

Tekst & Uitleg D. 20,1,5pr

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam

*Zekerheid voor natuurlijke verbintenissen*¹

TEKST

Men dient te weten dat voor iedere willekeurige verbintenis zaken in hypotheek gegeven kunnen worden, of er nu een geldlening of een bruidsschat wordt verstrekt, of er nu een overeenkomst van koop en verkoop, van huur en verhuur dan wel een lastgeving wordt gesloten, of het nu om een zuivere verbintenis gaat of om een die op termijn of onder voorwaarde is aangegaan, en of de verbintenis nu bij een gelijktijdig contract tot stand komt of aan de zekerheidsstelling voorafgaat. Ook voor een toekomstige verbintenis kunnen zaken in hypotheek gegeven worden, en niet alleen ter zake van betaling van de hele geldsom, maar eveneens ter zake van een deel daarvan; en zowel voor een verbintenis naar ius civile, of ambtsrecht of voor een verbintenis die louter natuurlijk is. Maar bij een voorwaarde worden ze uitsluitend pandrechtelijk gebonden, indien de voorwaarde in vervulling gaat.²

Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. Sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.

UITLEG

Het fragment is afkomstig uit de monografie van Aelius Marcianus³ over de *formula* van de hypotheekactie. Hij legt uit dat het mogelijk is zakelijke zekerheidsrechten te vestigen

-
- 1 Dit is de uitgebreide weergave van een lezing die ik op 16 december te Maastricht hield op het Belgisch-Nederlands rechtshistorisch colloquium.
 - 2 De vertalingen zijn van Spruit c.s., als is afgeweken geef ik dat aan.
 - 3 Zie over hem W. Kunkel, *Die römischen Juristen, Herkunft und soziale Stellung*, herdruk van de 2^e druk uit 1967, Keulen etc 2001, p. 258-259.

voor allerlei verbintenissen. Die verbintenissen kunnen voortvloeien uit geldlening, uit koop en verkoop uit huur en verhuur enzovoorts. Zij kunnen zijn ontstaan voorafgaand aan de vestiging van het zekerheidsrecht, of pas op een later tijdstip. Zij kunnen onvoorwaardelijk zijn of aan een termijn zijn gebonden. De vestiging van zekerheidsrechten is volgens Marcianus mogelijk voor naar civiel recht afdwingbare verbintenissen, krachtens honorair recht afdwingbare verbintenissen en ook voor natuurlijke ofwel niet afdwingbare verbintenissen.⁴ Het komt er dus niet op aan of de verbintenis afdwingbaar is. De laatste door Marcianus genoemde mogelijkheid heeft juristen door de tijden heen hoofdbreken bezorgd. Marcianus gaat ervan uit dat het mogelijk is een zakelijk zekerheidsrecht te vestigen voor een schuld die niet afdwingbaar is. Zijn standpunt is begrijpelijk als men voorop stelt dat een zekerheidsrecht strekt tot verhaal voor een schuld. Het doet er zo bezien niet toe of die schuld afdwingbaar is of niet. Het zekerheidsrecht kan als van een schuld afhankelijk recht ontstaan. De literatuur spreekt in dit verband van ontstaansafhankelijkheid.⁵ Als men de bevoegdheden van de zekerheidsgerechtigde voorop stelt, lijkt de vestiging van een zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis onmogelijk, of althans problematisch. Zekerheidsrechten strekken immers tot verhaal: de zekerheidsgerechtigde neemt verhaal door het zekerheidsobject te gelde te maken. Bewerkstelligde hij zo niet langs een omweg betaling van een schuld die niet afdwingbaar was? Het is de vraag hoe nauw de band is tussen het zekerheidsrecht en de vordering waarvoor het zekerheidsrecht is gevestigd (voortaan: de gesecureerde vordering). Volgt uit het gegeven dat de zekerheidsgerechtigde als crediteur de mogelijkheid mist de debiteur aan te spreken, dat hij ook als zekerheidsgerechtigde de mogelijkheid mist gebruik te maken van de uit zijn recht voortvloeiende bevoegdheden? Ik belicht hier twee van de belangrijkste aan uitoefening gerelateerde bevoegdheden van de zekerheidsgerechtigde: eerst de bevoegdheid het zekerheidsobject met de *actio Serviana* op te eisen en vervolgens de bevoegdheid verhaal te nemen door te executeren. Deze bevoegdheden hangen met elkaar samen: de zekerheidsgerechtigde die over wil gaan tot executie zal het zekerheidsobject onder zich willen hebben zodat hij het aan de executiekoper kan leveren. Doorgaans zal de zekerheidsgerechtigde zich eerst in het bezit van het zekerheidsobject

4 Vgl. voor een overzicht van de uiteenlopende gevallen waarin zo'n natuurlijke verbintenis ontstond bijvoorbeeld H. Dernburg, *Pandekten Bd II Obligationenrecht*, Berlin 1897, §4 (p. 9 e.v.); M. Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München 1975, §113 (p. 480-481); M. Kaser, *Das römische Privatrecht II*, München 1975, §256 (p. 335); M. Kaser, R. Knütel (bew.), *Römisches Privatrecht*, 20^e druk München 2014, §33, p. 191-192; R. Zimmermann, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996, p. 7 e.v.; A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Turijn 1955; J.C. Out, *Vormen van accessoriëteit: een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijk zekerheidsrecht*, Nijmegen 2005, p. 192-193.

5 Out, *Vormen van accessoriëteit*, p. 13; K. Swinnen, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen-Cambridge 2014, p. 29 e.v. De verdeling in verschillende werkingen van afhankelijkheid is (natuurlijk) van Duitse origine, D. Medicus, 'Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht', *Juristische Schulung* 1971, p. 497-504, vgl. J.C. Out, 'Boekbespreking Koen Swinnen, *Accessoriteit in het vermogensrecht*', *NTBR* 2014/46 afl. 10.

stellen om op een later ogenblik te executeren.⁶ Had de zekerheidsgerechtigde deze beide bevoegdheden als de gesecureerde vordering een natuurlijke was? Bestond er in het Romeinse recht, de bakermat van het leerstuk afhankelijkheid, wat in de moderne literatuur heet afhankelijkheid in uitoefening?⁷

1 De actio Serviana

Volgens de Romeinse juristen stond het afhankelijke karakter van zekerheidsrechten niet in de weg aan vestiging van een zekerheidsrecht.⁸ Marcianus stelt eenvoudigweg dat de vestiging van een zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis mogelijk is. Dat zo'n zekerheidsrecht afdwingbaar was, spreekt voor hem vanzelf. Marcianus' tekst is immers afkomstig uit zijn commentaar op de *formula* van de *actio hypothecaria*, met deze actie kon de zekerheidsgerechtigde het bezit van het zekerheidsobject opeisen. Een zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis was dus afdwingbaar. In de *formula* van de *actio hypothecaria* gold niet het vereiste dat de schuld afdwingbaar was, maar dat de schuld niet betaald was of op andere wijze genoegdoening was geboden.⁹ De zekerheidsgerechtigde kon de *actio Serviana* instellen, terwijl hij als crediteur de debiteur niet kon aanspreken. Er gold dus geen uitoefeningsafhankelijkheid.

Een mogelijke verklaring daarvoor is te vinden in de tekst van Marcianus. Hij wijst in zijn tekst op het gespleten karakter van het Romeinse vermogensrecht. Het bestond gedeeltelijk uit wettenrecht (*ius civile*) en deels uit door de praetor geschapen recht (*ius praetorium* of *honorarium*) dat het *ius civile* ondersteunde, aanvulde en corrigeerde. De actie die een zekerheidsgerechtigde kon instellen om het zekerheidsobject mee op te eisen, de *actio hypothecaria* ofwel de *actio Serviana*, was een creatie van de praetor. Dit betekende dat de actie van de zekerheidsgerechtigde niet *per se* dezelfde bron had als de actie die hij als crediteur had. Als het zekerheidsrecht gevestigd was voor een naar civiel recht afdwingbare verbintenis had de crediteur een aan het *ius civile* ontleende actie en als zekerheidsgerechtigde een aan het praetorische recht ontleende actie.

Het bovenstaande vindt bevestiging in D. 12,6,13pr., een tekst van Paulus uit zijn Sabinus

6 Vgl. bijvoorbeeld G. Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, Keulen etc. 2007, p. 38. De zekerheidsgerechtigde hoefde overigens niet *per se* in het bezit te zijn als hij wilde executeren. De zekerheidsgerechtigde kon ook executeren zonder dat hij het zekerheidsobject onder zich had. Hij diende dan zijn *actio Serviana* te cederen aan de executiekoper, zie D. 20,5,13. Vgl. over deze tekst bijvoorbeeld C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Bd 19,2, Erlangen 1818, p. 382-283.

7 Out, *Vormen van accessoriëteit*, bakermat: p. XXV, uitoefeningsafhankelijkheid, p. 13; Swinnen, *Accessoriteit*, p. V, respectievelijk p. 23-24.

8 Vgl. over de minder leerstellige rol van afhankelijkheid in het Romeinse recht (in het kader van borgtocht), R. Zimmermann, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996, p. 122: 'Whilst, in fact, many of their (de Romeinse juristen) decisions would fit well with this definition (de definitie van het BGB), the Roman lawyers took a much more flexible line and never allowed themselves to be hemmed in by rigid dogmatic categories such as 'accessoriness'.'

