

Tilburg University

Roestplekken in de literatuur over bankhypotheek

Vranken, J.B.M.

Published in:
Yin-Yang

Publication date:
2000

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Vranken, J. B. M. (2000). Roestplekken in de literatuur over bankhypotheek. In S. C. J. J. Kortmann (Ed.), *Yin-Yang* (pp. 429-435). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ROESTPLEKKEN IN DE LITERATUUR OVER BANKHYPOTHEKEN

De overgang van bankhypotheken

Sommige standpunten in de literatuur leiden een taai leven. Iedereen lijkt het in grote lijnen met elkaar eens te zijn, allemaal verwijzen ze naar dezelfde bronnen en naar elkaar, maar niemand neemt de moeite na te gaan waarop het standpunt berust. Zou dat wel gebeuren, dan zou blijken dat de eensgezindheid heel wat minder draagvlak heeft dan men denkt. Een voorbeeld van dit roestverschijnsel is de kwestie van de overgang van bankhypotheken. Een bankhypothek strekt niet, zoals bij normale, 'vaste' hypotheken, tot zekerheid voor de terugbetaling van één of meer bepaalde vorderingen, maar tot zekerheid voor al hetgeen de bank van de hypotheekgever te vorderen heeft uit welke hoofde ook, nu en in de toekomst. De geseceerde vordering is derhalve geheel of ten dele onbepaald en aan fluctuaties onderhevig.¹ De vraag is wat met deze hypothek gebeurt, bijvoorbeeld bij cessie van een deel van de vordering of bij fusie van de bank. Gaat de bankhypothek dan geheel of gedeeltelijk mee over? Mijn betoog voert mij van de aard van de bankhypothek naar de taak van de notaris en naar de bepalingen van titel 3.7 over de gemeenschap. Het leek mij aardig het verslag van deze kleine zwerftocht² aan te bieden aan Martin Jan van Mourik, die immers zowel notaris als wetenschapsbeoefenaar is, en die in deze laatste hoedanigheid een bijzondere belangstelling heeft voor titel 3.7. Helaas moet het verslag kort zijn, zo heeft de redactie verordonneerd. Dat betekent dat ik soms apodictischer en schematischer ben dan ik zou willen.³ Het is

¹Dat heeft gevolgen voor de executoriale kracht van de bankhypothekakten. Zie hierover HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449 (Rabo/ Visser), met een noot van HJS. Kort gezegd komt het arrest erop neer dat de executoriale kracht van de hypothekakte zich slechts uitstrekt tot vorderingen die ten tijde van het verlijden van de akte reeds bestonden dan wel hun onmiddellijke grondslag vonden in een reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsbetrekking.

²Ik dank enkele jaargangen deelnemers aan de Grotius specialisatie-opleiding Financiering en zekerheden, met wie ik over het onderwerp van gedachten heb kunnen wisselen en die mij veel informatie uit hun (bank)praktijk hebben verstrekt.

³Ook de literatuurvermeldingen houd ik beperkt. Ik volsta met een algemene opgave van wat ik geraadpleegd heb. Zie het slot van het artikel. Lezing ervan maakt

niet anders.

Accessoir of niet

Eertijds is de geldigheid van bankhypotheken bestreden met het argument dat de geseceerde vorderingen te onbepaald waren. Nadat de Hoge Raad deze opvatting in het arrest van 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (Doyer en Kalff/ Bouman) had verworpen, is het bezwaar⁴ verlegd naar de accessoriteit. Betoogd is dat de band tussen vorderingen en bankhypotheek zo los is dat de hypotheek weliswaar geldig is - na de uitspraak van de Hoge Raad kon men moeilijk anders -, maar niet, althans minder, accessoir. Het verst hierin gaan P.A. Stein⁵ en Van Velten⁶. Zij stellen dat een bankhypotheek iedere accessoriteit mist en derhalve nooit mee kan overgaan, noch bij cessie van de vorderingen, noch bij subrogatie, noch bij een overgang onder algemene titel, zoals bij een fusie, en evenmin bij een contractsovername, althans niet naar oud recht, omdat daarin contractsovername volgens hen niet was erkend. Hun argument is dat de bankhypotheek gebonden is aan de persoon van hypotheekgever en hypotheekhouder en dat de toekomstige vorderingen waarop de bankhypotheek betrekking heeft, bepaald worden door de identiteit van bank en debiteur. Zodra een van beide niet meer dezelfde is, zijn het niet meer dezelfde vorderingen, zo is hun redenering.

