

commentaar op	Gerechtshof Amsterdam 26-05-2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1399, (ABN AMRO/X Onroerend Goed)
datum	24-06-2020
auteur	T.E. Booms

Gerechtshof Amsterdam 26-05-2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1399, (ABN AMRO/X Onroerend Goed)

Welke vorderingen kunnen worden verhaald onder een bankzekerheidsrecht?

Tussen ABN AMRO en de eigenaar van een met een hypotheekrecht bezwaard perceel wordt gestreden over de vraag of de bank het hypotheekrecht nog kan uitoefenen, of dat zij geen vordering heeft waarvoor het hypotheekrecht tot zekerheid strekt. De hier opgenomen uitspraak in hoger beroep vormt het vervolg op de eerdere uitspraak van Rechtbank Amsterdam 20 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1883 in dezelfde kwestie. In die uitspraak oordeelde de rechtbank dat de bank haar hypotheekrecht – een derdenhypotheek gevestigd voor schulden van een andere vennootschap dan de hypotheekgever – niet meer kon uitoefenen, omdat de schuldenaar inmiddels was opgehouden te bestaan (en er dus geen vordering meer zou bestaan waarvoor de bank het hypotheekrecht zou kunnen uitoefenen). Dat oordeel heeft – onder andere door een vermelding in Notamail 2019/89 – bij veel (veiling)notarissen wat koudwatervrees gewekt om mee te werken aan een executieveiling op grond van derdenzekerheid. Ten onrechte. Ook in het geval de debiteur van de hypotheekhouder is opgehouden te bestaan, kan het hypotheekrecht gewoon worden uitgeoefend; zie daarvoor mijn annotatie bij de rechtbankuitspraak in JOR 2019/170.

Ook in het hier opgenomen hofarrest krijgt de bank nul op het rekest. Het hof gooit het daarbij over een andere boeg dan de rechtbank. Kortgezegd oordeelt het hof dat gekeken moet worden of het hypotheekrecht strekt tot zekerheid van de vorderingen die de bank heeft op de relevante debiteur, in het arrest aangeduid als (glasbedrijf) '[X] - [Y]'. Het hof overweegt dat de bank niet heeft aangetoond dat er nog vorderingen resteren uit eerdere financieringen (uit 1983 en 1990) en dat daarom enkel een in 2004 verstrekte financiering zou kunnen leiden tot een vordering die onder het hypotheekrecht verhaald kan worden (r.o. 3.4.). Bij het onderzoek naar de vraag of de vorderingen die voortvloeien uit de in 2004 verstrekte financiering 'gedekt' zijn door het hypotheekrecht, vliegt het hof mijns inziens uit de bocht.

In r.o. 3.5. overweegt het hof dat het hypotheekrecht niet is genoemd onder de door de bank opgestelde kredietdocumentatie ten tijde van de herziening van de financiering in 1990 (waarbij het sinds 1983 bestaande kredietarrangement kwam te vervallen). Volgens het hof laat dat 'bij het ontbreken van enige aanwijzing voor het tegendeel, redelijkerwijs geen andere uitleg toe dan dat in 1990 tussen partijen is overeengekomen dat het recht van hypotheek niet mede diende als zekerheid voor het toen verstrekte krediet. Het feit dat – naar tussen partijen niet in geschil is – het recht van hypotheek een zogenaemde kredithypotheek is, maakt dat niet anders.' Een soortgelijke redenering hanteert het hof in r.o. 3.6. ten aanzien van het krediet dat in 2004 is verleend. Omdat ook toen het hypotheekrecht niet in de kredietdocumentatie is opgenomen, moet volgens het hof worden aangenomen 'dat het ook bij het verlenen van het krediet in 2004 (...) niet de bedoeling van partijen is geweest dat het recht van hypotheek zou dienen als zekerheid voor dat nieuwe krediet.' Ook ligt het volgens het hof niet voor de hand dat het – inmiddels aan een derde toebehorend – perceel zou worden ondergezet voor de schuld van de kredietnemer.

