

## **HC 19, 04-06-2018, registergoederenrecht**

### ***Beperkte rechten***

Dit college gaan we het eerst hebben over de kwalitatieve verplichtingen. Dit lijkt heel erg op een erfdiensbaarheid en heeft bijna dezelfde goederenrechtelijke uitwerking. Er zijn een aantal verschillen, maar die zijn niet zo groot. Belangrijk is om te kijken naar wat de materiële verschillen zijn. Verder kijken we naar het huurrecht in dit college. Huur is een betrekkelijk gecompliceerde rechtsfiguur. We beperken ons hier tot de hoofdlijnen. Het volgende en het laatste college gaan we het nog hebben over zekerheidsrechten, vooral over het hypotheekrecht.

### **Kwalitatieve bedingen**

Vorige week hebben we heel even gekeken naar de kwalitatieve rechten (art. 6:251 BW). Deze komen ook in het vastgoed voor, maar hebben niks met het registergoederenrecht te maken. Je hebt namelijk uitsluitend belang zolang je ook een ander goed in je vermogen hebt. Bijvoorbeeld een garantie, dit recht heb je alleen als je bijvoorbeeld ook de bijbehorende fiets in je vermogen hebt. Als je de fiets overdraagt, gaan automatisch de garantierechten mee over op jouw rechtsopvolger. Je hebt op de aanspraak uitsluitend belang als je er ook een bepaald goed bij houdt.

### **Kwalitatieve verplichting (I)**

Wat is nu een kwalitatieve verplichting? Het is een verplichting die een gerechtigde tot een registergoed heeft afgesproken (een bij overeenkomst bedongen verplichting) met een derde om zich te verplichten tot een dulden of een niet doen met betrekking tot dat registergoed. Dit lijkt dus heel erg op een erfdiensbaarheid, maar het verschil is dat een kwalitatieve verplichting helemaal voortvloeit uit een overeenkomst en een erfdiensbaarheid gedeeltelijk. Het theoretische idee is dat jij een afspraak met iemand maakt en dat jij gebonden bent aan die afspraak en dan schrijf je dit zelf in in de registers en dat heeft tot gevolg dat ook jouw rechtsopvolgers hieraan verbonden zijn.

### **Kwalitatieve verplichting (II)**

Een kwalitatieve verplichting kun je opnemen om derdenwerking overeen te komen, mits je dit ook inschrijft in de openbare registers. Wie heeft hier nu recht op? Degene met wie je dit hebt afgesproken. Bij een erfdiensbaarheid is dit anders, want de rechten die tegenover de verplichting staan zijn ook gekoppeld aan een erf en niet aan degene met wie je iets hebt afgesproken. Je hebt zelf ook een erf nodig voor een erfdiensbaarheid. Maar een kwalitatieve verplichting kun je afspreken met bijvoorbeeld een vennootschap of een gemeente. Fokke Jan zijn ouders hebben in de overeenkomst van hun huis bijvoorbeeld staan dat hun deur geel geverfd moet zijn. Dit is ten behoeve van de gemeente. Je wilt niet dat dit vast zit aan een heersend erf, want stel dat de gemeente weg gaat uit zijn pand, dan is het niet meer ten behoeve van de gemeente maar van iemand anders. Heineken wil nogal eens bedingen dat in een café alleen Heineken geschonken mag worden, je kunt dit doen met een erfdiensbaarheid, maar dat slaat nergens op, want dan zou je van een pand van Heineken een heersend erf moeten maken, dus doe je het met een kwalitatieve verplichting, dit is eigenlijk een erfdiensbaarheid zonder heersend erf.

### **Verschillen met erfdiensbaarheid**

Echt materiële verschillen zijn:

Als je kijkt naar de definitie van een erfdiensbaarheid dan is dat een last die rust op een onroerende zaak. Een kwalitatieve verplichting moet rusten op een registergoed, dit is een ruimere categorie. Bijvoorbeeld een hypotheek, een beperkt recht is ook een registergoed, net als luchtvaartuigen en schepen. Hier kunnen dus ook kwalitatieve verplichtingen op worden gevestigd. Een erfdiensbaarheid kan dan niet op een teboekgesteld luchtvaartuig worden gevestigd, maar een kwalitatieve verplichting wel.

Een erfdiensbaarheid gaat steeds om het feitelijk handelen 'op, boven of onder een der beide erven'. Hieruit wordt afgeleid dat het steeds moet gaan om een feitelijke handeling. Bij een kwalitatieve verplichting staat het er veel abstracter namelijk 'iets te dulden of niet te doen' met betrekking tot een bepaald registergoed. Hier kun je ook het verbieden van het sluiten van een huurovereenkomst onder scharen. In een erfdiensbaarheid kun je niet verbieden om een huurovereenkomst te sluiten, want dit is geen feitelijke handeling, maar het is wel iets wat je doet met betrekking tot het betreffende goed. Je kunt het dus mooi verankeren in een kwalitatieve verplichting. Het in gebruik geven zou wel kunnen met een erfdiensbaarheid, maar het contract verbieden zelf dus niet.

Bij een erfdiensbaarheid heb je altijd twee erven en hier heb je een erf en een bepaald recht in iemands vermogen zoals we net al zagen.

In heel nauw verband hiermee staat dat een erfdiensbaarheid altijd wordt gekarakteriseerd als een afhankelijk recht, het is niet mogelijk om de rechten over te dragen aan iemand anders dan de eigenaar van het heersende erf. Bij de rechten voor een kwalitatieve verplichting is dit anders, want de aanspraken die ertegenover staan kun je in principe overdragen aan wie je maar wilt. Als je krachtens een kwalitatieve verplichting gerechtigd bent om over andermans erf heen te lopen dan kun je dat gewoon geldig overdragen krachtens cessie en is de ander gerechtigd daartoe. Je kunt dit uitsluiten met een beding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW: de overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten. Als je dat echter niet doet dan kunnen de verplichtingen worden overgedragen aan iemand anders.

In allerlei andere opzichten is ook van belang dat een kwalitatieve verplichting gewoon een boek 6 BW overeenkomst is. Doordat de kwalitatieve verplichting ingeschreven wordt in de openbare registers heeft het bijna goederenrechtelijke werking, maar in faillissement maakt het wel uit dat een verbintenisrechtelijke verplichting is en geen echte goederenrechtelijke verplichting. Een faillissementscurator zal zich namelijk niks aantrekken van een kwalitatieve verplichting. Wat nu als je niet nakomt? Dan word je in gebreke gesteld en ben je in verzuim en komt er schadevergoeding. Wat nu als je goederenrechtelijk niet nakomt? Een overeenkomst die ten grondslag ligt aan een kwalitatieve verplichting kun je gewoon ontbinden als die verplichting niet wordt nagekomen. Dit geldt niet voor een goederenrechtelijke verhouding. Als je een erfdiensbaarheid ten behoeve van een ander vestigt en je vestigt dit ook echt, dan heb jij aan je verplichtingen voldaan. Het hangt van de goederenrechtelijke verhoudingen af of die ander er nog vanaf kan als jij niet aan die goederenrechtelijke verhouding voldoet. Bij erfpacht is het soms mogelijk om die erfpacht op te zeggen en op die manier van elkaar af te raken. Bij erfdiensbaarheden kan men er soms ook vanaf door middel van wat er in de wet staat, maar wel onder de voorwaarden die in boek 5 BW zijn vastgelegd. Ook overigens geldt dat een kwalitatieve verplichting gewoon een duurovereenkomst is. Dan gelden de onvoorziene omstandigheden. Tussen de gerechtigden bestaat een obligatoire relatie uit boek 6 BW, namelijk die van een normale overeenkomst.

## **Kettingbedingen/werking**

Kwalitatieve verplichtingen kunnen uitsluitend verplichten tot een dulden of een niet doen. Vaak wil men ook regelen dat mensen juist iets moeten doen. Dit kan echter niet met een kwalitatieve verplichting. Je kunt er ook niet mee regelen dat iemand het vastgoed niet kan vervreemden. Wil je dit nu wel regelen dan ben je in veel gevallen aangewezen op een regeling in een kettingbeding of als je wil verplichten tot een actief handelen, bijvoorbeeld periodiek geld betalen, dan moet je dat regelen met een kettingbeding en niet met een kwalitatieve verplichting of erfdiensbaarheid. Wat nu als je het precies andersom formuleert, net als bij Heineken, dat komt er op neer dat je gewoon Heineken moet tappen. Hier zou de rechter dan doorheen moeten prikken, omdat het eigenlijk gewoon een verplichting tot een doen is en dan is het niet geldig als kwalitatieve verplichting. Soms twijfelt men er ook over en dan neemt men het al snel op als kwalitatieve verplichting, maar voor het geval het niet een niet doen is, maakt men er ook nog een kettingbeding van.

Een kettingbeding is een afspraak die iemand maakt met een derde. Bijvoorbeeld dat je dat bier moet tappen of dat je je winkel op die tijden open moet hebben. Hoe zit het dan met die gele deur? Dit is eigenlijk ook een verplichting tot een doen en daar zou een rechter dus ook doorheen kunnen prikken. Als de verplichting is opgenomen om elke tien jaar je voordeur geel te verven dan weet je zeker dat het een doen is, dan kan dit niet vastgelegd worden met een kwalitatieve verplichting, maar alleen met een kettingbeding. Dit is dus een verplichting tot een doen, maar je moet je ook realiseren dat de kwalitatieve verplichting pas sinds 1992 in de wet staat, dus daarvoor werd er veel meer geregeld in een kettingbeding. Je spreekt bij een kettingbeding ook af om dezelfde verplichting ook weer op te leggen aan jouw rechtsopvolger. Dit ten behoeve van de oorspronkelijke persoon (de stipulator) die het kettingbeding bedongen heeft, dat ook jouw rechtsopvolger zich daar ook aan moet houden.