9 Zie O. Lenel, *Das edictum perpetuum*, 3^e druk Amsterdam-Aalen, p. 493.

commentaar:

Door een natuurlijke verbintenis wordt ook een slaaf verbonden. Daarom zal, naar Pomponius schrijft, indien iemand namens hem dan wel hijzelf na zijn vrijlating betaalt, het betaalde niet kunnen worden teruggevorderd uit het toegewezen vermogen waarover hij het vrije beheer heeft. Daarom is ook een voor de slaaf aangenomen borg aansprakelijk, en zal een pand dat ten behoeve van de slaaf gegeven is verbonden zijn, en moet indien een slaaf die het beheer over het toegewezen vermogen heeft een zaak in pand heeft gegeven voor hetgeen hij schuldig is, een analoge pandactie verleend worden.¹⁰

Degene die zich borg stelt voor een door een slaaf aangegane schuld, was blijkens de tekst aansprakelijk. Hetzelfde gold wanneer een derde een zaak in pand gaf voor een door een slaaf aangegane schuld: het pand zal verbonden zijn. De borg en de pandgever waren aansprakelijk als zekerheidsgever, de debiteur (de slaaf) niet. Als de zekerheidsgever een slaaf was die het beheer voerde over een hem toegewezen vermogen, was de meester van de slaaf aansprakelijk met een analoge actie uit pand. Met actie uit pand is bedoeld op de *actio pigneraticia in rem*: de *actio Serviana*.¹¹ Waarom was deze *actio Serviana* een *actio utilis*? Harke geeft daarvoor de volgende verklaring.¹² Volgens hem was wanneer een slaaf geld leende geen sprake van een schuld (*debitum*), Ulpianus zegt immers in D. 15,1,41:

Een slaaf kan niets verschuldigd zijn en aan een slaaf kan men niets verschuldigd zijn; wanneer wij de zojuist gehanteerde terminologie ten onrechte toch hanteren, duiden wij dus eerder de feitelijke toestand aan dan dat wij refereren aan verbintenissen naar *ius civile*.¹³

Daarom kon -volgens nog steeds Harke- geen sprake zijn van een geldige pandovereenkomst of een geldig zekerheidsrecht. Om verrijking van de meester van de slaaf te voorkomen, het geleende geld kwam immers aan de eigenaar van de slaaf toe, werd een analoge actie verleend. Deze uitleg van het slot van de tekst komt mij om verschillende redenen onjuist voor. Het lijkt mij ten eerste onwaarschijnlijk dat de praetor voor de *actio Serviana* een naar *ius civile* afdwingbare verbintenis eiste. Deze eis komt niet voor de in

10 *Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo, si quis nomine eius solvat vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur et, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneraticia reddenda est.* Spruit c.s. vertalen *naturaliter* iets vrijer met natuurrechtelijk. Of en wanneer al in het klassieke Romeinse recht en in het commentaar van Sabinus sprake was van een *obligatio naturalis* als een slaaf geld leende, is niet zeker. Vgl. hierover bijvoorbeeld Cornioley (natuurlijke verbintenis laat-klassieke vernieuwing, p. 159), niet overtuigd is recensent M. Kaser, in: ZSS (83) 1966, p. 461-472, p. 469; Vgl. ook W. Waldstein, in ZSS (98) 1981, p. 479-489, p. 485.

11 Zie M. Kaser, 'Ius honorarium und ius civile', in: ZSS (101) 1984, p. 1-114, p. 97, in noot 436.

12 J.D. Harke, *Actio utilis, Anspruchsanalogie im römischen Recht*, Berlin 2016, p. 196-197.

13 Ulpianus *Nec servus quicquam debere potest nec servo potest debere, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem.*

de *formula* van de *actio Serviana*. De uitleg van Harke is bovendien strijdig met de tekst van Marcianus waarmee dit opstel aanving. Zijn uitleg is verder strijdig met de in deze tekst ook genoemde mogelijkheid dat een derde een pandrecht vestigt voor een door de slaaf aangegane schuld. Zo'n pand zal verbonden zijn. Uit de tegenstelling met het door de slaaf-met-*peculium* zelf gevestigde zekerheidsrecht leid ik af dat de 'derden-pandhouder' niet over een aangepaste Serviaanse actie beschikt, maar over de *actio Serviana*. Het door een slaaf geleende geld leverde kennelijk wel een schuld op die door een zekerheidsrecht kon worden versterkt. Er gold dus geen uitoefeningsafhankelijkheid. Waarom was dan sprake van een *actio utilis* als de slaaf met *peculium* een zaak had verpand? De meester van de pandgevende slaaf met *peculium* was aansprakelijk met een aangepaste *actio Serviana*, naar het voorbeeld van de tegen hem gerichte *actio de peculio*. De *actio Serviana* richtte zich hier dus op opeising van het zekerheidsobject strekkende tot delging van het bedrag waarvoor de meester met de *actio de peculio* aansprakelijk was, en niet tot het bedrag van de door de slaaf aangegane schuld. De aansprakelijkheid van de meester was anders gezegd gemaximaliseerd tot wat met de *actio de peculio* van hem kon worden gevraagd. Daarin is naar mijn mening het aangepaste karakter van de *actio Serviana* gelegen.¹⁴ Deze lezing is in overeenstemming met het vervolg van D. 15,1,41 dat Harke niet weergeeft:

Daarom eist een meester terecht van derden op wat aan zijn slaaf verschuldigd is. Voor wat de slaaf zelf verschuldigd is, uit hoofde daarvan wordt een actie tegen de meester verleend, gericht op het toegewezen vermogen en op datgene waarmee het vermogen van de meester eventueel is verrijkt.¹⁵

Deze beide teksten maken duidelijk dat het Romeinse recht geen uitoefeningsafhankelijkheid kende, niet bij de vestiging van goederenrechtelijke zekerheidsrechten die hier centraal staat,¹⁶ en evenmin bij het overeenkomen van verbintenisrechtelijke zekerheid in

¹⁴ Vgl. ook L. Pellicchi, 'Trasferimento del pegno al fideiussore e processo in Papiniano in D. 20,5,2', in: ZSS (125) 2008, p. 276-327, op p. 323 in noot 131.

¹⁵ *itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid inde in rem domini versum est in dominum actio datur* (de eerste helft van de tekst in de voorvorige voetnoot).

¹⁶ Voor de pandektisten bijvoorbeeld naast de auteurs die hieronder aan bod komen K.L. Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, 9^e druk, Stuttgart 1877, §636, p. 618; G.F. Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, 9^e druk, Leipzig 1863, §194, p. 302; B. Windscheid (bew. T. Kipp), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt 1906, §225 in noot 8 (p. 1131-1132); Voor de modernere romanistiek M. Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München 1975, p. 465, met verwijzing naar de beide teksten in noot 23. Vgl. verder bijvoorbeeld Donellus. Hij acht de vestiging van een afdwingbaar zekerheidsrecht mogelijk voor een schuld waarvan geen betaling kan worden gevraagd. Hij verwijst hierbij naar de Marcianus-tekst die ik hierboven noemde. De zekerheidsgerechtigde kan het pandobject met de *actio Serviana* opeisen, betaling van de gesecureerde vordering zelf kan hij niet afdwingen, H. Donellus, *Commentariorum iuris civilis*, Frankfurt 1526, liber 12, caput 2 (p. 564, 20): 'atque pro civili et naturali obligatione constitui potest ut sic per persecutionem & retentionem pignoris iam debitum servari possit, quod per se peti non potuit.'

de vorm van borgtocht. Die verbintenisrechtelijke zekerheid komt hieronder zijdelings aan de orde.

Ik wijs bij dit alles nog op D. 36,1,61(59)pr, een tekst van Paulus. Het gaat in die tekst –sterk versimpeld weergegeven– om een geval waarin een door een zekerheidsrecht gedekte vordering teniet gaat door vermenging als gevolg van erfopvolging. Gaat met de gesecureerde vordering ook het zekerheidsrecht teniet? Paulus meent van niet, er blijft volgens hem een natuurlijke verbintenis bestaan opdat het zekerheidsrecht blijft bestaan (*remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*). Dat betekent volgens de tekst dat de zekerheidsgerechtigde wel over de *actio Serviana* beschikt, maar niet over een actie uit de gesecureerde vordering. Paulus merkt daarbij op dat de gesecureerde vordering niet is betaald of dat anderszins genoegdoening is geboden, zodat voldaan is aan de voorwaarden in de *formula* voor het instellen van de *actio Serviana*.¹⁷ Ten overvloede zij nog opgemerkt dat ook de versterking van een natuurlijke verbintenis door middel van een legaat mogelijk was. Als de natuurlijke debiteur zijn niet-afdwingbare schuld aan de crediteur legateerde, beschikte de crediteur/legataris over een rechtsvordering waarmee hij uitvoering van het legaat kon vragen. Een actie tegen de erfgenamen ter zake van de natuurlijke verbintenis had hij niet, zie D. 35,1,40,3.¹⁸

2 De minderheidsopvatting van Weber

Toch is er onder de pandektisten een stroming geweest die verdedigde dat het Romeinse recht wel uitoefeningsafhankelijkheid kende wanneer het ging om de vestiging van goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Weber ontvouwde deze minderheidsopvatting in zijn aan de natuurlijke verbintenis gewijde monografie.¹⁹ De leerstellige achtergrond van zijn opvatting is het afhankelijke karakter van het zekerheidsrecht. Dat afhankelijke, accessoire of volgzame karakter²⁰ laat geen ruimte voor een afdwingbaar zekerheidsrecht

17 Uitgebreid over deze tekst met verwijzingen naar verdere literatuur Out, *Vormen van accessoriëteit*, p. 195 e.v., vgl. ook haar algemene opmerkingen over het voortbestaan van een gesecureerde vordering als natuurlijke verbintenis in gevallen waarin de schuldeiser/zekerheidsgerechtigde geen invloed heeft gehad op de ondergang van de gesecureerde vordering, p. 242 e.v. In §5.3.2. bespreekt zij bijvoorbeeld gevallen waarin een door een zekerheidsrecht gedekte vordering tenietgaat als gevolg van het sluiten van een procesovereenkomst of een veroordelende vonnis. Er is in dergelijke gevallen geen sprake van genoegdoening (*satisfactio*), de *actio Serviana* blijft gelden. Vgl. ook J.C. Out, 'Een kwestie van afhankelijkheid', in: *De Digesten en de receptie van het Romeinse recht in het Nederlandse privaatrecht*, Nijmegen 2009, p. 125-138.