De heersende leer gaat minder ver. Weliswaar is ook hier het uitgangspunt dat de

vanzelf duidelijk waar ik het volstrekt niet of slechts gedeeltelijk mee eens ben.

⁴Een bankhypotheek is een veelomvattend zekerheidsrecht dat altijd bezwaren zal blijven ontmoeten. Zie thans de, nog ietwat aarzelende, discussie over de vraag of een overmaat van zekerheden niet moet worden teruggegeven (Beuving en Tjittes, Het tegengaan van een overmaat aan zekerheden, NJB 1998, p. 1547-1552) c.q. over de vraag of veelomvattende zekerheden niet zouden moeten wijken voor vorderingen van bepaalde crediteuren (T.H.D. Struycken, Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, in: Kortmann e.a., Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht, 1997, p. 121-162).

⁵P.A. Stein, 1988, p. 34-35 en p. 45-48.

⁶Asser-Van Velten, 1994. Overigens lijkt Van Velten in de nummers 286-287 (ook?) aan te sluiten bij de, hierna in de tekst uiteen te zetten, heersende leer.

bankhypotheek persoonsgebonden is en daarom in beginsel niet mee overgaat, maar eraan toegevoegd wordt dat dit onder strikte voorwaarden anders kan zijn. De voorwaarden zijn (a) dat de kredietrelatie tussen bank en debiteur is geïndigd, en (b) dat de bank geen nieuwe vorderingen meer op de debiteur kan verkrijgen. In zo'n situatie is de bankhypotheek als het ware vast geworden en acht men een overgang niet meer bezwaarlijk. Bij algehele contractovername, fusie en splitsing is dit eerder het geval dan bij cessie en subrogatie.

De arresten van 1927 en 1988

De heersende leer steunt in belangrijke mate op de interpretatie van twee arresten. Het ene is HR 14 april 1927, NJ 1927, p. 763 e.v. (Bodengravensche Bankvereniging/ Kiebert). Kiebert had zich borg gesteld voor al hetgeen Romijn verschuldigd was of zou worden aan de Bodengravensche bank. Op zekere dag had de bank het saldo van haar vordering op Romijn overgedragen aan de Bodengravensche Bankvereniging. Toen Romijn niet betaalde, sprak de Vereniging Kiebert uit de bankborgtocht aan. De vraag was of de bankborgtocht met de cessie van het saldo op de Vereniging was overgegaan. De Hoge Raad oordeelde van niet. Hij overwoog dat een bankborgtocht niet aan een bepaalde vordering gebonden is en dat het dan ook niet aannemelijk is dat bij gehele of gedeeltelijke overdracht van wat de bank op zeker ogenblik te vorderen heeft van de debiteur, de borgtocht geheel of gedeeltelijk mee zou overgaan. Onder omstandigheden kan dit wellicht anders zijn, maar welke omstandigheden dit zouden kunnen zijn, liet de Hoge Raad in het midden. De kwestie was in cassatie niet aan de orde gesteld. In zijn noot interpreteerde Meijers het arrest aldus dat de Hoge Raad uitging van een vermoeden van niet-overdraagbaarheid. Dat is ruimer dan waartoe de PG had geconcludeerd. Die had de overgang gekoppeld aan het einde van de kredietovereenkomst. Zijns inziens behoort een bankborgtocht tot wat op dat moment definitief verschuldigd is. Het kost geen moeite hierin de latere heersende leer te herkennen.

