

## HC 6A, 18-12-2018, goederenrecht: beperkte zekerheidsrechten

Vorige week zijn de beperkte genotsrechten aan bod gekomen en deze week is het de beurt aan de beperkte zekerheidsrechten zoals **fiduciare eigendom, pand** en **hypotheek**.

Fiduciare eigendom is de oudste vorm van zakelijke zekerheid. Deze vorm verdwijnt echter na een tijd en daarvoor in de plaats komen de rechten van pand en hypotheek. Het doel van de zekerheidsrechten is **paritas creditorum** omzeilen, oftewel een faillissement omzeilen. Positief verwoord was het doel om de zekerheid rondom geld te vergroten. Bijvoorbeeld een bank die een hypotheeklening verstrekt. Hij wil binnen een eventueel faillissement voor kunnen dringen om de gehele lening terug te krijgen. Deze positie kon de bank verkrijgen door een zekerheidsrecht te vestigen. Er waren verschillende geprivilegieerde crediteuren (schuldeisers), namelijk de fiscus, verhuurder en voogd-pupil. Zekerheidsrechten kan je vestigen op goederenrechtelijke wijze, je hebt dan keuze uit pand of hypotheek. In het Romeinse recht was het ook mogelijk om zekerheid te verwerven door een verbintenisrechtelijke verbintenis. Zo'n zekerheid zorgt er echter niet voor dat je een uitzonderingspositie krijgt in het faillissement. Een voorbeeld van een zekerheid door middel van een verbintenisrechtelijke verbintenis is een borgtocht. Dit was in Rome een erekwestie en was daardoor populairder dan de zekerheidsrechten.

### Fiduciare eigendom

In de oudste Romeinse tijd bestonden er geen pand en hypotheek recht. Fiduciare eigendom gold toen als zekerheidstelling. Je droeg iets over in eigendom door middel van de **mancipatio** als zekerheid dat je een vordering zou betalen. Bij de mancipatio spraken de partijen af dat het goed, wat in eigendom over zou gaan, gewoon bij de partij die niet langer eigenaar was zou blijven. A gaf dus zijn paard in eigendom over aan B, maar het paard mocht wel bij hem blijven en zo werd hij dus houder van het paard. Als A zijn vordering aan B niet zou betalen, heeft B een zakelijke actie jegens A om het paard 'terug' te halen. B heeft ook geen last van een eventueel faillissement van A.

### Nadelen van de fiduciare overdracht

De nadelen zijn eigenlijk in een paar woorden te beschrijven. De debiteur is onderbedeeld en de crediteur is overbedeeld. De debiteur (vb. de boer) heeft alleen een persoonlijke actie jegens de crediteur (vb. de bank). Verder heeft hij ook geen zakelijk recht en mag hij slechts eenmaal een lening afsluiten voor een dezelfde zaak. Je kan dus de eigendom van een zaak niet meer dan één keer overdragen. Stel de crediteur gaat failliet dan heb je als debiteur een erg slechte positie, dit is hetzelfde geval als de bank alles overdraagt aan een derde. De actie van de debiteur kan je niet inroepen jegens een derde. Het grootste nadeel was nog dat deze zekerheidstelling alleen ging door mancipatio en dat kon alleen met **res mancipi**. Als je een waardevol standbeeld als zekerheid wilde geven, ging dit niet want het was **geen** res mancipi. Door deze nadelen heeft de praetor besloten om het recht van pand en hypotheek mogelijk te maken. Bij deze twee vormen konden ook **res nec mancipi** als zekerheid worden gegeven, namelijk door het pandrecht. Het onderscheid van pand en hypotheek zit niet vast aan het onderscheid roerende zaak en onroerende zaak. Het pandrecht kreeg je door middel van bezitsverschaffing van een goed en hypotheekrecht kwam tot stand zonder bezitsverschaffing. Bezitsverschaffing van een pandrecht kon echter ook door middel van een levering c.p.. Hierdoor verdween het verschil met hypotheekrecht voor een groot gedeelte. In het burgerlijk wetboek van 1838 werd opgeschreven dat een hypotheekrecht niet langer op roerende zaken mogelijk was, ook werd een vuistpand de regel. Je moest de zaak dus onderbrengen bij de pandhouder. Dit zorgde voor problemen want als je het goed wilde blijven gebruiken, kon je geen pandrecht vestigen want dan moest je het immers afstaan. Dit leidde tot de **bierbrouwerij-contracten**. In deze contracten werden bijvoorbeeld stoelen en tafels van een café in **fiduciare eigendom** overgedragen aan de brouwerijen totdat het café zijn lening aan hen had afbetaald.