18 Vgl. over deze tekst bijvoorbeeld, H. Schwanert, *Die Naturalobligationen des römischen Rechts*, Göttingen 1861, p. 181.

19 A.D. Weber, *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung*, 4^e druk, Schwerin 1805, §107; In gelijke zin C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Band 14,1, Erlangen 1813, p. 44; A.F.J. Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, 2^e druk Bd 2, Jena 1805, §636, p. 73. In latere drukken heeft hij zijn standpunt niet gehandhaafd.

20 Averanus roept het beeld op van klimopplanten (zekerheidsrechten) die zich om een boom (de gesecureerde vordering) heen slingeren. Hij verbindt hieraan overigens niet de gevolgtrekking dat een

dat een niet-afdwingbare schuld dekt. Weber noemt het bestaan van een uit een zekerheidsrecht voortvloeiende actie 'sehr bedenklich'²¹ als de gesecureerde vordering een natuurlijke verbintenis is. Dat is bedenkelijk omdat het doel van die *actio Serviana* uiteindelijk het bewerkstelligen van betaling door executie is. Nu de crediteur geen betaling van de gesecureerde vordering kan vragen, zou hij de *actio Serviana* evenmin moeten kunnen instellen. Weber voert verschillende teksten aan ter ondersteuning van zijn leer. De meeste schrijvers volgen Weber niet. De reden daarvoor is er kort gezegd in gelegen dat de teksten die Weber noemt aanknopingspunten bevatten voor het aannemen van uitoefeningsafhankelijkheid in uitzonderingsgevallen. Die uitzonderingen bevestigen dat de hoofdregel was dat geen uitoefeningsafhankelijkheid gold.

Welke teksten noemt Weber? Hij wijst erop dat de zekerheidsgerechtigde de bevoegdheid heeft het pandobject onder zich te houden voor renteschulden die de crediteur niet kon afdwingen omdat de debiteur ze niet op de juiste formele wijze (in een *stipulatio*) had beloofd te zullen betalen (C. 4,32,22).²² Het zekerheidsrecht wordt een retentierecht. Zo kan de zekerheidsgerechtigde bijvoorbeeld de *actio Serviana* niet instellen. Dernburg merkt op dat Weber te veel uit de constitutie afleidt. Zo volgt uit het gegeven dat de zekerheidsgerechtigde het zekerheidsobject onder zich mag houden voor niet afdwingbare renteschulden niet dat zo'n zekerheidsgerechtigde de bevoegdheid de *actio Serviana* in te stellen mist of (in het verlengde hiervan) de bevoegdheid mist te executeren.²³

Dat de zekerheidsgerechtigde niet de *actio Serviana* in kon stellen als de gesecureerde vordering een natuurlijke was, leidt Weber af uit verschillende teksten. De eerste is D. 20,4,19:

Een vrouw gaf een als pand verbonden stuk grond als bruidsschat aan haar echtgenoot en stelde bij testament haar man en haar uit hem geboren kinderen alsmede die uit een andere man als erfgenamen in. Hoewel de schuldeiser de erfgenamen als zijnde solvent had kunnen aanspreken, procedeerde hij over de grond. Mijn vraag is of hij, als de rechtmatige bezitter hem betaling aanbiedt, gedwongen

zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis het zonder de *actio Serviana* moet doen. J. Averani, *Interpretationum iuris*, Leiden 1754, Lib. II, Caput XII nr 1, p. 440: 'Sunt hae obligationes hederæ similes; principalem obligationem sequuntur (...).'

21 Weber, *Systematische Entwicklung*, §107 op. p. 465.

22 Vgl. over het onderscheid tussen afdwingbare vormelijke nevenbedingen tot het betalen van rente en soms niet-afdwingbare vormeloze nevenbedingen daartoe bijvoorbeeld J.H.A. Lokin/F. Brandsma, *Prota, vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, 10^e druk Groningen 2016, V 35.

23 H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd I*, Leipzig 1860, p. 539.

moet worden zijn vordering over te dragen. Mijn antwoord is dat de bezitter geacht kan worden dit niet ten onrechte te eisen.²⁴

Uit deze tekst volgt dat wanneer de zekerheidsgerechtigde de *actio Serviana* richt tegen een rechtmatig bezitter (*iustus possessor*)²⁵ en die derde betaling van de gesecureerde vordering aanbiedt, de zekerheidsgerechtigde verplicht is zijn persoonlijke actie aan de derde te cederen.²⁶ De zekerheidsgerechtigde kán zijn persoonlijke actie niet cederen aan de *bona fide* derde als de gesecureerde vordering een natuurlijke is. Weber leidt hieruit af dat de zekerheidsgerechtigde de *actio Serviana* niet kan instellen als het een natuurlijke verbintenis betreft. De tekst dwingt echter geenszins tot deze conclusie. De tekst stelt immers niet dat het cederen van de persoonlijke actie een voorwaarde is om de *actio Serviana* in te stellen. Hij stelt slechts dat de *iustus possessor* die betaling van de gesecureerde vordering aanbiedt, aanspraak heeft op cessie. Als cessie niet mogelijk is, bijvoorbeeld omdat de gesecureerde vordering een natuurlijke verbintenis is, zou de *actio Serviana* zo bezien wel slagen. Zelfs als men uit D. 20,4,19 afleidt dat de cessie van de actie die de crediteur tegen de debiteur kon instellen een voorwaarde was voor het instellen van de *actio Serviana*, dan nog volgt uit de tekst niet dat zekerheidsrechten voor natuurlijke verbintenissen actie-loos zijn. De tekst ziet immers slechts op het geval dat een *iustus possessor* het zekerheidsobject bezit. *A contrario* redenerend zou men dan kunnen zeggen dat de *actio Serviana* wel slaagt als het zekerheidsobject in het bezit is van een *mala fide* derde. Bovendien spreekt de zekerheidsgerechtigde de bezitter in de tekst aan met de *actio Serviana*. De cessie van de acties wordt tegen deze actie als verweer ingebracht: de zekerheidsgerechtigde beschikt kennelijk wel over de *actio Serviana*.

24 *Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit: creditor cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit: quaero, an, si ei iustus possessor offerat, compellendus sit ius nominis cedere. respondi posse videri non iniustum postulare.*

25 Iedere bezitter kon de schuld van de debiteur aan de crediteur voldoen, het maakt bij betaling van geld immers niet uit wie betaalt, niet iedere bezitter had daarbij het voorrecht cessie van de acties van de crediteur te vragen. Dit voorrecht kwam slechts toe aan de *iustus possessor*. Vgl. hierover bijvoorbeeld C.F. Mühlenbruch, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, Greifswald 1836, p. 417; F.C. Gesterding, *Die Lehre vom Pfandrecht, nach Grundsätzen des römischen Rechts*, Greifswald 1831, p. 308 e.v.

26 Dit zogenoemde *beneficium actionum cedendarum* roept allerlei vragen op die hier grotendeels buiten beschouwing blijven. Zo lijkt cessie van de actie van de crediteur aan de debiteur bijvoorbeeld onmogelijk: door de betaling gaan immers de schuld en het zekerheidsrecht teniet. De crediteur heeft dus geen acties meer die hij tegen de debiteur in kan stellen. Om dit te voorkomen werd aangenomen dat de derde de vordering van de crediteur kocht en de koopprijs betaalde. Vgl. over deze techniek J.H.A. Lokin/F. Brandsma, *Prota, vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, 10^e druk Groningen 2016, V47; D. Medicus, 'Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregress', in: *FS Kaser*, München 1976, p. 391 e.v.; F. Briguglio, *Fideiussoribus succurri solet*, Milaan 1999, p. 254 e.v.; zie ook nog hieronder over het *beneficium* in de context van borgtocht.

Dat de *actio Serviana* ook mislukt als de zekerheidsgerechtigde haar tegen zijn natuurlijke debiteur richt, blijkt volgens Weber uit enkele teksten over het *senatusconsultum Macedonianum*.²⁷ Dat senaatsbesluit maakte door familiezones zonder goedkeuring van de familie vader gesloten geldleenovereenkomsten onafdwingbaar. Dergelijke leningen leidden tot natuurlijke verbintenissen (D. 14,6,10).²⁸ De familie zoon die werd aangesproken tot terugbetaling kon tegen de crediteur een aan het senaatsbesluit ontleende exceptie opwerpen.²⁹ In de Digesten wordt de vestiging van een zekerheidsrecht voor zo'n niet afdwingbare geldlening op dezelfde wijze behandeld als het overeenkomen van borgtocht voor zo'n verbintenis. Deze parallel zagen we hierboven ook in de tekst over zekerheid voor natuurlijke verbintenissen aangegaan door slaven. Dezelfde parallel trekt zoals wij hieronder zullen zien de Nederlandse wetgever. Ik besteed hier daarom niet alleen aandacht aan de vestiging van goederenrechtelijke zekerheid voor geldleningen aan familiezones, maar eerst (kort) aan het overeenkomen van borgtocht voor zulke niet afdwingbare schulden.

3 Borgtocht voor geldleningen aan familiezones

Niet alleen de familie zoon die werd aangesproken tot terugbetaling kon de exceptie opwerpen, maar ook zijn familie vader. De laatste was aansprakelijk was met de *actio de peculio* (C. 4,28,6pr.). Volgens D. 14,6,9,3 beschikte ook de borg die regres kon nemen over de exceptie:

Niet alleen de gezagsonderworpen zoon en zijn vader komt men te hulp, maar ook zijn borg en zijn lastgever, die zelf regres kunnen nemen met de actie uit lastgeving, tenzij zij zich voor hem hebben verbonden met de bedoeling een schenking te doen. In het laatste geval zal het senaatsbesluit namelijk geen toepassing vinden, aangezien zij geen regres hebben. Maar als zij dit gedaan hebben op wens van de vader, zal het gehele contract als door de vader bekrachtigd beschouwd worden.³⁰

De tekst betreft gevallen waarin een derde zich borg stelt voor de door een familie zoon aangegane geldlening. Was het de *pater familias* zelf die borgtocht overeenkwam of een ander daartoe opdracht gaf, dan lag daarin bekrachtiging van de geldlening besloten. Het verweermiddel gold dan niet langer. De borgtocht overeengekomen door een derde zonder betrokkenheid van de *pater familias* voor een geldlening aan een familie zoon was

27 Vgl. over dat senaatsbesluit bijvoorbeeld M. Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München 1975, p. 532 en Zimmermann, *The law of obligations*, p. 177-181.

