in combinatie met het recht van hypotheek, kon ook een zelfstandig recht van antichresis fungeren als verzuim-antichresis.<sup>46</sup> De waarde van het gebruik kon daarbij in de plaats komen van de vervallen (verzuim)rente. Daarnaast kon een eventueel overschot, als dit was overeengekomen, in mindering komen op de hoofdsom.<sup>47</sup>

De antichresist kreeg uit het recht van antichresis een goederenrechtelijke actie. Vermoedelijk ging het om een actie die was afgeleid van de *actio Serviana*.<sup>48</sup> Marcianus sprak in D.20,1,11,1 van een *actio in factum*, een op de feiten van het geval toegespitste actie:

'Als er een overeenkomst van pandgenot (*antichresis*) gesloten is en de schuldeiser toegang krijgt tot het stuk grond of het huis, behoudt hij het bezit bij wijze van pand totdat hem het geld wordt betaald, omdat hij als rente de vruchten trekt, hetzij door het te verhuren, hetzij door zelf de vruchten te trekken en er te wonen. Indien hij het bezit verliest, pleegt hij daarom gebruik te maken van een op de feiten toegesnedene actie.'<sup>49</sup>

Met deze actie kon de antichresist het 'onderpand' opeisen van de schuldenaar of een

43 D.20,1,11,1.

44 D.20,1,11,1; C.4,32,14; C.4,32,17; C.8,42,20; Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 49-50 en 55.

45 Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römisches Pfandrecht III)', p. 86.

46 Kupiszewski, 'Quelques remarques sur les vocabula ἀντίχρησις, ἄρρα, παράφηρνα dans le Digeste', p. 232; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römisches Pfandrecht III)', p. 85; Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 55; vgl. analoog D.36,4,5,16; C.6,54,6.

47 Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römisches Pfandrecht III)', p. 85; Kupiszewski, 'Quelques remarques sur les vocabula ἀντίχρησις, ἄρρα, παράφηρνα dans le Digeste', p. 233-234; vgl. C.8,42,20; D.20,1,1,3; D.36,4,5,21.

48 Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römisches Pfandrecht III)', p. 87.

49 Si ἀντίχρησις facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.

derde-bezitter.<sup>50</sup> Een andere goederenrechtelijke actie<sup>51</sup> komt terug in C.4,26,6. Deze tekst spreekt van een *vindicatio* als actie. Volgens Kaser ging het hier om een actie die is afgeleid van de *vindicatio servitutis*.<sup>52</sup> Uit deze goederenrechtelijke acties die ontstonden, volgt dat de zelfstandige antichresis een goederenrechtelijk recht was.<sup>53</sup> Voorts had de schuldenaar een contractuele actie om de in antichresis gegeven zaak terug te vorderen nadat hij zijn schuld had voldaan.<sup>54</sup> Volgens Kaser gaat het hier om een *actio pignericia directa utilis* of *actio pignericia directa in factum*.<sup>55</sup>

Samengevat was het Romeinse recht van antichresis een recht dat diende om een vordering af te lossen door gebruik en vruchttrekking van een zaak. Deze aflossing kende drie toepassingen: als betaling van de verschuldigde rente, als aflossingsmechanisme voor de hoofdsom en als aflossingsmechanisme voor primair de vervallen rente, subsidiair de verschuldigde hoofdsom. De rechtsgevolgen van de antichresis konden onmiddellijk intreden, door machtsverschaffing, of pas in werking treden als de schuldenaar in verzuim was. De antichresis kon bestaan in gecombineerde of zelfstandige vorm. In gecombineerde vorm kon de antichresist zijn rechten uitoefenen op grond van zijn recht van pand of hypotheek. In zelfstandige vorm kon de antichresist zijn rechten uitoefenen op grond van acties uit het recht van antichresis zelf. Deze acties waren vermoedelijk afgeleid van de acties uit het pandrecht en de pandovereenkomst.

### 3. Ius Commune

Met de herontdekking van het Corpus Iuris Civilis kreeg het Romeinse recht de status van subsidiair recht op het Europese continent. Dit leidde tot een gemeenschappelijke rechtsleer in Europa: het Ius Commune.<sup>56</sup> In deze paragraaf geef ik een grove schets van de antichresis in het Ius Commune. Hiervoor baseer ik mij hoofdzakelijk op secundaire literatuur. Daarnaast baseer ik mij ter illustratie op drie oud-vaderlandse auteurs uit de

50 Wellicht kon de antichresist met deze actie ook de vruchten van het onderpand opeisen. In het bijzonder is de vraag interessant, of de antichresist dan ook huurpenningen kon innen bij huurders van de schuldenaar-verhuurder. Aanwijzingen voor een bevestigend antwoord vormen D.20,1,20 en C.4.24.2. Zie over de aangepaste *actio Serviana* tot inning van een *verpande* vordering H.L.E. Verhagen, 'The evolution of pignus in classical Roman law. Ius honorarium and 'ius novum'', *TvR* 2013/1-2, p. 62.

51 Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, ein Institut der antiken Rechte*, p. 49.

52 Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 87.

53 Kupiszewski, 'Quelques remarques sur les vocabula ἀντίχρησις, ἄρρα, παράφρηνα dans le Digeste', p. 231; Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 87.

54 C.8,42,20.

55 Kaser, 'Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)', p. 88.

56 H. Coing, *Europäisches Privatrecht. I. Älteres gemeines Recht (1500-1800)*, München: Beck 1985, p. 87; W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht. I. Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 8-9.

laatste fase van het *Ius Commune*: Huber, Van Leeuwen en Voet.

De antichresis had in het *Ius Commune* dezelfde verschijningsvormen als in het Romeinse recht. Zij kon fungeren als betaling van rente, als aflossing van de hoofdsom of als aflossing van primair de rente, subsidiair de hoofdsom. De eerste twee toepassingen waren het bekendst. De antichresis als aflossing van de rente stond in het Frans bekend als *mort-gage*.<sup>57</sup> Haar tegenhanger, de antichresis als aflossing van de hoofdsom, stond bekend als *vif-gage*.

De rechtsgevolgen van de antichresis konden, evenals naar Romeins recht, onder het *Ius Commune* onmiddellijk intreden, of bij verzuim.<sup>58</sup> Bovendien kwam de antichresis zowel in gecombineerde als zelfstandige vorm voor. Beide vormen van antichresis waren goederenrechtelijke rechten.<sup>59</sup> Uit de literatuur komt naar voren dat de nadruk sterk lag op de antichresis in combinatie met het pandrecht.<sup>60</sup> Met name de combinatie met het pandrecht op onroerende zaken was populair.<sup>61</sup> Net als naar Romeins recht het geval was, konden partijen onder het *Ius Commune* een antichretisch nevenbeding opnemen in de pandovereenkomst. Dit nevenbeding kon ook stilzwijgend tot stand komen. Een *pactum antichreticum* kwam stilzwijgend tot stand indien partijen een overeenkomst van geldlening sloten, zonder rente overeen te komen. Vestigden zij voor deze renteloze lening een pandrecht op een zaak die vruchtdragend was of gebruikswaarde had, dan werd dit pandrecht vermoed een *mort-gage* te zijn. Het bestaan van deze stilzwijgende *mort-gage* baseerden Voet en Huber op D.20,2,8. Huber leek daarbij uit te gaan van de interpretatie die ook Weiß anderhalve eeuw later aan deze Digestentekst gaf. Vestigden partijen een vuistpand voor een geldlening, zonder rente overeen te komen, dan waren zij kennelijk een rentepercentage overeengekomen dat gelijk was aan de waarde van de vruchten of het gebruik van het onderpand.<sup>62</sup> Voet aanvaardde zowel deze interpretatie, als de interpretatie dat de genoten vruchten bij een renteloze lening golden als betaling van wettelijke rente die verviel bij verzuim. Welke van deze twee interpretaties ook de juiste was, ze toonden

57 A.S. de Blécourt/H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, Groningen: J.B. Wolters 1967, p. 250; J.Ph. Levy, 'Coup d'oeil historique d'ensemble sur les sûretés réelles', *TvR* 1987/3-4, p. 246; Ph. Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle*, Brussel: Palais des académies 1987, p. 215; J. Brühwiler, 'Mortgage', in: D. Werkmüller (red.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte. III. Band*, Berlijn: Schmidt 1984, p.685.

58 Levy, 'Coup d'oeil historique d'ensemble sur les sûretés réelles', p. 245-246; Voet, *Commentarius ad pandectas*, ad D.20,1.

59 Voet, *Commentarius ad pandectas*, ad D.20,1.

60 S. van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands-Regt*, Amsterdam: Boom 1698, p. 343; Voet, *Commentarius ad pandectas*, ad D.20,1; U. Huber/Z. Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheit, Soo elders, als in Frieslandt gebruikelyk*, vijfde druk, Amsterdam: De Groot & Schouten 1768, p. 303-304; De Blécourt/Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, p. 250; Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle*, p. 215-216. Voor de zelfstandige antichresis, zie Voet, *Commentarius ad pandectas*, ad D.20,1; Levy, 'Coup d'oeil historique d'ensemble sur les sûretés réelles', p. 246.

61 Voet, *Commentarius ad pandectas*, ad D.20,1.

62 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheit, Soo elders, als in Frieslandt gebruikelyk*, p. 303.

allebei het bestaan van een stilzwijgende *mort-gage* aan.<sup>63</sup>

De *mort-gage* lijkt onder het *Ius Commune* een vrij gebruikelijke, maar omstreden rechtsfiguur te zijn geweest. Haar controversiële rol had zij te danken aan het canonieke renteverbod en wettelijke rentemaxima. In de middeleeuwen werd de *mort-gage* veelvuldig gebruikt om het canonieke renteverbod te omzeilen. Dit leidde ertoe dat de Rooms-katholieke Kerk ook de *mort-gage* verbood. In de praktijk wisten partijen echter ook dit verbod te omzeilen. Zo konden partijen een *vif-gage* overeenkomen, en het bedrag van de vordering hoger stellen dan ze in werkelijkheid was.<sup>64</sup> Daarmee was het verbod op de *mort-gage* tandeloos. De Rooms-katholieke Kerk heeft zich daar uiteindelijk bij neergelegd. Sterker nog: middeleeuwse kerken en kloosters hebben zelf geld uitgeleend, en tot zekerheid *mort-gages* gevestigd.<sup>65</sup>

Een vraag die langer van belang is geweest, is de verhouding tussen de *mort-gage* en wettelijke rentemaxima. De vraag was met name wat een schuldeiser moest doen als de inkomsten van het onderpand hoger waren dan het geldende rentemaximum. Voet meende dat, indien het onderpand fluctuerende inkomsten gaf, de schuldeiser alle inkomsten mocht houden als rente, ook als deze inkomsten hoger waren dan het rentemaximum. Waren de inkomsten van het onderpand constant, of was sprake van een stilzwijgende antichresis, dan mochten de inkomsten van het onderpand nooit het rentemaximum overstijgen.<sup>66</sup> Gebeurde dit toch, dan moest de schuldeiser het overschot teruggeven aan de schuldenaar<sup>67</sup>, of verrekenen met de hoofdsom.<sup>68</sup>

De antichresis was in het bijzonder populair onder de landadel. Een landheer leende geld, en gaf tot zekerheid een gedeelte van zijn landerijen in antichresis aan de financier. De financier kon op grond van het recht van antichresis alle heerlijke rechten uitoefenen die aan het land verbonden waren. Niet alleen kon hij de rechten van jacht en visserij verpachten, ook kon hij invloed uitoefenen op het bestuur door schouten en schepenen aan te stellen. Een bijzonder voorbeeld was de financiering van kruistochten. Een ridder die voor een kruistocht geld nodig had, kon dit lenen. Omdat hij zijn landgoed tijdelijk verliet voor het Heilig Land, kon hij zijn gehele landgoed in antichresis geven aan zijn financier.<sup>69</sup>

Samengevat vertoonde de antichresis onder het *Ius Commune* veel overeenkomsten met

---

63 Voet, *Commentarius ad pandectas*, ad D.20,1.

64 De Blécourt/Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, p. 249; Brühwiler, 'Mortgage', p. 685-686.

65 De Blécourt/Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, p. 249; Levy, 'Coup d'oeil historique d'ensemble sur les sûretés réelles', p. 247; Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle*, p. 215-216.

66 Voet, *Commentarius ad pandectas*, ad D.20,1.

67 Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt, Soo elders, als in Frieslandt gebruikelyk*, p. 303.

68 Van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands-Regt*, p. 343.

69 Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle*, p. 215; De Blécourt/Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, p. 249.

het Romeinse recht. De antichresis was een goederenrechtelijk recht dat zelfstandig kon voorkomen, maar ook in combinatie met het pandrecht. De rechtsgevolgen van de antichresis konden onmiddellijk intreden, of na verzuim. De antichresis kende dezelfde drie toepassingen als in het Romeinse recht. De antichresis als betaling van de rente, de *mortgage*, kreeg de meeste aandacht. Met de *mort-gage* konden partijen onder renteverboden en rentemaxima uitkomen. Zowel de adel als vertegenwoordigers van de Rooms-katholieke Kerk leken brood te zien in deze antichresis als surrogaatrente. Zo lijkt de antichresis een bekend instrument te zijn geweest voor de middeleeuwse financieringspraktijk.

#### 4. Codificatieperiode 1798-1811

In de Codificatieperiode van 1798 tot 1811 (nader aan te duiden als 'de Codificatieperiode') zijn er verschillende pogingen ondernomen om een codificatie te maken. In deze paragraaf bespreek ik drie wetgevingsdocumenten: het ontwerp-Burgerlijk Wetboek voor de Bataafse Republiek van de commissie van 1798, het Ontwerp van der Linden en het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland (WNH). Deze drie documenten geven samen een beeld van de rechtsopvatting over antichresis, zoals die leefde in de Nederlanden aan de vooravond van de invoering van de Code Civil. Gemene deler van deze documenten was dat zij geen zelfstandige antichresis kenden. Wel kwam antichresis voor in combinatie met het pandrecht. Per ontwerp zal ik daarom eerst het pandrecht in het algemeen bespreken. Daarna laat ik zien hoe de verschillende ontwerpen het recht van antichresis combineerden met het pandrecht. Aan het einde van deze paragraaf schets ik het beeld van het recht van antichresis dat uit de verschillende ontwerpen samen naar voren komt.