### Pignus

Het pandrecht kon je in het Romeinse recht op **alles** vestigen. De vraag die altijd rees was: "wat zijn precies de bevoegdheden van de pandhouder?". In de oudste tijd was een pandrecht niet meer dan een retentierecht, een terughoudingspand. **Pactum distrahendi** is de bevoegdheid om de verpande zaak in eigendom aan een derde over te dragen, dit moest tussen partijen worden afgesproken. Als de debiteur

zijn geldlening niet afloste, gingen veel banken de verpande spullen zich toe-eigenen, hierdoor ontstond de **lex commissoria**. Dit is een soort vervalbeding. In dit beding werd er een termijn gesteld en wanneer er niet binnen deze termijn werd afgelost, dan werd de bank eigenaar van de verpande zaak. Dit beding is door keizer Constantijn verboden omdat er volgens hem iets inzat wat niet klopte. Het probleem is namelijk dat de crediteur (de bank) wordt verrijkt ten koste van de debiteur. Constantijn vond namelijk dat de debiteur zijn zaak gewoon terug moest kunnen krijgen. Uiteindelijk werd het in het Romeinse recht zoals het nu bij ons ook is. Het vestigen van een pandrecht zorgde voor een recht van parate executie, **pignus nominis**. Dit recht had je in het Romeinse recht per definitie, je hoefde dus niet meer eerst een pactum distrahendi af te spreken. Dit recht zit aan het zakelijke recht vast. Dit is van belang omdat het een uitzondering in het goederenrecht op de regel dat niemand meer rechten kan overdragen dan dat hij zelf heeft.

### **Hypotheca**

Het hypotheekrecht kon worden gevestigd op roerende en op onroerende zaken. Bij het hypotheekrecht op roerende goederen waren er wel nadelen. Je kon namelijk niet zien of een goed al eerder bezwaard was met een hypotheekrecht. Vervolgens gold de prioriteitsregel, '**prior tempore, potior iure**'. Degene die het oudste hypotheekrecht heeft, heeft het sterkste recht. Bij het vestigen van een tweede hypotheekrecht op eenzelfde goed, ben je niet meer beschikkingsbevoegd. Dus is de prioriteitsregel eigenlijk logisch. De Romeinen hadden in het strafrecht het **stellionaat**. Dit was een straf die stond op het verzwijgen van een eerder gevestigd hypotheekrecht. Hiermee wilden ze zorgen dat het probleem werd opgelost. In het huidige recht hebben we vier oplossingen. De eerste is dat je een vuistpand alleen kan vestigen door de zaak uit de macht van de pandgever te halen en hier moet het goed ook uit blijven. Bij stille pandrechten moet een akte worden opgemaakt waar een datum opstaat, dit zorgt voor vastheid in geschrifte. Voor een hypotheekrecht moet ook een akte worden opgemaakt en deze moet in de openbare registers worden ingeschreven. Als laatste is er geen optie tot fiduciaire eigendom overdracht meer toegestaan.