28 Vgl. ook D. 12,6,19pr. Uitgebreid hierover P. Cornioley, *Naturalis obligatio*, Genève 1964, p. 243 e.v.

29 D. 14,6,7pr,1. Het was ook mogelijk dat de actie van de crediteur in haar geheel werd afgewezen, deze *denegatio actionis* blijft hier buiten beschouwing.

30 *Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt: tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit. sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.*

weliswaar geldig, de borg was niet aansprakelijk als hij na betaling regres zou kunnen nemen op de debiteur. Zou de borg dat kunnen, dan zou de geldlening via een omweg alsnog afdwingbaar worden. Het senaatsbesluit stond hieraan in de weg. Dit alles gold niet voor een borg die geen regres kon nemen, zoals degene die zich borg had gesteld met het oogmerk te schenken. Zo'n borg was blijkens de tekst wel aansprakelijk, terwijl de debiteur dat niet was. Het onderscheid tussen borgen met regres en borgen zonder regres houdt verband met het feit dat het Romeinse recht geen regresactie voor borgen kende.³¹ Degene die zich ter uitvoering van een lastgevingsovereenkomst borg had gesteld, beschikte wel over een actie als hij betaald had. Zo'n mandaatborg kon dan zijn uit het uitvoeren van de last voortvloeiende kosten (de betaling van de schuld) op de lastgever verhalen met de *actio mandati contraria*.³² De mandaatborg kon zich daarom tegen een actie van de crediteur tot betaling van de schuld van de familiezoon verweren door het aan het senaatsbesluit ontleende verweermiddel op te werpen. Degene die zich *animo donandi* borg stelde, was wel aansprakelijk: die kon immers geen regres nemen op de familiezoon. Hier gold dus geen uitoefeningsafhankelijkheid. Weber beschouwt dat laatste als een uitzondering op de hoofdregel die zou stellen dat de borg de verweermiddelen van de debiteur *per se* ten dienste zou staan.³³ Dat zou voortvloeien uit het afhankelijke karakter van de borgtocht. Deze regel mag voor enige andere verweermiddelen van de debiteur hebben gegolden³⁴: hij gold blijkens D. 14,6,9,3 niet voor de *exceptio senatusconsulti macedoniani*.³⁵

De hervorming van de borgtocht door keizer Justinianus in Novelle 4 maakte dit niet anders.³⁶ De constitutie bracht twee veranderingen: ten eerste was de borg voortaan pas aansprakelijk als de crediteur de debiteur had aangesproken tot nakoming. De borg kreeg ten tweede het *beneficium actionum cedendarum*: de borg kon aanspraak maken op cessie van de actie die de crediteur tegen de debiteur kon instellen.³⁷ De crediteur van een natuurlijke verbintenis kon de debiteur echter niet aanspreken en evenmin zijn actie tegen de debiteur aan de borg cederen: de novelle gold daarom niet

-
- 31 Vgl. uitgebreid hierover, G. Wesener, 'Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht', in: *LABEO* 11 1965, p. 341-361; E. Koops, *Vormen van subsidiariteit, Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, Leiden 2010, p. 10; H. Dernburg, *Pandekten, Bd II Obligationenrecht*, Berlijn 1897, p. 218 e.v.; Zimmermann, *The law of obligations*, p. 132 e.v.
- 32 Vgl. D. 17,1,6,2.
- 33 Weber, *Systematische Entwicklung*, p. 494.
- 34 Vgl. bijvoorbeeld D. 16,2,4,5 (het verrekenings-verweer), en D. 44,1,7,1 (de *exceptio quod metus causa*). Vangerow (zie volgende voetnoot) geeft een overzicht. Vgl. ook H. Dernburg, *Pandekten, Bd II Obligationenrecht*, Berlijn 1897, p. 215 noot 5.
- 35 Zie bijvoorbeeld K.A. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd 3, Marburg etc. 1869, §578, p. 138.
- 36 Vgl. uitgebreid over Novelle 4 E. Koops, *Vormen van subsidiariteit, Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, Leiden 2010, p. 60 e.v.
- 37 R. Knütel (bew.), M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, 20^e druk München 2014, §57, p. 329; Zimmermann, *The law of obligations*, p. 136; F. Briguglio, *Fideiussoribus succurri solet*, Milaan 1999, p. 209 e.v.

als het borgtocht betrof overeengekomen voor een natuurlijke verbintenis.³⁸ Er bestond dus na invoering van het systeem van cessie niet het gevaar dat het overeenkomen van de borgtocht voor een natuurlijke verbintenis na betaling door de borg zou leiden tot een regresactie van de borg tegen de debiteur. Zou dit wel zo zijn, dan zou het een argument opleveren tegen de mogelijkheid zekerheid te geven voor natuurlijke verbintenissen.

4 Goederenrechtelijke zekerheidsrechten voor geldleningen aan familiezones

Voor de vestiging van goederenrechtelijke zekerheid voor geldlening aan familiezones golden blijkens D. 20,3,2 dezelfde argumenten die gelden voor borgtocht:

(...) ook met betrekking tot degene die een hem toebehorende zaak ten behoeve van een gezagsonderworpen zoon als pand verbonden heeft, zullen echter dezelfde argumenten naar voren gebracht moeten worden als die welke ten aanzien van zijn borg gehanteerd worden.³⁹

De tekst gaat over gevallen waarin het een derde is die zonder betrokkenheid van de *pater familias* het zekerheidsrecht vestigde. Wanneer het de *pater familias* zelf was die het zekerheidsrecht vestigde of liet vestigen, lag daarin immers een bekrachtiging van de lening besloten en werd het verweermiddel niet meer verleend.⁴⁰ Voor een derdenpandgever golden volgens de tekst dezelfde regels als voor een borg: alleen de derdenpandgever die regres kon nemen op de debiteur stond dus het verweermiddel ter beschikking. Zo was voorkomen dat de familiezoon alsnog aansprakelijk werd.⁴¹ De derdenzekerheidsgever en de crediteur konden niet buiten de natuurlijke debiteur om bewerkstelligen dat de debiteur door een regresactie aansprakelijk werd. Tegen de vestiging van een zekerheidsrecht door een derde die geen regres kon nemen, bestond geen bezwaar. Het doel van het senaatsbesluit was immers erin gelegen de familiezoon en diens *pater familias* te beschermen. De doorwerking van de *exceptio senatusconsulti macedoniani* was daarvan het resultaat. Zij was niet het gevolg van het afhankelijke karakter van het zekerheidsrecht. De crediteur kon daarom de derde-zekerheidsgever die geen regres had op de debiteur aanspreken met de *actio Serviana*, terwijl zijn actie uit de geldlening tegen de debiteur afketste op de *exceptio*. Hier gold dus, net als bij het overeenkomen van

38 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd II *Obligationenrecht*, §478 (p. 1095); W. Girtanner, *Die Buergschaft nach gemeinem Civilrechte Bd 2, Das geltende gemeine Recht*, Jena 1851, p. 450; Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 384.

39 (...) *sed et in eo, qui pro filio familias rem obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fideiussore eius.*

40 Hetzelfde gold wanneer de *filius familias* intussen *pater familias* was geworden en een zekerheidsrecht vestigde, zie D. 14,6,9pr.

41 Dernburg, *Pfandrecht I*, p. 539; G. Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes*, Bd I, Tübingen 1871, p. 476-477.

borgtocht, geen uitoefeningsafhankelijkheid.⁴²

Weber gaat voorbij aan de parallel tussen borgtocht voor een geldlening aan een familiezoon en de vestiging van een zekerheidsrecht voor zo'n lening. Hij benadrukt dat het senaatsbesluit weinig zin zou hebben als een zekerheidsrecht voor een geldlening aan een familiezoon wel afdwingbaar was via een zekerheidsrecht. Hij wijst erop dat de vestiging van een zekerheidsrecht door de familiezoon slechts als bekrachtiging van de lening gold als de familiezoon intussen *pater familias* was geworden. Vestiging van een zekerheidsrecht op een eerder ogenblik was geen bekrachtiging, zo'n zekerheidsrecht richtte zich als ieder zekerheidsrecht naar de gesecureerde vordering: de *actio Serviana* werd daarom verlamd door een aan het senaatsbesluit ontleende exceptie zoals dat gold voor de gesecureerde vordering. Weber formuleert de volgende algemene regel:

'Die Verpfändung für bloss natürliche Verbindlichkeiten ist zwar an sich gültig, es finden aber deshalb nur diejenigen Rechtsmittel statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehen.'⁴³