##### 4.1. De Commissie van twaalf: het pandrecht in het Ontwerp Kreet

In 1798 werd de eerste Bataafse codificatiecommissie ingesteld. Deze Commissie van Twaalf kreeg de opdracht codificaties op te stellen voor het burgerlijk recht, strafrecht en staatsrecht. Zeven commissieleden concentreerden zich op het burgerlijk recht. Van deze zeven zouden Cras en Kreet het zakenrechtelijke gedeelte van de codificatie uitwerken. De titels over het pandrecht kwamen van de hand van Kreet.<sup>70</sup> Voor het vervolg van dit artikel zal ik dan ook spreken over het Ontwerp Kreet.

Het Ontwerp Kreet vormde binnen het werk van de Commissie van Twaalf de enige regeling over goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Het enige goederenrechtelijke zekerheidsrecht was het pandrecht. Het Ontwerp Kreet kende twee soorten pandrechten: een pandrecht uit overeenkomst en een pandrecht uit de wet. Het pandrecht uit de wet ontstond onafhankelijk van de wil van partijen, en kwam toe aan (rechts)personen met een bijzon-

---

70 M.J.E.G. van Gessel-de Roo, *Zakenrecht 1798-1820*, Zutphen: Walburg Pers 1991, p. XIII-XIV.

dere hoedanigheid, die voorrang boven anderen rechtvaardigde.<sup>71</sup> Het pandrecht uit de wet laat ik voor dit artikel geheel buiten beschouwing. Het pandrecht uit overeenkomst was een pandrecht dat tot stand kon komen als partijen dit overeenkwamen, en samen een pandrecht vestigden. Het Ontwerp Kreet kende voorts een onderscheid tussen bijzondere en generale pandrechten.<sup>72</sup> Een bijzonder pandrecht kon zowel rusten op roerende als onroerende goederen.<sup>73</sup> Een pandrecht op onroerende goederen kwam tot stand bij overeenkomst. Het pandrecht had echter pas derdenwerking op het moment dat een akte was ingeschreven in een openbaar register.<sup>74</sup> Een bijzonder pandrecht op roerende zaken kon slechts ontstaan door overgifte van het onderpand aan de pandhouder. Een andersluidende afspraak was verboden, om misleiding van derden te voorkomen.<sup>75</sup> Een generaal pandrecht op roerende zaken kwam daarentegen tot stand door een enkele overeenkomst.<sup>76</sup> Een generaal pandrecht rustte op het gehele vermogen van de schuldenaar, de vruchten van dat vermogen daaronder begrepen.<sup>77</sup> Een speciaal pandrecht rustte op het goed waarop het was gevestigd. Daarnaast vielen vruchten en aanwassen van het verpande goed onder het pandrecht.<sup>78</sup> Vruchten waren alles wat tot het verpande goed behoorde of uit dit goed voortkwam. Op het moment dat de pandhouder het pandrecht inriep, dienden de vruchten in de macht te zijn van de pandgever of de pandhouder.<sup>79</sup> De vuistpandhouder en de houder van een generaal of speciaal pandrecht op onroerende zaken had het recht om het goed in vuistpand te nemen (*aantetasten*) en te executeren. Dit recht konden zij tegen derden inroepen, het was een goederenrechtelijk recht.<sup>80</sup> De pandhouder kon een generaal pandrecht op roerende zaken slechts geldend maken indien de betreffende roerende zaken nog in de macht van de schuldenaar waren.<sup>81</sup> Tegenover deze goederenrechtelijke actie van de pandhouder stond een actie van de pandgever. De pandgever kon het onderpand opeisen met een revindicatie, op het moment dat de gecureerde vordering teniet ging.<sup>82</sup> Ik ga er vanuit dat de pandgever met deze actie tevens de overgebleven vruchten en aanwassen van het onderpand kon opeisen.

---

71 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 126-134, art. 1-7.

72 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 109-110, art. 2-3. De term 'generaal pandrecht' is ontleend aan V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in een rechtshistorisch perspectief*, Deventer: Kluwer 2015.

73 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 112, art. 9.

74 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 120-121, art. 2 en de nota daarbij; Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, p. 116-118.

75 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 121, art. 3-4 en p. 125, art. 19 sub a.

76 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 121, art. 6; Van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in een rechtshistorisch perspectief*, p. 212.

77 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 110, art. 5.

78 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 110, art. 4.

79 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 110-111, art. 6.

80 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 112-113, art. 12 en 14 en p. 118, art. 32.

81 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 113, art. 15.

82 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 117, art. 29.

## 4.2. Ontwerp van der Linden en WNH

Het werk van de Commissie van Twaalf strandde in 1806.<sup>83</sup> Dat jaar trad een nieuwe codicator op de voorgrond: Joannes van der Linden. In twee jaar tijd zou deze Amsterdamse advocaat een Burgerlijk Wetboek ontwerpen: het Ontwerp van der Linden.<sup>84</sup> Voor zijn ontwerp heeft Van der Linden veel ontleend aan het werk van de Commissie van Twaalf. Daarnaast steunde hij op het Rooms-Hollandse recht en de Franse Code Civil.<sup>85</sup> Het Ontwerp van der Linden zou in naam nooit de status van wet krijgen. Napoléon Bonaparte beval de invoering van zijn Code Civil in de Nederlanden. De invoering van het Ontwerp van der Linden werd daarmee politiek onmogelijk. Koning Lodewijk Napoléon bood echter weerstand aan de wens van zijn broer. Hij voerde de Code Civil niet in, maar stelde een commissie in die een Nederlandse variant op dit wetboek moest ontwerpen. Deze commissie moest van de Code Civil afwijken, waar de Nederlandse situatie daar om vroeg.<sup>86</sup> Week de commissie inderdaad af van de Code Civil, dan maakte zij veelal gebruik van het Ontwerp van der Linden.<sup>87</sup> In het zekerhedenrecht is de invloed van het Ontwerp van der Linden zeer groot geweest. Behoudens enkele redactionele aanpassingen komen de regelingen van het pandrecht van het Ontwerp van der Linden en het WNH inhoudelijk overeen.<sup>88</sup> Zo heeft Van der Linden toch een grote stempel op het WNH gedrukt, hoewel zijn naam niet aan het Wetboek is verbonden. Het Ontwerp van der Linden en het WNH behandel ik dan ook samen.<sup>89</sup> Het WNH trad op 1 mei 1809 in

83 Van Gessel-De Roo, *Zakenrecht 1798-1820*, p. XIV, Van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief*, p. 212.

84 F.F.X. Cerutti, *Het ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden (1807)*, Deventer: Kluwer 1965, p. 39; Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. XIV.

85 Cerutti, *Het ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden (1807)*, p. 51-58; P.A.J. van den Berg, 'Codificatie en staatsvorming in de tijd van Lodewijk Napoleon', *De negentiende eeuw* 30/2006, afl. 3-4, p. 167 en p. 174; J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatie-geschiedenis*, Den Haag: Boom 2014, p. 368.

86 Cerutti, *Het ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden (1807)*; Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. XIV; Van den Berg, 'Codificatie en staatsvorming in de tijd van Lodewijk Napoleon', p. 168-169; F. Brandsma, 'Een basterd Code-Napoléon?', in: J. Hallebeek & A.J.B. Sirks (red.), *Nederland in Franse schaduw. Recht en bestuur in het Koninkrijk Holland (1806-1810)*, Hilversum: Verloren 2006, p. 227; F. Brandsma, 'Balsem uit nieuwe en wijze Wetten', in: J.H.A. Lokin, J.M. Milo & C.H. van Ree (red.), *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland*, Groningen: Chimaira 2010, p. 35.

87 Van den Berg, 'Codificatie en staatsvorming in de tijd van Lodewijk Napoleon', p. 168-169 en p. 174; Brandsma, 'Een basterd Code-Napoléon?', p. 246-247; Brandsma, 'Balsem uit nieuwe en wij Wetten', p. 35-36; Lokin & Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatie-geschiedenis*, p. 368-369.

88 Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, p. 121; Cerutti, *Het ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden (1807)*; Van Gessel-De Roo, *Zakenrecht 1798-1820*, p. XIV; Brandsma, 'Een basterd Code-Napoléon?', p. 245.

89 Voor de tekst van het Ontwerp van der Linden baseer ik mij op J.Th. de Smidt, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807-1808. Joannes van der Linden*, Amsterdam: Graphic 1967. Voor de tekst van het WNH baseer ik mij op J. van der Linden, *Beredeneerd register op het Wetboek Napoleon, Ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, Amsterdam: Johannes Allart 1809.

werking, en zou bijna twee jaar gelden, tot 1 maart 1811.<sup>90</sup>

Het Ontwerp van der Linden en het WNH namen als uitgangspunt dat de schuldenaar met zijn gehele vermogen instond voor zijn schulden. De schuldeisers konden zich op dit vermogen verhalen. Een recht van voorrang van één schuldeiser op een andere kon slechts ontstaan uit overeenkomst of op grond van de wet. Voorrang uit overeenkomst kon slechts ontstaan indien een pandrecht was bedongen.<sup>91</sup> Een pandrecht kon zowel rusten op roerende als onroerende goederen. In dit laatste geval heette het een recht van hypotheek (*Hijpotheek*).<sup>92</sup> Het pandrecht kon zowel speciaal zijn als generaal (*Algemeen verband*).<sup>93</sup> Bovendien maakten het Ontwerp en het WNH verschil tussen het vuistpandrecht en het vuistloze pandrecht.<sup>94</sup>

Een speciaal pandrecht kwam tot stand bij akte. De pandhouder kon het pandrecht echter slechts aan derden tegenwerpen indien hij het bezit (onder het huidige BW: houderschap) over het goed had verkregen. Een speciaal hypotheekrecht kwam eveneens tot stand bij akte. Het hypotheekrecht kreeg pas goederenrechtelijke werking, indien de akte was geregistreerd in het gerecht van de plaats waar het goed gelegen was.<sup>95</sup> Vestiging leidde ertoe dat een goederenrechtelijk recht ontstond.<sup>96</sup> Dit recht rustte niet alleen op het in zekerheid gegeven goed, maar strekte zich uit tot de vruchten en aanwassen die voortkwamen uit het goed.<sup>97</sup> Voor het begrip 'vrucht' ga ik uit van de betekenis die het WNH daaraan gaf in het kader van het recht van vruchtgebruik. Een recht van vruchtgebruik zag op zowel natuurlijke als burgerlijke vruchten.<sup>98</sup> Natuurlijke vruchten waren vruchten die de aarde zelf had voortgebracht, jongen van dieren en vruchten van nijverheid en landbouw. Burgerlijke vruchten waren huurpenningen, renten en interessen.<sup>99</sup> Zo omvatte begrip 'vrucht' vrijwel iedere mogelijke vorm van inkomsten uit een goed. Die inkomsten waren van rechtswege aan de pandhouder verpand.

Het pandrecht gaf de pandhouder de bevoegdheid om het verpande goed te verkopen en zich uit de koopprijs te voldoen, als de schuldenaar in verzuim was. De pandhouder kon slechts bevoegd tot verkoop worden door een vonnis van de rechter. Bij roerende goederen

---

90 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. XIV; Cerutti, *Het ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden (1807)*, p. 61; Lokin & Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatie-geschiedenis*, p. 369.

91 Art. 1801-1802 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 149-150, art. 1-2.

92 Art. 1802 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 150, art. 2-3.

93 Art. 1807 en 1809-1811 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 150-151, art. 7, 9-11.

94 Art. 1811 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 151, art. 11.

95 Art. 1809 en 1811 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 150-151, art. 9, 11; Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, p. 124.

96 Art. 1826 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 153, art. 33; Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, p. 124.

97 Art. 1805 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 150, art. 5.

98 Art. 471 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 142, art. 7.

99 Art. 472-473 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 142, art. 8-9.



kon de pandhouder echter overeenkomen dat hij bevoegd was tot parate executie.<sup>100</sup> Uit hoofde van het pandrecht kreeg de pandhouder een goederenrechtelijke actie tegen iedere bezitter van het verpande goed. Met deze actie kon de pandhouder afgifte van het onderpand en de vruchten en aankomsten vorderen.<sup>101</sup> Het pandrecht verviel op het moment dat de schuldenaar zijn schuld had voldaan. De schuldenaar kreeg dan tegen de pandhouder een actie tot afgifte van het verpande goed met vruchten en aankomsten.<sup>102</sup>

### 4.3. De antichresis

Tegen de achtergrond van het pandrecht uit de Ontwerpen Kreet en Van der Linden en het WNH kom ik nu toe aan de bespreking van de antichresis. Alle wetgevingsdocumenten kenden een regeling van een antichretisch pandrecht. Zij splitsten deze regeling op in twee wetsartikelen. Het ene artikel gaf dat een pandrecht met *bezit* gepaard, van rechtswege een antichretisch pandrecht was. Het andere artikel voegde daaraan toe, dat pandhouder en pandgever een *pactum antichreticum* overeen konden komen. De artikelen uit het Ontwerp Kreet luiden als volgt:

'Art. 13. Pandrecht met bezit gepaard geeft boven dien aan den pandhouder het vermogen, om de vruchten, renten, huurpenningen of andere inkomsten van het onderpand te ontvangen en onder zich te houden, ter verrekening tegen zijn inneschuld en daar van bedongene interessen;

En ook om bij nalatigheid van den eigenaar 't zelve te verhuren of anderzints, tot voordeel voor den eigenaar, daar over te beschikken.

Gelijk mede om de interessen van van verpande schuldbrieven, en ook wanneer die losbaar of opzegbaar zijn, de hoofdsom zelve in te vorderen, en te ontvangen, en zoo ook alle andere verpande inneschulden of rechten, zonder tot dat alles eenig bevel, volmacht of overdragt van den eigenaar nodig te hebben.

