

Hc 6A, 20 december 2016, goederenrecht VIII

Erfpachtrecht

lus in agro vectigali/emphyteusis zijn de Latijnse en de Griekse benaming voor erfpachtrecht. Erfpacht lijkt op huur. Je hebt recht op andermans onroerende zaak. Je mag daarop doen wat je wilt, maar je moet wel een canon betalen. De bevoegdheden van de erfpachter zijn verstrekkender dan die van de huurder. Erfpachtrecht is ook overdraagbaar. Je kan ook je erfpachtrecht met een beperkt recht verzwaren, bijvoorbeeld met hypotheekrecht. Ook kun je ondererfpachtrecht vestigen. De rechtsvordering die een erfpachter instelt is gebaseerd op de revindicatie. Dit is een zakelijke rechtsvordering en de naam hiervoor was rei vindicatio utilis. De erfpachter krijgt ook bezitsbescherming, omdat de bevoegdheden van de erfpachter steeds meer zijn gaan lijken op die van een eigenaar.

Zekerheidsrechten

Zekerheidsrechten zijn beperkte rechten die dienen als onderpand. Het gaat om gevallen waarin geld wordt geleend. Bij een zekerheidsrecht heb je de bevoegdheid om een zaak van een ander in het openbaar te verkopen en het geld kun je gebruiken om de vordering mee terug te krijgen. Er zijn drie beperkte zekerheidsrechten: fiduciaire eigendom, pand en hypotheek. In het begin hadden de Romeinen geen zekerheidsrechten, dus geen pand en hypotheek. Zij gebruikten de fiduciaire eigendom.

Zakelijke zekerheid

Het gaat nu om het tijdperk voor pand en hypotheek. Geld lenen kon door het afsluiten van een fiduciaire eigendomsoverdracht met een schuldeis. Dat was een optie die bestond bij de eigendomsoverdracht van een res mancipi (goederen voor een Romeinse boer). Naast de mancipatio werd een pactum fiduciae gemaakt, een pact van vertrouwen. Uit het pactum vloeit een actio fiduciae voort, dat is een persoonlijke actie.

Nadelen van de fiduciaire eigendom

Eerste nadeel is dat de tijdelijke eigendomsoverdracht slechts voor res mancipi mogelijk was. Een slaaf kon wel worden gebruikt om geld mee te lenen, maar een ring niet. Je kan ook maar slechts één keer geld lenen met een vermogensobject. Het derde nadeel is dat de bank een te goede positie krijgt, overbedeling van de crediteur. De debiteur heeft slechts een persoonlijke actie als hij aflost om de bank te herinneren het vermogensobject weer terug te geven. Dit is gevaarlijk wanneer de crediteur het vermogensobject heeft overgedragen aan een derde. Tegen die derde kan de actio fiduciae niet worden ingesteld. Die derde is dan eigenaar, want de bank was ook eigenaar in die tijd. Een ander gevaar is als de bank failliet gaat. Dan heeft de debiteur pech. Als de in fiduciaire eigendom overgedragen zaak wordt gestolen door een derde, dan kan de bank daar als enige tegen optreden met de revindicatie, want de bank is eigenaar. Maar als de lening al bijna is afgelost, vindt de bank dat de revindicatie niet waard. De debiteur kan daar niks tegen doen, omdat hij geen eigenaar meer is.

Zekerheidsrechten

Zekerheidsrechten (pand en hypotheek en borgtocht) zijn accessoir aan schuld (debitum). En als accessoire bij die schuld kan je een zekerheidsrecht bedingen. Een pand of hypotheekrecht (een accessoire) ontstaat pas als het geld ook echt geleend is, want dan is er pas een schuld. Als de schuld wordt afgelost gaat het accessoire recht teniet. Bij fiduciaire eigendom was dat niet het geval en moest er op dat ogenblik revindicatio plaatsvinden. Dit is naar huidig recht nog steeds zo. Het doel van zekerheidsrechten is de situatie van de bank zo sterk mogelijk maken voor de gevallen waarin de debiteur niet nakomt. Het zakelijke zekerheidsrecht wordt door een zakelijke rechtsvordering beschermd. Deze zakelijke revindicatie heet in het latijn actio Serviana. Hiermee kon de bank een actio instellen gericht op de zaak, niet tegen de debiteur. Je hebt dus geen last van de faillissement van een debiteur. De zakelijke rechten worden gedeeld over zowel de zekerheidsgever als de zekerheidsgerechtigde. Beiden zijn dus beschermd door een actionem in rem. Het Romeinse

