



PROFIJT VAN EEN FOUT VAN EEN ANDER?

goede trouw bij botsing van beslag en hypotheek

kanttekeningen bij het arrest FGH Bank – Fraanje / Hoge Raad 18 november 2016

Mijn rechtsgevoel zei dat mijn redenering klopte: dat het niet zo kan zijn dat iemand zomaar kan profiteren van de fout van de één en ten koste van een ander. De heersende leer was echter anders.

Na van de rechtbank ongelijk te hebben gekregen werd mijn gedachtegang in hoger beroep ook niet gevolgd door het gerechtshof ([ECLI:NL:GHDHA:2015:28](#)). Vervolgens werd die gekapitteld door prof Bartels in zijn noot onder dat arrest in JOR (JOR 2015/245) en daarna nog een keer door de advocaat-generaal Rank - Berenschot ([ECLI:NL:PHR:2016:553](#)). Een sliert afwijzingen dus. Tot het arrest van 18 november 2016 ([ECLI:NL:HR:2016:2640](#)) waarin de Hoge Raad contrair ging aan de conclusie van de advocaat-generaal – dat is bijzonder – en de zaak ook nog eens zelf afdeed – en dat gebeurt helemaal weinig.

Wat was er feitelijk gebeurd?

Mewivast had geld geleend van FGH Bank en in dat verband ten gunste van de bank een recht van hypotheek gevestigd op een aantal appartementsrechten in twee kantoorpanden. Nadat een deel van die appartementsrechten was verkocht en de onroerende zaken opnieuw gesplitst moesten worden, heeft de betrokken notaris een fout gemaakt: tegen de opdracht van de bank in werd het recht van hypotheek op één van die appartementsrechten geroyeerd en dat werd ook zo, als niet belast met een recht van hypotheek, in het kadaster vermeld. Nadat Fraanje had ontdekt dat het appartementsrecht als vrij van hypotheek te boek stond, heeft zij als schuldeiser van Mewivast conservatoir beslag gelegd op dat bewuste appartementsrecht en enige tijd later, nadat het beslag executoriaal was geworden, een aanvang gemaakt met de openbare verkoop daarvan. Aldus trof Fraanje de bank tegen zich. Die meende immers dat zij nog steeds een ouder recht van hypotheek op het appartementsrecht had en dat tegen Fraanje kon tegenwerpen.

De procedure bij Rechtbank en Hof

In de procedure die volgde heeft de bank zich op het standpunt gesteld, dat het recht van hypotheek nooit was geëindigd omdat de bank dat nooit heeft gewild. Omdat er, juridisch gezegd, geen sprake van wilsovereenstemming was geweest. Daarin werd de bank gevolgd en er werd vastgesteld, dat het recht van hypotheek van de bank altijd was blijven bestaan. Aldus resteerde de vraag of de bank dat oudere recht van hypotheek ook aan Fraanje als beslaglegger kon tegenwerpen.

Fraanje heeft zich tegen dat standpunt van de bank verweerd met een beroep op artikel 3:36 B.W. en met de stelling dat zij te goeder trouw was. Zij had namelijk, voorafgaand aan het leggen van het beslag, het kadaster geraadpleegd en daarin stond vermeld dat er geen hypotheekrecht op het appartementsrecht rustte. En omdat Fraanje – volgens vaste jurisprudentie – ook op de juistheid van het kadaster mocht vertrouwen, kon zij dat beslag aan de bank tegenwerpen. Dat was ook de heersende leer ten aanzien van dat artikel 3:36 B.W.

In reactie op dat verweer heeft de bank erkend dat het weliswaar juist was, dat Fraanje *op het moment van het leggen van het beslag* te goeder trouw was, maar daaraan toegevoegd dat dit niet meer zo was *op het moment van de executie*; van de openbare verkoop. De bank had Fraanje namelijk na het beslag maar vóór de executie laten weten, dat het recht van hypotheek door een fout van de notaris en tegen de wil van de bank was geroyeerd.

Daaraan werd toegevoegd dat het niet zo kon zijn, dat Fraanje zou mogen profiteren van die fout ten koste van de bank (maar ook ten koste van de notaris en diens verzekeraar). Fraanje zou er dan namelijk vandoor gaan met een gevonden portemonnee terwijl het in de redenering van de bank onredelijk was, dat Fraanje niet hetzelfde lot beschoren zou zijn als een vinder van die portemonnee. Die vinder heeft namelijk 'pech' als de eigenaar zich meldt en die diezelfde 'pech' zou Fraanje ook moeten hebben; de pech dat het appartementsrecht na het gelegde beslag tòch belast met een recht van hypotheek blijkt te zijn. Anders zou Fraanje een voordeel in de schoot geworpen krijgen en ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van de bank die zonder materiële rechtsgrond wordt verarmd.