Doch van verpande tilbaare goederen, welke geen vrucht geeven, en door 't gebruik slijten of in waarde verminderen kunnen, mag de pandhouder geen gebruik maaken.'

In de voetnoot hierbij schreef Kreet, dat deze regeling hem een billijke en oncontroversiële variant op de antichresis onder het *Ius Commune* leek.<sup>103</sup>

Hij vervolgde in het ontwerp over het pandrecht uit overeenkomst:

'Art. 18. Bij het geven van pandrecht mogen allerlei eerlijke voorwaarden gevoegd en bedongen worden, als bij voorbeeld: [...]

<sup>100</sup> Art. 1819-1821 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 152, art. 19-20.

<sup>101</sup> Art. 1826 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 153, art. 33.

<sup>102</sup> Art. 1822-1823 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 152-153, art. 24 en 30.

<sup>103</sup> Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 112, art. 13 en de nota daaronder.

e. Dat, de pandhouder van onroerend goed of ander vruchtgevend goed, de huurpenningen, vruchten, renten, of andere inkomsten of ook aflossingen van dezelve moet of zal invorderen en ontvangen om te strekken in mindering of voldoening der daar op gevestigde schuld en interessen, indien dezelve bedongen zijn; en, wanneer eenig verpand perceel uit der huur geraakt, 't zelve weder mag verhuuren, of tot een bepaalden of gerechtelijk (des needs) te bepalen prijs, zelf in huure gebruiken, of alzulk ander beding, als de schuldeisscher en pandgever ten dezen op zichte zullen verkiezen te maaken.'

In de toelichting op dit artikel schreef Kreet dat, als partijen niets waren overeengekomen, artikel 13 van het algemene pandrecht van toepassing was. Artikel 18 van het bijzondere pandrecht bracht tot uitdrukking dat het partijen vrijstond om bij '*pactum antichreseos*' anders overeen te komen.<sup>104</sup>

Het WNH bepaalde over antichresis het volgende:

'Art. 1816. Pandregt, met bezit gepaard, geeft aan den pandhouder het vermogen om de vruchten, renten of andere inkomsten van het onderpand te ontvangen en onder zich te houden, om tegen zijne schuldvordering, en de daar van bedongene interessen te verrekenen.

Art. 1817. Zelfs kan de pandhouder bedingen, dat hij, in plaats van de interessen te trekken, tot de afbetaling zijner schuld, het verpande goed gebruiken, of de vruchten daar van genieten zal; mits dat genot de wettige maat van interessen niet merklijk te buiten gaat.<sup>105</sup>

De geciteerde artikelen 13 en 18 Ontwerp Kreet en 1816-1817 WNH laten het volgende zien. De pandhouder had van rechtswege al een pandrecht op de vruchten en aanwassen van een verpand goed. De artikelen 13 Ontwerp Kreet en 1816 WNH vulden hierop aan, dat een pandhouder bevoegd was om deze vruchten, als de inkomsten die verbonden waren aan een goed, mocht ontvangen en in mindering brengen op de gecureerde vordering. Partijen konden deze bevoegdheid nadere invulling geven in de pandovereenkomst, zo volgt uit artikel 18 Ontwerp Kreet en artikel 1817 WNH. Dit brengt vermoedelijk ook mee, dat partijen de antichretische werking van het pandrecht in de pandovereenkomst konden uitsluiten.

Artikel 13 Ontwerp Kreet en artikel 1816 WNH leken de antichretische werking van het pandrecht te beperken tot het vuistpandrecht op roerende zaken. Deze artikelen spraken immers van een 'pandrecht met bezit gepaard'. Alleen voor de vestiging van een vuistpandrecht op roerende zaken was bezitsverschaffing (terhandstelling) vereist.<sup>106</sup> Enkel een vuistpandrecht op roerende zaken was dus een pandrecht met bezit gepaard.

<sup>104</sup> Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 125, art. 18 sub e en de nota daaronder.

<sup>105</sup> Art. 1816-1817 WNH; Ontwerp van der Linden, p. 151, art. 16-17.

<sup>106</sup> Ontwerp van der Linden, p. 150-151, art. 9, 11; art. 1809 en 1811 WNH; Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, p. 124; Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 121, art. 3-4.

Toch konden ook pandrechten op onroerende zaken of vorderingen antichretisch zijn. Dit blijkt allereerst uit het feit dat Kreet in artikel 13 verwees naar de antichresis (*mort-gage*) van het *Ius Commune*, zoals Voet die besprak.<sup>107</sup> Speciaal de *mort-gage* op onroerende zaken was onder het *Ius Commune* populair, zoals ook Voet schreef.<sup>108</sup> Bovendien sprak Kreet in artikelen 13 en 18 niet alleen van roerende zaken, maar ook van schuldbrieven en inschulden (artikel 13) en onroerende zaken en andere vruchtgevende goederen (artikel 18). Ten slotte spraken artikelen 13 en 18 Ontwerp Kreet en artikel 1816 WNH van de bevoegdheid tot het innen van onder meer huurpenningen, renten en interessen. Dit waren vruchten die voortkwamen uit onroerende zaken of vorderingen.<sup>109</sup> Zij zouden niet specifiek in de wet zijn genoemd, als de pandhouder niet de bevoegdheid had ze te innen en te verrekenen met de geseceerde vordering.

Uit het voorgaande volgt dat een pandrecht op ieder vruchtgevend goed antichretisch kon zijn. Gaf een zaak natuurlijke vruchten, dan kon de pandhouder die vruchten onder zich nemen. Daarnaast was de pandhouder inningsbevoegd ten aanzien van burgerlijke vruchten. Deze inningsbevoegdheid hing samen met de openbaarheid van het pandrecht op onroerende zaken of vorderingen. De openbaarheid van het pandrecht stelde de antichresist immers in staat om betaling van derden te vorderen. Een schuldeiser met een pandrecht op een onroerende zaak was bijvoorbeeld bevoegd om huurpenningen van huurders te innen. Een pandhouder op een vordering kon de rente, en zelfs de hoofdsom innen.<sup>110</sup>

Naast een bevoegdheid tot vruchttrekking konden pandgever en pandhouder ook een gebruiksbevoegdheid overeenkomen.<sup>111</sup> Het Ontwerp Kreet sprak daarnaast expliciet van een bevoegdheid tot verhuur door de schuldeiser. Ik neem aan dat deze bevoegdheid ook viel onder de gebruiksbevoegdheid van artikel 1817 WNH. Hoe de waarde van het gebruik op de geseceerde vordering in mindering kwam, zal afhankelijk zijn geweest van wat partijen hadden afgesproken.<sup>112</sup>

Voor de volledigheid merk ik nog op dat de pandhouder, op grond van het goederenrechtelijke karakter van zijn pandrecht, ook het recht van antichresis tegen derden kon inroepen. Hij kon het onderpand en de bijbehorende (van rechtswege mee verpande)

107 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 112, art. 13 en de nota daaronder; Voet, *Commentarius ad pandectas*, ad D.20,1.

108 Voet, *Commentarius ad pandectas*, ad D.20,1; zie voorts paragraaf 3 van dit artikel.

109 Ontwerp van der Linden, p. 150-151, art. 9, 11; art. 1809 en 1811 WNH; Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, p. 124; Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 121, art. 3-4.

110 Zie thans art. 3:246 BW. Een interessante vraag is of de inning van een verpande vordering door de pandhouder een bevoegdheid is die antichretisch is. Omdat alleen in het Ontwerp Kreet de inningsbevoegdheid in hetzelfde wetsartikel is vermeld als de karakteristieke bevoegdheden van antichresis (genot en vruchttrekking) laat ik deze vraag voor dit artikel buiten beschouwing.

111 Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, p. 125, art. 18 sub e en de nota daaronder; art. 1817 WNH.

112 Zie Van Gessel-De Roo *Zakenrecht 1798-1820*, art. 18 sub e en de nota daaronder.

vruchten van eenieder opeisen. Zodoende kon de pandhouder, gelijk het Romeinse recht, zijn recht van antichresis geldend maken op grond van het pandrecht.

Samengevat kwam het recht van antichresis in de Codificatieperiode tijd niet voor als een zelfstandig goederenrechtelijk recht. In combinatie met het pandrecht kon het recht van antichresis wel bestaan. De pandhouder had van rechtswege een pandrecht op de vruchten van het onderpand. Daarnaast had hij het recht de vruchten van het onderpand te innen. De waarde van die vruchten bracht hij in mindering op de gecureerde vordering. Daarnaast konden pandgever en pandhouder een gebruik van het verpande goed door de pandhouder overeenkomen. De waarde van dit gebruik kon de pandhouder ontvangen in plaats van rente, of als aflossing op de rente en de hoofdsom.

## 5. Franse antichrèse

De codificatiepogingen resulteerden in het WNH, dat net geen twee jaar in Nederland zou gelden. Daarna legde keizer Napoléon alsnog zijn wil op: zijn Code Civil zou integraal van kracht zijn in de Nederlanden. Daarmee verdween de oud-vaderlandse antichresis uit het positieve recht. In haar plaats kwam de Franse *antichrèse*. Haar lotgevallen tijdens het ancien regime vermeld ik slechts kort.<sup>113</sup> De *antichrèse* leed in Frankrijk na de val van het Romeinse rijk een moeizaam bestaan. In de middeleeuwen verbood het Canonieke recht de rentedragende lening. Daarmee was de *antichrèse* eveneens gedoemd. Het werd de schuldeiser verboden om de vruchten van een onroerende zaak te innen als rente. Grote delen van Frankrijk verboden dus de *antichrèse*. Er waren echter provincies die de rentedragende lening bleven toestaan. In deze provincies stonden de *Parlementen* ook de *antichrèse* toe. Een voorbeeld hiervan is het *Parlement* van Toulouse.<sup>114</sup> Doordat de *antichrèse* in het overgrote deel van Frankrijk was verboden, kwam zij in het originele ontwerp van de Code Civil niet voor. Op aandringen van verschillende *Parlementen* is zij per amendement toch ingevoerd. Zij vonden de *antichrèse* een nuttige manier voor de

113 Zie Levy, 'Coup d'oeil historique d'ensemble sur les sûretés réelles', p. 245-247; P. Viollet, *Histoire du droit civil Français*, 1905; Aalen: Scientia 1966 (fasc. uitg.), p. 784-787; Zwolve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht. I. Inleiding en zakenrecht*, p. 497-498.

114 R.J. Pothier, *Recueil des divers traités sur les hypothèques, l'antichrèse et le nantissement. Tome premier*, Parijs: Letellier, Garnery en Nicolle 1809, p. 98; R.T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente. Du nantissement, du gage et de l'antichrèse. Tome dix-neuvième*, p. 453-457; G. Baudry-Lacantinerie & P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée. I*, Parijs: Librairie de la société du recueil J.B. Sirey et du Journals du Palais 1906, p. 159-160. Het Canonieke recht bood volgens Troplong wel ruimte voor antichrèse in de verhouding tussen leenheer en vazal, en als zekerheid voor een bruidsschat. De aangehaalde auteurs beschrijven tevens manieren om het Canonieke renteverbod te omzeilen, bijvoorbeeld door een fiduciaire eigendomsoverdracht (*contrat pignoratif*).

schuldenaar om zijn schuld af te lossen. Daarmee was de *antichrèse* in het belang van het economische verkeer, en verdiende zij invoering in de Code Civil.<sup>115</sup>

### 5.1. Nantissement

Het Napoleontische recht van antichresis bevond zich in Boek III, titel XVII van de Code Civil.<sup>116</sup> Deze titel heette '*Du nantissement*'. De Code Civil omschreef nantissement als een overeenkomst waarbij de schuldenaar een goed overhandigde aan de schuldeiser, tot zekerheid van zijn schuld.<sup>117</sup> Een overeenkomst van *nantissement* gaf de schuldeiser zekerheid voor zijn vordering, doordat hij het bezit (*Possession*; onder het huidige BW: houderschap. Voor het Franse recht spreek ik in dit artikel van bezit.) over een goed verkreeg. Daarmee was de *nantissement* een reële overeenkomst.<sup>118</sup> Zij kwam pas tot stand op het moment dat de schuldenaar een zaak overhandigde aan de schuldeiser. De Code Civil maakte onderscheid tussen twee soorten *nantissement*: de *gage* en de *antichrèse*.

Het recht van *gage* was een recht van *nantissement* op roerende zaken. Het was een vuistpandrecht. Schuldeiser en schuldenaar konden een recht van *gage* overeenkomen met betrekking tot een roerende zaak. Nadat hij de macht over de zaak verkreeg, had de schuldeiser een goederenrechtelijk recht op de in *gage* gegeven zaak. Bij verzuim van de schuldenaar kon hij het onderpand met machtiging van de rechter verkopen, en zich met voorrang op andere schuldeisers voldoen uit de opbrengst om de gecureerde vordering te delgen. Bovendien kon hij zijn recht van *gage* tegenwerpen aan derden.<sup>119</sup>

Het recht van *antichrèse* was een recht van *nantissement* op onroerende zaken. Anders dan de *gage* was de *antichrèse* geen pandrecht. Op grond van de overeenkomst van *antichrèse* kreeg de antichresist niets dan de bevoegdheid om de vruchten van een onroerende zaak te genieten, en de waarde van deze vruchten te verrekenen met de gecureerde vordering.<sup>120</sup> De antichresist verkreeg geen recht van voorrang op de in *antichrèse* gegeven zaak.<sup>121</sup> Dit alleen maakte al dat de rechten van *gage* en *antichrèse* wezenlijk van elkaar verschilden,

115 Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 472-473; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil*. XXV, p. 161-162.

116 Voor de tekst van de Code Civil en de Nederlandse vertaling baseer ik mij op W. Bilderdijk, *Code Napoléon. Article 1582-2281. Edition officielle. Wetboek Napoléon. Artikel 1582-2281. Officieele uitgave* (juxta-uitgave Frans-Nederlands), Amsterdam: Allart 1811. Ik verwijs slechts naar het artikelnummer uit de Code Civil.