recht kende geen derdenbescherming. Je kon in Rome op twee manieren zekerheid bedingen. Je kon daarbij de weg van het goederenrecht kiezen met een actio in rem (pand/hypotheek), maar je kon ook een persoonlijk zekerheidsrecht creëren, dat wil zeggen een verbintenisrechtelijk zekerheidsrecht. Dat deed je door middel van borgtocht. Je vergroot daarmee je kans op terugbetaling. Je hebt dan de keus uit twee persoonlijke acties. Bij borgtocht houdt je wel een faillissementsrisico. In Rome werd de voorkeur gegeven aan borgtocht.

Pand en hypotheek, vestiging

Onderscheid zat niet vast aan het onderscheid roerend-onroerend. Formeel vestig je pandrecht door middel van bezitsverschaffing. Zonder bezitsverschaffing een zekerheidsrecht vestigen deed je door middel van hypotheek. Naast deze vestigingseis, die de leveringshandeling is, geldt ook de nemo plus-regel, en er moet ook nog een titel zijn (meestal de geldleenovereenkomst). Een pandovereenkomst ontstaat door consensus plus afgifte en een pandrecht ontstaat door consensus, afgifte, titel en beschikkingsbevoegdheid(!). Vestiging van een pandrecht was ook mogelijk door bezitsverschaffing constitutio possessorio, dus het hoefde niet per se feitelijk. Je kon dan bijvoorbeeld beslissen dat de debiteur het bezit als huurder onder zich heeft. Daarom zei Marcianus dat tussen pand en hypotheek slechts de klank van de benaming verschilt. Naar huidig recht gaat de vestiging anders.

Pand en hypotheek, vestiging, NBW

Onderscheid tussen pand en hypotheek zit wel tussen roerend-onroerend. Pand is voor roerend goed en hypotheek is voor onroerend goed. Pand vestig je door een zaak af te staan aan een bank of een derde (vuistpand). Als je dat niet wilt doe je het door stille verpanding, dat doe je door het opmaken van een akte en die registreren in de registers (geen openbare registers). Bij hypotheek moet je verplicht een akte opmaken bij de notaris en die moet door de notaris in het register worden ingeschreven. Op dat moment heb je een hypotheekrecht. In art. 3:83 lid 3 BW staat het fiduciaverbod, dus tegenwoordig is fiduciaire eigendomsoverdracht verboden.

Hypotheca

Naar RR kon je pand doen door middel van afgifte of door middel van een cp-afpraak. Bij hypotheek was er geen noodzaak om enige afspraak te maken over bezitsverschaffing. Als hypotheekgever bleef je de feitelijke heerschappij over de zaak voeren. De bank kon dan met een actio Serviana de zaak opeisen om in het openbaar te verkopen. Omdat hypotheek naar RR eigenlijk hetzelfde was als stil pandrecht, was het nadeel dat er een schijn van kredietwaardigheid was van de zekerheidsgever. Stil pandrecht staat nu alleen maar geregistreerd bij de belasting als datumbepaling. In Rome was er ook geen register, ook niet voor hypotheek. Naar RR werd het opgelost door middel van het strafrecht. Je mocht namelijk niet verzwijgen dat je een zaak al met een zekerheidsrecht hebt bezwaard. Dit heet stellionaat. Bij ons heet verzwijging valsheid in geschrifte.