Het arrest van HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 (Onderdrecht/ FGH) is geheel in lijn met de heersende leer opgezet. Het geval betrof het volgende. Balkema had bankhypotheken verstrekt aan PHP. De kredietrelatie tussen Balkema en PHP werd in 1980 door de bank beëindigd. Daarna waren geen kredieten meer verstrekt en had Balkema geen gelden meer opgenomen. In maart 1983 ging Balkema failliet. Een half jaar later cedeerde PHP de restantvordering aan de FGH. Gingen de bankhypotheken mee over? Het hof antwoordde bevestigend. Het baseerde zijn oordeel op de geschetste omstandigheden - eindigen kredietrelatie, geen nieuwe

kredieten en ook anderszins geen nieuwe vorderingen van de bank op Balkema -, in combinatie met zijn vaststelling dat niet gesteld of gebleken was dat partijen beoogd hadden de hypotheek slechts tot zekerheid van PHP te doen strekken. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Hij overwoog dat de vraag of de omschrijving van de bestaande en toekomstige vorderingen waarvoor een hypotheek tot zekerheid dient, meebrengt dat de hypotheek - in weerwil van de hoofdregel dat zij als afhankelijk recht mee overgaat met de vordering waaraan zij is verbonden - uitsluitend en dus ook in geval van cessie toekomt aan degene ten behoeve van wie zij is gevestigd, in beginsel een kwestie is van uitleg van de omschrijving, die in de hypotheekakte is opgenomen. Het oordeel van het hof berustte, aldus de Hoge Raad, kennelijk op een feitelijke uitleg van de bewoordingen van de hypotheekakte met betrekking tot het geval waarin zich omstandigheden voordeden als door het hof gereleveerd. De Hoge Raad achtte dat oordeel niet onjuist of onbegrijpelijk.

Interessant is dat in het arrest van 1988 ook de leer Stein en Van Velten aan bod is gekomen. Onderdrecht had reeds in appèl aangevoerd dat de aard van de bankhypotheek meebracht dat, hoe ook de concrete omstandigheden waren, de hypotheek nooit kon overgaan op FGH. Het hof heeft deze stelling niet gevolgd. De Hoge Raad evenmin. Niet gezegd kan worden, aldus parafraseer ik de Hoge Raad, dat 'de' bankhypotheek accessoriteit ontbeert. Zo algemeen is het niet. Een bankhypotheek kán mee overgaan. Of dit zo is, hangt af van de uitleg van de akte in het licht van de omstandigheden van het geval.

Het BW van 1992

Ik meen dat reeds hieruit volgt dat de leer Stein en Van Velten geen stand kan houden. Nog duidelijker blijkt dit uit het BW van 1992. Stein en Van Velten hebben zich er mede op beroepen dat de wetgever in het nieuwe BW het pand- en hypotheekrecht nergens met zoveel woorden als afhankelijk recht heeft bestempeld. Op zichzelf is deze constatering juist, maar het argument dat ze eraan willen ontlene,⁷ wordt hun volledig uit handen geslagen door wat is gebeurd bij de borgtocht. Daar heeft de wetgever in de definitie van borgtocht wèl uitdrukkelijk de verbinding met afhankelijk recht gelegd. Ik citeer art. 7:851 lid 1:

⁷Zonder meer al geen sterk argument overigens, omdat ook de omgekeerde redenering mogelijk is: nu de wetgever het niet nodig heeft geoordeeld bankpand en bankhypotheek uit te zonderen van de afhankelijkheid, zijn beide afhankelijke rechten.

'De borgtocht is afhankelijk van de verbintenis van de hoofdschuldenaar, waarvoor zij is aangegaan'.

De bepaling is in de memorie van toelichting als volgt toegelicht:⁸:

'Aansluiting is gezocht bij de omschrijving van afhankelijke rechten in art. 3.1.1.6 (het latere art 3:7, JBMV). Bovendien houdt de nieuwe redactie duidelijker rekening met de mogelijkheid van een borgtocht voor toekomstige verbintenissen (...).