117 Art. 2071-2072 CC.

118 C.B.M. Toullier & A. Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code: ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie et la pratique. Tome dix-neuvième*, Brussel: A. Wahlen 1834, p. 371-374; F. Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, Brussel: Bruylant-Christophe 1877, p. 426-427.

119 Art. 2073, 2076 en 2078 CC; Pothier, *Recueil des divers traités sur les hypothèques, l'antichrèse et le nantissement. Tome premier*, p. 85-89; Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code*. XIX, p. 392-393; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 90-91.

120 Art. 2085 CC.

121 Art. 2088 CC.

hoewel beide figuren kwalificeerden als recht van *nantissement*. Dit maakte dat er in de negentiende-eeuwse literatuur discussie bestond over het antwoord op de vraag of het recht van *antichrèse* eigenlijk wel een goederenrechtelijk recht was. Op deze fundamentele discussie kom ik straks terug. Eerst zal ik echter de overige eigenschappen van de *antichrèse* uiteenzetten. Het betreft de vormvereisten van de overeenkomst van *antichrèse* en de verbintenisrechtelijke rechten en plichten van antichresist en schuldenaar die uit deze overeenkomst voortvloeiden.

## 5.2. Vormvereisten

Voor de overeenkomst van *antichrèse* golden drie vormvereisten: overhandiging van de zaak aan de antichresist, schriftelijkheid en hoedanigheid. Het vereiste van overhandiging van de zaak vloeide voort uit het feit dat *antichrèse* kwalificeerde als *nantissement*. Het reële karakter van de *nantissement* bracht mee dat ook de *antichrèse* een reële overeenkomst was. Pas na overhandiging van de zaak aan de antichresist, kwam de *antichrèse* tot stand.<sup>122</sup> Daarnaast was schriftelijkheid vereist (*L'antichrèse ne s'établit que par écrit*).<sup>123</sup> Er leek consensus over te bestaan dat niet-naleving van dit schriftelijkheidsvereiste geen nietigheid van de overeenkomst meebracht. De functie van het schriftelijkheidsvereiste had enkel een bewijsfunctie voor de antichresist.<sup>124</sup>

'Ce n'est que pour la preuve, et non à titre de solennité de rigueur.'<sup>125</sup>

Voorts diende de schuldenaar een bepaalde hoedanigheid te hebben om een *antichrèse* overeen te komen. Om een recht van *antichrèse* overeen te komen, diende de antichresist een goederenrechtelijk recht recht te hebben op de vruchten van de onroerende zaak. Zodoende diende de schuldenaar ofwel eigenaar, ofwel vruchtgebruiker van de onroerende zaak te zijn.<sup>126</sup>

122 C.E. Delvincourt & J.J. Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*. Brussel: P.J. de Mat 1825, p. 429; Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code. XIX*, p. 372; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 448-448 en p. 476; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 529-530.

123 Art. 2085 CC.

124 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 429; Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code. XIX*, p. 414-415; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code XIX*, p. 475-476; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 527-529; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 163-164.

125 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 429.

126 Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 476-477; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 524.

### 5.3. Rechten van de antichresist uit de overeenkomst

De overeenkomst van *antichrèse* gaf de antichresist verschillende rechten. Ten eerste kreeg de antichresist het recht om de vruchten van de onroerende zaak te genieten (*percevoir les fruits*). Hoewel de Code Civil (en de Nederlandse vertaling) zich hier leek te beperken tot een recht van vruchtgenot<sup>127</sup>, gaven de Franse auteurs een ruime betekenis aan dit begrip. Onder *percevoir les fruits* verstonden zij iedere manier van een fatsoenlijke exploitatie (*tous les moyens de mise en valeur qui sont approuvés par une sage administration*).<sup>128</sup> Hieronder vielen onder meer bewoning door de antichresist, verhuur en het oogsten van vruchten.<sup>129</sup> Voor het begrip van 'vruchten' leek de Code Civil dan ook aan te sluiten bij het Romeinse recht.<sup>130</sup>

De waarde van deze vruchten diende de antichresist jaarlijks te verrekenen met de verschuldigde rente en hoofdsom. De antichresist was verplicht om hiertoe een administratie bij te houden, waarin hij de waarde van de geïnde vruchten bijhield.<sup>131</sup> Dit kon een tijdrovende bezigheid zijn voor de antichresist. Wilde de antichresist geen administratie bijhouden, dan kon hij een afwijkende afspraak maken met zijn schuldenaar. Partijen kwamen dan overeen, dat de geïnde vruchten in de plaats van de rente kwamen, ongeacht de waarde van die vruchten. In dat geval was sprake van een zuivere rente-antichresis.<sup>132</sup> De mogelijk fluctuerende vruchtopbrengst bracht een risico mee voor zowel schuldenaar als antichresist. De schuldenaar liep het risico dat de vruchtopbrengst hoger zou uitvallen dan het bedrag dat hij normaal aan rente had moeten betalen. De antichresist droeg het tegenovergestelde risico, dat hij door een tegenvallende vruchtopbrengst minder ontving dan hij bij een overeengekomen vast rentepercentage had kunnen ontvangen.<sup>133</sup> Een beding waarbij de waarde van de vruchten in de plaats van de rente kwam, was slechts geldig, voor zover het bedrag van de vruchten het wettelijk vastgelegde rentemaximum niet oversteeg.<sup>134</sup> Bij de beantwoording van de vraag of het bedrag van de vruchten het wettelijk vastgelegde rentemaximum inderdaad oversteeg, moest de rechter rekening

127 Art. 2085 CC.

128 Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 489.

129 Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code*. XIX, p. 412; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 489; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil*. XXV, p. 170-171. Zie ook Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 432 (de woorden *l'habiter en louée*). Anders: Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 532-533.

130 Pothier, *Recueil des divers traités sur les hypothèques, l'antichrèse et le nantissement. Tome premier*, p. 95-97.

131 Art. 2085, Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil*. XXV, p. 171-172.

132 Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code*. XIX, p. 412-413; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 490; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 534.

133 Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 514.

134 Art. 2089 CC in verbinding met p. 160-161, art. 1907 CC. Zie voorts Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 535.

houden met de aard van de zaak die in *antichrèse* was gegeven. Betrof het een zaak waarvan de opbrengst van de vruchten sterk kon fluctueren, zoals een wijngaard, dan moest de rechter terughoudend oordelen. De waarde van de oogst in het ene jaar kon immers veel hoger uitvallen dan de waarde van de oogst in het andere jaar, zodat de gemiddelde opbrengst alsnog onder het rentemaximum uit kon komen.<sup>135</sup> Voor deze terughoudendheid gold als rechtvaardiging dat de antichresist werd ontzien een administratie van de opbrengst van de vruchten te voeren.<sup>136</sup> Was echter evident dat de opbrengst van de vruchten het rentemaximum zou overstijgen, doordat de zaak een constante opbrengst van vruchten kende of de gemiddelde opbrengst van de vruchten kennelijk veel hoger zou liggen dan het maximum, dan kon de rechter verlangen dat de antichresist alsnog een administratie bijhield. In dat geval moest de antichresist het bedrag dat het rentemaximum te boven ging alsnog in mindering brengen op de hoofdsom.<sup>137</sup>

Ten opzichte van de schuldenaar had de antichresist het recht om de in *antichrèse* gegeven zaak onder zich te houden, tot de schuldenaar zijn schuld integraal had voldaan. Hieronder waren begrepen de rente en de hoofdsom. Anders dan onder de *gage* kreeg de antichresist uit de *antichrèse* geen Gordiaans retentierecht: het retentierecht gold slechts voor de vordering die door de *antichrèse* was gedekt.<sup>138</sup>

#### 5.4. Verplichtingen van de antichresist

Naast rechten vloeiden voor de antichresist ook verplichtingen uit de overeenkomst van *antichrèse* voort. Ten eerste was de antichresist verplicht om de onroerende zaak aan de schuldenaar terug te geven, nadat die laatste zijn schuld volledig had voldaan.<sup>139</sup> Ten tweede was de antichresist verplicht om jaarlijkse lasten waarmee de onroerende zaak was

135 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 432. Opvallend is dat deze auteurs de vraag of de gemiddelde opbrengst van de vruchten boven het rentemaximum uit zal komen, en daarmee de vraag of dit beding *usuraire* is, een gewetensbeslissing van de rechter noemen. Zie voorts Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 173-174.

136 Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 514-515; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 172.

137 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 432; Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code. XIX*, p. 412-414; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 514-518; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 173-174.

138 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 433; Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code. XIX*, p. 420-421; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 499-500; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 540-542; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 175. Term ontleend aan J.C. Out, 'Het retentierecht van de pandhouder, oftewel: het Gordiaanse retentierecht', *MvV* 2016/2, p. 45.

139 Art. 2087 CC, Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 433.



bezwaard, te voldoen. Hiervan kon bij overeenkomst worden afgeweken.<sup>140</sup> Tevens diende de antichresist zorg te dragen voor het noodzakelijke onderhoud van de zaak. Nalatigheid van de antichresist om onderhoud te verrichten kon leiden tot aansprakelijkheid voor de schade die daaruit voortvloeide jegens de schuldenaar.<sup>141</sup> De kosten die de antichresist maakte voor de jaarlijkse lasten en het onderhoud kon hij in mindering brengen op de vruchten van de zaak. Indien de kosten van het onderhoud en de lasten de opbrengst van de vruchten overstegen, kon de antichresist het restant vorderen van de schuldenaar.<sup>142</sup> De rechtvaardiging dat al deze kosten voor rekening van de antichresist kwamen, was dat hij degene was die het genot had van de zaak, en degene was die de zaak beheerde.<sup>143</sup>

Indien de kosten van de lasten en het onderhoud boven de vruchten uitgingen, had de antichresist zelf kosten gemaakt. Voor die kosten had hij weliswaar een vordering op de schuldenaar, maar die vordering was niet door enig zekerheidsrecht gedekt. Daar kwam dan bij dat de antichresist de vruchtopbrengst kwijt was aan de voldoening van kosten die hij had gemaakt. Doordat de opbrengst van de vruchten was verdampt, was de door de *antichrèse* gecureerde vordering feitelijk eveneens ongedekt. Zo kon de antichresist een vergroot insolventierisico lopen op de schuldenaar. Wilde de antichresist dit risico niet dragen, dan kon hij de onroerende zaak op ieder gewenst moment aan de schuldenaar teruggeven. Daarmee bevrijdde de antichresist zich van zijn betalingsverplichtingen. Tevens eindigde met de teruggave de *antichrèse*.<sup>144</sup>

Samengevat was de overeenkomst van *antichrèse* een onvolmaakt wederkerige overeenkomst. De schuldenaar had een actie tot teruggave van de zaak, nadat hij de gecureerde vordering had betaald. Bovendien had hij eventueel een actie uit de overeenkomst tot schadevergoeding tegen de antichresist. Daar stond tegenover dat aan de antichresist niet altijd een actie ter beschikking stond. Normaal gesproken kon hij zijn rechten uit overeenkomst zelf uitoefenen, doordat hij met het ontstaan van de overeenkomst van

140 Art. 2086 CC, Pothier, *Recueil des divers traités sur les hypothèques, l'antichrèse et le nantissement. Tome premier*, p. 97; Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 433; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 197-198.

141 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 433; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 494; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 197-198.

142 Art. 2086 CC, Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 433; Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code. XIX*, p. 493-496; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 493; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 536-537; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 198-199.

143 Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code. XIX*, p. 492-493; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 489; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 535-536; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 197-199.

144 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 433; Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code. XIX*, p. 421; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 539-540.

*antichrèse* het bezit had van de onroerende zaak. Hij kon de zaak onder zich houden, en de vruchten van de onroerende zaak innen. Mocht de antichresist onkosten voor de onroerende zaak maken, dan kon hij die in mindering brengen op de vruchten. Mochten deze onkosten hoger uitvallen dan de vruchtopbrengst, dan kon de antichresist dit meerdere verhalen op de schuldeiser met een actie tot schadevergoeding.<sup>145</sup>

### 5.5. Discussie: het karakter van de antichrèse

Hiervoor heb ik uiteengezet welke rechten de antichresist uit de overeenkomst van *antichrèse* kreeg jegens de schuldenaar. In de literatuur bestond discussie over het antwoord op de vraag of de antichresist deze rechten ook kon invoeren tegen derden. De vraag was met name wat de positie van de antichresist was ten opzichte van concurrente schuldeisers en latere verkrijgers van de eigendom of een beperkt recht. Sommigen betoogden dat de antichresist zijn recht niet kon invoeren tegen concurrente schuldeisers of latere verkrijgers, omdat de *antichrèse* geen goederenrechtelijk recht was. Pothier was daarentegen van mening dat de *antichrèse* wel een goederenrechtelijk recht was, zodat de antichresist zijn gebruiksrecht kon invoeren tegen derde-verkrijgers en concurrente schuldeisers.<sup>146</sup> Een middenweg was ten slotte dat de antichresist geen goederenrechtelijk recht had. Wel had hij op grond van bezit dat hij van de onroerende zaak had een retentierecht dat hij tegen latere verkrijgers en concurrente schuldeisers kon invoeren.<sup>147</sup> Deze drie opvattingen en de argumenten die deze opvattingen ondersteunden zal ik hierna uiteenzetten.

### 5.6. Het goederenrechtelijke karakter van de antichrèse

Pothier stond een *antichrèse* als goederenrechtelijk recht voor. Hiertoe baseerde hij zich op de antichresis uit het Romeinse recht, zoals ik die heb besproken. De *antichrèse* kwam volgens hem tot stand door middel van een *traditio*. Hiermee kreeg de antichresist een goederenrechtelijk recht op de onroerende zaak. De schuldenaar kon zijn onroerende zaak niet vervreemden of bezwaren met een beperkt recht, dan door het recht van antichresis te respecteren. De antichresist kon zijn beperkte recht handhaven met een goederenrechtelijke *actio in factum*.<sup>148</sup>

---

145 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 433; Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code. XIX*, p. 415-416; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 476 en 498.