De Hoge Raad

De Rechtbank was het – als gezegd – niet met de bank eens. Het Gerechtshof en enkele geleerden ook niet, maar ik trof de Hoge Raad aan mijn zijde in de lezing van het bewuste artikel 3:36 B.W. De Hoge Raad oordeelde namelijk dat dit artikel slechts bescherming biedt met betrekking tot de handeling die een derde als Fraanje *“in redelijk vertrouwen op de juistheid van zijn veronderstelling heeft verricht”*. In dit geval was dat dus het leggen van het beslag na eerst het kadaster te hebben geraadpleegd. Maar daar hield de goede trouw volgens de Hoge Raad wel mee op. En volgens mijn rechtsgevoel ook.

In het arrest van 18 november 2016 legt de Hoge Raad eerst uit, welke rechtsgevolgen het leggen van beslag heeft:

“Het beslag is weliswaar voorwaarde om tot executoriale verkoop te kunnen overgaan, maar het scheidt als zodanig niet het recht om tot executie over te gaan [...]. Zodanig recht bestaat slechts voor zover (daartoe een toereikende executoriale titel bestaat en) het beslag daadwerkelijk een vermogensbestanddeel van de schuldenaar heeft getroffen (in dit geval: het appartementsrecht vrij van een eerder gevestigd hypotheekrecht). Het beslag strekt derhalve naar zijn aard slechts tot bewaring van bestaande rechten, maar het roept geen recht in het leven.”

Vervolgens constateert de Hoge Raad, dat er een verschil zit tussen de goede trouw bij het aangaan van een overeenkomst en de goede trouw bij het leggen van beslag:

“In dit opzicht verschilt beslaglegging van het geval dat de derde, in redelijk vertrouwen op de juistheid van zijn veronderstelling, een overeenkomst aangaat waaruit voor hem rechten voortvloeien;

daaromtrent wordt in Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 179, opgemerkt dat de derde ingevolge art. 3:36 BW “wordt beschermd in de rechten die hij op die overeenkomst (...) kan gronden”.

Dan gaat de Hoge Raad om:

“Het leggen van beslag kan daarentegen wel op één lijn gesteld worden met het eveneens in Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 179, genoemde voorbeeld van het in redelijk vertrouwen op de juistheid van de veronderstelling uitbrengen van een dagvaarding, waaromtrent opgemerkt wordt dat de derde dan “hoogstens” recht heeft op vergoeding van de kosten van de dagvaarding, maar niet een recht verkrijgt op het bij dagvaarding gevorderde.

En komt tot de conclusie:

“De aard van beslaglegging als middel tot bewaring van rechten brengt derhalve mee dat art. 3:36 BW niet tot gevolg heeft dat Fraanje door het enkele leggen van beslag tegenover FGH aanspraak verkrijgt het beslagen goed onbezwaard te executeren.”

De betekenis van het arrest

De Hoge Raad spreekt allereerst expliciet uit, dat een conservatoir beslag de beslaglegger geen rechten geeft. Het beslag geeft mogelijkheden en voorkomt dat vermogensbestanddelen verdwijnen, maar het enkele feit dat een schuldeiser beslag heeft gelegd betekent niet, dat die beslaglegger automatisch ook het recht krijgt dat beslag te executeren. Dat executeren is een vervolghandeling.

Voorts stelt de Hoge Raad, dat artikel 3:26 B.W. op zich dus wel bescherming aan de beslaglegger te goeder trouw biedt, maar dat de reikwijdte van die bescherming wel beperkt is tot het de bewuste, te goeder trouw verrichtte handeling.

Die vaststelling dat er twee verschillende handelingen zijn brengt dan vervolgens met zich, dat er ook twee momenten zijn waarop een oordeel over de goede trouw geveld moet worden: het moment van het leggen van beslag en het moment van de executie. De constatering dat de beslaglegger op het moment van het leggen van het beslag te goeder trouw was, brengt daarmee niet automatisch met zich hij ook op het moment van de executie te goeder trouw is. De goeder trouw op dat laatste moment moet opnieuw worden beoordeeld.

Als de beslaglegger dus na het leggen van het beslag bekend wordt met een bepaald feit – in dit geval de fout van de notaris en daarmee de oorzaak van de, achteraf, foutieve vermelding in het kadaster – kan dat met zich brengen dat dat geoordeeld moet worden dat hij op het moment van de executie niet meer te goeder trouw was. En als daarvan sprake is – zoals in deze zaak – kan de beslaglegger het beslag niet aan de hypotheekhouder tegenwerpen. En mag de bank gaan executeren.

En zo is ook geschied.

Rudolph Mengelberg

Tijdschrift 'Beslag, Executie en Rechtsvordering', 2017, no. 49