Ook in het laatste geval is de borgtocht afhankelijk van de verbintenis(sen) waarvoor zij aangegaan is.' (curs. toegevoegd)

De consequenties voor de heersende leer

Wat voor de bankborgtocht geldt, moet natuurlijk ook gelden voor het bankpand- en bankhypotheekrecht. Dit leidt ertoe dat de heersende leer in verschillende opzichten bijstelling behoeft. Ik geef ze puntsgewijs weer:

- a. Een bankhypotheek is op eenzelfde wijze accessoir als een 'vaste' hypotheek.
- b. Iets anders is dat een bankhypotheek zodanig persoonsgebonden kan zijn (gemaakt) dat ze om die reden niet mee overgaat. Rechten kunnen immers zeer wel accessoir zijn en toch niet mee overgaan, omdat ze uitsluitend ten behoeve van déze crediteur strekken⁹. Persoonsgebondenheid tast het karakter van een hypotheek als afhankelijk recht niet aan. Het sluit alleen het normale gevolg uit dat de hypotheek bij overdracht of overgang van de vordering mee overgaat.
- c. De vraag is óf een bankhypotheek persoonsgebonden is. Mag men als partij-bedoeling veronderstellen dat een bankhypotheek in beginsel uitsluitend met het oog op en ten behoeve van déze bank is aangegaan? Ik meen dat dit de kernvraag zou moeten zijn in de discussie over de overgang van bankhypotheeken. Mijn antwoord luidt dat zestig, zeventig jaar geleden, toen het aantal banken erg groot en vaak zeer plaatsgebonden was, het vermoeden van persoonsgebondenheid meer in de rede lag dan thans. De beslissing van 1927 plaats ik dan ook vooral in dat kader. Voor de huidige tijd zou ik van het omgekeerde willen uitgaan: persoonsgebondenheid mag niet worden verondersteld, maar moet worden afgesproken of anderszins blijken. Is dit niet het geval, dan gaat de bankhypotheek gewoon mee over. In het arrest Onderdrecht/ FGH van 1988 heeft, als ik goed zie, het hof deze lijn ook gevolgd: niet

⁸Parl. gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 429.

⁹Hetzelfde kan zich voordoen bij de kwalitatieve rechten van art. 6:251 BW en bij de cessieverboden van art. 3:83 lid 2 BW.

- was gesteld of gebleken dat de bankhypotheek persoonlijk waren bedoeld.
- d. Het voorgaande voorkomt de merkwaardigheid van de heersende leer, waarin de aard van de bankhypotheek tussentijds van kleur verschiet. De bankhypotheek begint in de heersende leer als persoonsgebonden, maar zodra de kredietrelatie tussen de oorspronkelijke partijen is geëindigd en geen nieuwe vorderingen meer kunnen ontstaan, is het ook met de persoonsgebondenheid afgelopen, *zonder dat hiervoor enige mededeling of gedraging van de oorspronkelijke partijen nodig is*. Ik heb dit nooit begrepen. Alleen wanneer men met een opeenstapeling van veronderstelde partijbedoelingen werkt, komt men er wellicht uit, maar ik vind dat onwettelijk en onwenselijk. De partij die niet wil dat de bankhypotheek mee overgaat, moet dat met haar wederpartij afspreken of anderszins duidelijk maken. Laat ze dit na, dan is dat haar risico en verantwoording.
- e. De in de heersende leer geformuleerde voorwaarden voor overgang van de bankhypotheek - einde kredietrelatie en geen nieuwe vorderingen meer - beschouw ik als irrelevant, tenzij ze berusten op een partijafpraak. Wordt zo'n partijafpraak gemaakt, dan mag men bij cessie en subrogatie als bedoeling van partijen aannemen dat in beginsel geen overgang plaatsvindt. Bij fusie en splitsing is dit mijns inziens anders. Beide zijn overgangen onder algemene titel, waarbij de verkrijger geen derde is, maar de relatie ongewijzigd voortzet. Overgang ligt dan in de rede. Een tussenpositie neemt contractsovername in. Indien alle relaties waaruit door de bankhypotheek bestreken vorderingen kunnen ontstaan, in de overname zijn betrokken, is overgang gendiceerd, anders niet.