Het hof miskent dat de vraag of een hypotheekrecht tot zekerheid strekt van een bepaalde vordering niet wordt bepaald naar wat partijen daar al dan niet over overeenkomen bij het ontstaan van de *vordering*, maar bij het ontstaan van het *hypotheekrecht*. Op dát moment wordt immers bepaald voor welke vorderingen een hypotheekrecht gevestigd is. Net zoals het niet mogelijk is om op een later moment de vorderingen waarvoor een zekerheidsrecht gevestigd is buiten de originele afspraken uit te breiden – zie HR 17 juni 1960, ECLI:NL:HR:1960:64 (Helmig/Smit q.q.) – is het niet mogelijk dat de vorderingen waarvoor een zekerheidsrecht is gevestigd 'zomaar' worden ingeperkt. Daarvoor is medewerking van – in ieder geval – de zekerheidsgerechtigde nodig, in de vorm van een (gedeeltelijke) afstand van het zekerheidsrecht, (gedeeltelijke) opzegging of een contractuele afspraak dat voor bepaalde vorderingen geen verhaal zal worden genomen onder het zekerheidsrecht.

Anders dan het hof meent, is daarbij juist wél relevant of het hypotheekrecht een 'vaste' hypotheek, of een 'kredithypotheek' of 'bankhypotheek' is (het hof kwalificeert het hypotheekrecht in deze zaak, schijnbaar in navolging van ABN AMRO, als een kredithypotheek in plaats van een bankhypotheek; uit de omschrijving in de door het hof geciteerde hypotheekakte volgt echter niet dat de vorderingen waarvoor het hypotheekrecht is gevestigd zouden zijn beperkt tot vorderingen die voortvloeien uit de kredietrelatie). Juist bij een bankhypotheekrecht ligt het voor de hand dat partijen bij het vestigen van het hypotheekrecht de bedoeling gehad hebben om *alle* vorderingen die de hypotheekhouder verkrijgt op de debiteur onder het hypotheekrecht te kunnen verhalen. Stel bijvoorbeeld dat glasbedrijf [X] - [Y] in opdracht van ABN AMRO de gevelbeglazing van het hoofdkantoor van de bank vervangt en daarbij een fout maakt, die leidt tot een vordering van ABN AMRO jegens [X] - [Y] uit wanprestatie of onrechtmatige daad. De bank zou deze vordering in beginsel onder haar bankhypotheekrecht kunnen verhalen, ongeacht of de bank en het glasbedrijf bij het sluiten van de overeenkomst tot vervangen van de gevelbeglazing hebben bepaald dat eventuele vorderingen van

ABN AMRO die uit (het niet nakomen van) die overeenkomst voortvloeien ook door het hypotheekrecht gedekt worden (vergelijk Pitlo/Reehuis 2019/752). Het ontbreken van een afspraak daaromtrent staat er niet aan in de weg dat de vordering toch onder het hypotheekrecht wordt verhaald, omdat niet dient te worden beoordeeld of partijen bij het ontstaan van de vordering het oog erop hebben gehad dat dit mogelijk zou zijn, maar bij het ontstaan van het hypotheekrecht.

Óf partijen bedoeld hebben ook vorderingen uit toekomstige kredietverschaffing onder het hypotheekrecht verhaalbaar te maken, is een kwestie van uitleg van de hypotheekakte. Uit de betreffende hypotheekakte volgt dat het hypotheekrecht is gevestigd tot zekerheid van vorderingen die de bank 'uit welken hoofde ook of te eniger tijd zal hebben'. Dat laat weinig aan duidelijkheid te wensen over. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag hoe een hypotheekakte dient te worden uitgelegd op het punt van de vorderingen die door het hypotheekrecht worden geseceerd. Zou men aannemen dat – gezien het publieke karakter van hypotheekrechten en de derdenwerking die daarmee gepaard gaat – hypotheekakten op dit punt objectief dienen te worden uitgelegd, dan lijkt er weinig ruimte te zijn om te oordelen dat de vordering van ABN AMRO op [X] - [Y] niet onder de omschrijving in de hypotheekakte valt. Het merendeel van de literatuur lijkt voor een dergelijke, objectieve uitleg te opteren (zie bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW nr. B11) 2013/15). Men zou de hypotheekakte ook subjectief kunnen uitleggen. In algemene zin zou kunnen worden betoogd dat dit aansluit bij de uitleg van pandakten op dit punt – zie HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381 (ING/Muller q.q.) – omdat in beide gevallen de vraag of de vorderingen waarvoor het zekerheidsrecht is gevestigd zich niet uit de akte laat beantwoorden, maar informatie vereist die voor derden niet zonder meer toegankelijk is (en er dus minder aanleiding is om aan te sluiten bij objectieve uitleg die derdenwerking veronderstelt).

