

## RN 2017/12

**HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)**

18 november 2016, nr. 15/02433

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.V. Polak; A-G mr. E.B. Rank-Berenschot)

Art. 3:27, 3:36 BW

JWB 2016/414

NJB 2016/2178

RvdW 2016/1176

ECLI:NL:HR:2016:2640

ECLI:NL:PHR:2016:553

**Afstand hypotheekrecht. Derdenbescherming. Royement.****Wordt beslaglegger beschermd tegen hypotheek die abusievelijk was doorgehaald?**

Op 30 mei 2007 is ten gunste van FGH een hypotheekrecht gevestigd op een perceel grond. Het perceel is vervolgens gesplitst in appartementsrechten, waarbij onder meer is ontstaan appartementsrecht A-13. Op 1 september 2011 heeft FGH bij notariële akte afstand gedaan van haar hypotheekrecht op appartementsrecht A-13. De akte is de volgende dag in de openbare registers ingeschreven en het hypotheekrecht op appartementsrecht A-13 is doorgehaald. In november 2011 heeft Fraanje conservatoir beslag gelegd op appartementsrecht A-13. Op 8 december 2011 is de akte houdende afstandsverklaring gerectificeerd in die zin dat het hypotheekrecht blijft rusten op appartementsrecht A-13. De eerder doorgehaalde hypothecaire inschrijving van 30 mei 2007 is weer in de openbare registers opgenomen, met de vermelding 'rectificatie'. Op 12 december 2011 is ten behoeve van FGH een tweede recht van hypotheek op appartementsrecht A-13 gevestigd. Het conservatoir beslag is op 23 december 2011 executoriaal geworden.

HR: Het hof heeft de reikwijdte van art. 3:36 BW miskend. Voor bescherming is op grond van art. 3:36 BW niet vereist dat de derde door zijn in vertrouwen op de schijn verrichte handeling in een nadeliger positie is komen te verkeren dan waarin hij zich voorafgaand aan die handeling bevond, of dat de derde nadeel zou lijden bij het onthouden van bescherming. Art. 3:36 BW verleent slechts bescherming met betrekking tot de handeling die de derde in redelijk vertrouwen op de juistheid van zijn veronderstelling heeft verricht. In dit geval is die handeling het leggen van het beslag door Fraanje, in het vertrouwen dat het appartementsrecht A-13 vrij van hypotheeken was. Wat betreft de aan het beslag te verbinden rechtsgevolgen geldt het volgende. Het beslag is weliswaar voorwaarde om tot executoriale verkoop te kunnen overgaan, maar het schept als

zodanig niet het recht om tot executie over te gaan. Zodanig recht bestaat slechts voor zover daartoe een toereikende executoriale titel bestaat en het beslag daadwerkelijk een vermogensbestanddeel van de schuldenaar heeft getroffen. Het beslag strekt derhalve naar zijn aard slechts tot bewaring van bestaande rechten, maar het roept geen recht in het leven. In dit opzicht verschilt beslaglegging van het geval dat de derde, in redelijk vertrouwen op de juistheid van zijn veronderstelling, een overeenkomst aangaat waaruit voor hem rechten voortvloeien. De aard van beslaglegging als middel tot bewaring van rechten brengt mee dat art. 3:36 BW niet tot gevolg heeft dat Fraanje door het enkele leggen van beslag tegenover FGH aanspraak verkrijgt het beslagen goed onbezwaard te executeren. Het voorgaande brengt mee dat FGH haar (eerste) hypotheekrecht aan Fraanje kan tegenwerpen.

**Zie ook:**

- Hof Amsterdam 23 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2757; NJF 2015/457;
- Rb. Utrecht 4 februari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH1968, RCR 2009/35;
- J. Lokin, 'Prijsgiving, gerechtvaardigd vertrouwen en derdenbescherming', AA 2015, afl. 1, p. 19 e.v.;
- J.C. van Straaten, 'Beslag na executie voordat aan de koper is geleverd (BW en NBW)', WPNR 1992/6034, p. 86 e.v.;
- Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 179.

**Zie anders:**

- Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:281, RN 2015/56.