146 Pothier, *Recueil des divers traités sur les hypothèques, l'antichrèse et le nantissement. Tome premier*, p. 96-97

147 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*. Brussel: P.J. de Mat 1825, p. 429-431; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 481-482 en 526-542; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 547-563.

148 Pothier, *Recueil des divers traités sur les hypothèques, l'antichrèse et le nantissement. Tome premier*, p. 96-97.

De heersende leer in de negentiende eeuw was echter dat de *antichrèse* geen goederenrechtelijk recht was. Delvincourt, Troplong, Duranton, Laurent en Baudry-Lacantinerie ontkenden het goederenrechtelijke karakter van de *antichrèse*. Volgens hen was de *antichrèse* slechts een verbintenisrechtelijk recht. Uit de overeenkomst van *antichrèse* vloeiden geen rechten voort die de schuldenaar kon inroepen tegen derden. Artikel 2085 CC bepaalde dat de antichresist op grond van een overeenkomst geen ander recht kreeg dan de vruchten van een onroerende zaak te genieten. Uit deze beperkte omschrijving volgde slechts een verbintenisrechtelijk recht om de vruchten te innen.<sup>149</sup> Dit recht tot vruchtgenot was gekoppeld aan het bezit van de onroerende zaak, en ging verloren op het moment dat de antichresist het bezit verloor.<sup>150</sup> Daarbij kwam dat artikel 2091 CC bepaalde dat niets uit het hoofdstuk over *antichrèse* afbreuk deed aan de rechten van derden. Hieruit volgde dat de antichresist slechts de positie had van een concurrente schuldeiser. Hetzelfde bleek uit artikel 2088 CC, dat bepaalde dat de antichresist bij executie zijn rechten moest uitoefenen zoals alle andere schuldeisers.<sup>151</sup> Anders dan Pothier stelden verschillende auteurs dat de *antichrèse* inhoudelijk afweek van het Romeinse recht. Met name de beperkte redactie van de wet viel niet te rijmen met de Romeinsrechtelijke invulling van de antichresis. Hoewel Pothier een juiste omschrijving gaf van het Romeinse recht, kon hij die omschrijving niet één op één toepassen op de Code Civil.<sup>152</sup>

### 5.7. Derdenwerking van het retentierecht

Hoewel na invoering van de Code Civil de heersende leer was dat de *antichrèse* geen goederenrechtelijk recht was, bestond er toch discussie over het antwoord op de vraag of de antichresist zijn verbintenisrechtelijke recht tegen derden kon inroepen. Aanleiding voor deze discussie was artikel 2087 CC, dat aan de antichresist een retentierecht gaf. Kon de antichresist dit recht inroepen tegen derden, of slechts tegen de schuldenaar?

Baudry-Lacantinerie en Duranton meenden dat de antichresist zijn retentierecht inderdaad kon inroepen tegen derden. De antichresist hield stand tegen concurrente schuldeisers en

---

149 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 429-430; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 481; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 547-549; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 191-195.

150 Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. XIX*, p. 481-482; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 549.

151 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 430-431; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 547-549; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 194-195.

152 Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code. XIX*, p. 417; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 550-551; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. XXV*, p. 191-192.

tegen latere verkrijgers van goederenrechtelijke rechten. Deze auteurs baseerden hun opvatting op drie argumenten. Ten eerste beriepen zij zich op de strekking van de wet. Ten tweede trokken zij een analogie met de huurovereenkomst. Ten derde beriepen zij zich op het schriftelijkheidsvereiste van de *antichrèse*. Delvincourt, Troplong en Laurent hadden een andere mening. Volgens hen kon de antichresist zijn retentierecht enkel inroepen tegen de schuldenaar, en niet tegen derden. De wet gaf volgens hen geen grondslag om een ruimer retentierecht aan te nemen. Hieronder geef ik de argumenten van Baudry-Lacantinerie en Duranton weer. Na ieder argument volgt de weerlegging van Delvincourt, Troplong en Laurent.

Baudry-Lacantinerie en Duranton stelden, op grond van artikelen 2071 en 2072 CC, dat de *antichrèse* een zekerheidsrecht was. Een zekerheidsrecht zou geen enkele waarde van *zekerheid* hebben, als dit recht zou sneuvelen tegen latere verkrijgers van goederenrechtelijke rechten en concurrente schuldeisers. De strekking van de *antichrèse* bracht dan ook mee dat zij wel inroepbaar moest zijn tegen concurrente schuldeisers en latere verkrijgers van goederenrechtelijke rechten.<sup>153</sup> Delvincourt, Troplong en Laurent meenden dat deze strekking onvoldoende was om een retentierecht met derdenwerking aan te nemen. Het was waar dat de wet gaf dat *antichrèse* een zekerheidsrecht was, maar *wat voor een zekerheidsrecht*, zei de wet niet. De invulling die de wet vervolgens aan het zekerheidsrecht van *antichrèse* gaf was onpraktisch. Wilde de antichresist nadere zekerheid op onroerende zaken, dan moest de schuldenaar een hypotheekrecht vestigen.<sup>154</sup>

'Sûreté imparfaite, sans doute; mais libre au créancier de stipuler une sûreté plus efficace, en se faisant consentir une hypothèque et, par suite, un droit de préférence.'<sup>155</sup>

Door een retentierecht aan te nemen dat inroepbaar was tegen derden, zou de antichresist bovendien feitelijk een voorrangrecht op andere schuldeisers krijgen. Die zouden immers de antichresist moeten uitkopen, alvorens zich op de onroerende zaak te kunnen verhalen. Op grond van de wet kon de antichresist zich echter juist niet met voorrang op de onroerende zaak verhalen. De antichresist moest volgens Delvincourt, Troplong en Laurent iedere goederenrechtelijk gerechtigde voor zich dulden, ongeacht het ontstaansmoment van dat recht. De antichresist was slechts een concurrente schuldeiser.<sup>156</sup>

153 Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code*. XIX, p. 417-418; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil*. XXV, p. 195.

154 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil*. Tome huitième, p. 429-430; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 483; Laurent, *Principes de droit civil Français*. Tome vingt-huitième, p. 553-554.

155 Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 474-475; Laurent, *Principes de droit civil Français*. Tome vingt-huitième, p. 554.

156 Art. 2088 CC; Delvincourt & Drault, *Cours de code civil*. Tome huitième, p. 429-430; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 526-529; Laurent, *Principes de droit civil Français*. Tome vingt-huitième, p. 548, p. 556-557 en p. 562-563.

Het tweede argument van Baudry-Lacantinerie en Duranton, was dat het ontbreken van een goederenrechtelijk karakter van de *antichrèse* nog niet betekende dat het retentierecht van de antichresist niet inroepbaar was tegen derden. De Franse huurovereenkomst gaf de huurder immers ook geen goederenrechtelijk recht. Toch kon hij zijn recht wel inroepen tegen derden. De rechten uit de huurovereenkomst en de *antichrèse* waren bovendien vergelijkbaar. Zowel de huurovereenkomst als de *antichrèse* gaven immers een genotsrecht. Zodoende lag een analogie tussen beide overeenkomsten voor de hand. De huurder kon zijn recht inroepen tegen derden. Naar analogie kon de antichresist dat ook.<sup>157</sup> Het antwoord van Troplong en Laurent was dat een analogie met de huurovereenkomst helemaal niet voor de hand lag. De tegenwerpelijke van de huurovereenkomst was een uitzondering op de relativiteit van contracten. Deze uitzondering kwam in de Code Civil nergens anders voor. Zonder grondslag in de wet kon zij dus niet naar analogie worden toegepast op de *antichrèse*.<sup>158</sup> Tegen een analogie met de huurovereenkomst pleitte bovendien, dat een analogie tussen de *antichrèse* en andere reële overeenkomsten tot een tegenovergestelde uitkomst leidde. Zo kon de bruiklener zijn bruikleenovereenkomst niet inroepen tegen derden.<sup>159</sup>

Ten slotte bracht het schriftelijkheidsvereiste van de *antichrèse* volgens Baudry-Lacantinerie en Duranton mee dat zij inroepbaar was tegen derden. Hiervoor zagen we dat algemeen aanvaard was dat het schriftelijkheidsvereiste een bewijsfunctie had. Volgens Baudry-Lacantinerie en Duranton kon deze bewijsfunctie enkel zien op bewijs tegenover derden. Zeker bij de overeenkomst van *antichrèse* lag dit voor de hand. *Antichrèse* was immers een reële overeenkomst, de overhandiging van de zaak zou als bewijs kunnen volstaan. In het algemeen was schriftelijkheid voor het bewijs van een overeenkomst geen vereiste, partijen konden ook aan andere omstandigheden bewijs ontleen. Het wettelijk opgenomen schriftelijkheidsvereiste moest dan ook wel een bewijsfunctie hebben tegenover derden. De antichresist kon zijn schriftelijke overeenkomst tegenover derden bewijzen, dus kon hij het recht van *antichrèse* inroepen tegen derden.<sup>160</sup> Volgens Troplong en Laurent bood dit schriftelijkheidsvereiste juist onvoldoende bescherming voor derden, en kon daarom niet gelden als een argument voor tegenwerpelijke van de *antichrèse*. Voor tegenwerpelijke zou sprake moeten zijn van een geregistreerde authentieke akte.<sup>161</sup> De Franse wetgever zou registratie in 1855 inderdaad verplicht stellen.<sup>162</sup> Dit was echter te laat om van invloed te zijn op de inhoud van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838. Evenmin had deze wetswijziging invloed op de inhoud van het Belgische recht, dat

157 Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 418-419; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil*. XXV, p. 193-194.

158 Laurent, *Principes de droit civil Français*. Tome vingt-huitième, p. 561.

159 Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 534-535.

160 Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code*. XIX, p. 414-415 en 419-420; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil*. XXV, p. 191-193.

161 Laurent, *Principes de droit civil Français*. Tome vingt-huitième, p. 547-549, p. 563.

162 Laurent, *Principes de droit civil Français*. Tome vingt-huitième, p. 547-549; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil*. XXV, p. 191-193.

Laurent becommentarieerde.

Op basis van de strekking van de *antichrèse* als zekerheidsrecht, de analogie met de huur-overeenkomst en het schriftelijkheidsvereiste stonden Baudry-Lacantinerie en Duranton een retentierecht van de *antichrèse* voor, dat inroepbaar was tegen derden. De antichresist had een retentierecht dat hij kon inroepen tegen iedere goederenrechtelijk gerechtigde die zijn recht later had verkregen dan het ontstaansmoment van de *antichrèse*. Bovendien kon de antichresist zijn recht inroepen tegen iedere concurrente schuldeiser. Tegen latere goederenrechtelijk gerechtigden en concurrente schuldeisers kon de antichresist dus zijn recht handhaven. Hij kon de onroerende zaak in bezit houden, tot de schuldenaar de vordering volledig had afbetaald. Wilden derden eerder toegang tot de onroerende zaak, dan zouden zij de antichresist moeten uitkopen.<sup>163</sup>

Wat volgens Delvincourt, Troplong en Laurent resteerde voor de antichresist was een eigendomsrecht op de vruchten die hij had geïnd, voordat een ander dan de schuldenaar de eigendom van de onroerende zaak had verkregen. Deze eigendomsverwerving kon geschieden via verkoop door de schuldenaar, maar ook door executoriale verkoop door de hypotheekhouder of concurrente schuldeisers. Hypotheekhouders en concurrente schuldeisers hadden van zichzelf immers geen goederenrechtelijk recht op de vruchten van de onroerende zaak. Dat goederenrechtelijke recht zou pas tegen de antichresist worden ingeroepen op het moment dat de zaak een nieuwe eigenaar kreeg, die niet was gebonden aan de verbintenisrechtelijke rechten uit de *antichrèse*.<sup>164</sup>

## 5.8. Een korte blik vooruit: de moderne Franse antichrèse

De onduidelijkheid over de Franse *antichrèse* zou nog lang voortduren.<sup>165</sup> In de twintigste eeuw ontwikkelde zich de heersende leer, dat de *antichrèse* een goederenrechtelijk recht was. De antichresist kon zijn recht dus inroepen tegen iedereen die daarop een inbreuk maakte: het recht van *antichrèse* had zaaksgevolg.<sup>166</sup> Dit recht gaf aan de antichresist bovendien een retentierecht, dat hij tegen derden kon inroepen, zelfs in faillissement.<sup>167</sup> Dit maakte de *antichrèse* tot een sterk zekerheidsrecht voor de antichresist. Toch kleefden

163 Toullier & Duranton, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code*. XIX, p. 417-420; Baudry-Lacantinerie & De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil*. XXV, p. 195-196.

164 Delvincourt & Drault, *Cours de code civil. Tome huitième*, p. 430; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. XIX, p. 540-542; Laurent, *Principes de droit civil Français. Tome vingt-huitième*, p. 547-549, p. 566-569.

165 E. Béguin, 'l'antichrèse-bail: une sûreté alternative ou complémentaire à l'hypothèque?' in: E. Béguin & J.L. Ronchon (red.), *Liber amicorum Jean-François Taymans*, Brussel: Larmier 2012, p. 9.

166 S. Piedelièvre, 'Gage immobilier', in: *repertoire de droit civil*. Geraadpleegd via zoekmachine Dalloz, bijgewerkt tot 2011, nr. 77-79.