### **Executie**

Executeren vloeit voort uit de bevoegdheid van het zekerheidsrecht zelf. In het Romeins recht geeft een zakelijk recht een actie, de **actio serviana**. Deze actie kan je instellen tegen iedereen. Het zakelijke recht blijft bij de Romeinen altijd gelden, ook als je naar Nederlands recht eigenlijk de onbezwaarde eigendom hebt verkregen. De zekerheidsrechten vormen een ketting tussen de zaak en de gerechtigde en blijven er altijd aan vastzitten. Voor de actio serviana is in beginsel verzuim vereist, dit is echter niet nodig wanneer bijvoorbeeld een vuistpand wordt gestolen. Dan kon je de actie ook zonder verzuim instellen. Het is ook mogelijk om een zaak meermaals met zekerheidsrechten te bezwaren. Stel je bent eigenaar van een schilderij van Rembrandt maar je wil geld lenen, 100.000 euro. Je kan dan met de bank afspreken dat je een pandrecht neemt op het schilderij, maar ter waarde van 100.000 euro. Je kan vervolgens naar een andere bank gaan en nogmaals een pandrecht op het schilderij laten vestigen, bijvoorbeeld voor een waarde van 100.000 euro. Dit kon in het Romeinse recht ook, je mocht dit alleen niet voor een ander verzwijgen. In zo'n geval had iedere zekerheidsgerechtigde het recht van executie. Wat er wel gebeurt is, dat je het geld wat je krijgt niet in je eigen zak mag steken. Er moet een lijst worden gemaakt van alle zekerheidsgerechtigde. Degene met het oudste recht krijgt als eerst zijn geld terug, de tweede als tweede, etc. Na het executeren van een goed gaan alle zekerheidsrechten teniet. Het maakt niet uit of alle zekerheidsgerechtigde hun geld teruggekregen hebben. Stel degene met het nieuwste zekerheidsrecht krijgt zijn geld niet terug uit de opbrengst van het executeren, dan krijgt hij wel een persoonlijke vordering op de debiteur.

### **Hoe krijg je als zekerheidsgever een meerwaarde terug?**

Er is een groot verschil tussen de goederenrechtelijke kant en de verbintenisrechtelijke kant. Zekerheidsrechten zijn altijd afhankelijke rechten, dit zorgt ervoor dat je alleen een zekerheidsrecht kan hebben zolang er een vordering openstaat. Na het wegvallen van een het zekerheidsrecht is er nog **wel** een overeenkomst tussen de pandgever en de pandhouder. Door deze pandovereenkomst kan de pandgever de overwaarde opeisen, deze actie heette de **actio pignoratitia directa, contraria**. De pandgever krijgt de overwaarde dus terug door een contractuele overeenkomst. De pandhouder kan echter de kosten ook op de pandgever verhalen. Dit is het verbintenisrechtelijke verhaal. Bij het

goederenrechtelijke verhaal heb je de **rei vindicatio** en de **actio serviana**. Wanneer je een zaak als zekerheid aan de bank geeft, is er een pandovereenkomst ontstaan. Of er ook een pandrecht ontstaan is, is een andere vraag. Hiervoor moeten aan andere vereisten worden voldaan. Voor het goederenrecht moet een pandgever ook beschikkingsbevoegdheid zijn, dit doet er verbintenisrechtelijk gezien **niet** toe. Er dus een onderscheid tussen een pandovereenkomst en een pandrecht.

## **HC 6B, 19-12-2018, Erfrecht**

### **Vermogensovergang**

Wat gebeurt er met het vermogen van iemand als hij overlijdt? Dit gebeurt door een opvolging onder algemene titel. Het vermogen van iemand bestaat uit absolute rechten, relatieve rechten en schulden. Het vermogen gaat krachtens de regels van het erfrecht over op de erfgenamen. Elke erfgenaam krijgt een evenredig deel van het vermogen van de overledene. Een opvolging onder algemene titel komt naar huidig recht niet veel meer voor. Vroeger gebeurde dit vooral door een huwelijk zonder huwelijkse voorwaarden. Bij de Romeinen kenden ze dit niet, zij zorgden ervoor dat bij een huwelijk de vermogens gescheiden bleven. Wel hadden ze **adrogatie**, dit is de adoptie van iemand die sui iuris is. Dit is een vorm van opvolging onder algemene titel, aangezien de nieuwe pater familias het vermogen van de geadopteerde krijgt. In het erfrecht zijn er verschillende manieren om te erven onder bijzondere titel, denk hierbij aan legaten. De hoofdregel is dat de erfgenaam alles van de erflater erft. Er zijn echter uitzonderingen, denk aan het recht van vruchtgebruik. Dit eindigt wanneer de erflater sterft. Lastgeving is ook een overeenkomst die eindigt bij het overlijden van de erflater, aangezien het een persoonlijk recht is. Het Romeinse recht kende verschillende onrechtmatige daden en deze aansprakelijkheid vererfde **niet**.