In specifieke gevallen zou daarnaast subjectieve uitleg voor de hand liggen indien het een uitlegkwestie betreft in een geschil tussen enkel de oorspronkelijk bij de akte betrokken partijen (dan wel hun rechtsopvolgers onder algemene titel) en er dus geen 'derden' geraakt worden (hetgeen in het voorliggende geval niet zonder meer aan de orde is, omdat het hypotheekobject in de tussentijd is overgedragen aan een – weliswaar gelieerde – andere vennootschap). Ook wanneer de hypotheekakte subjectief wordt uitgelegd, wijst de tekst van een bankhypotheekakte erop dat partijen waarschijnlijk bedoeld hebben om *alle* vorderingen onder het hypotheekrecht te brengen. Wel is er dan meer ruimte om via uitleg – wat mochten partijen over en weer van elkaar verwachten? – tot een ander oordeel te komen. Enkele van de gezichtspunten die bij die uitleg gehanteerd kunnen worden zijn bijvoorbeeld de vraag of er veel of weinig tijd is verlopen tussen het vestigen van het hypotheekrecht en het ontstaan van de vordering, of er reeds een soortgelijke (krediet)relatie tussen de partijen bestond als die waar de vordering uit voort is gevloeid en of de vordering als 'exotisch' is te beschouwen gelet op de kennis en wetenschap die partijen op het moment van het vestigen van het hypotheekrecht hadden (een overzicht van gezichtspunten is opgenomen in T.E. Booms, 'Afhankelijkheid', in: S.E. Bartels, J.B. Spath & K. Everaars, *Tenietgaan van beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2017, p. 143-146). Daarnaast zou in een geval als hier besproken aandacht kunnen worden besteed aan de vraag of partijen bij het vestigen van het hypotheekrecht mochten verwachten dat ook vorderingen onder het hypotheekrecht verhaald zouden worden nadat de hypotheekgever en de debiteur van de geseceerde vordering niet langer één en dezelfde partij zijn, waardoor er feitelijk derdenzekerheid wordt verschaft (in het voorliggende geval moet daarbij de kanttekening gemaakt worden dat er wel sprake is van gelieerde partijen). Gebeurtenissen die plaatsvinden na het vestigen van het hypotheekrecht kunnen op die manier een rol spelen bij de uitleg van hetgeen partijen in de hypotheekakte zijn overeengekomen. Dat is echter iets anders dan de vraag stellen of het – op het moment van het ontstaan van de vordering – logisch was dat de hypotheekgever het hypotheekobject tot zekerheid wilde laten strekken voor de schuld van een derde.

Een in het kader van het bovenstaande interessante vraag is nog of het voor de uitkomst van deze procedure zou moeten uitmaken dat ABN AMRO het hypotheekrecht enige tijd 'vergeten' lijkt te zijn geweest (r.o. 2.11). Uit het feit dat de bank lange tijd geen beroep heeft gedaan op het hypotheekrecht mag niet lichtvaardig worden afgeleid dat de bank afstand van haar hypotheekrecht heeft gedaan (vergelijk C. Spierings, *Afstand van recht* (Mon. BW nr. A6a) 2019/17). Hoogstens zou aan het gedrag van de bank enige waarde kunnen toekomen bij de vraag of partijen bij het vestigen van het hypotheekrecht hebben bedoeld dat het hypotheekrecht ook tot zekerheid voor de vordering uit 2004 zou strekken.

T.E. Booms, juni 2020