Wat nu als dit niet wordt nageleefd? Dan is die rechtsopvolger daar niet aan gebonden. Jij moet dat wel doen, dat heb je afgesproken, maar je rechtsopvolger is er pas aan gebonden als jij je plicht ook bent nagekomen, als je dit niet doet dan breekt de ketting. Als je dit echter wel doet dan is hij er wel aan verbonden en je neemt ook op dat hij het hele kettingbeding overneemt, dus dat hij later ook weer aan zijn rechtsopvolger de verplichting op moet leggen. De sterkte van zo'n kettingbeding blijkt pas echt als iemand het vertikt om het op te leggen, dan is het beding namelijk weg. Dit probeer je natuurlijk te voorkomen en dat doe je door een idiote boete op te leggen op het schenden van die verplichting. Dan zijn er natuurlijk ook weer faillissementscuratoren of executoriaal verkopers die daar niks mee hebben en het makkelijker willen verkopen door dit beding niet op te leggen.

Bij schendingen van een verplichting om iets te doen, is het heel moeilijk om daar door verjaring vanaf te komen, maar dit kan wel bij schending van een verplichting tot het dulden of niet doen, door datgene gewoon wel te doen.

Kettingbedingen zijn in theorie geen inschrijfbaar feit waardoor art. 3:23 en 3:24 BW ook niet van toepassing zijn. Maar over het algemeen zullen kettingbedingen wel ingeschreven worden, want ze liften mee bij de leveringsakte.

## **Verplichtingen kettingbeding**

De verplichtingen van een kettingbeding houden altijd de volgende punten in:

- Een materiële verplichting om datgene te doen wat in het beding is opgenomen;
- De oplegverplichting om het hele pakket door te geven en aan de volgende op te leggen;

- Een boete voor als je het beding schendt.

Alles moet dus aan de rechtsopvolger opgelegd worden. Leg je de verplichting niet op aan je rechtsopvolger, dan ben je de boete verschuldigd en is het kettingbeding weg.

### **Kettingbeding/beperking**

Is er dan niks te doen tegen zo'n kettingbeding? Soms wil men zo graag dat het beding wordt nagekomen dat er een hypotheek wordt gevestigd ter verzekering van dat beding, dit om het innen van de boete zeker te stellen. Het niet voldoen aan het kettingbeding kan ook worden tegengeworpen aan de rechtsopvolger onder omstandigheden. Hij handelt dan toch onrechtmatig ten opzichte van degene die het beding bedongen heeft. De stipulator kan dan de rechtsopvolger aanspreken op grond van onrechtmatige daad, maar dit kan bijna nooit, want normaal gesproken zijn derden daar niet aan gebonden. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat alleen in uitzonderlijke gevallen sprake kan zijn van wanprestatie. Dit heeft de Hoge Raad uitgemaakt in het arrest *HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curacao-Boyé)*. De koper wist niet van het bestaan van de verplichting ten tijde van het kopen van het vastgoed. Hij wist dit echter wel ten tijde van de levering. De Hoge Raad zei dat er geen sprake was van onrechtmatig handelen op het moment dat jij je rechten wilt halen. Je hebt gewoon rechtsgeldig gekocht, maar het beding wordt geschonden door levering aan jou. Dit levert dan echter geen onrechtmatig handelen op. Alleen op het moment van het tekenen van de koopovereenkomst zou je dan kennis van het beding moeten hebben, op het moment dat je het dan niet weet dan is er ook geen onrechtmatig handelen.

Een interessante casus hierbij is de volgende. Iemand had vastgoed en had dit verhuurd en de huurder had een recht van eerste koop. Dus dit was een voorkeursrecht. De eigenaar van het vastgoed had die verplichting niet nageleefd. Degene aan wie wel verkocht was, wist niet van het bestaan van het voorkeursrecht en had dus gekocht. Ze hadden afgesproken dat er geleverd zou worden over een aantal maanden. In die tussentijd kwam de koper er wel achter dat er nog een huurder was met een voorkeursrecht. Die huurder kwam bij de koper en wilde dat die koper zijn rechten nog gestand deed en als hij dat niet zou doen dan zou de huurder de koper aansprakelijk stellen en een procedure beginnen. Hier had die koper natuurlijk geen zin in, dus wilde hij dat per direct dat vastgoed aan hem overgedragen zou worden. Zogezegd zo gedaan, op stel en sprong werd het vastgoed geleverd aan de koper en vervolgens spande die huurder alsnog een procedure aan tegen hem. Met daarin het standpunt dat de koper onrechtmatig had gehandeld om met als enig doel die huurder te snel af te zijn door de boel in een stroomversnelling te zetten. De Hoge Raad zei dat dit niet onrechtmatig was om alles in het werk te stellen om jouw eigen recht te verzekeren.

Wil je een rechtsopvolger aansprakelijk stellen, dan begint het ermee dat die koper ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst moet weten van het beding en dan kan het zo zijn dat hij onrechtmatig handelt, maar dat dit altijd zo is, dat is niet gezegd. Het kan zo zijn dat er een bepaalde samenspanning is tussen koper en verkoper om van dat kettingbeding af te raken. Stel dat je eigenaar bent van vastgoed en je verkoopt dit aan een lege bv van bijvoorbeeld een vriend met daaraan dat kettingbeding en die bv verkoopt weer terug zonder dat kettingbeding. Dan schend je dat kettingbeding en komt die boete in de lege bv terecht die natuurlijk niet kan betalen, dus dit is een opzette. Maar is hiervan geen sprake, dan is er geen onrechtmatig handelen.

## **Huur**

Wat is huur? Dit staat geregeld in titel 7.4 BW. 'Huur is de overeenkomst waarbij de ene partij, de verhuurder, zich verbindt aan de andere partij, de huurder, een zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie.' (Art. 7:201 lid 1 BW). Alle contracten die dit element in zich hebben worden gekwalificeerd als een huurovereenkomst, ook als daar nog heel veel andere elementen in staan. Daaraan doet niet af dat het contract bijvoorbeeld ook een franchisecontract is. Je huurt een McDonald's pand en daarin spreek je af dat je ook een McDonald's moet faciliteren. Als iets een huurovereenkomst is, valt het niet alleen onder boek 6 BW, maar ook onder de regels van titel 7.4 BW.

### **Goederenrechtelijke kenmerken**

Koop breekt geen huur (art. 7:226 BW). Dit artikel zorgt ervoor dat als je een onroerende zaak koopt met daarin huurders dan zorgt dat ervoor dat ook al wist je het niet dat er huurders in zaten, dat die huurovereenkomst wel mee over gaat. Dit is een zwaardrukkende bepaling. Er is een aantal regelingen die dit risico beperken en dat is in eerste instantie een huurbeding wat in een hypotheekakte staat. Op het moment dat een bank gaat veilen, dan kan hij huurovereenkomsten beëindigen. De wet faciliteert dat je dit in de hypotheekregeling kunt opnemen (en ga er maar vanuit dat dit is opgenomen als je ergens huurt). Als huurder loop je dan toch risico. Dit wordt allemaal gerechtvaardigd door de wetgever dat het alleen geldt voor hypotheeklen die zijn gevestigd voor het sluiten van een huurovereenkomst, want dan had je dit als huurder kunnen opzoeken in de openbare registers.

Een ander element uit de koop breekt geen huur bepaling is dat niet alle bedingen van een huurovereenkomst ook over gaan op de nieuwe eigenaar. Art. 7:226 lid 3 BW: 'de verkrijger wordt slechts gebonden door die bedingen van de huurovereenkomst, die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie.' Een overeenkomst die gekwalificeerd wordt als een huurovereenkomst kan ook bestaan uit een hele boel andere dingen. Het kan immers een compleet franchisecontract zijn waar toevallig ook een huurelement in zit dat betekent dus dat het ook een huurovereenkomst is, maar niet alle bedingen hebben verband met het gebruik van de onroerende zaak en het doen betalen van een tegenprestatie. Waar ligt dan de grens? Dit is bepaald in het befaamde arrest Verstappen/Verstappen. Dit gaat over een voorkeursrecht voor een huurder. Heel veel huurders bedingen in hun huurovereenkomst dat op het moment dat de eigenaar het vastgoed wil verkopen dat zij dan een recht van eerste koop hebben. Dit is ook niet voor niets als je kijkt naar de bijzondere huurrechtprincipes die straks nog aan bod komen. Koop je dan niet als huurder en vervreemdt de verhuurder dan dat vastgoed aan iemand anders, dan is de vraag of in het geval dat die rechtsopvolger zelf weer wil overdragen of diegene ook gebonden is aan het voorkeursrecht? Met andere woorden gaat dat voorkeursrecht, dat onderdeel is van je huurcontract, automatisch mee over op de nieuwe eigenaar? Nee, zegt de Hoge Raad, dat voorkeursrecht houdt niet onmiddellijk verband met het genot van de zaak en de tegenprestatie die daartegenover staat. Dit kan anders zijn als een bepaald gedeelte van de huur specifiek op die tegenprestatie ziet, als je bijvoorbeeld met korting dat vastgoed mag kopen en dat wordt gecompenseerd wordt door een hogere huur. In andere woorden, je spreekt met een huurder af dat op het moment dat jij wilt verkopen dat hij mag kopen voor 80% of 90% van de waarde en in ruil daarvoor betaalt de huurder gedurende de looptijd van de huur een hogere huur, dan zou dit anders kunnen zijn, maar in principe houdt een voorkeursrecht onvoldoende direct verband met het gebruik van de onroerende zaak en de daar tegenover staande tegenprestatie dus dan gaat zo'n beding niet over.

## Soorten huurobjecten

Het huurrecht begint met de algemene bepalingen die van toepassing zijn op alle huurovereenkomsten, tenzij elders in het specifieke huurrechtregime wordt afgeweken van die bepalingen. Dus algemene bepalingen zijn in principe van toepassing op alle huurovereenkomsten.