Pignus

De pandhouder heeft een actio Serviana als de debiteur niet op tijd betaald. De vraag is wat je mag naast het opeisen van het zekerheidsobject. Je mocht slechts één ding eraan, namelijk de zaak terughouden. Dit houdt in dat je de zaak onder je houdt totdat de debiteur betaalt. Een pandrecht was in de Romeinse tijd slechts een terughoudrecht. De volgende stap in de ontwikkeling was dat partijen bij de vestiging van een zekerheidsrecht afspraken dat de zekerheidsgerechtigde tot verkoop over mag gaan bij wanprestatie van de pandgever. Dat spraken ze af in de pactum distrahendi. Een beding dat verder van groot belang was, was een vervalbeding: als de pandgever er niet in slaagt om af te lossen dan is dat pandobject voortaan van mij. Dat is een lex commissoria. Dat werd zo vaak afgesproken dat er een voordeel voor de bank bij was dat niet goed te plaatsen was. De bank kreeg bijvoorbeeld een laptop, omdat de schuld van 800 euro niet was afgelost, maar hij had al wel

700 euro gekregen. Keizer Constantijn greep in en heeft gezegd dat een vervalbeding (een *lex commissoria*) niet meer mocht bestaan.

Bevoegdheden pandhouder NBW

Ook in ons BW is opgenomen dat elk vervalbeding nietig is. Als het gaat om een Europees pandrecht geldt een heel ander regime.

Executie

Voorwaarde om tot executie over te gaan was dat de debiteur zijn schuld niet afloste. De crediteur moet dan de debiteur een mededeling doen, de zogenoemde *denuntiatio*, waarbij hij de debiteur nog één laatste kans geeft, en als de debiteur dan niet betaalt dan gaat de crediteur over tot executie. Als de debiteur na de *denuntiatio* in verzuim raakt, dan mag de crediteur overgaan tot executie. De executie moest worden aangekondigd op posters in de landstaal. Er kwam dan een openbare verkoop. Je kocht dan het pandobject van de pandhouder, en toch verkreeg je de eigendom. Hier geldt een uitzondering op de *nemo plus* regel. De zekerheidsgerechtigde heeft de bevoegdheid - die uit zijn recht voortvloeit - om andermans zaak over te dragen. Dit is naar huidig recht nog steeds zo 3:248 BW.

Als de verkochte zaak minder opbrengt dan de vordering, is er een restschuld. Als het zekerheidsrecht niet genoeg opbrengt, dan gaat het zekerheidsrecht teniet, maar houd je de schuld. Als de verkochte zaak meer opbrengt dan de vordering heb je overwaarde. Het zekerheidsrecht en de schuld gaan teniet, maar daaronder zit nog de geldleenovereenkomst. Die overeenkomst noem je de pandovereenkomst. Die blijft gewoon bestaan. Op grond van de pandovereenkomst kan de zekerheidsgever de overwaarde van de zekerheidsgerechtigde opeisen. Dit is hetzelfde naar Nederlands recht.

Meerdere zekerheidsrechten

Bij pand en hypotheek geef je geen eigendom aan de bank, maar een recht op een andermans zaak. Dat recht kan je aan meerdere mensen geven. Dus nadelen van de fiduciaire eigendomsoverdracht spelen bij pand en hypotheek ook niet. Er kunnen meerdere pandrechten naast elkaar op dezelfde zaak rusten. Je mag niet verzwijgen dat je al een zekerheidsrecht op een zaak hebt. Dat dat mogelijk was in Rome, was af te leiden uit *digestenteksten*. Als een zaak meermaals door dezelfde debiteur met een zekerheidsrecht is bezwaard, geldt de regel dat de oudste in tijd de sterkste in recht is (*prior tempore, potior iure*). Het tweede zekerheidsrecht vestig je namelijk op een zaak die al reeds met een zekerheidsrecht is bezwaard.

Executie

Als er verschillende pandhouders zijn die gaan executeren, wordt er een lijst gemaakt waarop de pandhouders op volgorde staan van oud naar jong in tijd. Stel een huis is 100.000,- euro waard. De eerste pandhouder heeft een pandrecht ter waarde van 80.000,- en de tweede pandhouder heeft een pandrecht ter waarde van 50.000,-. Dan krijgt de eerste pandhouder de gehele waarde waarop hij recht heeft en krijgt de tweede pandhouder 20.000,-. De debiteur heeft tegenover de tweede pandhouder dan nog een restschuld van 30.000,-.