Webers standpunt was, zo zagen wij hierboven al, een minderheidsopvatting. Er is best iets te zeggen voor de gedachte dat een zekerheidsrecht dat een natuurlijke verbintenis dekt niet afdwingbaar is. De Digesten bieden daarvoor ook enkele aanknopingspunten. Wat ontbreekt, is een tekst die onomstotelijk stelt dat een zekerheidsrecht dat een natuurlijke verbintenis dekt niet afdwingbaar is. Dat dit niet de hoofdregel was van het Romeinse recht blijkt juist uit de twee teksten waarmee dit opstel aanving. Schwanert neemt daarnaast de uitoefeningsafhankelijkheid onder vuur die de leerstellige verklaring is voor de leer van Weber. Hij vestigt er de aandacht op dat de afhankelijkheid waaruit zou volgen dat het zekerheidsrecht dat een natuurlijke verbintenis dekt niet 'vollwirksam' is, de band tussen de gesecureerde vordering en het zekerheidsrecht ten onrechte overschat. Er zijn immers allerlei verschillen tussen die vordering en het zekerheidsrecht: het zekerheidsrecht is een zakelijk recht en het vorderingsrecht een persoonlijk. De bijbehorende rechtsovereenkomsten verschillen daarom van aard: de rechtsovereenkomst van de zekerheidsgerechtigde is een zakelijke, die van de crediteur een persoonlijke. Een zakelijke rechtsovereenkomst is in bepaalde omstandigheden (insolventie van de debiteur, onvindbaarheid van de debiteur) nuttiger dan een persoonlijke. De crediteur kan dus meer hebben aan zijn zekerheidsrecht dan aan zijn vordering. Dit alles bewijst dat het afhankelijke (het zekerheidsrecht) wel degelijk meer kan zijn dan het principale (de schuld). Het afhankelijke karakter staat daarom niet in de weg aan een afdwingbaar zekerheidsrecht voor een niet-afdwingbare schuld.⁴⁴ In het Romeinse recht gold hier dus geen uitoefe-

42 G. Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes*, Bd I, Tübingen 1871, p. 476-477.

43 Weber, *Systematische Entwicklung*, p. 468.

44 H. Schwanert, *Die Naturalobligationen des römischen Rechts*, Göttingen 1861, p. 210 e.v., dit deel van zijn betoog op p. 211.

ningsafhankelijkheid: de zekerheidsgerechtigde kon het zekerheidsobject van zijn natuurlijke debiteur opeisen met de *actio Serviana*, maar tegen hem geen contractsactie instellen.

5 Executie

Er is in de literatuur enige discussie over de mogelijkheid voor de zekerheidsgerechtigde om te executeren wanneer de gesecureerde vordering een natuurlijke was. Gold daarvoor als vereiste dat de debiteur in verzuim is? Als dat zo was, miste de zekerheidsgerechtigde voor een natuurlijke verbintenis inderdaad de bevoegdheid te executeren. De natuurlijke debiteur kon immers niet in verzuim raken.⁴⁵ Als voorwaarde voor executie gold dat de gesecureerde vordering opeisbaar was (Fälligkeit): daarvan was bijvoorbeeld geen sprake als de betalingstermijn was verlengd (D. 20,5,4). Daarnaast diende de zekerheidsgerechtigde de debiteur tot betaling aan te manen (*denuntiāre*) om hem een kans te geven nexecutie te voorkomen.⁴⁶ Doorgaans zal de debiteur die zo'n aanzegging naast zich neerlegde in verzuim zijn geraakt. Een voorwaarde om tot executie over te gaan was verzuim niet. De teksten over executie door de zekerheidsgerechtigde noemen het vereiste van een *interpellatio* of *mora* niet. Een *denuntiatio* volstaat.⁴⁷ Zo is volgens Vangerow en Fritz ook verklaarbaar dat het zekerheidsrecht dat een natuurlijke verbintenis dekt executabel is. Nergens wordt immers in het *Corpus Iuris* volgens hen 'met ook maar een woordje' gezegd dat het voor een natuurlijke verbintenis gevestigde zekerheidsrecht executieloos is.⁴⁸ Dernburg huldigt een minderheidsopvatting. Hij wil als hoofdregel aannemen dat verzuim vereist is om tot executie over te gaan. Hij neemt daarom aan dat de zekerheidsgerechtigde de natuurlijke debiteur 'unter dem Präjudiz der Pfanddistraktion' om betaling moet vragen binnen een bepaalde termijn.⁴⁹ Als de debiteur deze termijn laat verstrijken, raakt hij alsnog in verzuim. Ik ben het op dit laatste punt niet met Dernburg eens. De zekerheidsgerechtigde die tot executie over wilde gaan, zal ook als de gesecureerde vordering een natuurlijke was de debiteur hebben moeten vragen om betaling (*denuntiatio*) om executie te voorkomen. Als de debiteur de betalingstermijn liet verstrijken, raakte hij niet in verzuim; dat kan immers bij een natuurlijke verbintenis niet.⁵⁰ Wel

45 Zie bijvoorbeeld D. 50,17,88.

46 C. 5,37,18, C. 8,33,1.

47 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts I*, 9^e druk bewerkt door T. Kipp, Frankfurt 1906, § 237 Anmerkung 3.

48 J.A. Fritz, *Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, Bd 2, Freiburg 1834, p. 461 e.v., zie op p. 464; In bijna gelijke bewoordingen K.A. Vangerow, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, 3^e druk Band 1/2, Marburg etc. 1843, §364, p. 738.

49 Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 122.

50 Tegen zijn opvatting pleit ook dat voor het instellen van de *actio Serviana*, die vaak als voorbode van een executie zal hebben gediend, niet vereist was dat de debiteur in verzuim was. Het was blijkens de *formula* van de *actio Serviana* voldoende als niet betaald was of anderszins genoegdoening was geboden. In C. 5,37,18 komen die zelfde woorden voor, als de debiteur geen genoegdoening biedt na de *denuntiatio* kan de zekerheidsgerechtigde zich bij de verkoop van het algemene recht op dit punt bedienen.

verkreëg de zekerheidsgerechtigde dan de bevoegdheid om over te gaan tot executie. In de opvatting van Dernburg is welbeschouwd geen ruimte voor zekerheidsrechten gevestigd door de debiteur voor natuurlijke verbintenissen: als de crediteur de debiteur alsnog in verzuim kan brengen, is de verbintenis immers geen natuurlijke verbintenis meer. De vestiging van een zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis is zo bezien tegelijkertijd een stilzwijgende omzetting van die natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare. Daar is van alles voor te zeggen (zie hieronder voor het moderne recht), het gold naar Romeins recht niet omdat omzetting van een natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare schuldvernieuwing (*novatio*) was⁵¹, die in de met vormvereisten omklede figuur van een *stipulatio* diende te geschieden.⁵² De enkele vestiging van een zekerheidsrecht was daarvoor onvoldoende.⁵³

6 Nederlands recht

Het bovenstaande heeft voor het huidige recht niet aan belang ingeboet. Een analyse van het Nederlandse recht roept dezelfde vragen op die bij beoefenaren van het Romeinse recht waren gerezen. Net als in het Romeinse recht staat het leerstuk van de afhankelijkheid (vgl. artikel 3:7⁵⁴) er niet aan in de weg dat een zekerheidsrecht wordt gevestigd, of borgtocht overeengekomen wordt voor een natuurlijke verbintenis. De rechten van pand en hypotheek strekken tot verhaal van een vordering tot voldoening van een geldsom (3:227). De wetgever stelt niet de eis dat die vordering afdwingbaar is. Artikel 7:850 omschrijft borgtocht als de overeenkomst waarin de borg zich verplicht de verbintenis van een ander na te komen. Die verbintenis hoeft niet afdwingbaar te zijn. Het is dus net als in het Romeinse recht mogelijk zekerheidsrechten te vestigen voor natuurlijke verbintenissen of ervoor borgtocht overeen te komen.⁵⁵ De wetgever noemt deze mogelijkheid op verschillende plaatsen in de wetsgeschiedenis.⁵⁶ Uit die wetsgeschiedenis blijkt ook een verschil met het Romeinse recht. Zij maakt het aannemelijk dat de wetgever ervan uitgaat dat de vestiging van een zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis door de natuurlijke debiteur de omzetting is van die natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare. De relevante passages uit de Toelichting Meijers en de Memorie van Antwoord bij artikel 6:4 volgen hieronder:

51 Zie D. 46,2,1pr en 1, vgl. ook D. 13,5,1,7.

52 M. Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München 1975, p. 647 e.v.

53 Zo W. Francke, *Civilistische Abhandlungen*, Göttingen 1826, p. 65-128, op. p. 84.

54 Wetsartikelen zijn tenzij anders is aangegeven uit het Burgerlijk Wetboek.

55 Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012 nrs 80, 81 en 84; B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, Zwolle 1988, nr 728 (p. 377-378); G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht*, Deventer 2014, p. 95-96; Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr 73.

56 Zie naast de in de volgende noten genoemde passages de TM bij art. 7.14.1.1., *Parl. Gesch. Boek 7*, Deventer 1991, p. 422: 'Onder de term verbintenis is hier ook de natuurlijke verbintenis begrepen. Ook voor een natuurlijke verbintenis is borgtocht mogelijk.'