Je hebt ook nog twee categorieën in het huurrecht waarin de huurder specifieke huurbescherming geniet. Dat betreft woonruimte (art. 7:232-282 BW) en middenstandbedrijfsruimte (art. 7:290-310 BW). Wat is dit laatste? Art. 7:290 lid 2 sub a BW: 'een *gebouwde* onroerende zaak of een gedeelte ervan.' Iets is namelijk niet altijd gebouwd. Een huurovereenkomst heeft uitsluitend betrekking op een bebouwde zaak als het huurcontract ook betrekking heeft op de bebouwing van die onroerende zaak. Als je een stuk grond huurt en daarbij word je verplicht om een gebouw op dat stuk grond te bouwen om daarin een Albert Heijn te exploiteren, dan heeft het huurcontract alleen betrekking op de onbebouwde grond.

Een ander voorbeeld is een benzinstation waarbij ook een stuk grond werd gehuurd en daarbij werd de huurder verplicht om daar een benzinstation op te bouwen. Aan het eind van de huurovereenkomst was de bedoeling dat de huurder het benzinstation weer zou afbreken en mee zou nemen, maar dit ging anders, want de huurder had bedongen met de volgende huurder, die er ook een benzinstation zou gaan exploiteren, dat het mocht blijven staan en door een eenmalige koopsom te betalen ging dit dan over op de volgende huurder. In economische zin werd het gebouw overgenomen door de nieuwe huurder en de huur bleef zien op alleen de grond. De Hoge Raad heeft hiervan gezegd dat ook dan het contract alleen ziet op de onbebouwde grond. Je kijkt hiermee dwars door het goederenrecht heen. Het kan dus ook reden zijn om bij het sluiten van een huurovereenkomst een afhankelijk opstalrecht te vestigen. Dan omzeil je de regels van art. 7:290 BW e.v.

Wat is verder nog vereist om te kunnen spreken van middenstandsbedrijfsruimte? Dat gebouw moet een bepaalde bestemming hebben en dit staat opgesomd in de rest van art. 7:290 lid 2 BW: '(...) die krachtens overeenkomst van huur en verhuur is bestemd voor de uitoefening van een kleinhandelsbedrijf, van een restaurant- of cafébedrijf, van een afhaal- of besteldienst of van een ambachtsbedrijf, een en ander indien in de verhuurde ruimte een voor het publiek toegankelijk lokaal voor rechtstreekse levering van roerende zaken of voor dienstverlening aanwezig is.' Het kan bijvoorbeeld gaan om een kleinhandelsbedrijf. Je koopt dan individuele producten in plaats van bulk. Dit is bijvoorbeeld een supermarkt of een Blokker of een Zeeman. Een volgende is een restaurant of cafébedrijf. Een afhaal- of een besteldienst is waar je bijvoorbeeld post op kunt halen.

Wat valt nu onder een ambachtsbedrijf? Mensen doen dan meer met hun handen dan met hun hoofd. Dit wordt onderscheiden van mensen met een vrij beroep. Hier wordt dan over gediscussieerd bijvoorbeeld wat is een schoonheidsspecialiste of een prostituee? De apotheker is ook een mooie tussencategorie. De vrije beroepsbeoefenaren vallen dus niet onder dit artikel. Er is ook pas sprake van zo'n bedrijfsruimte als er een voor publiek toegankelijk lokaal is waar mensen dus naar toe kunnen komen en waarvan ook de bedoeling is dat er mensen naartoe komen. Middenstanders zijn dus meer gebonden aan de plek waar zij zitten dan alle andere gebruikers van vastgoed en daarom hebben zij meer huurbescherming nodig. Daarom duurt een huurtermijn eerst vijf jaar, aan het eind daarvan gaat weer een termijn van vijf jaar lopen en daarna nog eens, waarna het vervolgens een oneindige termijn wordt. Een overeenkomst kan dus alleen onder bepaalde omstandigheden opgezegd worden. Er zijn opzeggingsgronden. Eén hiervan is dat een eigenaar mag opzeggen als hij dit vastgoed zelf dringend nodig heeft voor eigen gebruik. Als je een nieuwe eigenaar krijgt als huurder dan kan dit best het geval zijn, dus is het logisch dat de huurder

een voorkeursrecht vestigt, want anders ben je als huurder niet zeker dat het contract niet zal worden opgezegd voor eigen gebruik.

Bij woonruimte is ook uitvoerige huurbescherming die zowel ziet op de huurprijs als op het beëindigen van de huurprijs. Je hebt de mogelijkheid van geliberaliseerde huurcontracten en niet-geliberaliseerde huurcontracten. Als je een woning huurt en de huurprijs is bij aanvang hoger dan 710 euro, dan heb je een geliberaliseerde huurovereenkomst, maar is het lager dan heb je een niet-geliberaliseerde huurprijs en mag die huurprijs niet hoger worden dan een bepaald bedrag en moet het voldoen aan een puntensysteem. Heb je een hogere huurprijs afgesproken, dan is de huurprijs afhankelijk van wat je met elkaar hebt afgesproken. Dit is de prijsbescherming.

Daarnaast heb je ook beëindigingbescherming. Een verhuurder kan niet zomaar van zijn huurder af. Hij moet voldoen aan opzeggingsgronden die nog veel strenger zijn dan bij middenstandbedrijfsruimte. Het is heel erg lastig om een huurder van een woning eruit te zetten ten behoeve van de verhuurder die het zelf nodig heeft. Als je bijvoorbeeld een campuscontract hebt, dan moet je een collegekaart hebben om er te mogen blijven wonen. Dit heb je ook voor grote gezinnenhuur, als de kinderen dan uit huis gaan is dat ook een reden om op te zeggen voor de verhuurder.

## **HC 20, 05-06-2018, registergoederenrecht**

### ***Huur en hypotheek***

Het huurrecht is zo georganiseerd dat we een aantal algemene bepalingen hebben die op alles van toepassing zijn en twee bijzondere categorieën namelijk woningen en middenstandsbedrijfsruimtes. Als iets hier niet onder valt en het is wel een gebouwde onroerende zaak, als die verhuurd wordt dan is daarop art. 7:230a BW van toepassing. 'Heeft de huur betrekking op een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan en is die zaak of dat gedeelte noch woonruimte, noch bedrijfsruimte in de zin van deze titel, dan kan de huurder na het einde van de huurovereenkomst de rechter verzoeken de termijn waarbinnen ontruiming moet plaats vinden, te verlengen. Het verzoek moet worden ingediend binnen twee maanden na het tijdstip waartegen schriftelijk ontruiming is aangezegd.' Dit gehuurde moet dan dus wel onder de algemene bepalingen vallen, maar bij kantoorruimten heb je wel art. 7:230a BW en op grond van die bepaling heb je wel ontruimingsbescherming. Er kan een termijn zijn vastgesteld voor de huurder om uit het pand te gaan, maar als die is afgelopen dan kan hij naar de rechter gaan voor ontruimingsbescherming. De huur eindigt dan dus wel, maar je kunt je wel verzetten tegen een al te spoedige ontruiming. Dit is heel casuïstisch, dus je weet van tevoren niet waar je aan toe bent als huurder, maar de rechter gaat er dan naar kijken.

Zowel bij woonruimte als bij middenstandbedrijfsruimte heb je nog een soort van prijsbescherming. Bij middenstandsbedrijfsruimte heb je dat partijen na afloop van de overeengekomen huur en vervolgens na elke vijf jaar mogen vragen om een huurprijsherziening. Er komt dan een deskundige die komt kijken wat de huur bij vergelijkbare panden is. Bij overige bebouwde verhuurde onroerende zaken heb je geen enkele huurprijsvoorziening, maar alleen die ontruimingsbescherming.

### **Verplichtingen verhuurder**

Deze algemene regels zijn van toepassing op alle verhuurde dingen en zijn geregeld vanaf art. 7:203 BW. Het gehuurde moet ter beschikking gesteld worden (art. 7:203 BW) en de verhuurder moet instaan voor gebreken (art. 7:204, 7:206-210 BW).

## **Gebrekenregeling**

Art. 7:204 lid 2 BW: het gaat om de redelijke verwachting van de huurder bij aanvang van het huurcontract. Hij mag verwachten dat het een goed onderhouden zaak is bij wat je van dat soort zaak mag verwachten. Hier zit nog enige ruimte in om die soort nader in te vullen, zo verhuren eigenaren iets nog weleens als een kluswoning, dus dan kan je als huurder niet verwachten dat alles netjes is en dat er nog geklust moet worden, dan mogen gebreken niet aan de verhuurder worden toegerekend. Het is dwingend recht dus op een andere manier valt er niet vanaf te wijken. Het gebrek aan de onroerende zaak valt normaal niet aan de huurder toe te rekenen. Dit is wel het geval als de huurder het zelf kapot maakt, of dat het door zijn toedoen is kapot gegaan.

*HR 1 februari 2008, NJ 2008, 85 (Amicitia).* Amicitia is een winkelcentrum. Dit is ergens in Amersfoort waar iemand van plan was een fantastisch winkelcentrum neer te zetten. Helaas liep dit toch anders dan gepland en loopt het juist helemaal niet, waardoor de huurders van de winkelpanden maar weinig winst maken. De huurders zien dit als gebrek, want de verhuurder had dit verkocht als een goed lopend winkelcentrum. De verhuurder moest dit dan maar verhelpen volgens de huurders. De Hoge Raad vond van niet, want dit is typisch een voorbeeld van dat dit toekomt aan de huurder. Het is een commercieel risico die de ondernemer loopt.

'Een feitelijke stoornis door derden zonder bewering van recht als bedoeld in artikel 7:211 en een bewering van recht zonder feitelijke stoornis zijn geen gebreken in de zin van lid 2.' (art. 7:204 lid 3 BW). Art. 7:211 BW wat is nu een bewering van recht? Een derde claimt anderszins aanspraken te hebben ten opzichte van het gehuurde bijvoorbeeld dat hij door de tuin mag lopen van het gehuurde. Dit is dan nog geen gebrek. Het enkele feit dat derden door jouw tuin lopen of ramen ingooien dat is niet iets wat als zodanig een gebrek oplevert, ook al is de schade die wordt aangericht wel een gebrek, maar het enkele feit dat derden inbreuk maken dat is iets wat jij dan maar met die derde uit moet vechten.