In het Romeinse recht verkreeg je een erfenis door middel van **acquisitio**, maar kon je ook geroepen worden tot erfenis. Dit kon op twee manieren: door middel van de wet of door middel van een testament. Het intestaat erfrecht geldt wanneer er geen testament is gemaakt door de erflater, wanneer er wel een testament is gemaakt dan geldt het testamentair erfrecht. De Romeinen hadden **geen** registers tot stand gebracht, dus ook niet op het gebied van erfrecht. Tegenwoordig worden alle testamente opgeslagen in het centrale testamentenregister. Het was in de Romeinse tijd erg lastig om te bepalen of er gebruik moest worden gemaakt van het intestaat of het testamentaire erfrecht. Overeenkomsten die buiten de wettelijke regels of het testament om worden gemaakt, waren naar Romeins recht **niet** geldig.

### **Verhouding testamentair en intestaat erfrecht**

Stel het testament gaat maar over de helft van het vermogen, wat gebeurt er dan met de andere helft? De Romeinen hadden hiervoor een regel gecreëerd: '**Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest**'. Deze regel houdt in dat er nooit voor de helft het testamentaire erfrecht en voor de andere helft het intestaat erfrecht geldt. Zodra er een testament gemaakt is, dan geldt het testament. Iemand die in het testament voor de helft erft, erft naar Romeins recht alles. Het gemaakte testament heeft altijd betrekking op het gehele vermogen. Als je dit niet wilde, moest je je wettelijke erfgenamen ook in het testament opnemen en hen de andere helft geven. In het huidige recht geldt deze Romeinse regel niet meer.

### **Vereisten bij erfopvolging**

Het eerste duidelijke vereiste is dat de erflater dood moest zijn, bij vermissing heb je dus een probleem. Daarna moest de erflater ook bekwaam zijn, zo kon het niet om een slaaf gaan. Een erfgenaam moet in leven zijn op het moment dat de erflater sterft en ook hij moest bekwaam zijn. Stel de erfgenaam is een zwangere vrouw, is het ongeboren kind dan ook erfgenaam? In het Romeinse recht is hiervoor een fictie gemaakt, namelijk de regel **conceptus pro nato habetur**. Deze regel hield in dat het ongeboren kind als geboren werd beschouwd in dit geval. Deze regel geldt alleen wanneer het kind levend wordt geboren. Hierdoor kon een nalatenschap pas verdeeld worden wanneer het kind is geboren. Een ongeboren kind kreeg dan ook altijd een **curator ventris**. Dit was iemand die zijn belangen behartigde. Wanneer iemand geen Romein was, kon hij geen erfgenaam zijn van de Romeinse erflater. Door middel van een **fideicomis** werd dit opgelost. Hierin werd namelijk een Romeinse burger als erfgenaam aangewezen, maar hij moest vervolgens een deel van de nalatenschap

doorgeven aan de niet-Romeinse burger. Dit was in het testament opgenomen. Iemand kon ook onbevoegd zijn om te erven. Een van de manieren waarop iemand onbevoegd werd, was door overspel.

### **Bescherming erfgenaam**

Als erfgenaam heb je een rechtsvordering om goederen uit de nalatenschap van derden op te vorderen, dit is de actie **hereditatis petitio** (huidig recht art. 4:183 BW). Een erfgenaam zou ook een goed kunnen revindiceren, maar hierbij was een groot bewijsprobleem. Een erflater was namelijk het grootste bewijs van eigendom, maar die is er niet meer. Bij de actie **hereditatis petitio** wordt aangenomen dat de erfgenaam eigenaar is geworden van een goed wat bijvoorbeeld in de woning van de erflater ligt. Hierdoor kan de erfgenaam het goed bij een derde opvorderen, de derde moet vervolgens aantonen dat dit niet het geval is. Bij de **hereditatis petitio** wordt de bewijslast als het ware omgedraaid, aangezien hierbij de erfgenaam alleen maar aannemelijk moet maken dat het goed binnen het vermogen van de erflater valt.

### **Testamentaire erfopvolging**

De Romeinen waren dol op testamenten en hebben er ook veel gemaakt. Het testament was een **herroepelijke** wilsverklaring. De testator moet dan ook wilsbekwaam zijn. Als iemand niet wilsbekwaam is, wordt zijn nalatenschap altijd via het intestaat erfrecht afgehandeld. Naar Romeins recht kon je bij wijze van spreken elke dag een nieuw testament maken. Het jongste testament is altijd het testament wat geldig is. Doordat het Romeinse recht geen testamentenregister had, werden er vaak ongeldige (oude) testamenten uitgevoerd. De testamenten moesten in de tijd van de Romeinen wel gezegeld worden, dit gebeurde door middel van een zegelring. Een testament is alleen geldig wanneer er wordt begonnen met een erfstelling.