Hc 6B, 21 december 2016, Erfrecht

Vermogensovergang

Wat gebeurt er met iemands vermogen als die persoon overlijdt? Niet ieder mens was een persoon in het Romeinse recht. Wat gebeurt er met het vermogen van iemand die een vermogen had? Een vermogen bestaat uit absolute rechten, relatieve rechten en schulden. Het vermogen wordt als geheel vermogen of als evenredig deel ervan verdeeld over de erfgenamen. Dat noemen wij opvolging onder algemene titel. Niet alle absolute rechten en relatieve rechten gaan over op de erfgenaam. Sommige rechten zijn bijzonder, zoals het recht van vruchtgebruik. Hetzelfde geldt bij de positie van maat in een maatschap. Opvolging onder algemene titel zien we in het huidige recht ook nog weleens, bijvoorbeeld als je trouwt.

Zonder huwelijkse voorwaarden heeft u ook een opvolging onder algemene titel. Adrogatie was een bijzondere vorm van adoptie, namelijk adoptie van een pater familias. Dan verdwijnt je gehele vermogen in het vermogen van de adrogerende pater familias. Het Romeinse recht kende ook opvolging onder bijzondere titel. Als je iets van je vermogen niet over wilde laten gaan naar je erfgenaam, maar naar iemand anders, kon je dat regelen door een verklaring op te nemen in je testament. Zo'n verklaring heet een legaat. Een legaat roept een opvolging onder bijzondere titel in het leven (op het tentamen wordt vaak een vraag gesteld over een legaat). Voor de vermogensovergang gold dat je geroepen moest zijn voor de erfenis. Geroepenheid is in het Romeinse recht delatio. In de regel zijn er twee soorten: op grond van de wet en op grond van het testament kan je tot een erfenis geroepen zijn. Wettelijk erfrecht geldt alleen wanneer je daaraan gebonden wilt zijn. Als je dat niet wilt gebruiken, kun je een testament maken. Je kan niet via een overeenkomst over je nalatenschap beschikken. De Romeinen vonden dit soort overeenkomsten in strijd met de openbare orde en de goede zeden. Een testament is geen overeenkomst.

Verhouding testamentair en intestaat erfrecht

Wat nu als er een testament is met betrekking tot de helft van het nalatenschap? De Romeinen kenden de regel dat als er een testament gemaakt was, het niet zo kon zijn dat het testament slechts over een percentage ging. Dan gaat het hele vermogen naar degene die in het testament genoemd is. De adagium is: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (niemand kan als hij overlijdt zijn vermogen afwickelen langs een testament aan de ene kant en langs de wet aan de andere kant). In het Nederlandse recht is dat anders. In het Romeinse rijk werd doorgaans een testament gemaakt. De Romeinen kenden geen registers en ook geen notarissen. Testamenten werden dus kosteloos gemaakt. In de Middeleeuwen raakte het testament in de vergetelheid. Het komt door de kerk dat er later wel weer testamenten werden gemaakt, omdat ze wilden dat de mensen geld nalieten aan de kerk (en dat kon niet via wettelijk erfrecht).

Vereisten erfopvolging

Een erflater moest zijn overleden, wil er sprake zijn van erfopvolging. Soms valt het niet vast te stellen of iemand is overleden, dat is het geval bij vermissing. Daar zijn dan ook regels voor. Een erflater moet ook bekwaam zijn: een erflater moet een eigen vermogen kunnen hebben. Slaven konden geen erfgenamen hebben. Nu kunnen rechtspersonen geen erfgenamen hebben. Het derde vereiste is dat de erfgenaam in leven moet zijn op het moment dat de erflater overlijdt. Uitzondering is het reeds verwekte, maar nog niet geboren kind, dat kan wel erfgenaam zijn. Het adagium hiervoor is: Conceptus pro iam nato habetur (het verwekte kind wordt voor reeds geboren beschouwd zo dikwijls zijn belang dit vordert). Mocht dat kind levend ter wereld komen, kan het blijken dat het erfgenaam is. Een curator ventris werd ingesteld voor het ongeborn kind door de Romeinen. Hij moest waken over de belangen van het kind. Het vierde vereiste is dat de erfgenaam bekwaam moet zijn. Je moest Romeins burger zijn. Dat leverde een probleem op toen er veel migranten in het Romeinse rijk waren. Door een fideicomis te maken, stelde je een Romeinse erfgenaam in, en je deed dan het informele verzoek of hij dat wat je wilde nalaten aan de niet-Romein of hij het dan vrijwillig aan die persoon wilde overdragen. Later kon je dit bij een speciale praetor afdwingen.