## **Casus**

Van Oers huurt een winkelpand in Utrecht waarin hij een bakkerij exploiteert. Het pand is gelegen aan een druk kruispunt. Op een regenachtige winterdag vindt een aanrijding plaats op het kruispunt. Een vrachtwagen van de firma De Boer komt geheel buiten toedoen van Van Oers tot stilstand tegen de pui van de winkel. Deze wordt volledig vernield. Van Oers meldt direct aan zijn verhuurder dat het pand is beschadigd. Hij verzoekt om reparatie op korte termijn omdat het half december is en hij een grote toeloop verwacht van klanten die inkopen willen doen voor de kerstdagen. Het lukt niet op zo'n korte termijn tot herstel over te gaan, mede omdat het vriest. Van Oers leidt daardoor aanzienlijke schade (gederfde winst).

Wat kan Van Oers van de verhuurder vorderen?

Niet alleen de pui moet worden vernieuwd, maar ook wordt er heel veel winst misgelopen.

## **Acties**

Als iets een gebrek is dan geldt in principe de verplichting dat de verhuurder dit moet verhelpen (art. 7:206 BW). De huurder kan eventueel ook een huurprijsvermindering vorderen (art. 7:207 BW). Of een huurder ook recht heeft op schadevergoeding dat hangt ervan af of aan de voorwaarden van art. 7:208 BW is voldaan. Er moet dan toerekenbaarheid zijn aan degene die de schadevergoeding schuldig zou zijn. Schadevergoeding door de verhuurder hoeft dus uitsluitend als dat aan jou toerekenbaar is. Als de



verhuurder om wat voor reden zijn prestatie niet nakomt, namelijk het ter beschikking stellen van een bakkerij met hele pui in dit geval dan kun je vermindering van de huurprijs vorderen.

Is er nu ook aanvullende schadevergoeding te vorderen? De verhuurder heeft niet zelf de vrachtwagen naar binnen gereden dus hij kan er niks aan doen. Het enige wat je dus kunt zeggen is dat hij het gebouw niet ter beschikking stelt, dus dan betaal jij als huurder de huur ook niet. De gevolgschade moet bij wanprestatie ook worden vergoed, maar alleen bij toerekenbaarheid. Het valt hem niet toe te rekenen, want hij wil wel herstellen, maar kan dit niet, hij is zelf ook niet degene die de schade veroorzaakt heeft en hierdoor riskeert hij ook al dat er minder huur binnen komt gedurende de periode van het herstel, maar hij hoeft niet ook nog eens de aanvullende schadevergoeding te betalen.

De verhuurder kan wel de schade die hij heeft geleden verhalen op de vrachtwagen uit hoofde van onrechtmatige daad. Die schade is namelijk direct gevolg van de gedraging van degene die de onrechtmatige daad heeft gepleegd.

### **Einde van de huur**

De huur eindigt door opzegging of ontbinding. Wanneer je kunt ontbinden hangt ervan af wat je met elkaar hebt afgesproken. Bij tekortschieten kan altijd worden ontbonden net als dat je normale overeenkomsten kunt ontbinden. Bij een gebouwde onroerende zaak die een woonbestemming heeft of bij een woonwagen (art. 7:233 BW) moet de overeenkomst bij de rechter worden ontbonden.

In art. 7:228 BW staat dat een huurovereenkomst in principe kan worden opgezegd als hij voor onbepaalde tijd is aangegaan, maar daar is een uitzondering op gemaakt in de specifieke wetgeving voor woonruimte en middenstandsbedrijfsruimte, want dan kun je uitsluitend opzeggen als je voldoet aan één van de in de wet genoemde gronden.

Sinds 1 juli 2016 is het mogelijk om woningen te verhuren voor twee jaar of korter. Bij dat soort contracten regelt de wet sinds kort dat deze gewoon kunnen eindigen na afloop van de overeengekomen looptijd. Je moet dan wel voldoen aan de vereisten die de wet er verder aan stelt. Maar een huurder moet er wel ten alle tijden onderuit kunnen. Je kan het contract waarin staat dat je er het eerste jaar niet uit mag niet combineren met zo'n tijdelijk contract, je valt dan onder het gewone woonruimteregime.

Dit zijn de hoofdlijnen van het huurrecht, om er verder op in te gaan voert te ver om in dit vak te bespreken.

### **De vestiging van een hypotheek**

Dit wordt geregeld in boek 3 BW art. 227 e.v. Een hypotheekrecht en een pandrecht strekken ertoe om een verzekerde vordering te kunnen verhalen op een bepaald onderpand. Er wordt geld van iemand geleend en in ruil daarvoor wenst iemand zekerheid, daarvoor wordt een hypotheekrecht verleend, dus de schuldeiser wordt hypotheekhouder en als de schuldenaar niet meer kan betalen kan de bank het vastgoed executoriaal verkopen. De hypotheekhouder kan de vordering verhalen op het desbetreffende onderpand. Je moet dan executie veilen. Dit gaat steeds vaker via internet (veilingbiljet.nl). Op het moment dat iemand zijn schulden niet terug betaalt kan de hypotheekhouder naar een notaris gaan om de executie te begeleiden van het desbetreffende onderpand. Die notaris schrijft alle belanghebbenden aan. Eventuele huurders worden aangeschreven en dan wordt er een datum geprikt waarop die veiling plaatsvindt.

Als je hypotheek geeft op je huis dan hang je jezelf eigenlijk in een soort van strop, want als je niet terugbetaalt, raak je je huis kwijt. Een hypotheek kan gevestigd worden op overdraagbare registergoederen en dus niet op een afhankelijk opstalrecht. Je kunt wel de hoofdzaak verhypothekeren, maar je kunt niet het afhankelijke opstalrecht zelfstandig verhypothekeren. Want op het moment dat er niet meer betaald wordt, dan moet de schuldeiser het wel kunnen overdragen en dat kan natuurlijk niet bij een afhankelijk opstalrecht dat niet zelfstandig is over te dragen.

Bij het vestigen van een hypotheek moet een notaris aanwezig zijn, dus ook bij het vestigen van een hypotheek moet de hypotheekgever zelf ook op kantoor komen. Het enige wat nog wel kan, is dat je een notariële volmacht afgeeft (art. 3:84 jo. 3:98 jo. 3:260 BW). Hoe zinvol is dat criterium, want als je een huis hebt gekocht is het meestal niet anders dan dat je geld gaat lenen en dan is het ook vrij logisch om daar een hypotheek voor te vestigen, dus je kunt je afvragen wat de waarde is van die uitgebreide notariële rol.

Hoe zit het met iemand die in het buitenland zit, kan diegene ook een notariële volmacht geven? Je hebt hiervoor een Latijns notariaat nodig en hierover gaat het Californische volmachtarrest. Lhoëst bespreekt dit in B.F.P. Lhoëst, WPNR 2006/6684 en de strekking van dat arrest is dat als dat niet mogelijk is, dan moet je voldoen aan de mogelijkheden die op die locatie wel bestaan en die zo dicht mogelijk tegen de Nederlandse notariële volmacht aanliggen. Dus als je in een land bent waar wel een Latijns notariaat is, zoals Spanje, dan moet je een notariële volmacht laten maken, maar zit je in Amerika dan moet je maar je handtekening laten legaliseren door de consul van de Nederlandse ambassade en dan is dat toereikend.

### **Wat is hypotheek?**

Art. 3:227 BW. Een hypotheekrecht is het registergoederenrechtelijke equivalent van het pandrecht. Het is een beperkt recht strekkende om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen.

Iedere andere schuldeiser kan ook verhaal zoeken op jouw spullen, maar het kenmerk van een hypotheekrecht is dat een hypotheekrechthouder voorrang heeft en een recht van parate executie. Je hoeft dan niet eerst naar de rechter te gaan en je hoeft niet eerst beslag te leggen op het onderpand. De bank kan zonder beslaglegging uit hoofde van zijn hypotheekrecht het onderpand verkopen.

Een hypotheekrecht kan uitsluitend worden gevestigd ter verzekering van het terugbetalen van een geldsom. Je kunt dus niet een hypotheekrecht vestigen ter verzekering van het verrichten van een bepaalde andere actie. Uitsluitend terug betalen van geld kan worden verzekerd met een hypotheekrecht. Het is wel mogelijk om de betaling van een vervangende schadevergoeding met hypotheek te verzekeren of dat je de betaling van boete uit hoofde van een kettingbeding verzekert met een hypotheekrecht, maar het is niet mogelijk om de hoofdverplichting uit dat kettingbeding te verhypothekeren dat die verplichting wordt nagekomen. Het gaat er steeds om dat je geld moet kunnen verhalen op een vordering (in dit geval dus de boete en niet bijvoorbeeld het houden van zondagsrust in een pand). Die vordering wordt omschreven in de hypotheekakte. De vordering moet voldoende duidelijk zijn. Dit betekent niet dat de vordering vast moet staan of er moet zijn op het moment van vestigen van de hypotheek, maar je moet wel door datgene wat in die hypotheekakte vermeld wordt achteraf kunnen afleiden welke vordering wel en welke vorderingen niet door dat hypotheekrecht worden gedekt (art. 3:231 lid 2 BW). Heel vaak zie je dat mensen een huis willen kopen en daarvoor lenen ze een bepaald geldbedrag en dan wordt dat specifieke geldbedrag vermeld in de hypotheekakte waarvan de terugbetaling verzekerd wordt

door dat zekerheidsrecht. Maar je ziet ook vaak dat er nog aan toegevoegd wordt dat alle andere bedragen die in de toekomst nog zullen worden geleend van de betreffende schuldeiser dat de terugbetaling daarvan ook verzekerd wordt door dat hypotheekrecht. Dit mag, je mag er een uitgebreide omschrijving voor opnemen als je maar de formulering zo vorm geeft dat achteraf kan worden vastgesteld wat er wel en niet verzekerd wordt door dat hypotheekrecht. Dit doe je door te zeggen dat alles er onder valt, nu en in de toekomst.