167 Ph. Simler & Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*. Parijs: Dalloz 2012, p. 354-355; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac & Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Parijs: LexisNexis 2010, p. 709-711.

er aan de *antichrèse* veel nadelen. De schuldenaar moest de onroerende zaak in het bezit stellen van de antichresist. Hij kon dan ook geen gebruik meer maken van de zaak. De antichresist ondervond ook nadeel van het feit dat hij in het bezit van de zaak werd gesteld. Dit bezit bracht op grond van de wet immers de verplichting mee tot beheer en onderhoud. Zodoende had voor zowel de schuldenaar als de schuldeiser het hypotheekrecht de voorkeur als zekerheidsrecht op onroerende zaken.<sup>168</sup> Zo leek de *antichrèse* een stille dood te sterven<sup>169</sup>, zij werd een *pièce de musée*.<sup>170</sup>

In de jaren tachtig van de vorige eeuw ontstond echter een voorzichtige renaissance van de *antichrèse*.<sup>171</sup> Deze opleving is te danken aan een vondst waarmee partijen twee nadelen van de *antichrèse* konden omzeilen: de *antichrèse-bail*. Bij deze constructie krijgt een antichresist een onroerende zaak in *antichrèse*. Vervolgens verhuurt hij deze onroerende zaak terug aan de schuldenaar. De huurprijs is gelijk aan de verplichte rente en aflossing op de geseceerde vordering. Door deze constructie behoudt de antichresist het bezit van de zaak, maar kan de schuldenaar haar exploiteren. Bovendien behoudt de antichresist zijn retentierecht op de zaak, zelfs nu de hij de zaak niet meer feitelijk onder zich heeft. Dit vindt zijn rechtvaardiging in het feit dat de antichresist wordt beschermd als bezitter. Dit bezit blijft behouden als de antichresist de zaak verhuurt: de antichresist wordt middellijk bezitter. Met het bezit blijft ook het retentierecht behouden.<sup>172</sup> Dit retentierecht kan de antichresist uitoefenen in faillissement. Zelfs een curator en een schuldeiser met een later gevestigd hypotheekrecht kunnen niet om dit retentierecht heen. Als één van beide de zaak overdraagt, dan kan de antichresist zijn retentierecht invoeren tegen de koper. De curator of latere hypotheekhouder kunnen de zaak slechts vrij van het retentierecht verkopen door de door de *antichrèse* geseceerde vordering integraal te voldoen.<sup>173</sup> Het Franse Cour de Cassation bevestigde de geldigheid van de *antichrèse-bail* in 2003.<sup>174</sup> De wetgever heeft deze rechtspraak gecodificeerd bij de herziening van het Franse zekerhedenrecht van

168 M.F. Planiol/G. Ripert & E. Becqué, *Traité pratique de droit civil Français. Tome XII. Suretés Réelles. Première partie*, Parijs: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1953, p. 342.

169 Ph. Malaurie/L. Aynès & P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, Parijs: Defénois 2011, p. 221; Beguin, 'l'antichrèse-bail: une sûreté alternative ou complémentaire à l'hypothèque?', p. 9.

170 Cabrillac e.a., *Droit des sûretés*, p. 706.

171 Simler & Delebecque *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, p. 352. Zij verwijzen naar: F. Lejeune, 'une sûreté nouvelle: l'antichrèse-bail', *JNA* 1986, 571; D. Martin, 'l'antichrèse', *JCP N* 1987, I, 299; R. Tandler, 'l'antichrèse, mythe ou réalité?' *Dalloz* 1989, chr. 43. Deze artikelen heb ik niet kunnen raadplegen.

172 V. Avena-Robardet, 'l'antichrèse-bail: une sûreté efficace', *Recueil Dalloz* 2003, p. 491; Th. Revet, 'Possession corpore alieno', *RTD Civ.* 2003, p. 319; Simler & Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, p. 355.

173 Avena-Robardet, 'l'antichrèse-bail: une sûreté efficace', p. 491; Beguin, 'l'antichrèse-bail: une sûreté alternative ou complémentaire à l'hypothèque?', p. 11 en 13; Piedelièvre, 'Gage immobilier', nr. 71-76; Cabrillac e.a., *Droit des sûretés*, p. 710-711. Kritisch: Revet, 'Possession corpore et alieno', p. 319, die de vraag opwerpt of het bezit, en daarmee het retentierecht van de antichresist verloren gaat indien de schuldenaar (of een curator?) afgifte van het onderpand weigert.

174 Cour de Cassation 18 december 2002, 01-12143.

2006.<sup>175</sup> Deze antichresis met verhuur aan de schuldenaar zagen wij in paragraaf twee al voorbijkomen in het Romeinse recht.<sup>176</sup>

Zo heeft zich in de afgelopen decennia een Franse versie van de verzuim-antichresis ontwikkeld. Andere zekerheidsrechten genieten in Frankrijk nog altijd de grote voorkeur<sup>177</sup>, toch zien verschillende auteurs brood in de *antichrèse-bail* als zekerheidsrecht.<sup>178</sup> De *antichrèse-bail* zou niet alleen perspectief hebben als een zelfstandig zekerheidsrecht, maar kan ook gecombineerd worden met een hypotheekrecht.<sup>179</sup> Bij een faillissement van de schuldenaar zou de antichresist dan de huurovereenkomst met de schuldenaar kunnen opzeggen. Vervolgens kan hij zijn retentierecht tegen derden gaan uitoefenen. Hij kan de inkomsten van de onroerende zaak innen en in mindering brengen op de gecureerde vordering. Bovendien kan hij op een moment dat hem goeddunkt overgaan tot executie van de onroerende zaak. Opvallend is dat in de aangehaalde literatuur de nadruk ligt op het retentierecht dat voortvloeit uit de *antichrèse-bail*. De bevoegdheid tot vruchttrekking blijft onderbelicht.

Samengevat was de regeling van de *antichrèse* uit de Code Civil een ongelukkige. Over belangrijke eigenschappen van de *antichrèse*, zoals het goederenrechtelijke karakter en de derdenwerking van het retentierecht, heeft de hele negentiende eeuw discussie bestaan. Bovendien vertoonde de *antichrèse* enkele bezwaarlijke inhoudelijke gebreken. De antichresist moest het onmiddellijke bezit over de onroerende zaak krijgen. Bovendien liep de antichresist een insolventierisico op de schuldenaar, doordat de antichresist de lasten en het onderhoud van de onroerende zaak moest voldoen. Pas recentelijk heeft de Franse wetenschap een manier gevonden om deze bezwaren van de *antichrèse* te omzeilen, via de *antichrèse-bail*. Tot de introductie van de *antichrèse-bail* lijkt de *antichrèse* een vrijwel dode letter te zijn geweest. Sindsdien is zij enigszins op de weg terug, al hebben andere zekerheidsrechten nog altijd de grote voorkeur.

## 6. Antichresis in het BW 1838

In deze paragraaf bespreek ik de parlementaire geschiedenis die leidde tot de invoering van de Nederlandse codificatie van 1838. Zij betekende het einde van de antichresis die in de wet was vastgelegd. Vervolgens geef ik weer hoe de rechtswetenschap reageerde op het

---

175 Art. 2390 Code Civil.

176 D.13,7,35,1; zie p. 4 van dit artikel.

177 Simler & Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, p. 355; Piedelièvre, 'Gage immobilier', nr. 5.

178 Lejeune, 'une sûreté nouvelle: l'antichrèse-bail'; Martin, 'l'antichrèse'; Tandler, 'l'antichrèse, mythe ou réalité?'; Avena-Robardet, 'l'antichrèse-bail: une sûreté efficace'; Beguin, 'l'antichrèse-bail: une sûreté alternative ou complémentaire à l'hypothèque?'

179 Beguin, 'l'antichrèse-bail: une sûreté alternative ou complémentaire à l'hypothèque?', p. 15.



verdwijnen van de antichresis. Daarnaast bespreek ik hoe partijen langs verbintenismatige weg de rechtsgevolgen konden bewerkstelligen van een antichresis, zoals zij vroeger in de wet was vastgelegd.

### 6.1. Ontwerpen 1816 en 1820

Voordat het BW in 1838 werd ingevoerd, waren er verschillende ontwerpen. Zij haalden de eindstreep niet. Ik bespreek de ontwerpen van 1816 en 1820. Zij kwamen van de hand van Johan Melchior Kemper. Hij kreeg van de Koning de opdracht een codificatie te ontwerpen die aansloot bij het recht dat gold voor de Franse bezetting.<sup>180</sup> In beide ontwerpen kwam een gemengde antichresis voor. Zij leek sterk op de antichresis die ik heb besproken in paragraaf vier<sup>181</sup>, waarnaar zij verwezen voor een uitgebreidere behandeling. In het Ontwerp 1816 vielen onder het pandrecht niet alleen het verpande goed zelf, maar ook alle vruchten en aanwassen. Een pandrecht was van rechtswege een antichretisch pandrecht: de pandhouder had van rechtswege de bevoegdheid de inkomsten van het onderpand te innen en te ontvangen en onder zich te houden, ter verrekening met de geseceerde vordering.<sup>182</sup>

In het Ontwerp 1820 kwam de *antichrèse* voor in de afdeling over het vuistpandrecht. De antichresis kwam niet voor als zelfstandige rechtsfiguur. Wel kon de *antichrèse* onder het Ontwerp 1820 gepaard gaan met een hypotheekrecht. Onder het ontwerp viel onder een pandrecht niet alleen het verpande goed zelf, maar ook alle aanwassen, waardoor het goed vergroot of vermeerderd wordt. Voorts bepaalde het ontwerp dat een hypotheekrecht onafhankelijk was van het bezit. Niettemin konden partijen overeenkomen dat een verhypothekerde zaak in het bezit van de hypotheekhouder zou overgaan. In dat geval kreeg de hypotheekhouder de bevoegdheid om vruchten, renten, huurpenningen of andere inkomsten van het onderpand te ontvangen en onder zich te houden, ter verrekening met de geseceerde vordering.<sup>183</sup> Zo keerden de Ontwerpen 1816 en 1820 terug naar de oudvaderlandse gecombineerde antichresis. De Franse zelfstandige antichresis verdween. Dit riep de vraag op, of de afdeling over pandrecht geen onderscheid zou moeten maken tussen pandrecht (de Franse *gage*) en vruchtgebruik als rente (de Franse *antichrèse*). Het antwoord op deze vraag werd aan de commissie van redactie overgelaten.<sup>184</sup>

180 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken. I. Deel. I. Stuk. Algemeene inleiding*, Utrecht: Robert Natan 1837, p. 17-20, p. 28 en p. 32; Lokin & Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, p. 370-374; Van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief*, p. 220.

181 Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, p. 125-129; Van Gessel-De Roo, *Zakenrecht 1798-1820*, p. 357, onderschrift bij art. 1718.

182 Van Gessel-De Roo, *Zakenrecht 1798-1820*, p. 357, art. 1718.

183 Van Gessel-De Roo, *Zakenrecht 1798-1820*, p. 375, art. 1527.

184 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken. IV. Deel. Burgerlijk Wetboek, art. 877-1268*, Utrecht: Robert Natan 1838, p. 416-417. Nader aan te duiden als: Voorduin IV.

## 6.2. Parlementaire Geschiedenis BW 1838

In het ontwerp voor 1838 kwam de antichrèse niet voor. Deze afwezigheid is zijdelings aan de orde gekomen. Een Kamerlid vroeg waarom de *antichrèse* niet in het ontwerp voorkwam, terwijl zij in de ontwerpen van 1816 en 1820 wel een plaats had. De regering antwoordde dat deze vorm van 'pandstelling' ter zijde was gelaten, omdat zij niet strookte met de zeden en gebruiken van het land, en zelden werd gebruikt.<sup>185</sup> In dit verband verwijs ik naar een aantekening die Minister Van Maanen maakte rondom de behandeling:

[Kamerlid] Secus spreekt van gage d'immeubles (een synoniem voor antichrèse, dat ook wel bekendstaat als gage immobilier; RB); - dit kennen wij niet.<sup>186</sup>

Niettemin stond het partijen vrij om zulke bepalingen in een overeenkomst op te nemen. Bovendien stond het de schuldenaar vrij om het beheer van een gehypotheceerd goed op te dragen aan de hypotheekhouder en aan hem de inkomsten van dat beheer af te staan ter verrekening met de geseceerde vordering. De regering vond het echter niet nodig om hierover bepalingen in de wet op te nemen.<sup>187</sup>

Nu de wetgever de *antichrèse* niet opnam, doch stilzwijgend toestond, riep dit vragen op bij één van de Kamerleden. De Franse regeling van *antichrèse* kende een uitdrukkelijk toe-eigeningsverbod. Het Nederlandse BW kende zo'n verbod voor de stilzwijgend toegestane *antichrèse* niet. Om deze zorgen weg te nemen nam de regering een toe-eigeningsverbod op in de titel over de hypotheek (Titel XX, artikel 16).<sup>188</sup> Het Kamerlid was hierdoor niet gerustgesteld. De *antichrèse* was een figuur die verschilde van het hypotheekrecht. Een toe-eigeningsverbod dat zag op het hypotheekrecht had dan ook geen werking voor de *antichrèse*. Het Kamerlid pleitte dan ook voor een afzonderlijke regeling voor de *antichrèse*, zodat ook voor deze rechtsfiguur effectief een toe-eigeningsverbod kon worden opgenomen.<sup>189</sup> De minister en een ander Kamerlid waren het hier niet mee eens, waarna niemand meer verlangde het woord te voeren. De Tweede Kamer nam de titel over het pandrecht met algemene stemmen aan. Zo verdween de *antichrèse* vrij geruisloos uit het Nederlandse recht.<sup>190</sup>

Vlak na de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 merkten drie auteurs het verdwijnen van de antichrèse op. Asser schreef in 1838 dat de Franse Code Civil bepalingen

185 Voorduin IV, p. 416-417; J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek. Zittingsjaar 1824-1825. Deel II*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1878, p. 380. Nader aan te duiden als: Noordziek II.

186 J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek. Zittingsjaar 1824-1825. Deel I*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1878, p. 280.