'Ook kan een derde borg zijn of pand- of hypotheekgever, terwijl tegen de (hoofd)schuldenaar geen afdwingbaar vorderingsrecht bestaat.'⁵⁷

'Ook versterking van een natuurlijke verbintenis door een zekerheidsrecht vormt naar de mening van de ondergetekende geen probleem. Een zodanige versterking is toegelaten, zonder dat de natuurlijke verbintenis haar karakter daardoor behoeft te verliezen, met name wanneer de zekerheid wordt verschaft door de derde.'⁵⁸

Meijers noemt slechts de vestiging door een derde van een zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis en de minister stelt dat de vestiging van een zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis het karakter van die verbintenis niet verandert, met name wanneer een derde de zekerheid verschaft. *A contrario* kan men daaruit afleiden dat de vestiging van een zekerheidsrecht door de natuurlijke debiteur de omzetting van de natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare is. Artikel 6:5 stelt immers -anders dan het Romeinse recht- geen vormvereisten aan het overeenkomen van een omzettings-overeenkomst. Zo'n overeenkomst komt volgens artikel 6:5 lid 1 tot stand door wilsovereenstemming tussen de debiteur en de crediteur. Als de natuurlijke debiteur een zekerheidsrecht vestigt, is daaruit een (stilzwijgende) omzetting van de natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare af te leiden. Hetzelfde geldt als de natuurlijke debiteur met de crediteur overeenkomt dat hij verplicht is een borg te stellen. Als zo'n borgstelling in een driepartijen-overeenkomst plaatsvindt, is hierin ook omzetting van de natuurlijke verbintenis in een afdwingbare gelegen.⁵⁹ De natuurlijke debiteur die met de crediteur overeenkomt dat hij verplicht is ervoor te zorgen dat er door een derde een zekerheidsrecht gevestigd zal worden voor zijn natuurlijke schuld, zet die schuld om in een rechtens afdwingbare.⁶⁰ Hetzelfde geldt als de natuurlijke debiteur, de crediteur en de derde die het zekerheidsrecht zal vestigen hiertoe een driepartijen-overeenkomst sluiten.⁶¹

Ik plaats enige kanttekeningen bij deze in de Nederlandse literatuur heersende opvatting. Ten eerste sluit de wetsgeschiedenis niet uit dat de vestiging van een zekerheidsrecht door de natuurlijke debiteur zelf het niet afdwingbare karakter van zijn schuld onverlet laat. Heeft de natuurlijke debiteur die een zekerheidsrecht vestigt de wil zijn schuld om te zetten in een rechtens afdwingbare? Ik vraag mij

57 TM bij art. 6.1.1.4 (6:4), *Parl. Gesch. Boek 6*, Deventer 1981, p. 85.

58 MvAII bij art. 6.1.1.4 (6:4), *Parl. Gesch. Boek 6*, Deventer 1981, p. 86.

59 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012 nrs 80, 81 en 84; B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, Zwolle 1988, nr 728 (p. 378).

60 Zij kunnen daarbij verder afspreken dat de debiteur direct in verzuim is met voldoening van hetgeen waarvoor het zekerheidsrecht strekt, de zekerheidsgerechtigde kan dan direct overgaan tot executie. Vgl. over deze mogelijkheid W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW: overeenkomsten en verschillen met zekerheidsoverdracht met beschrijving van het overgangsrecht*, Arnhem 1987, nr 134.

61 Zie naast de vorige noot C.J.H. Brunner, G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, 2^e druk Deventer 2004, nr 21, p. 16-17.

dat af. Uitgesloten lijkt het me in elk geval als de debiteur en de crediteur uitsluiten dat zij omzetten. De natuurlijke debiteur kan bijvoorbeeld met de vestiging van een zekerheidsrecht beogen dat alleen het zekerheidsobject strekt tot verhaal van zijn schuld. Als de opbrengst van het zekerheidsobject lager is dan de schuld, is de restantvordering dus een natuurlijke gebleven. Zie ook de slotregels van dit opstel.

Het aantal gevallen waarin een verbintenisrechtelijk of goederenrechtelijk zekerheidsrecht een natuurlijke verbintenis dekt, is dus beduidend minder groot dan in het Romeinse recht. Het gaat -de hierboven geuite kritiek op de stilzwijgende omzetting daargelaten- om gevallen waarin het een derde is die in samenspraak met de debiteur, maar zonder dat de crediteur daarbij betrokken is, een zekerheidsrecht vestigt of zich borg stelt. Het geldt ook wanneer een derde *sua sponte* borgtocht overeenkomt met de crediteur of een zekerheidsrecht vestigt.

De ontstaansafhankelijkheid staat dus niet in de weg aan het overeenkomen van borgtocht of het vestigen van een zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis. Hoe zit het in het Nederlandse recht met de uitoefeningsafhankelijkheid? Heeft het gegeven dat de schuld een niet afdwingbare is, gevolgen voor de aansprakelijkheid van de borg of de mogelijkheid voor de zekerheidsgerechtigde tot executie over te gaan? Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever er vanuit gaat dat wanneer het om borgtocht voor een natuurlijke verbintenis gaat, de crediteur wel betaling kan afdwingen van de borg uit de borgtocht, maar niet van de natuurlijke debiteur:

'Dit (het overeenkomen van borgtocht, JEJ) is ook niet in strijd met de aard van de overeenkomst van borgtocht, al heeft dit tot gevolg dat de schuldenaar de nakoming van de natuurlijke verbintenis door de hoofdschuldenaar niet kan afdwingen, maar wel betaling door de borg van diens verbintenis uit de borgtocht.'⁶²

Omdat de wetgever ruimte ziet voor de figuur van borgtocht voor een natuurlijke verbintenis kan de borg die aangesproken wordt door de crediteur niet het verweer voeren dat de hoofdschuld een niet afdwingbare is. Net als in het Romeinse recht werken verweermiddelen van de debiteur niet automatisch door. Artikel 7:852 stelt de borg slechts die verweermiddelen ter beschikking die het bestaan, de inhoud of het tijdstip van nakoming betreffen. Verweermiddelen die uitsluitend de rechtsvordering betreffen, komen aan de borg niet toe.⁶³ Het verweer dat jegens de debiteur geen rechtsvordering bestaat, dat

62 MvA II bij art. 7.14.1.1, *Parl. Gesch. Boek 7*, Deventer 1991, p. 425.

63 Ik bespreek aan het eind van dit opstel de verweermiddelen die de debiteur tegen de regresvordering van de borg heeft, de artikelen 7:866 en 7:868. De wetsgeschiedenis van die artikelen bevestigt dat de wetgever een stelsel wilde waarin de borg wel aansprakelijk was, maar de natuurlijke debiteur niet.

de geseceerde vordering een natuurlijke is, valt daaronder.⁶⁴

Hetzelfde zal gelden voor het door een derde gevestigde goederenrechtelijke zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis. De wetgever stelt immers het overeenkomen van borgtocht door een derde en de vestiging van een zekerheidsrecht door een derde op één lijn. Hij neemt uitoefeningsafhankelijkheid dus niet als uitgangspunt: dan zou immers gelden dat het overeenkomen van borgtocht of het vestigen van een zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis in elk geval niet leidt tot aansprakelijkheid van de borg of executie door de zekerheidsgerechtigde. Dat de wetgever uitoefeningsafhankelijkheid niet als uitgangspunt hanteert, blijkt ook uit artikel 3:323. In dat artikel bezegelt hij het lot van zekerheidsrechten die gevestigd zijn voor een verbintenis die door bevrijdende verjaring een natuurlijke verbintenis is geworden. Het stille pandrecht en het recht van hypotheek gaan met het verstrijken van de verjaringstermijn teniet (lid 1 en 3), het vuistpandrecht niet (lid 2). Waarom dit verschil? Het artikel vormt een sanctie op nalatigheid: de zekerheidsgerechtigde die nalaat als crediteur tegen de debiteur op te treden verliest zijn rechtsvordering (3:306) en als gevolg van die nalatigheid ook zijn zekerheidsrecht. Omdat de vuistpandhouder het pandobject onder zich heeft, is hij niet nalatig. Uitoefening van het vuistpandrecht blijft dus mogelijk.⁶⁵ Uitoefeningsafhankelijkheid is dus geen uitgangspunt van de wetgever: zou zij onverkort gelden, dan zouden de zekerheidsrechten met het verstrijken van de bevrijdende verjaring teniet gaan of niet afdwingbaar worden, ongeacht enige nalatigheid.

Van Schaick heeft er voor borgtocht op gewezen dat wat ik hier uitoefeningsafhankelijkheid noem langs een omweg toch geldt.⁶⁶ De aansprakelijkheid van de borg is op grond van artikel 7:855 een subsidiaire. Artikel 7:855 stelt daarom dat de borg niet is gehouden tot nakoming voordat de debiteur is tekort geschoten in de nakoming van zijn verbintenis. Wanneer is daarvan sprake? De wetgever merkt in de wetsgeschiedenis op dat de schuldeiser de borg pas kan aanspreken als 'hij het nodige heeft gedaan om te constateren dat de hoofdschuldenaar niet tot betaling overgaat'.⁶⁷ Wat is met deze vage formulering bedoeld? Artikel 7:855 lid 2 biedt een aanknopingspunt. De schuldeiser die de debiteur in gebreke stelt, moet op grond van het tweede lid de borg mededeling daarvan doen. Daaruit leidt de Nederlandse literatuur af dat de schuldenaar in verzuim moet zijn, wil de schuldeiser de borg kunnen aanspreken.⁶⁸ Zo is het overeenkomen van borgtocht voor een natuurlijke

64 TM bij artikel 7:852, *Parl. Gesch. Boek 7*, Deventer 1991, p. 431; Vgl. hierbij Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr 91.

65 MvA II, art. 3.11.20b (art. 3:323 BW), *Parl. Gesch. Boek 3*, Deventer 1980, p. 939.

66 Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr 73.

67 MvT bij art. 7.14.1.7 (7:855), *Parl. Gesch. Boek 7*, Deventer 1991, p. 438.

68 E. Koops, *Vormen van subsidieriteit, Een historisch-comparatistische studie naar het subsidieriteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, Leiden 2010, p. 354; G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht*, Deventer 2014, p. 168; Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr 76, met verwijzing naar rechtspraak.

verbintenis onbedoeld weinig zinvol. Volgens artikel 6:81 is de schuldenaar in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden. Omdat een natuurlijke verbintenis nooit opeisbaar is geworden, kan er bij een natuurlijke verbintenis geen sprake zijn van verzuim.⁶⁹ Anders dan de wetgever veronderstelt, is het dus onmogelijk dat de borg aansprakelijk wordt als de hoofdschuld een natuurlijke verbintenis is. Voor pand en hypotheek geldt hetzelfde: de zekerheidsgerechtigde mag immers pas executeren als de debiteur in verzuim is (artt. 3:248 en 3:268).