In de akte moet in ieder geval ook een hypothecaire inschrijving staan. Dit is ook een geldbedrag, maar iets anders dan de verzekerde geldlening. Je leent een bepaald bedrag en misschien leen je in de toekomst nog wat bij en de terugbetaling wordt allemaal gedekt door dat hypotheekrecht voor zover het onder die omschrijving valt. Daarnaast zie je in iedere akte een hypothecaire inschrijving staan. Die houdt in: het maximale bedrag dat de schuldeiser op het onderpand kan verhalen. Als je bijvoorbeeld drie ton leent en je zegt dat deze hypotheek de terugbetaling van deze drie ton verzekert plus al het overige wat er in de toekomst nog te vorderen is. Dan staat er vervolgens een maximum bij, dat is de hypothecaire inschrijving, bijvoorbeeld zes ton. Je moet een inschrijving opnemen en als de lening hoger wordt in de toekomst dan dat bedrag, dan kun je niet meer verhalen dan de hypothecaire inschrijving. Op die manier weten derden die eventueel nog een tweede recht van hypotheek krijgen op het desbetreffende onderpand hoeveel geld er maximaal kan worden verhaald door de eerste hypotheekhouder. Je kunt nooit zien hoeveel er werkelijk nog open staat. Je weet nooit hoeveel diegene heeft afgelost en hoeveel hij eventueel nog heeft bij geleend. Het enige waar je op kunt varen is die hypothecaire inschrijving en dat is dus het maximum wat diegene ooit op het vastgoed kan verhalen.

De hypotheek strekt ook tot de terugbetaling van rente tot op zekere hoogte (art. 3:263 BW). 'Tenzij in de hypotheekakte anders is bepaald, strekt een hypotheek tot zekerheid van een of meer bepaalde vorderingen tevens tot zekerheid voor drie jaren rente die daarover krachtens de wet verschuldigd is.' Drie jaar wettelijke rente valt sowieso onder het hypotheekrecht. Vaak zie je ook dat voor verzekering van rente nog een aparte regeling wordt opgenomen. Dat rente zonder meer verhaald kan worden tot opnieuw een bepaald maximum bedrag. Dit gaat mis bij banken die het leuk vinden om achterstallige rente bij te plussen op de hoofdsom. Als jij bijvoorbeeld een jaar lang je rente niet hebt betaald, dan vinden banken het heel fijn om dan bijvoorbeeld die 10.000 euro die je nu nog verschuldigd bent op te tellen bij de hoofdsom. Je verplaatst achterstallige rente naar achterstallige hoofdsom. Dit heeft voor de bank als voordeel dat ze vervolgens de rente in rekening brengen over die niet betaalde rente. Het risico daarvan is dat je door al dat opplussen van rente ook weer boven de hypothecaire inschrijving uit kunt komen en dat je dit dan alsnog niet kunt verhalen. Het gaat er dus steeds om of iets onder een geldlening valt of onder de rente. Als het gaat om rente dan geldt art. 3:263 BW of een eventuele alternatieve regeling met een bepaalde maximum inschrijving. Is er bijgeplust op de hoofdsom dan is dat een verzekerde geldlening en moet je weer binnen de maximale inschrijving daarvan blijven.

Zaaksvervanging art. 3:329 BW: 'het recht van pand of hypotheek brengt van rechtswege mee een recht van pand op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed.' Waarover gaat die bepaling? Bijvoorbeeld over verzekeringspenningen. Stel dat je een huis hebt en daarop is een hypotheek gevestigd en het huis brandt af en daardoor wordt het gigantisch veel minder waard. Die brand levert jou als eigenaar een aanspraak op jouw verzekeraar op. De verzekeraar is jou een vergoeding verschuldigd om dat pand te herbouwen. Art. 3:229 BW zorgt er voor dat zo'n aanspraak op een verzekeringsmaatschappij automatisch is belast met een recht van pand ten behoeve van die hypotheekhouder. Een ander voorbeeld, stel je hebt een erfpachtrecht gekocht en daar een bepaald geldbedrag voor moeten betalen en om dat geldbedrag te kunnen financieren heb je geld geleend bij een bank. Die bank heeft in ruil

daarvoor een hypotheekrecht gekregen op jouw erfpachtrecht. Zou het zo zijn dat de grondeigenaar (de erfpachtgever) het erfpachtrecht opzegt bijvoorbeeld omdat je je canon niet betaald of je je onderhoud niet goed verricht, dan zegt art. 5:87 lid 2 BW dat de grondeigenaar een vergoeding verschuldigd is, dat hij de waarde van dat erfpachtrecht moet vergoeden. Dan komt er ook weer een vergoedingsvordering in de plaats van het erfpachtrecht en dan zegt art. 3:229 BW dat dat vergoedingsrecht automatisch is verpand ten behoeve van de hypotheekhouder.

Art. 3:235 BW, het verbod van toe-eigening. 'Elk beding waarbij de pand- of hypotheekhouder de bevoegdheid wordt gegeven zich het verbonden goed toe te eigenen, is nietig.' De gedachte van de wetgever is geweest dat de verkoop van een onderpand plaatsvindt bij executoriale verkoop. Dat er een markt wordt gecreëerd waar de waarde van het pand wordt bepaald en waaraan iedereen kan meedoen zodat het vastgoed voor de hoogst mogelijke prijs wordt verkocht en zodat de beste mogelijke waarde voor dat vastgoed wordt gegenereerd in het belang van de schuldenaar. Het systeem is ook zo dat op het moment dat het vastgoed te weinig opbrengt om de schuldeiser te voldoen dan blijf je zitten met een restschuld. Dus als je 300.000 euro leent bij een bank en je moet dat nog terug betalen en de bank verkoopt het pand vervolgens op een veiling voor 200.000 euro, dan blijf je zitten met nog 100.000 euro die je nog moet betalen. Die mag de bank dan verhalen op andere spullen of je inkomen. Het is ook zo dat als de bank het pand voor 400.000 euro verkoopt en jij had maar 300.000 euro schuld dat de overwaarde jou als schuldenaar toekomt. De schuldenaar heeft dus belang bij een zo hoog mogelijke opbrengst en het systeem is er op ingericht dat er ook echt verkocht wordt en dat een bank niet kan zeggen dat ze het pand wel nemen en dan overal vanaf zijn. Dit is expliciet geregeld in art. 3:235 BW. Er is een actueel vraagstuk wat dit nu precies inhoudt. Tegenwoordig zie je namelijk steeds vaker dat banken zich bewust zijn van het feit dat een veiling maar heel weinig oplevert, want dit is het afvoerputje van de vastgoedmarkt. Het zijn meestal allemaal panden die beter in de beslagen en de hypotheeken zitten dan in de verf. En als je wel een goed pand hebt dan wil je het liever niet via die markt verkopen. Vaak nemen banken die eigenlijk kunnen kiezen voor executoriale verkoop, contact op met de schuldenaar om hen om een onherroepelijke volmacht te geven op basis waarvan zij dan bevoegd zijn om zelf dat pand te verkopen op de normale markt en dan niet op de executieverkoop, want de ervaring is dat dit veel meer oplevert. De vraag is of dit wel mag of dat dit in strijd is met het toe-eigeningsverbod, met de strekking van art. 3:235 BW. Hierover verschillen de meningen. Je mag dit in ieder geval niet vooraf al vaststellen in de hypotheekakte, maar Hof Den Bosch heeft gezegd dat als je in de aanloop naar de executoriale verkoop zulke dingen overeenkomt dan zijn dat in beginsel geldige afspraken. Dan wordt er gewoon onderhands verkocht op basis van een volmacht die de hypotheekgever heeft verstrekt door de hypotheekhouder. Het enige wat van belang is, is dat het geen executoriale verkoop is en dat ook de rechtsgevolgen van een executoriale verkoop daar dan niet aan verbonden zijn. Wat zijn die rechtsgevolgen nu? Wat gebeurt er als de hypotheekhouder het pand overdraagt? Dan wordt het pand gezuiverd van andere goederenrechtelijke rechten die lager gerangschikt zijn dan het recht van de hypotheekhouder. Als jij bijvoorbeeld hypotheekhouder bent en de eigenaar heeft er na de vestiging daarvan nog voor gekozen om er een erfdienstbaarheid op te plakken of er is iemand geweest die daarna beslag heeft gelegd of er is een tweede hypotheekhouder geweest die na jou een hypotheekrecht heeft gekregen of de grond is daarna in erfpacht gegeven. Al dat soort dingen gaan er af ter gelegenheid van een executoriale verkoop. Dit is de zuiverende werking. Alle hypotheeken, alle beslagen en alle lagere gerangschikte genotsrechten gaan ervan af, maar dit effect hebben we alleen bij een executoriale verkoop en niet als de eigenaar gewoon verkoopt en dus ook niet als een bank op basis van een volmacht gewoon op de markt verkoopt. Dan moet je met al die mensen die er ook een recht op hebben overeen zien te komen dat hij zijn recht prijs geeft.

## **Enkele begrippen**

Hypotheekgever: dit is de eigenaar van het pand, het is niet per definitie dezelfde persoon als degene die de geldlening is aangegaan of moet terugbetalen, maar het is de eigenaar van het onderpand. Het kan dus iemand anders zijn dan de schuldenaar. Als jij schuldenaar bent en je hebt geen onderpand om te geven en je vindt iemand anders zo gek om zijn pand in onderpand te geven, dan ben jij schuldenaar en is de ander hypotheekgever.

Hypotheekhouder: dit is de gerechtigde tot het hypotheekrecht en degene die het pand mag verkopen als er niet wordt betaald, dit is per definitie wel dezelfde persoon als de schuldeiser. Een hypotheekrecht is een afhankelijk nevenrecht. Alleen de schuldeiser heeft er iets aan dat het onderpand verkocht kan worden en dat het geld terugkomt, dus als de vordering over gaat, gaat ook het recht van hypotheek mee over (art. 6:142 BW). Het hypotheekrecht is afhankelijk van het bestaan van een vordering, het is dus ook een afhankelijk recht (art. 3:7 BW).