In bepaalde omstandigheden zijn personen onbevoegd om erfgenaam te zijn, zoals de handelend arts, de tweede echtgenoot als het eerste huwelijk kinderen had voortgebracht en overspeligen.

Bescherming erfgenaam

Hoe kom je aan de nalatenschap? Om het bezit van de zaken op te vorderen, kan de erfgenaam als eigenaar de revindicatie gebruiken. Hij moet wel het bewijs leveren dat hij eigenaar is. Romeinen hadden hier een aparte actie voor: de hereditatis petitio. Het enige wat je hoeft aan te tonen is dat je erfgenaam bent. Dan word je vermoed erfgenaam te zijn

van alle zaken. Als de wederpartij beweert dat iets van hem is, dan verschuift de bewijslast naar de wederpartij. De hereditatis petitio staat nog steeds in art. 4:183 BW.

Intestaat erfopvolging, ius civile en ius praetorium

Het intestaat erfrecht van de Romeinen is niet overgegaan in het huidige recht.

Testamentaire erfopvolging

Voor Romeinen was het testament belangrijk. "Een beetje Romein" maakte een testament. Een testament is een herroepelijke wilsverklaring. Iemand die een testament maakt, is zo lang hij leeft nooit gebonden aan het testament, want hij kan het herroepen en een nieuwe maken. Het kan ook zijn dat als iemand overlijdt er meerdere testaments zijn. Dat leidde tot grote problemen in de Romeinse tijd. Alleen het laatste testament is geldig, ongeacht de inhoud van het testament. Iemand moet wel bij zijn volle verstand zijn, dus wilsbekwaam. Een testament van een krankzinnige is een nietig testament. Als iemand zijn hele leven al krankzinnig is, geldt het intestaat erfrecht. Je moet ook bekwaam zijn om een testament te mogen maken, je moet dus over een eigen vermogen beschikken. Je moest je testament beginnen met een erfstelling. Daarna mochten pas legaten komen. Alles wat voor de erfstelling stond, werd voor niet geschreven gehouden. Naar huidige recht is dat niet meer zo.

Voorwaarden

Erflaters willen soms voorwaarden stellen. Daar zitten wel grenzen aan. De grens wordt bepaald door de onmogelijke en de onzedelijke voorwaarden. Een onmogelijke voorwaarde werd voor niet geschreven gehouden. De rest van het testament bleef wel geldig.

Onterving, exhereditio

Aanvankelijk had de pater familias uiterst verre bevoegdheden. Toen mocht hij ook geheel vrij over zijn vermogen beschikken. Op den duur kwamen er wat beperkingen. Dat is begonnen met de formele regels. Als de pater familias wilde onterven, moest hij die personen met naam en toenaam noemen. Op den duur zijn er ook inhoudelijke beperkingen gekomen. Naar Romeins recht zijn die beperkingen volstrekt logisch, dat heeft te maken met de opbouw van de familie. Alles wat de alieni verdienden vloeiden rechtstreeks in het vermogen van de pater familias. Het zou dan raar zijn als de pater familias kon zeggen dat zijn vermogen niet naar de kinderen ging. Er moest minstens een bepaald deel van de nalatenschap naar de alieni iuris gaan. Dat noemen we de legitieme portie. Dat is dus een deel van datgene wat je zou hebben gekregen als er geen testament was gemaakt.