### **Voorwaarden**

In een testament konden opschortende voorwaarden worden opgenomen. Naar Romeins recht was je eenmaal erfgenaam, altijd erfgenaam: **semel heres, semper heres**. Ontbindende voorwaarden konden dus niet in een testament worden opgenomen, als dit wel het geval was dan werd het als niet geschreven beschouwd. De rest van het testament was wel gewoon geldig. Onmogelijke opschortende voorwaarde mochten ook niet in het testament worden opgenomen, hetzelfde geldt voor onzedelijke voorwaarden. In zo'n geval werd ook dat gedeelte van het testament ongeldig verklaard, maar de rest bleef wel gewoon geldig.

### **Onterving**

Dit is een lastig onderwerp aangezien er veel vervolgvragen aan vastzitten. In Rome was onterving erg gemeen. Het personen- en familie recht was toentertijd erg lastig. Zolang er een pater familias leefde, kregen de kinderen alleen een **peculium** tot hun beschikking en de rest kwam toe aan de pater. Dit zorgt ervoor dat onterving van kinderen erg nadelig/gemeen was. Juridisch gezien bestond een Romeinse familie maar uit één persoon. Iedereen onder de pater familias behoorde bij hem. De Romeinen wilden dan ook onterving tegengaan. Er zijn verschillen tussen de tijd voor Justinianus en de tijd na Justinianus. Een erfgenaam die te weinig (naar zijn zin) kreeg, kon een klacht over het testament instellen. De klacht bestaat uit een liefdeloosheidsverklaring van het testament, een **querela inofficiosi testamenti**. Voor Justinianus werd dit gedaan door te kijken of de erflater wel wilsbekwaam was. Dit was een feitelijke kwestie, waarbij het handig is dat alle situaties door dezelfde rechter worden behandeld. In Rome was er voor deze kwesties dan ook een speciale rechtbank, de rechtbank van de 100 mannen: de **centumviri**. Deze rechtbank ging kijken of het testament de **color insaniae** had, oftewel of het testament de kleur van gekte had. Wanneer een erflater te weinig aan bepaalde erfgenamen (kinderen) had gegeven, dan werd er door middel van een fictie gekte aangenomen. Dit was meer gebaseerd op onrechtvaardigheid, aangezien de erflater niet daadwerkelijk gek was. Kinderen die in een testament weinig gekregen hadden konden dus deze **querela** instellen. Dit konden ze echter alleen doen wanneer ze minder dan de legitieme portie kregen, de **quarta legitima**. De legitieme portie is een kwart van het wettelijke erfdeel. Stel A overlijdt en zijn vermogen is 24.000, er zijn drie erfgenamen (B, C en D). De wettelijke portie is 8.000 (24:3), hiervan ¼ deel is 2.000. 2.000 is de legitieme portie. Wanneer in het Romeinse recht de **querela inofficiosi testamenti**

werd aangenomen, dan werd het hele testament van tafel geveegd. Eventuele testamentaire erfgenamen kregen dan niets meer en wettelijke erfgenamen alles. Voor dit soort gevallen heeft Justinianus de **querela inofficiosi testamenti** afgeschaft. Hij heeft vervolgens een **aanvullingsactie** ingesteld. Bij deze actie konden de kinderen het tekort van hun legitieme portie opeisen bij de testamentaire erfgenaam. Hierdoor kreeg de testamentaire erfgenaam wel een gedeelte van de nalatenschap en de kinderen (wettelijke erfgenamen) kregen hun legitieme portie. De **querela inofficiosi testamenti** bleef na Justinianus wel bestaan voor gevallen waarbij de kinderen **niets** kregen in het testament, in alle andere gevallen konden de kinderen de aanvullingsactie instellen tegen de overbedeelde.

Er was verder voor de benadeelde erfgenamen ook een actie om tegen een **liefdeloze schenking** in te gaan, dit was de **querela inofficiosi donationis**. Deze actie kon worden ingesteld wanneer de erflater vlak voor zijn dood ineens veel gaat schenken en op deze manier de legitieme portie naar beneden haalt.