Schuldenaar: zoals we net al zagen, is dit niet per definitie de hypotheekgever (art. 3:231 lid 1 BW), maar het is wel degene die de lening is aangegaan bij de bank en deze dus ook moet terug betalen.

## **Afhankelijk nevenrecht**

Hoe pakt die afhankelijkheid uit bij zogenoemde bankhypotheken. Je hebt namelijk vaste hypotheeken die zijn er ter verzekering van een bepaalde geldsom. Maar je hebt ook krediethypotheeken en bankhypotheken. Een krediethypotheek is een hypotheek die mensen vestigen om vervolgens krediet te kunnen trekken bij een financier. Er zijn bedrijven die heel veel rood mogen staan en dan is het mogelijk om aan zo'n krediet een hypotheek te koppelen. De gedachte van een krediethypotheek is dat als je daarvoor kiest in de toekomst dat er alvast een krediethypotheek wordt gevestigd ter verzekering van die toekomstige schuld dus als er dan niet kan worden terugbetaald heeft de bank een onderpand.

Je hebt ook een bankhypotheek, de bank en de gefinancierde hebben op zichzelf een bancaire relatie met elkaar en ze sluiten bepaald niet uit dat de gefinancierde nog meer leningen bij de bank aan zal gaan. Ze regelen alvast in de hypotheekakte dat als dit gebeurt dat die overige leningen dan ook onder de hypotheek vallen. Bij een krediethypotheek heb je er recht op en hoef je er geen afspraken over te maken en bij een bankhypotheek komen die afspraken nog tot stand.

Hoe gaat het dan met de afhankelijkheid van een bankhypotheek of een krediethypotheek? Het kan namelijk best zo zijn dat als jij een bankhypotheek vestigt bij de Rabobank en je begint met 250.000 euro dat ook nieuwe leningen onder die hypotheek zullen gaan vallen. Op enig moment besluit de Rabobank die vordering van 250.000 euro over te dragen aan de ABN/AMRO. Bij een gewone hypotheek gaat het recht van hypotheek mee over, maar hoe zit het als je later wel weer leent bij de Rabobank? Dat is uitgemaakt in het arrest *HR 16 december 1988, NJ 1989, 10 (Onderdrecht/FGH)*. De vorderingen onder die omschrijving blijven vallen onder dat hypotheekrecht ook de nieuwe vorderingen, dus als die hoofdvordering wordt overgedragen dan ontstaat er een gemeenschappelijk hypotheekrecht tussen de bank bij wie je geleend hebt (Rabobank) en de bank aan wie is overgedragen (ABN/AMRO). Zou de hele bestaande vordering worden overgedragen, dan hangt het af van hoe de beschrijving is of het hypotheekrecht mee over gaat. Als je zeker wilt stellen dat de hypotheek mee gaat met de bestaande vordering, dan moet je eerst actief de relatie beëindigen tussen de schuldenaar en de schuldeiser en pas daarna ga je overdragen.

## **HC 21, 06-06-2018, registergoederenrecht**

### ***Hypotheek***

#### **Afhankelijk nevenrecht**

In het arrest *HR 16 december 1988, NJ 1989, 10 (Onderdrecht/FGH)* is het uitgangspunt dat het hypotheekrecht een afhankelijk nevenrecht is. Een hypotheekrecht gaat automatisch mee over naar de nieuwe eigenaar. Dit staat in de wet en daarom geldt dit dus ook zo, maar een hypotheekrecht kan ook gevestigd worden voor toekomstige vorderingen en dat wringt een beetje met hetgeen hiervoor is gezegd. Een hypotheekrecht gaat dus niet per se teniet als er geen vordering meer is, de bancaire relatie moet ook echt zijn beëindigd wil dat gebeuren.

Het karakter als nevenrecht: banken nemen hypotheekrechten ook voor toekomstige schulden, bijvoorbeeld krediet hypotheekrechten. Dan is er nog geen geld geleend, maar het hypotheekrecht strekt tot een bepaalde kredietfaciliteit. De schuldenaar krijgt het recht om rood te staan en tot zekerheid van een eventueel daaruit voortvloeiende schuld wordt er een recht van hypotheek gevestigd, dus dat strekt niet alleen tot het geld dat nu is uitgeleend, maar het strekt ook tot zekerheid van de nieuwe uitgeleende geldsom.

Vervolgens kan het ook zo zijn dat een bank die zo'n bancaire verhouding heeft, de vordering overdraagt aan iemand anders, maar de bank draagt niet al datgene wat er nog meer verschuldigd zal worden aan de bank over. Dan zorgt in principe art. 6:192 BW ervoor dat die andere persoon hypotheekhouder wordt, want het hypotheekrecht gaat immers mee over, maar het punt is dat in de eerste relatie helemaal niet uitgesloten hoeft te zijn dat je ook nog aan de bank geld verschuldigd raakt in de toekomst. Dan strekt dat hypotheekrecht ook tot de terugbetaling van de nieuwe vordering aan die bank. Als hoofdregel geldt dat het hypotheekrecht de vordering volgt, maar als de vordering gedeeltelijk wordt overgedragen dan ontstaat er een gemeenschappelijk hypotheekrecht tussen beide partijen. Wordt de hele vordering overgedragen op een bepaald moment dan is die andere persoon als enige hypotheekhouder, maar leent de bank later weer geld aan jou uit, dan krijgt die bank een aandeel terug in dat hypotheekrecht wat hij heeft overgedragen.

Wat in dit arrest is uitgemaakt is dat het ook zo kan zijn als uitzondering op de hoofdregel dat een verzekerde vordering zo geregeld is dat een hypotheekrecht niet mee over gaat met de vordering. Het hypotheekrecht strekt dan uitsluitend tot vorderingen die X in zijn vermogen heeft, dus als die vordering van iemand anders wordt, dan valt die vordering niet meer onder het hypotheekrecht, omdat dit niet in de akte is opgenomen dat het hypotheekrecht aan iemand anders kan toekomen. Meestal staat er het geld wat er nu wordt verstrekt en alles wat je in de toekomst nog leent van mij, dan staat er ook mij, maar niet X. Op die manier kun je echter wel hypotheekrechten vestigen en daarmee doe je het afhankelijke karakter van de hypotheek teniet.

#### **Rechten en verplichtingen**

Wat zijn de bevoegdheden van een hypotheekhouder? Dit staat in art. 3:254 en 3:264-267 BW. Je kunt ook eventuele roerende zaken die erbij horen meeverkopen met het hypotheekrecht. De kernbevoegdheid staat in art. 3:268 BW: 'indien de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt, is de hypotheekhouder bevoegd het verbonden goed in het openbaar ten overstaan van een bevoegde notaris te doen verkopen.' Het recht van parate executie betekent dat je gewoon mag verkopen zonder dat je naar de rechter hoeft. Een hypotheekhouder kan dus

vrij weinig zolang de schuldenaar netjes blijft betalen. Aandachtspunt daarbij is dat het verzuimbegrip gekleurd wordt door het verbintennisrecht. Het hangt er dus maar net van af wat je hebt afgesproken met de hypotheekhouder wanneer het verzuim intreedt.

### **Het hybride karakter van hypotheek**

Een hypotheek is zowel een goederenrechtelijk zekerheidsrecht als een verbintenisrechtelijke schuldverhouding. Het goederenrechtelijke recht kun je niet echt nader vormgeven. Je hebt wel alles wat er in de wet staat, maar niet echt meer dan dat. Een hypotheek is ook altijd gekoppeld aan een verbintennisrechtelijke schuldverhouding. In die verhouding wordt uitgemaakt wanneer iemand wel en niet in verzuim is. Dit hybride karakter heeft tot gevolg dat je de goederenrechtelijke tanden van het hypotheekrecht op de door jouw gewenste momenten uit kunt steken door dit met verbintennisrecht te regelen. Als je in die schuldverhouding opneemt op welke moment je die vordering allemaal kunt opeisen dan creëer je op deze manier de momenten wanneer je de goederenrechtelijke recht kunt gaan uitoefenen. Zolang de lening echter gewoon wordt terugbetaald, kan een hypotheekhouder normaal niet zoveel tegen het feit doen dat je je pand onderverhuurt of dat je allemaal andere zakelijke rechten vestigt op je pand. Daarom wordt dit allemaal opgenomen in die schuldverhouding zodat de lening eerder opeisbaar wordt als de hypotheekgever wel zulke dingen gaat doen. Bijvoorbeeld wanneer jij je pand gaat verhuren of wanneer er een tweede hypotheek gevestigd wordt, kan de bank de lening gaan opeisen als zo'n situatie zich voordoet. Het kan ook zijn wanneer jij negatief in het nieuws bent of strafrechtelijk wordt vervolgd dat de bank wil dat je de lening terug betaalt, dit staat dan in de hypotheekvoorwaarden dat je bij strafrechtelijke veroordeling (soms is zelfs negatieve publiciteit voldoende) de volledige hoofdsom terug moet betalen. Als je dat niet doet binnen de daarvoor gestelde termijn dan ben je in verzuim.

### **Hypotheek en huur**

Wat in ieder geval een risico is voor de doorsnee hypotheekbank is het adagium 'koop breekt geen huur' (art. 7:226 BW). Bij executoriale verkoop heb je dan dat de nieuwe eigenaar de huurders moet dulden. Andere elementen waar een bank die executoriaal wil verkopen aan moet denken is dat die huurtermijnen zijn verpand of gecedeerd, waardoor die persoon aan wie is verpand of gecedeerd telkens bevoegd is om die huurtermijnen te innen. Dit werkt ook tegen latere verhuurders. Dus als jij verhuurder bent en jij verpand de huurpenningen aan iemand anders dan moet de nieuwe eigenaar de huurders laten zitten en mag hij ook de huurtermijnen niet innen, omdat die verpand zijn aan iemand anders. Ook een beslaglegging werkt door naar een nieuwe eigenaar van het onroerende goed.