187 Voorduin IV, p. 416-417, Noordziek II, p. 380.

188 Noordziek II, p. 381, p. 406, art. 16; Voorduin IV, p. 417.

189 Noordziek II, p. 605, Voorduin IV; p. 417-418.

190 Noordziek II, p. 381.

kende over de *antichrèse*, die in het Nederlandse BW niet waren teruggekeerd. Het stilzwijgen der wet verhinderde echter niet dat partijen een *antichrèse* overeen konden komen. Zij konden overeenkomen dat een onroerende zaak onder het beheer van de schuldeiser kwam te staan. De schuldeiser kon vervolgens de inkomsten gekoppeld aan de onroerende zaak verrekenen met de geseceerde vordering.<sup>191</sup> Lipman merkte een jaar later op dat de *antichrèse* uit de Code Civil niet was opgenomen in het BW. Het was echter aan eenieder vrijgelaten om toch een beding van *antichrèse* overeen te komen.<sup>192</sup> Weer een jaar later schreef De Pinto dat het Franse recht twee soorten van pand (*nantissement*) kende: *gage* en *antichrèse*. Die laatste was in het BW niet opgenomen, doch het stond partijen vrij ten aanzien van verhypothekerde onroerende zaken een beding van *antichrèse* op te nemen, gelijk uitdrukkelijk was bepaald in het ontwerp van 1820.<sup>193</sup>

Na deze drie korte vermeldingen van de afwezigheid van de *antichrèse* bleef het stil. Mij zijn geen verdere negentiende-eeuwse bronnen bekend waarin werd stilgestaan bij het verdwijnen van de *antichrèse* uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek.<sup>194</sup> Met haar afwezigheid zal de belangstelling voor de *antichrèse* in de Nederlandse rechtspraak vermoedelijk snel zijn verdwenen. Daarnaast is het de vraag of er nog behoefte bestond aan een vuistpandrecht op onroerende zaken naast het vuistloze hypotheekrecht.

### 6.3. De antichresis langs verbintenisrechtelijke weg

We hebben gezien dat de *antichrèse* geen plek kreeg in het BW van 1838. Toch stond het partijen vrij om een *antichrèse* overeen te komen. De vraag is nu wat de aard van deze rechtsfiguur was. De wetgever lijkt de *antichrèse* te hebben gezien als een verbintenisrechtelijke rechtsfiguur. Hij sprak van bedingen van *antichrèse* die partijen *overeen konden komen*. Dit op zichzelf impliceert al dat hij *antichrèse* zag als een overeenkomst. Daarbij komt, dat de wetgever opmerkte dat het partijen vrijstond om zulke antichretische bedingen in een overeenkomst op te nemen, een wettelijke grondslag was hiervoor echter niet nodig. Ook dit duidt op *antichrèse* als een louter verbintenisrechtelijke figuur. Het

191 C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, Amsterdam en en Haag: Gebroeders Van Cleef 1838, p. 420.

192 S.P. Lipman, *Burgerlijk Wetboek, voorafgegaan door de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk, vergeleken met het Romeinsche en Fransche regt*, Amsterdam: P. Meijer Warnars en J.C. Van Kesteren 1839, p. 354.

193 A. de Pinto, *Handleiding tot het burgerlijk wetboek. Tweede gedeelte. Aantekeningen*, Den Haag: J. Belinfante 1840, p. 402-403.

194 Diephuis verwees enkel naar het verbod tot gebruik van verpande roerende zaken door de pandhouder: G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt. Zevende deel*, Groningen: Wolters 1886, p. 562.

BW van 1838 kende immers een stelsel van contractsvrijheid.<sup>195</sup> Dat partijen een *antichrèse* overeen konden komen, vloeide dus voort uit het stelsel van de wet en behoefde geen verdere wettelijke grondslag. Dat de wetgever een wettelijke grondslag voor de *antichrèse* niet nodig vond, duidt er bovendien op dat de Nederlandse *antichrèse* geen goederenrechtelijk recht was, en daarmee een verbintenisrechtelijk recht. Goederenrechtelijke rechten konden (en kunnen) immers slechts ontstaan op grond van de wet.<sup>196</sup> De zelfstandige antichresis werd daarmee een overeenkomst sui generis, die slechts verbintenisrechtelijke rechten in het leven riep. Als zekerheidsrecht zal deze overeenkomst weinig toegevoegde waarde hebben gehad. Verbintenisrechtelijke rechten zijn immers niet tegen derden inroepbaar, de antichresist had in faillissement dan ook slechts de positie van een concurrente schuldeiser.

#### 6.4. Antichresis als onderdeel van het hypotheekrecht?

Buiten kijf staat dat de antichresis als zelfstandige rechtsfiguur slechts verbintenisrechtelijke werking kon hebben. Wellicht bestond er naar oud recht wel een mogelijkheid om de antichresis onderdeel te maken van een hypotheekrecht. In dat geval zou de antichresis, als onderdeel van het hypotheekrecht, goederenrechtelijke werking kunnen hebben. Volgens Suijling stond het partijen vrij om het hypotheekrecht zelf vorm te geven. De wet trok slechts de algemene grenzen van het hypotheekrecht. Binnen die grenzen konden partijen de bevoegdheden die uit het hypotheekrecht voortvloeiden preciseren naar hun wensen. Deze nadere invulling van het hypotheekrecht had goederenrechtelijke werking, mits zij in lijn was met de strekking van het hypotheekrecht.<sup>197</sup> Verderop schreef Suijling over de mogelijkheid om een recht van hypotheek te combineren met een recht van vruchtgebruik. Deze combinatie kon het voor de hypotheekhouder mogelijk maken om huurvorderingen van een onroerende zaak te innen, ook als zij in faillissement opkwamen. De combinatie van hypotheekrecht en vruchtgebruik was daarmee sterker dan de combinatie van hypotheekrecht en overdracht van huurvorderingen tot zekerheid; absoluut toekomstige huurvorderingen waren immers niet vatbaar voor overdracht, maar zouden op grond van het vruchtgebruik wel toekomen aan de hypotheekhouder/ vruchtgebruiker.<sup>198</sup> Doordat hij hiervoor refereerde aan een recht van vruchtgebruik, leek Suijling er niet vanuit te gaan dat een hypotheekhouder recht kon krijgen op toekomstige huurpenningen via een hypotheekrecht, gecombineerd met een *pactum antichreticum*. Het is zeer wel mogelijk dat Suijling in dit verband niet heeft gedacht aan de antichresis. In de tijd van Suijling was de antichresis immers al een eeuw geleden uit het BW en de

195 M.H. Bregstein, 'De ontwikkeling van de algemene contractenleer in het B.W. van 1838 tot heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 437-438.

196 HR 3 maart 1905, W 1905, 8191 (*Blaauboer/Berlips*).

197 Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*. 5<sup>e</sup> stuk. *Zakenrecht*, p. 487.

198 Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*. 5<sup>e</sup> stuk. *Zakenrecht*, p. 491-492.

belangstelling van de Nederlandse rechtswetenschap verdwenen. De stelling dat een *pactum antichreticum* niet te rijmen valt met de strekking van het huidige hypotheekrecht, is bovendien goed verdedigbaar. Het hypotheekrecht is immers een *beschikkingsrecht*<sup>199</sup>, het recht van antichresis is een *genotsrecht*.

Toch valt er ook wat voor te zeggen dat de wetgever in 1838 bedoelde dat de antichresis onderdeel kon zijn van het hypotheekrecht, en daarmee via dat hypotheekrecht goederenrechtelijke werking had. Zowel het recht van antichresis als het hypotheekrecht zijn immers zekerheidsrechten. Zo bezien passen het hypotheekrecht en het recht van antichresis bij elkaar. De ontwerpen van 1816 en 1820 kenden bovendien een antichresis als onderdeel van het hypotheekrecht. De wetgever behield het wetsartikel over antichresis niet, maar gaf aan dat het eenieder vrijstond om antichresis als *beding* op te nemen. Dit zou impliceren dat de wetgever geen verandering beoogde ten opzichte van de eerdere wetsontwerpen. Het taalgebruik van Lipman en De Pinto lijkt hier eveneens op te wijzen. Lipman schreef dat de *antichrèse* behoorde tot de leer der hypotheeken; bedingen die strekten tot *antichrèse* waren aan eenieder vrijgelaten.<sup>200</sup> De Pinto stelde dit beding *gelijk* aan het bepaalde in het ontwerp van 1820.<sup>201</sup> Ook Asser sprak van een *beding* bij een overeenkomst van hypotheek.<sup>202</sup> Indien de wetgever geen breuk met het ontwerp van 1820 beoogde, dan volgt hieruit dat de antichresis binnen de grenzen van het hypotheekrecht viel. Indien partijen een *pactum antichreticum* overeen zouden komen, dan zou dit beding een onderdeel worden van het hypotheekrecht. Een antichretisch hypotheekrecht zou dan goederenrechtelijke werking hebben.

Naar geldend recht hebben partijen nog steeds de mogelijkheid om een beperkt recht de inhoud te geven die zij wensen. De wettelijke definitie van een beperkt recht geldt als grens aan de vrijheid van partijen. Het zal erop aankomen dat de invulling die partijen aan het recht hebben gegeven voldoende verband houdt met het goederenrechtelijke recht uit de wet om goederenrechtelijke werking van de partij-afspraken te rechtvaardigen.<sup>203</sup> Hierbij zijn het wezen en de economische en maatschappelijke functie van het goederenrechtelijke recht van belang.<sup>204</sup> Voor het hypotheekrecht zal in het bijzonder het karakter van een verhaalsrecht van belang zijn. Een beding dat de executie-opbrengst van een hypotheekrecht zo hoog mogelijk probeert te maken, zal in ieder geval verenigbaar zijn met de aard van het hypotheekrecht.<sup>205</sup> Verschillende wetsartikelen zouden echter in de

199 Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*. 5<sup>e</sup> stuk. *Zakenrecht*, p. 487.

200 Lipman, *Burgerlijk Wetboek, voorafgegaan door de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk, vergeleken met het Romeinsche en Fransche regt*, p. 354.

201 De Pinto, *Handleiding tot het burgerlijk wetboek. Tweede gedeelte. Aantekeningen*, p. 402-403.

202 Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, p. 420.

203 TM Parlementaire Geschiedenis Boek 5 BW, p. 3.

204 T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007; p. 401, A.A.M. Punte, 'De reikwijdte van de executiebevoegdheid van de hypotheekhouder', *NTBR* 2013/34, p. 295.

205 Punte, 'De reikwijdte van de executiebevoegdheid van de hypotheekhouder', p. 296. Zie ook Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*. 5<sup>e</sup> stuk. *Zakenrecht*, p. 487.

weg kunnen staan aan de geldigheid van een antichretisch hypotheekrecht. Ten eerste zijn dit het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW<sup>206</sup> en het toe-eigeningsverbod van artikel 3:235 BW.<sup>207</sup> Met een hypotheekrecht krijgt de hypotheekhouder een beschikkingsrecht over de zaak. Op grond van het antichretische karakter van het hypotheekrecht zou daarbij een genotsrecht voor de hypotheekhouder komen. Met combinatie van een genotsrecht en een beschikkingsrecht komen vrijwel alle karakteristieken van het eigendomsrecht te liggen bij de hypotheekhouder, tot de gecureerde vordering is betaald. Deze situatie lijkt daarom op zekerheidseigendom<sup>208</sup>, of toe-eigening door de hypotheekhouder.

Daarnaast zou de redelijke termijn van artikel 58 Fw<sup>209</sup> in de weg kunnen staan aan de uitoefening van het recht van antichresis in faillissement. Op grond van dit artikel kan de curator de hypotheekhouder een redelijke termijn stellen om tot executie over te gaan. Doet de hypotheekhouder dit niet, dan kan de curator de executie ter hand nemen. Nadat de executie is voltooid gaat het hypotheekrecht, en daarmee het recht van antichresis, teniet door zuivering (artikel 3:273 BW). Artikel 58 Fw geeft de antichretische hypotheekhouder in faillissement dus maar een beperkte tijdsspanne waarin hij zijn recht van antichresis kan uitoefenen. Nadat de curator (of de hypotheekhouder, gedwongen door de redelijke termijn) de executie heeft voltooid, kan de hypotheekhouder geen baten van het onderpand meer innen.

Samengevat kwam de antichresis terug in de ontwerpen van 1816 en 1820. Deze gecombineerde antichresis leek sterk op de antichresis uit de Codificatieperiode van 1798 tot 1811. Voor het BW van 1838 nam de wetgever deze gecombineerde antichresis echter niet over, omdat zij niet strookte met de zeden en gebruiken van ons land, en zelden werd gebruikt. Wel zou het eenieder vrijstaan om een antichresis ten aanzien van verhypothekerde goederen te bedingen; nadere regeling was hiervoor niet nodig. In het parlement en de literatuur bestond vrij weinig aandacht voor het verdwijnen van de antichresis. Wel merkten alle aangehaalde auteurs op dat het eenieder vrij bleef staan om een antichresis te bedingen. Zouden partijen een zelfstandige antichresis bedingen, dan zou dit ongetwijfeld louter verbintenisrechtelijke werking hebben. Waar partijen echter een *pactum antichreticum* overeen zouden komen bij een hypotheekrecht, is het de vraag of aan dit beding geen goederenrechtelijke werking zou kunnen toekomen. Het stond en staat partijen vrij om binnen de aard van een goederenrechtelijk recht, dit recht de invulling te geven die zij wensen. De moderne aard van het hypotheekrecht zou zich kunnen verzetten tegen een

206 Zie hierover W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 86-92; H.J. Sniijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 148-151.

207 Zie hierover Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, p. 552-553; Sniijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, p. 477-478.

208 Vgl. HR 19 mei 1995, *NJ* 1996/119, m.nt. WMK (*Keereweer q.q./Sogelease*), r.o. 3.4.3.

209 Zie hierover B. Wessels, *Wessels Insolventierecht. Deel III. De gevolgen van faillietverklaring (2)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 374-381; Polak/M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 216-219.

*pactum antichreticum* met goederenrechtelijke werking. De parlementaire geschiedenis wijst echter er niet op dat de wetgever een breuk met het verleden heeft beoogd. Daarom valt een lans te breken voor de stelling dat een *pactum antichreticum* past binnen de aard van het hypotheekrecht. Dit zou betekenen dat aan een *pactum antichreticum* goederenrechtelijke werking zou toekomen. Een belangrijk voordeel hiervan zou zijn, dat de hypotheekhouder-antichresist niet alleen goederenrechtelijke zekerheid kan krijgen op een zaak zelf, maar ook op de toekomstige baten (natuurlijke en burgerlijke vruchten) die van deze zaak afkomstig zijn. Zo zou een financier zekerheid kunnen krijgen op de huurvorderingen voor een zaak waarop hij een antichretisch hypotheekrecht heeft, ook als die vorderingen in faillissement ontstaan.