Wat nu? Geldt in het Nederlandse recht als gevolg van de artikelen 7:855, 3:248 en 3:268 een stelsel dat doet denken aan het systeem van de pandektist Weber? Het is dan weliswaar mogelijk borgtocht overeen te komen of een zekerheidsrecht te vestigen voor een natuurlijke verbintenis, de borg is echter niet aansprakelijk, de zekerheidsgerechtigde mag niet executeren. De gevolgen van zulke onvolkomen zekerheid zijn beperkt. De borg is niet aansprakelijk, er ontstaat wel een niet-opeisbare schuld aan de crediteur. De borg die vrijwillig nakomt, betaalt verschuldigd. De zekerheidsgerechtigde kan weliswaar niet executeren, maar beschikt wel over andere bevoegdheden waarvoor de wetgever niet het vereiste van verzuim stelt. Zo zal de zekerheidsgerechtigde het zekerheidsobject van een derde kunnen opeisen (art. 3:245). Kan de zekerheidsgerechtigde ook om afgifte van het pandobject vragen, of mededeling doen van zijn pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering? Daarvoor is vereist dat de debiteur tekortschiet in zijn verplichtingen jegens de pandhouder of goede grond geeft te vrezen dat dat zal gebeuren (art. 3:237 lid 3, 3:239 lid 3). De wet eist niet dat de debiteur in verzuim is⁷⁰ en evenmin dat het gaat om afdwingbare verplichtingen. De stille pandhouder zou zo bezien afgifte van het pandobject kunnen bewerkstelligen, de pandhouder van een vordering zou de debiteur van de verpande vordering kunnen informeren zodat hij ininngsbevoegd wordt (3:246). Veel heeft de pandhouder hier allemaal niet aan: executie is uitgesloten, het zekerheidsrecht verwordt tot een retentierecht ongeveer zoals Weber voor het Romeinse recht betoogde. De pandhouder die de aan hem verpande vordering heeft geïnd, zal het geld apart moeten bewaren.⁷¹ Of dit alles tot veel problemen aanleiding zal geven, is de vraag. De derde die een pandrecht vestigt voor een natuurlijke verbintenis zal er rekening mee houden dat de pandhouder executeert. Hij zal zich waarschijnlijk niet realiseren dat artikel 3:248 hieraan in de weg staat. Degene die zich borg stelt voor een natuurlijke verbintenis zal wellicht vrijwillig nakomen. Het gaat dan te ver om de artikelen 3:248, 3:268 en 7:855 een alternatieve interpretatie te geven zodat de borg voor een natuurlijke verbintenis ook aansprakelijk is en de zekerheidsgerechtigde tot executie kan overgaan als de geseceerde vordering een natuurlijke verbintenis is.

69 Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr 73: 'Onbedoeld is dus ook naar Nederlands recht een overeenkomst van borgtocht voor een natuurlijke verbintenis zinloos.'

70 A. Steneker, *Pandrecht*, Deventer 2012, nr 52.

71 Vgl. F.J.L. Kaptein, *Pandrecht*, z.p. 2016, §6.3.2.1. (p. 172).

Van Schaick pleit er wat betreft borgtocht voor af te wijken van de wil van de wetgever. Hij spreekt in dit verband van het academische verlangen van de wetgever om borgtocht voor een natuurlijke verbintenis mogelijk te maken. Hij deelt dit verlangen niet en wil in navolging van het Franse recht aannemen dat het overeenkomen van borgtocht voor een natuurlijke verbintenis onmogelijk is.⁷² Hij maakt zich anders gezegd sterk voor een strikte variant van uitoefeningsafhankelijkheid. Biedt de wet ruimte te komen tot het Romeinse stelsel zonder uitoefeningsafhankelijkheid dat de wetgever voor ogen stond? Is die ruimte er, dan is de figuur van zekerheid voor een natuurlijke verbintenis immers niet zinloos en kan het academische verlangen van de wetgever in vervulling gaan. Wij zagen hiervoor dat zekerheid voor een natuurlijke verbintenis vooral denkbaar is in wat academische gevallen. Dat zijn gevallen waarin een derde zich borg stelt of zekerheidsrechten vestigt als uitvloeisel van een overeenkomst gesloten met de natuurlijke debiteur, maar zonder bemoeienis van de crediteur. Er is ook sprake van als een derde eigener beweging zekerheidsrechten vestigt of zich borg stelt. In deze gevallen lijkt het alleszins redelijk dat de crediteur de derde aan kan spreken, maar de debiteur niet. Is er ruimte voor zo'n Romeins stelsel? De artikelen 7:855 en 3:248 en 3:268 vormen hierbij de *bottleneck*.

7 Een Romeinse regeling?

Die ruimte is er voor artikel 7:855. Het artikel eist niet woordelijk dat de crediteur de debiteur in verzuim brengt. Het stelt dat de borg gehouden is tot nakoming als de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten. De literatuur leidt de noodzaak de debiteur in verzuim te brengen zoals gezegd af uit het tweede lid dat stelt dat de crediteur die een ingebrekestelling stuurt, daarvan mededeling moet doen aan de borg. Dit tweede lid stelt evenmin dat de crediteur *per se* verplicht is de debiteur in gebreke te stellen. Het stelt slechts dat de crediteur die de debiteur in gebreke stelt de borg daarvan mededeling moet doen, voordat de borg aansprakelijk kan zijn. Wanneer de schuld een natuurlijke verbintenis is, *kán* de crediteur de debiteur niet in gebreke stellen. Waarom in zulke gevallen uit artikel 7:855 een verplichting afleiden de debiteur in verzuim te brengen? Zou de crediteur die de natuurlijke debiteur een termijn geeft om tot betaling over te gaan en hiervan mededeling doet aan de borg, niet 'het nodige' hebben gedaan om te constateren dat de debiteur niet tot betaling overgaat? Het lijkt dan alleszins op zijn plaats dat, als de termijn verstrijkt zonder dat betaald wordt, de crediteur de borg aanspreekt. Men zou in dit verband kunnen spreken van een analoge ingebrekestelling. Anders dan bij een ingebrekestelling kan de debiteur die de termijn laat verstrijken niet in verzuim raken. De crediteur kan zijn natuurlijke debiteur immers niet tot betaling dwingen, of hem omdat hij in verzuim is schadeplechtig maken. Als de termijn verstrijkt, is daarmee enkel de borg aansprakelijk.

72 Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr 73, over het academische verlangen in nr 91.

De artikelen 3:248 en 3:268 bieden minder ruimte dan artikel 7:855 te komen tot een interpretatie die zekerheidsrechten die een natuurlijke verbintenis dekken zinvol maakt. Zij eisen dat de debiteur in verzuim is. Daarvoor is een ingebrekestelling als hoofdregel vereist (vgl. de artikelen 6:80 e.v.). Heel erg is dat alles, het zij herhaald, niet omdat de Nederlandse literatuur, anders dan zoals hierboven beschreven voor het Romeinse recht, uit de vestiging van een zekerheidsrecht door de natuurlijke debiteur of door een derde meestal (stilzwijgende) omzetting afleidt van de natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare. De crediteur-zekerheidsgerechtigde stelt daarom na de vestiging van het zekerheidsrecht zijn debiteur in gebreke⁷³, de niet betalende debiteur raakt in verzuim, en de crediteur wordt executie-bevoegd.

Het is overigens niet geheel ondenkbaar dat ook een door de debiteur zelf gevestigd zekerheidsrecht een natuurlijke verbintenis dekt zonder dat de debiteur in verzuim is zodat het zekerheidsrecht executieloos is. Zoiets kan zich voordoen als dat zekerheidsrecht een vuistpandrecht is en de geseceerde vordering door verjaring een natuurlijke verbintenis is geworden. Uitoefening van het vuistpandrecht blijft dan volgens artikel 3:323 lid 2 mogelijk. In de meeste gevallen zal de vuistpandgever na het verstrijken van de verjaringstermijn in verzuim zijn zodat de vuistpandhouder kan executeren. Dat is niet *per se* het geval. Als partijen geen afspraken maakten over betalings-termijnen, geldt dat de debiteur direct verplicht is te betalen en begint de verjaringstermijn van vijf jaar direct te lopen. Als de verjaringstermijn verstrijkt zonder dat de crediteur de debiteur in gebreke heeft gesteld, is de debiteur niet in verzuim, maar blijft uitoefening van het vuistpandrecht op grond van artikel 3:323 lid 2 mogelijk. De wetgever verstaat onder uitoefening (natuurlijk) ook de bevoegdheid te executeren. Artikel 3:248 onttrekt de vuistpandhouder in zo'n geval echter de bevoegdheid tot executie over te gaan. Is artikel 3:323 lid 2 een *lex specialis* die aan de *lex generalis* van artikel 3:248 derogeeert? Of bevestigt dit enigszins academische geval de ondoordachtetheit van de Nederlandse regeling?

Wat daar van zij, het door een derde gevestigde zekerheidsrecht voor een natuurlijke verbintenis is executieloos omdat de artikelen 3:248 en 3:268 verzuim eisen. Zulke onvolkomen zekerheidsrechten zijn voorkomen als men het in de artikelen 3:248 en 3:268 vereiste verzuim niet uitlegt zoals in de artikelen over verzuim in boek 6, maar op een andere manier. Viëtor heeft in een ander verband zoiets betoogd.⁷⁴ Volgens hem gaat er om of de geseceerde vordering opeisbaar is. De literatuur reageerde afwijzend op zijn voorstel omdat de gevolgen van executie voor de zekerheidsgever verstrekkend zijn: hij verliest zijn recht. Het ligt daarom voor de hand dat de crediteur de debiteur in gebreke stelt voordat hij tot executie overgaat.⁷⁵ Als men de artikelen 3:248 en 3:268 leest tegen de

⁷³ Tenzij partijen afspreken dat de debiteur *per direct* in verzuim is, zie daarover hierboven in noot 53.

⁷⁴ D.A. Viëtor, 'Opeising of weigering van krediet en uitwinning van zekerheden door een bank', in: *Tijdschrift voor financieel recht* 2009, p. 264-275, op p. 274.