Hoe zit het dan als een eigenaar failliet gaat? Vanaf dat moment moet de faillissementscurator de huurtermijnen innen en vanaf het moment van faillissement geldt dat de verhuurder niet meer beschikkingsbevoegd is en door andere schuldeisers gelegde beslagen komen in de faillissementsboedel. Cessie of beslag is op toekomstige huurpenningen dus op het moment dat er gecedeerd wordt of beslag wordt gelegd is dit een toekomstig recht, dit kun je wel al overdragen, maar daarvoor is wel vereist dat je beschikkingsbevoegd bent op het moment dat die vordering ontstaat en dat ben je niet meer op het moment dat je failliet gaat. Dus faillissement doorkruist wel cessie/beslaglegging/verpanding van/op huurtermijnen. Deze rechten gaat namelijk op in het bestaande faillissementsbeslag. Draagt een faillissementscurator dit verhuurde onroerende goed weer over aan iemand anders dan ligt het aan de beschikkingsbevoegdheid van de nieuwe eigenaar op het moment dat de vordering ontstaat. Cessie en verpanding werken namelijk ook tegen hem. Zolang die rechtsopvolger niet failliet is, kan degene aan wie de huurtermijnen zijn overgedragen weer gaan innen, nu bij de nieuwe eigenaar. Bij beslag is dit

lastiger. Dit gaat op in het normale faillissementsbeslag. Zou een nieuwe eigenaar het onroerende goed met daarop het beslag overnemen dan gaat de faillissementscurator ook na het overdragen door met het beslag, omdat het beslag is overgegaan in het faillissementsbeslag. Hij mag de rechten van die beslaglegger voortdragen omdat het eerdere beslag is opgegaan in het faillissementsbeslag. Dit heeft als gevolg dat die nieuwe eigenaar geen huurtermijnen kan innen.

## **Huurbeding**

Je kunt als hypotheekhouder niks doen tegen een beslaglegging, maar je kunt wel iets ondernemen tegen de verhuur als zodanig. In de hypotheekakte dient een huurbeding (art. 3:264 BW) opgenomen te worden waarin de hypotheekgever wordt beperkt in zijn bevoegdheid van het verhuren van zijn onderpand. Hierdoor kan de bank de huurovereenkomst vernietigen in de aanloop naar de executieverkoop. Dan moet er echter wel zo'n beding zijn opgenomen.

Je wilt ook voorkomen dat er tien jaar vooruit is betaald met huurpenningen aan de verhuurder, want dan kan je als nieuwe eigenaar de komende tien jaar geen huurpenningen innen, omdat die huurder zijn huur al heeft betaald aan de vorige eigenaar.

Wat kun je niet voorkomen? Een beslaglegging, dit overleeft de executoriale verkoop, maar het kan niet door de hypotheekgever worden beëindigd. Dit is een dilemma, want als je een goede huurder hebt dan wil je dat die overeenkomst in stand blijft, maar dan kan het vervelend zijn dat die huurpenningen zijn beslagen, want de nieuwe eigenaar heeft dan geen recht op die huurpenningen.

Tegen een beslaglegger ga je dan dreigen dat je de huur kunt beëindigen terwijl de beslaglegger ook weet dat je niks kan doen, want dan is die goede huurder eruit. Dit is dus een verstandshuwelijk. Dit is dus wel een probleem dat het enige wat je daartegen kunt doen het vernietigen van de huurovereenkomst is. Dit kan wel alleen pas als de executoriale verkoop is begonnen, voor die tijd is een huurder veilig voor de hypotheekhouder.

Wat je ook kunt doen is om het inroepen van een huurbeding over te laten aan de veilingkoper. De voorwaarde daarvoor is dat je dit expliciet in de veilingvoorwaarden opneemt en dit kan eigenlijk alleen maar bij niet-woningen. Bij woningen heeft de wetgever namelijk een specifiek regime in het leven geroepen.

Je hebt namelijk verlov van de voorzieningenrechter nodig (art. 3:264 lid 5 en 6 BW) en het inroepen van het huurbeding kan alleen als het onderpand in verhuurde staat niet voldoende oplevert om de hypotheek te voldoen. Als het verhuurde pand wel voldoet aan deze eisen dan kan er niet vernietigd worden. Na de veiling weet je alleen eigenlijk helemaal niet wat de bedoeling van de koper was.

Wat ook voor woningen geldt, is dat een hypotheekhouder verplicht is om het huurbeding in te roepen voor het geval dat de huurpenningen de hypotheek niet kunnen voldoen. De wetgever heeft deze regeling in het leven geroepen om de veiling toegankelijker te maken voor een groter publiek. Dit door de risico's minder groot te maken, want een groot risico is dat een pand toch verhuurd blijkt te zijn. Dit hoeft namelijk niet geregistreerd te worden dus als koper zou je hier geen idee van kunnen hebben. Als je op een veiling een pand koopt en je weet niet of het verhuurd is dan loop je het risico dat er ineens een huurder in zit voor een luttel bedrag. Zulke dingen deden zich voor in de praktijk. Dus ook bij woningen moet je ook gewoon voor de zekerheid dat huurbeding inroepen. Dit is veel extra werk, maar de



achtergrond is natuurlijk wel duidelijk, want je wilt voorkomen dat het risico bestaat dat er toch een onbekende huurder is.

Met een huurbeding is het niet mogelijk om huurverhoudingen te beëindigen die al bestonden voordat het hypotheekrecht gevestigd is. Het is best mogelijk om al eerder huurders in het pand te zetten voordat het pand op jouw naam staat en er een hypotheek is gevestigd.

Hierbij zijn twee arresten van belang. De eerste is *HR 7 juni 1991, NJ 1992, 262 (Gay Association/Engelen)*. Daar was het zo dat er huurders in het pand zaten voordat het pand op naam stond van de nieuwe eigenaar en er een hypotheek was gevestigd, maar daar vond de Hoge Raad dat het in het gebruik geven van het pand als bepalend moest worden geacht en de eigenaar kreeg al wel het gebruik voordat het pand aan hem was geleverd, dus kon het huurbeding worden ingeroepen.

De tweede casus is iets anders *HR 15 november 1996, NJ 1997, 508 (Metterwoon Vastgoed/Van Ommen)*: een eigenaar A verkoopt aan eigenaar B een pand en B vestigt hypotheek op het onroerend goed en in die koopakte komt A met B ook een huurovereenkomst overeen. Dus A verkoopt het pand, maar huurt dit ook meteen terug van B. Hier vindt de Hoge Raad dat het anders is dan in het vorige geval, want dit is een voorbehouden huurovereenkomst. B verkrijgt het pand eigenlijk onder de last van het huurrecht en pas daarna kan B de hypotheek vestigen, dus hierbij kon de huur niet worden vernietigd.

Als een huurovereenkomst met succes vernietigd wordt, dan heeft een huurder recht op schadevergoeding (art. 3:264 lid 7 BW) en hij heeft ook recht om als eerste uit te worden betaald na alle anderen die dat huurbeding in hadden kunnen roepen. Als iedereen die een sterker recht heeft dan de huurder voldaan is, dan heeft de huurder het sterkste recht.

Tegelijk is het zo dat het voor banken lastig is om zulke toestemmingen te verlenen, want in hun geldleningovereenkomsten nemen ze vaak op dat verhuur niet mag zonder toestemming met straffe van het terugbetalen van de complete lening. De bank zou er op zichzelf niet tegen hoeven zijn dat jij verhuurt, maar ze willen ook niet dat ze daarna niet meer van de huur af kunnen komen bij executoriale verkoop doordat ze die toestemming hebben gegeven. Dit heeft dus een beetje een dubbelzinnig karakter.

### **Beheers- en ontruimingsbeding**

In art. 3:267 BW staat het beheers- en het ontruimingsbeding geregeld. Het beheersbeding geeft de bank ook buiten gevallen van executoriale verkoop de bevoegdheid om het pand onder zich te nemen. Bijvoorbeeld als jij je niet aan de onderhoudsverplichting houdt of andere dingen doet waardoor het pand sterk in waarde daalt, dus er is sprake van een ernstig tekortschieten in de nakoming van verplichtingen. Dit moet echter wel bedongen zijn en er is een machtiging van de rechtbank nodig.

Het ontruimingsbeding mag alleen uitgeoefend worden met het oog op executie. Dit kan gewenst zijn als men ervoor wil zorgen dat het pand verkoop klaar gemaakt moet worden. Als er bijvoorbeeld ernstige vrees bestaat dat iemand het pand helemaal gaat afbreken voordat het verkocht wordt. Ook dit moet bedongen zijn en er is een machtiging van de rechtbank vereist om dit uit te mogen voeren.

Het beheersbeding wordt vaak niet gebruikt, want als bank moet je kosten maken door het beheer en onderhoud ten behoeve van de hypotheekgever op je te nemen en dan moet je via zaakwaarneming ook dat geld weer terug zien te vorderen van die hypotheekgever. De vraag is echter of dit wel verhaalbaar

is op de hypotheekgever. Dus als bank weet je helemaal niet of je er wel beter van wordt als je dit beding inroept.

### **Bezichtigingsbeding**

Dit beding uit art. 3:267a BW bedingt iemand eigenlijk helemaal niet, maar geldt standaard. Dit is nieuw (sinds 2016) voor alle hypotheeken en daarom zijn er veel hypotheeken ten aanzien waarvan dat ook moet gelden, dus daarom geldt het standaard voor alle hypotheeken, inclusief de bestaande hypotheeken. Je kunt dan een huis gaan bezichtigen onder begeleiding van de sterke arm.

### **Executoriale verkoop**

Een hypotheekrecht geeft voorrang op verhaal, maar er zijn vaak nogal wat andere lieden die ook voorrang hebben bij verdeling van een veilingopbrengst. Dit is van belang voor een notaris om te weten, omdat hij betrokken is bij het ontvangen van die veilingopbrengst en het verdelen ervan (art. 3:270 BW).