Taak van de notaris en titel 3.7

Van bankjuristen en (kandidaat-)notarissen heb ik begrepen dat de modellen voor bankhypotheekakten niet uit de koker van de notaris komen, maar aangeleverd worden door de banken. Ook heb ik begrepen dat de banken de taak van de notaris als louter instrumenteel beschouwen. Kritisch mee- of tegendenkende notarissen schijnen niet te worden gewaardeerd. In de modellen die ik gezien heb, is niets te vinden over de vraag of bankhypotheek mee overgaan bij cessie, subrogatie, fusie, splitsing en contractsovername. Daarmee bewijzen de banken zich zelf een slechte dienst. Ze geven handenvol geld uit aan allerlei constructies om, bijvoorbeeld bij fusies en securitisaties, te bewerkstelligen dat de verkrijger ook de beschikking krijgt over de zekerheden van de bankhypotheek.¹⁰ Naar mijn mening is dat nodeloos duur

¹⁰Vergelijk onder meer Van 't Westeinde, 1999, waarin tevens veel verdere

en ingewikkeld. Zelfs als men mijn betoog niet volgt dat bankhypotheken, tenzij anders is afgesproken of anders blijkt, gewoon mee overgaan, heeft men in ieder geval de *bevoegdheid* dit in de akte te bepalen. Het arrest van 1988 laat er geen twijfel over bestaan, dat partijen mogen afspreken dát en onder welke voorwaarden een bankhypothek mee overgaat. Bij cessie en subrogatie van een deel van de vordering ontstaat dan een gemeenschap als bedoeld in titel 3.7. Men kan zich hiermee tevreden stellen, maar als men vindt dat de titel te weinig is toegesneden op de bijzonderheden van een gezamenlijke bankhypothek, kan men in de akte ook zelf een regeling treffen. Bijvoorbeeld kan men er bepalingen in opnemen over de verhouding van ieders deel in de bankhypothek, over de vraag of en hoe dit deel wordt beïnvloed indien de oorspronkelijk crediteur naderhand nieuwe vorderingen op de debiteur krijgt, wie tot uitwinning kan besluiten, aan wie de debiteur moet betalen¹¹, en zo meer. Bij fusie en splitsing zal geen gezamenlijke bankhypothek ontstaan, maar ook voor die situatie kan het zinvol zijn enkele bepalingen op te nemen over bijv. de vraag of de bankhypothek ook strekt tot zekerheid van nieuwe vorderingen die verkregen worden na de fusie. De ruimte ontbreekt om dit in detail uit te werken, maar dat hoeft ook niet. Het gaat om het principe dat het kan.

Kortom: met een bankhypothekakte die ontdaan is van in de literatuur opgelopen roestplekken is veel te winnen. Banken willen immers dat bankhypotheken overgaan. Welnu, laat ze dan hun akten aanpassen. Dan zijn ze klaar. Ik heb nooit begrepen waarom ze dat niet doen. Misschien toch maar eens voorzichtig proberen, Martin Jan?

Oktober 1999

Geraadpleegde literatuur:

verwijzingen. Hoewel ik haar oplossing niet deel, ben ik het wel met haar eens dat de constructies die banken bedenken nodeloos duur en ingewikkeld zijn.

¹¹Dit mede in verband met de voorrangsregel van HR 19 december 1997, NJ 1998, 690 (Zuidgeest/ Furness), waarover mijn artikel in WPNR 6353 (1999), p. 267-271.

- *M.P. van Achterberg, Overgang van vorderingen en schulden en de gevolgen voor de gevestigde bankzekerheden, WPNR 6133 en 6134 (1994), p. 295-298 en p. 311-314.
- *M.P. van Achterberg, Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen, 1999, Mon. nieuw BW, nr. 44.
- *Asser-Van Velten, Zakenrecht III, 1994, nr. 209 en nr. 286-287.
- *Patrick Brown, Bankhypotheek in gezamenlijk verband, AA 1996, p. 407-415.
- *J.E. Fesevur, Cessie van door (bank)hypotheek verzekerde restantvordering; afhankelijk (accessoir) karakter van deze hypotheek?, NTBR 1990, p. 63-64.
- *J.E. Fesevur, Gedeeltelijke subrogatie bij een bankhypotheek, NTBR 1998, p. 180-182.
- *R.H. Maatman, De verkrijging van het economisch belang bij vorderingsrechten, WPNR 6286 (1997), p. 679-683.
- *P.A. Stein, Bank en krediethypotheek, in: Mijnsen, Stein en Ebbeling, Kredietverlening naar huidig en komend recht, preaviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 1988, p. 33-50.
- *M.G. Van 't Westeinde, De overgangsprikelen van een bankhypotheek, WPNR 6371 en 6372 (1999), p. 689-692 en p. 701-706.