⁷⁵ Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI * 2010, nr 161; Vgl. ook F.J.L. Kaptein, *Pandrecht*, z.p. 2016, §6.3.1.1 (p. 164). Het voorstel van Viëtor gaat verder dan het Romeinse recht dat zoals wij zagen geen

achtergrond dat de debiteur een laatste kans krijgt te betalen, komt een oplossing in zicht. De artikelen 3:248 en 3:268 verplichten de zekerheidsgerechtigde ertoe de debiteur eerst de gelegenheid te bieden de gecureerde vordering te betalen voordat executie plaatsvindt. In deze zin zou men de aansprakelijkheid van de pand- en hypotheekgever subsidiair kunnen noemen.⁷⁶ Dat geldt te meer voor de derde die een zekerheidsrecht heeft gevestigd voor andermans schuld. Die derde mag erop rekenen dat de zekerheidsgerechtigde eerst de debiteur om betaling vraagt voordat hij verhaal neemt door te executeren. De positie van de derde-zekerheidsgever is goed te vergelijken met die van een borg. Ik zou daarom de artikelen 3:248 en 3:268 uit willen leggen zoals ik hierboven artikel 7:855 uitlegde. Het gaat er dus om dat de zekerheidsgerechtigde het nodige heeft gedaan om te constateren dat de debiteur niet nakomt. Hij dient de debiteur daarom een termijn te stellen voor betaling. De crediteur doet hiervan mededeling aan de zekerheidsgever (vgl. 7:855 lid 2). In de regel is zo'n *denuntiatio* een ingebrekestelling en raakt de debiteur die niet betaalt in verzuim. Dat is niet zo als het gaat om het zeldzame geval waarin een derde een zekerheidsrecht vestigde voor een natuurlijke verbintenis. De debiteur is dan immers niet aansprakelijk, zijn crediteur kan hem niet in verzuim brengen. Dat laat onverlet dat de crediteur de debiteur kan vragen om na te komen. Geeft de debiteur geen gehoor aan dit verzoek, dan raakt hij niet in verzuim, maar is de zekerheidsgerechtigde wel bevoegd om te executeren.

8 Ongewilde regresvorderingen?

Valt tegen de bovenstaande interpretatie van de artikelen 7:855, 3:248 en 3:268 als argument in te brengen dat degene die de verbintenisrechtelijke of goederenrechtelijke zekerheid gaf (de borg of de zekerheidsgever) na betaling respectievelijk na de executie een regresvordering krijgt op de natuurlijke debiteur? De natuurlijke debiteur zou dan langs een omweg alsnog aansprakelijk worden hetgeen bij een natuurlijke verbintenis juist niet mogelijk is. Dit gevaar bestaat net als in het Romeinse recht in het Nederlandse recht niet. De wetgever heeft dit gevaar juist willen voorkomen wanneer het borgtocht voor een natuurlijke verbintenis betreft, hetgeen een argument oplevert voor de soepele lezing van de artikelen 7:855, 3:248 en 3:268 die ik hierboven voorstel. Dit blijkt uit de wetsgeschiedenis bij artikel 7:853. De wetgever heeft in dit artikel de regel neergelegd dat borgtocht teniet gaat als de hoofdschuld door bevrijdende verjaring een natuurlijke verbintenis wordt. Dat staat er niet aan in de weg dat het mogelijk is borgtocht overeen te komen voor

verzuim eiste, maar wel eiste dat de crediteur de debiteur een laatste betalingskans gaf om executie te voorkomen. Artikel 3:249 (de pandhouder dient executie in beginsel drie dagen tevoren aan de pandgever te melden) bewerkstelligt niet dat de debiteur zo'n laatste kans krijgt omdat het artikel doorgaans wordt uitgesloten, zie D.A. Viëtor, 'Opeising of weigering van krediet en uitwinning van zekerheden door een bank', in: *Tijdschrift voor financieel recht* 2009, p. 275 in noot 73.

⁷⁶ E. Koops, *Vormen van subsidariteit, Een historisch-comparatistische studie naar het subsidariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, Leiden 2010, p. 356.

een verbintenis die door bevrijdende verjaring intussen een natuurlijke is geworden:

'Het artikel heeft evenwel geen betrekking op het geval dat een borgtocht wordt gegeven voor een natuurlijke verbintenis, ontstaan doordat de verjaring voor het verlenen van de borgtocht reeds voltooid was. Hier geldt hetgeen ter zake van borgtocht voor natuurlijke verbintenissen in het algemeen geldt. Indien de borg bereid is de natuurlijke verbintenis door middel van de borgtocht te versterken, is het niet onredelijk dat hij, bij zijn eventuele regres op de hoofdschuldenaar, daarvan ook de gevolgen heeft te dragen.'⁷⁷

De wetgever verwijst hier naar de latere artikelen 7:866 en 7:868. Volgens het eerste artikel heeft de borg regres krachtens artikel 10 van boek 6. De hoofdschuldenaar kan de verweermiddelen die hij ten tijde van het ontstaan van de verhaalsvordering van de borg tegen de schuldeiser had, ook tegenwerpen aan de borg. De schuldenaar kan zich tegen de regresvordering van de borg verweren. Hij komt dus niet in een slechtere positie doordat de borg heeft betaald. Voorheen rustte op hem de niet afdwingbare verplichting aan de crediteur te betalen, nadien rust eenzelfde verplichting op hem om aan de borg te betalen. Dit alles ligt net als in het Romeinse recht anders als de borgstelling geschiedt ter uitvoering van een overeenkomst die de borg sloot met de debiteur, maar zonder instemming van de crediteur. De borg kan de debiteur dan op grond van die overeenkomst aanspreken. Iets soortgelijks geldt als de borgstelling zaakwaarneming is. De borg heeft dan een rechtsvordering uit zaakwaarneming tegen de debiteur. Het gaat in zulke gevallen echter niet om een regresactie, maar om een andersoortige actie.

Het gevaar dat de vestiging van een zekerheidsrecht door een derde de natuurlijke debiteur via een regresvordering alsnog aansprakelijk maakt zonder dat hij daarmee instemt, bestaat evenmin voor pand en hypotheek. De pand- en hypotheekhouder subrogeren op grond van artikel 6:150 sub a in de vordering die de crediteur op de debiteur had als het zekerheidsobject wordt uitgewonnen.⁷⁸ Zij verkrijgen dus een niet afdwingbare vordering op de debiteur. De zekerheidsgever kan de derde niet dwingen tot betaling. Dit ligt -net als bij borgtocht- slechts anders als aan de zekerheidsstelling door de derde bijvoorbeeld een overeenkomst met de debiteur ten grondslag ligt of als de verpanding valt onder de reikwijdte van het leerstuk van de zaakwaarneming.

9 Tot slot

Het is opmerkelijk dat de wetgever zich zo veel moeite heeft getroost om de figuur van verbintenisrechtelijke of goederenrechtelijke zekerheid voor een natuurlijke verbintenis mogelijk te maken. Dat is opmerkelijk omdat de versterking van een natuurlijke verbinte-

⁷⁷ MvA bij art. 7:852, *Parl. Gesch. Boek 7*, Deventer 1991, p. 436.

⁷⁸ Vgl. voor derdenpand bijvoorbeeld A. Steneker, *Pandrecht*, Deventer 2012, nr 18.

nis volgens de heersende leer anders dan in het Romeinse recht doorgaans (stilzwijgende) omzetting van de natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare is. Borgtocht, pand of hypotheek die een natuurlijke verbintenis dekken zijn dan slechts mogelijk als het een derde is die de zekerheid geeft. Dergelijke gevallen zullen zeldzaam zijn, het zijn gevallen die men in eerste instantie in de studeerkamer verzint. De geur van *Begriffsjurisprudenz* dringt zich op. Van Schaick spreekt in dit verband van een academisch verlangen. Des te opmerkelijker is dat de wetgever lastige problemen rond zekerheid voor natuurlijke verbintenissen zoals de doorwerking van verweermiddelen en het ontstaan van regresvorderingen voorzag en er in het wetboek een oplossing voor gaf, maar een eenvoudiger deelprobleem over het hoofd zag. Hij zag over het hoofd dat de borg niet aansprakelijk kan zijn en dat executie door de zekerheidsgerechtigde evenmin mogelijk is nu daarvoor verzuim van de debiteur is vereist. Heel erg is dit als gezegd niet nu de derde die zekerheid geeft voor een natuurlijke verbintenis er rekening mee zal houden dat hij als borg moet betalen of dat het zekerheidsobject geëxecuteerd wordt. Hij zal zich er niet op beroepen dat de debiteur niet in verzuim is zodat hij als borg niet aansprakelijk is en executie van het zekerheidsobject evenmin mogelijk is. Wil men de wetgever tegemoet komen in zijn academische verlangen van afdwingbare zekerheid voor natuurlijke verbintenissen, dan is een alternatieve interpretatie van de artikel 3:248, 3:268 en 7:855 noodzakelijk. Inspiratie voor zo'n alternatief biedt het Romeinse recht, waar de figuur van zekerheid voor natuurlijke verbintenissen níet was beperkt tot studeerkamerachtige-gevallen waarin het een derde was die de zekerheid gaf.

De ruime aandacht die de wetgever gaf aan de figuur van zekerheid voor natuurlijke verbintenissen is misschien een aanwijzing om aan te nemen dat niet telkens stilzwijgende omzetting plaatsvindt als de natuurlijke debiteur een zekerheidsrecht vestigt, zich verplicht dat te doen, of overeenkomt dat hij een borg zal stellen. De figuur van zekerheid voor een natuurlijke verbintenis is dan niet beperkt tot studeerkamergevallen. De hierboven bepleite soepele interpretatie van de artikelen 3:248, 3:268 en 7:855 biedt dan ook uitkomst als het de natuurlijke debiteur zelf was die een zekerheidsrecht vestigde zonder om te zetten, of zonder om te willen zetten de verplichting nakwam een borg te stellen.

J.E. Jansen⁷⁹

Groningen

79 Jelle Jansen is universitair hoofddocent Romeins recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.