Er werd een pand geveild en behalve een retentierecht werd ook een hypotheekrecht uitgeoefend. (Villa Lila). De notaris was van mening dat de retentierechtigde (de bouwonderneming) een sterker recht had op de opbrengst dan de hypotheekbank. Maar ten tijde van de veiling was de koper dezelfde bouwondernemer. Je ziet vaak dat de bank die veilt ook degene is die het pand koopt. De retentor bood ook het hoogste bedrag voor het vastgoed en later belde hij de notaris dat hij de koopsom moest betalen, maar ook veel te vorderen had dus die opbrengst moest meteen terug gestort worden, dus hij vroeg of dit verrekenend mocht worden met elkaar. Anders zou het eerst geleend moeten worden en overgemaakt moeten worden naar kwaliteitsrekening van de notaris en daarna zou het toch weer terug gestort moeten worden. Wat zeg je hier nu van als notaris? Hier was het ook echt zo dat dit het geval was. Materieel is hier niet zoveel op tegen, maar in art. 577 Rv staat dat de koopprijs in handen van de notaris wordt gestort en in art. 525 lid 2 Rv staat dat de notaris een akte moet aanbieden waarin staat dat het geld op zijn rekening is gestort, anders weigert het kadaster inschrijving. Dit had de notaris wel verklaard, maar het was niet gebeurd. Nu heb je valsheid in geschrifte, dit pleeg je al betrekkelijk snel, want je hebt standaardakten waar alles al in staat en als het dan niet zo is, heb je dat wel overgenomen uit de standaardakte. Hier was echter wel sprake van valsheid in geschrifte. Ook was er een andere schuldeiser die zelf vond dat hij een sterker recht had en de normale procedure is dat de notaris het geld onder zich houdt totdat die mensen het met elkaar eens zijn. Door heel veel cliënten wordt gevraagd of ze mogen verrekenen, maar het verrekenen mag gewoon niet, want anders ga je voor de bijl, net als oud notaris Van Velten in het Villa Lila arrest.

### **Retentierecht**

Art. 3:290 BW e.v. Dat retentierecht is dus een belangrijk punt. Wat is dat? Dit ken je normaal van de fietsenmaker. Je laat je fiets maken en je krijgt hem pas terug als jij de rekening betaalt, tot die tijd schort hij dat teruggeven van de fiets op. Op het moment dat jij niet betaalt, mag de retentor ook besluiten om niet aan jou op te leveren en de fiets onder zich te houden.

Je hebt zo'n recht in de bijl de wet aangegeven gevallen (art. 6:52 BW). Er moet echter ook een opeisbare vordering en voldoende samenhang zijn.

Art. 5:100 BW. De Aldel fabriek in Delfzijl stond op grond van Groningen Seaports. De grondeigenaar wilde achterstallige erfpachtpenningen innen en daarvoor wilde ze een retentierecht uitoefenen en dat

ze dit deden, maakten ze duidelijk door grote borden te plaatsen op het terrein van de fabriek. Dit retentierecht probeert men inzichtelijk te maken door grote borden te plaatsen. Toen Aldel weer werd geopend werd de tekst op het bord vervangen door Groningen Seaports heet u weer welkom.

Een retentierecht is een verbintenisrechtelijk recht jegens de wederpartij. Houderschap of bezit is vereist om je retentierecht uit te kunnen oefenen. Er moet sprake zijn van afgifte van het goed en iemand moet de feitelijke macht uitoefenen over de zaak. Technisch juridisch is het niet vereist dat iedereen die er langs fietst dat kan zien, het hoeft dus niet per se kenbaar te zijn voor derden. Voor het bestaan van een retentierecht is niet vereist dat alle mensen dat in een oogopslag kunnen zien. Een retentierecht geeft net als hypotheek voorrang bij verhaal (art. 3:292 BW). De retentor moet echter wel gewoon beslag leggen en een executoriale titel krijgen en veilen en als dat strekt tot betaling van die geldsom, dan heeft hij voorrang.

Wanneer is nu sprake van die voorrang? Hierbij moet je onderscheid maken tussen derden met een oudere goederenrechtelijke positie en derden met een jongere goederenrechtelijke positie. Als er een hypotheekrecht is gevestigd voordat het retentierecht wordt uitgeoefend dan geldt art. 3:291 lid 3 BW. Als jij besluit om een ander zijn fiets te laten maken en die ander komt later zijn fiets weer ophalen dan kan de retentor zijn retentierecht uitsluitend ten opzichte van die ander uitoefenen als goederenrechtelijk gerechtigde met een ouder recht dan dat retentierecht als jij bevoegd was om die fiets daar naartoe te brengen of in ieder geval een bepaalde schijn van die bevoegdheid is gewekt.

Hoe werkt dat ten opzichte van vastgoed? Daar heeft de Hoge Raad het een en ander over gezegd in het arrest *HR 26 juni 2000, NJ 2000, 733 (Derksen/Rabobank)*. Dat ging om een geval waarin een pand eigendom van een mevrouw en haar echtgenoot die geen eigenaar was van het pand had opdracht gegeven tot een verbouwing van de onroerende zaak aan aannemer Derksen. Dus de niet-eigenaar had opdracht gegeven tot de verbouwing. Vervolgens stelde Rabobank die een ouder hypotheekrecht op dat pand had dat aannemer Derksen zijn retentierecht niet aan de Rabobank kon worden tegengeworpen. Derksen kreeg niet betaald van de opdrachtgever en oefende zijn retentierecht uit, maar de Rabobank zei dat het niet aan hem kon worden tegengeworpen, want die echtgenoot van die mevrouw was geen eigenaar en was niet bevoegd tot het aangaan van die bouwovereenkomst met Derksen. Dus is de Rabobank een derde met een ouder recht, maar die schijn van de bevoegdheid tot het aangaan van de rechtshandeling bestond niet.

Jawel, zei Derksen, die schijn bestond wel, sterker nog, die man was gewoon bevoegd, want hij mocht deze overeenkomst aangaan van zijn vrouw dus hij had toestemming van zijn vrouw en wie anders dan deze vrouw die eigenaar was van dit pand zou bevoegd zijn om dit pand te laten verbouwen.

Nee, zei de Hoge Raad, daar gaat het niet om, het gaat niet om een bevoegdheid ten opzichte van uitsluitend de eigenaar, het gaat erom dat iemand bevoegd is ten opzichte van de oudergerechtigde, dus niet alleen toestemming van die vrouw, maar ook toestemming van de Rabobank had er moeten komen. Hier ging het dus vooral om toestemming van de Rabobank, in veel gevallen is dit duidelijk dat die toestemming er is, want meestal worden bouwwerkzaamheden betaald uit een bouwdepot. Als jij een stuk grond koopt waarop je een heel pand laat optrekken en dat stuk grond daar betaal je 150.000 euro voor en je hebt ook nog een afspraak met een bouwondernemer die daar voor 300.000 die opstal op gaat realiseren, dan is het gebruikelijk dat je ook die opstal financiert bij dezelfde bank en dat je niet alleen die 150.000 euro leent, maar dat je afspreekt dat je die 450.000 euro mag lenen. Dan zegt de bank vaak dat ze dit wel goed vinden maar alleen als ze zelf rechtstreeks de bouwtermijnen aan de aannemer kunnen betalen zodat ze zeker weten dat dit uitgeleende geld ook aan de bouwondernemer wordt betaald.

Er wordt dan een bouwdepot gecreëerd, een potje met dit geld en elke keer als die aannemer wat te vorderen heeft dan gaat die rekening naar de eigenaar van het pand en die stuurt dit door aan de bank en de bank betaalt dan rechtstreeks aan de aannemer.

### **Hypotheek en ouder retentierecht**

Hoe zit het dan met het vestigen van een hypotheek nadat er een retentierecht wordt uitgeoefend? Hiervan zegt de wet in art. 3:291 lid 1 BW dat een ouder retentierecht in principe voorgaat op een jonger goederenrechtelijk recht. De Hoge Raad heeft daar in *HR 23 juni 1995, NJ 1996, 216 (Deen/Van der Drift Beheer)* aan toegevoegd dat die regel van art. 3:291 lid 1 BW uitsluitend opgaat indien dat retentierecht ten tijde van die hypotheekvestiging voldoende kenbaar is voor de latere gerechtigde. Die kenbaarheid speelt hierbij dus wel een rol. Het maakt dus niet uit voor het bestaan van het retentierecht, maar het is van belang wil je dat retentierecht kunnen tegenwerpen aan latere gerechtigden, dit kunnen hypotheekhouders zijn of latere eigenaren. Dit leidt er dus toe dat mensen al die hekken en borden plaatsen om maar duidelijk te maken aan iedereen die het wil weten dat dit retentierecht wordt uitgeoefend.

Wat veel retentiegerechtigden ook willen doen om het maar kenbaar te maken is dit in te schrijven in de openbare registers. Dan weet je dat als er iemand komt na jouw retentierecht dan weet je zeker dat het kenbaar is, je weet dan zeker dat ze het weten. Want dit staat dan in de registers aangetekend. De notaris kan ook zeggen dat dit retentierecht er op zit. Vraag is alleen of dit ook kan, is dit recht inschrijfbaar in de zin van art. 3:17 BW? Daarover wordt ook gediscussieerd. Het meest logische is dat dit niet het geval is, want als je in de wet kijkt dan zie je dat er een rechtshandeling ingeschreven kan worden, maar het uitoefenen van een retentierecht is het uitoefenen van feitelijke macht en geen rechtshandeling. Net als het houden van iets. Het zou ook nogal wat problemen opleveren dat het wel inschrijfbaar is, want de keerzijde is dat als je het niet inschrijft dat dan art. 3:24 BW daarop van toepassing is. Het kan dan alleen nog worden tegengeworpen aan mensen die wisten dat het niet kenbaar was. Toch doet de notaris dit wel het inschrijven, maar in theorie zijn ze waarschijnlijk niet inschrijfbaar.