## 7. Hoe de antichresis in vergetelheid raakte

Het eenvoudige antwoord op de vraag waarom de antichresis niet is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek van 1838 is, dat de antichresis in onbruik is geraakt. De vervolgvraag is dan: *waarom* is de antichresis in onbruik geraakt?

Het antwoord op deze vraag zou ik willen zoeken in de periode die ligt tussen het WNH en het OBW: de tijd waarin de Code Civil gold in Nederland. Onder het Franse recht verloor de antichresis haar koppeling met het pandrecht, hoewel een combinatie van antichresis en hypotheek nog altijd mogelijk was. Daarnaast meen ik dat er twee factoren waren die het gebruik van antichresis als zekerheidsrecht onaantrekkelijk maakten. Dit zijn de inhoudelijk ongelukkige regeling van de antichresis, en de rechtsonzekerheid die rondom de antichresis moet hebben geheerst.

Dat de antichresis in de Napoleontische tijd ongelukkig was geregeld, is inmiddels onomstreden. Zo noemde Laurent haar een *sureté imparfaite*. De Napoleontische regeling staat tegenwoordig bekend als *maladroite*.<sup>210</sup> De onderhoudsplicht voor de antichresist vormt nog altijd een groot bezwaar voor de bruikbaarheid van de *antichrèse*. Daar komt bij dat de *antichrèse-bail* een modern concept is. In de Napoleontische tijd was zij niet bekend. Toen heerste de gedachte dat de *antichrèse* slechts tot stand kon komen door onmiddellijke bezitsverschaffing aan de antichresist. Een verzuim-antichresis was onbekend. Ook dit vereiste van onmiddellijke bezitsverschaffing beschouwt de Franse literatuur nog altijd als een groot nadeel van de *antichrèse*. Naast deze inhoudelijke minpunten kende de Franse regeling van *antichrèse* de nodige onduidelijkheid. In de negentiende-eeuwse literatuur bestond verschil van mening over de vraag of de *antichrèse* enige vorm van derdenwerking had. De Franse jurisprudentie heeft in de loop der tijd de nodige onzekerheid weggenomen. Het is echter illustratief dat een belangrijk punt als de *antichrèse-bail* pas in de éérentwintigste eeuw is beslecht. De Napoleontische regeling heeft er in Frankrijk toe geleid dat de *antichrèse* behoort tot de bedreigde diersoorten van

<sup>210</sup> Cabrillac e.a., *Droit des sûretés*, p. 706.

het zekerhedenrecht. Dat zij in Nederland geheel is uitgestorven en het Burgerlijk Wetboek niet heeft gehaald, verbaast dan ook niet. De inhoudelijke nadelen van de Franse *antichrèse* golden in Nederland onverkort. Bovendien zal rechtsonzekerheid over de *antichrèse* in Nederland niet minder groot zijn geweest dan in Frankrijk. De combinatie van inhoudelijke bezwaren en rechtsonzekerheid zal funest zijn geweest voor de bruikbaarheid van de *antichrèse* in Nederland.

### 7.1. Waarom de wetgever zich de antichresis niet herinnerde

Het voorgaande kan verklaren dat de antichresis met de invoering van de Code Civil snel in onbruik geraakt is. Een laatste vervolgvraag is dan nog hoe het kwam dat de wetgever zich de antichresis uit de Rooms-Hollandse en Bataafse tijd niet heeft herinnerd. Deze vraag dringt zich te meer op als we vaststellen dat de Ontwerpen van 1816 en 1820 wèl een regeling voor de antichresis kende, een regeling die nota bene overeenkwam met ontwerpen uit de Codificatieperiode. Hiervoor zijn twee verklaringen.

De eerste en meest logische verklaring is dat de Nederlandse juristen en politici door beoefening van het Franse recht waren vervreemd van het recht dat voor de Franse bezetting in de Nederlanden had gegolden. Daardoor waren zij meer geneigd om aansluiting te zoeken bij het hen bekende Franse recht dan het recht dat in de Nederlanden had gegolden voor de Franse bezetting. De Koning<sup>211</sup> en de ontwerpen van 1816 en 1820 stonden een terugkeer naar dit oude recht voor. Het parlement wenste geen terugkeer naar dit oude recht, maar verlangde veeleer aansluiting bij het Franse recht.<sup>212</sup> In dit verband citeer ik Voorduin, die de gemoedstoestand in het parlement omschreef:

'Dan ook in Noord-Nederland had de Fransche wetgeving nu sedert het jaar 1811 gegolden. Gedurende dit tijdsverloop, was men van lieverlede aan het denkbeeld gewoon geworden, dat eene uitheemsche wetgeving ons regeerde; men had den afkeer van het Fransche bestuur, leeren afscheiden van den afkeer van de Fransche wetgeving; men had er zich naar leeren voegen, en in de uitvoering op vele punten dezelve minder met onze zeden en begrippen in strijd doen zijn, dan welligt haar geest en bedoelingen medebragten. Bij velen was de achting voor het wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland, aanmerkelijk gedaald, doch ook daarbij welligt de begeerte verminderd, om vele overblijfselen van het Oud-Hollandsch regt, welke daarin voorkwamen, in de aanstaande wetgeving te zien opgenomen. Over het algemeen was men teruggedkomen van het, onder vroegere tijdsomstandigheden bestaan hebbend denkbeeld, om de Fransche wetgeving, als eene voorbijgaande wetgeving, te beschouwen; terwijl daarenboven velen in het Oud-Hollandsch regt, vreemdelingen geworden waren, of hetzelfde nimmer hadden beoefend, en dus zelfs een gedeeltelijke wederinvoering

211 Lokin & Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, p. 371-374; Van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in een rechtshistorisch perspectief*, p. 228.

212 Lokin & Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, p. 371 en 374-377.



daarvan, op geen en zoo hoogen prijs stelden, als bij de opstellers van het ontwerp van 1816 het geval was.<sup>213</sup>

De wetgever verlangde niet terug naar de vervlogen tijden van het Rooms-Hollandse recht. Liever zocht hij aansluiting bij het Franse recht. Dit kan verklaren waarom hij de in onbruik geraakte antichresis niet in ere herstelde. Voor deze verklaring pleit ten slotte dat de ontwikkeling van het recht van antichresis in de codificatieperiode parallel loopt aan de ontwikkeling van het generale zekerheidsrecht, zoals beschreven door Van Hoof. Het generale zekerheidsrecht werd door de Fransen afgeschaft, maar keerde terug in de Ontwerpen van 1816 en 1820. Net als de antichresis heeft het generale zekerheidsrecht het BW van 1838 niet gehaald.<sup>214</sup>

Een alternatieve verklaring, die mogelijk kan gelden in combinatie met de voorgaande, is dat het verval van de antichresis zich al had ingezet voordat de Fransen hun recht aan de Nederlanden oplegden. Doordat men steeds liberaler over de rentedragende lening ging denken, zou het kunnen dat de behoefte aan antichresis als surrogaatrente afnam.<sup>215</sup> Financiers konden dan volstaan met een niet-antichretisch recht van pand of hypotheek. Vervolgens vormde de invoering van het Franse recht de definitieve nekslag voor de antichresis. Deze verklaring is echter moeilijk verenigbaar met het gegeven dat de antichresis terugkwam in alle wetgevingsdocumenten uit de Codificatieperiode. Als de antichresis al voor de Franse annexatie in onbruik was geraakt, dan was zij niet gehandhaafd in de Ontwerpen van Kreet en Van der Linden, of in het WNH. De meest logische verklaring lijkt mij dan ook, dat de antichresis in onbruik raakte doordat de Franse Code Civil haar onaantrekkelijk maakte. Toen de antichresis in vergetelheid was geraakt, zag de wetgever geen noodzaak haar opnieuw te introduceren.

## 8. Conclusie

De klassieke antichresis vindt haar oorsprong in het Romeinse recht. Antichresis was een goederenrechtelijk genotsrecht dat diende om een vordering af te lossen. De gevolgen van de antichresis konden onmiddellijk intreden, of bij verzuim. De antichresist kreeg houderschap over de zaak. Die zaak kon hij vervolgens gaan gebruiken, of de vruchten ervan trekken. De opbrengst hiervan bracht hij in mindering op de geseceerde vordering. De opbrengsten van het onderpand konden dienen als aflossing van de rente, aflossing op de hoofdsom, of beide. Naar Romeins recht kende de antichresis twee verschijningsvormen. Zij kon onderdeel zijn van een pandrecht. In dat geval maakte de pandhouder-antichresist

213 Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken. I. Deel. I. Stuk. Algemeene inleiding*, p. 174-175. Ontleend aan Van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in een rechtshistorisch perspectief*, p. 227-228.

214 Van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in een rechtshistorisch perspectief*, p. 209-237.

215 Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle*, p. 215.

zijn rechten uit de antichresis geldend via het pandrecht. Antichresis kon echter ook bestaan als een zelfstandig goederenrechtelijk recht. Onder het *Ius Commune* behield de antichresis deze kenmerken. In die tijd was de antichresis een bekend zekerheidsrecht. Met name de controversiële toepassing van de *mort-gage* als surrogaatrente kreeg aandacht in de literatuur.

Anders dan in het Romeinse recht, lijkt de zelfstandige antichresis vrij weinig aandacht te hebben gekregen onder het *Ius Commune*. Deze zelfstandige antichresis kwam in de Codificatieperiode helemaal niet meer voor. De wetgevingsdocumenten kenden slechts een gecombineerde antichresis. Een pandrecht op een vruchtdragend goed was van rechtswege een antichretisch pandrecht. De pandhouder-antichresist kon de vruchten van het onderpand innen, en verrekenen met de gecureerde vordering. Daarnaast konden pandgever en pandhouder overeenkomen dat de pandhouder het onderpand mocht gebruiken. De waarde van dit gebruik kon in plaats komen van de rente, of de pandhouder kon de waarde in mindering brengen op rente en hoofdsom. Op grond van het pandrecht kon de pandhouder-antichresist zijn rechten uit antichresis inroepen tegen derden.

Deze gecombineerde antichresis verdween toen de Fransen hun Code Civil aan de Nederlanden oplegden. In haar plaats kwam een zelfstandige antichresis, omgeven van onduidelijkheid. Deze onzekerheid, in combinatie met de inhoudelijke gebreken die de Franse *antichrèse* vertoonde, maakte dat de antichresis in Nederland in onbruik raakte. Eenmaal in onbruik geraakt, zag de wetgever geen noodzaak haar op te nemen in het BW van 1838. De invoering van de Franse *antichrèse* lijkt daarmee de oorzaak te zijn van de afwezigheid van de antichresis in het OBW.

Parallel aan de Nederlandse situatie, raakte ook in Frankrijk de antichresis in onbruik. Hoewel zij nog altijd een vreemde eend in de bijt is, zien verschillende auteurs in de *antichrèse-bail* een toevoeging voor de Franse financieringspraktijk. De vervolgvraag is nu, of de antichresis ook in Nederland een nieuwe introductie verdient. De mogelijkheid voor een financier om zich te verzekeren van toekomstige baten die zijn gekoppeld aan een goed, zou de antichresis tot een aantrekkelijk zekerheidsrecht kunnen maken. De vraag die dan resteert, is of zij past in het Nederlandse systeem. Voor een bevestigend antwoord zouden verschillende aanknopingspunten kunnen zijn.

Partijen kunnen binnen de aard van een beperkt recht, dat recht de invulling geven die zij wensen. Wellicht zouden partijen een hypotheekrecht met goederenrechtelijke werking kunnen gieten in de vorm van een gecombineerde antichresis. De koppeling tussen het hypotheekrecht en de antichresis heeft in Nederland bestaan. Wellicht was die koppeling rechtshistorisch zo sterk, dat een *pactum antichreticum* aansluit bij de aard van het hypotheekrecht. Alternatief zou de oplossing van Suijling uitkomst kunnen bieden: de combinatie van een hypotheekrecht en een recht van vruchtgebruik. Het recht van vruchtgebruik zou dan de vorm moeten krijgen van een 'zekerheidsvruchtgebruik', zodat

het past bij het doel van het hypotheekrecht.<sup>216</sup> Voorts wijs ik op artikel 3:255 BW. Op grond van dit artikel heeft de pandhouder de bevoegdheid om zich zonder voorafgaande toestemming te voldoen, indien een pandrecht komt te rusten op geld.<sup>217</sup> Ten slotte verwijs ik graag naar artikel 507 Rv. Dit artikel geeft de beslaglegger recht op de toekomstige huurpenningen van de beslagen onroerende zaak. Doet dit niet denken aan de verzuim-antichresis die in dit artikel voorbij kwam?

Met de invoering van de Franse Code Civil verloor de antichresis haar aantrekkingskracht. Zij raakte in onbruik. De wetgever nam haar niet op in het BW van 1838. Zo werd zij een vergeten zekerheidsrecht. Wellicht is zij het waard herinnerd te worden.

R. Bobbink<sup>218</sup>

Nijmegen

---

216 Zoals vermeld in paragraaf 6.4 gelden het fiduciaverbod, het toe-eigeningsverbod en art. 58 Fw als grenzen aan een antichretisch hypotheekrecht. Dit geldt zowel voor het hypotheekrecht dat contractueel is vormgegeven met een pactum antichreticum, als voor het hypotheekrecht dat is gecombineerd met een recht van vruchtgebruik.

217 Zie hierover TM Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, p. 787-788 en MvA II Parlementaire Geschiedenis Invoering Boek 3, p. 1340.

218 Mr. Rian Bobbink is promovendus bij de sectie Rechtsgeschiedenis van de Radboud Universiteit Nijmegen.