**Wenk:**

Wanneer kunnen beperkte rechten en beslagen wel en wanneer niet aan de hypotheekhouder worden tegengeworpen? In beginsel kunnen alle beperkte rechten, gevestigd na het vestigen van het hypotheekrecht, alsmede alle nadien gelegde beslagen, niet aan de hypotheekhouder worden tegengeworpen, tenzij sprake is van derdenbescherming, bijvoorbeeld ingevolge art. 3:36 BW of bij rangwisseling op grond van art. 3:262 BW). Voor een geslaagd beroep op art. 3:36 BW wordt onder meer de eis gesteld dat in redelijk vertrouwen op de onjuiste veronderstelling is gehandeld. Uitsluiting van een beroep op deze onjuistheid geldt jegens de derde slechts 'met betrekking tot deze handeling'. Wie onder die omstandigheden bijvoorbeeld een overeenkomst aangaat, kan de bescherming uitsluitend inroepen met betrekking tot die overeenkomst en wordt dus alléén beschermd in de rechten die hij op die overeenkomst kan gronden. De Hoge Raad sluit in de onderhavige uitspraak aan bij het in

de parlementaire geschiedenis genoemde voorbeeld van het uitbrengen van een dagvaarding. De derde zal zich in een dergelijk geval hoogstens op het standpunt kunnen stellen dat hij de dagvaarding niet dan tegen vergoeding van kosten hoeft in te trekken, maar een recht op het bij de dagvaarding gevorderde tegen de betreffende gedaagde verkrijgt hij niet. Tussen het leggen van het conservatoir beslag op 10 november 2011 en het executoriaal worden van het conservatoir beslag op 23 december 2011 is een rectificatieakte ingeschreven in de openbare registers, zodat Fraanje ten tijde van het executoriaal worden van het beslag niet meer in redelijkheid mocht vertrouwen op zijn onjuiste veronderstelling dat het appartementsrecht vrij van hypotheek was. Derhalve ziet Fraanje zich in casu alléén beschermd met betrekking tot zijn rechten voortvloeiende uit het conservatoir beslag en concludeert de Hoge Raad dat het (executoriaal) beslag moet worden beschouwd als te zijn gelegd op een met hypotheek bezwaard appartementsrecht. Een recht op het onbezwaard executeren van het beslagen goed verkrijgt hij niet daar het (conservatoir) beslag naar zijn aard slechts tot bewaring van bestaande rechten strekt. Deze uitspraak illustreert daarmee dat de bescherming van art. 3:36 BW is beperkt tot de door de derde in goed vertrouwen verrichte rechtshandelingen. Heeft de derde na op de hoogte te zijn geraakt nog andere rechtshandelingen verricht, dan kan hij zich ter zake daarvan niet op het artikel beroepen. Het converteren van het conservatoir beslag naar een executoriaal beslag alvorens de akte van rectificatie werd ingeschreven in de openbare registers, had waarschijnlijk tot een andere slotsom geleid.

FGH Bank N.V., eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv. mr. D. Rijpma, mede toegelicht door C.J.A. Seinen, tegen

Aannemingsbedrijf Fraanje B.V., verweerster in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv. mr. M. Littooi.

## Hoge Raad:

### 1. *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak C/09/419369/HA ZA 12-621 van de Rechtbank Den Haag van 1 augustus 2012 en 30 januari 2013;

b. de arresten in de zaak 200.122.657/01 van het Gerechtshof Den Haag van 17 december 2013 en 17 februari 2015.  
(...)

### 2. *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof van 17 februari 2015 heeft FGH beroep in cassatie ingesteld. Fraanje heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. (...)

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring, althans tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor FGH mede door mr. C.J.A. Seinen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.B. Rank-Berenschot strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

De advocaat van FGH heeft bij brief van 8 juli 2016 op die conclusie gereageerd.

### 3. *Uitgangspunten in cassatie*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Ten gunste van FGH is op 30 mei 2007 hypotheek gevestigd op een perceel grond van Mewivast Projectontwikkeling B.V. (hierna: Mewivast) te Rijswijk. Dit perceel is in juni 2007 gesplitst in zes appartementsrechten, betrekking hebbend op vijf kantoorvilla's en één parkeergarage. Mewivast is eigenaresse gebleven van het appartementsrecht op de kantoorvilla 'Apollo' en de parkeergarage.

(ii) Op 12 januari 2011 heeft een wijziging van de hoofdsplitsing en een ondersplitsing plaatsgevonden, zodanig dat de verschillende eigenaren van de appartementsrechten ieder een appartementsrecht op een deel van de garage verkregen.

(iii) Op 1 september 2011 is tussen onder meer Mewivast en FGH een notariële akte gepasseerd houdende afstandsverklaringen van hypotheekrechten, waaronder ook het hypotheekrecht op appartementsrecht A-13 (de kantoorvilla 'Apollo'). Op 2 september 2011 is deze akte in de openbare registers ingeschreven en is het hypotheekrecht op A-13 doorgehaald.

(iv) Op 10 november 2011 heeft Fraanje, tot zekerheid van betaling door Mewivast van een bij vonnis toegewezen bedrag van € 400.000 met rente en kosten, ten laste van Mewivast conservatoir beslag doen leggen op het appartementsrecht A-13. Het proces-verbaal van beslag is op dezelfde dag ingeschreven in de openbare registers.

(v) Op 8 december 2011 heeft de betrokken notaris een partijakte verleden waarbij de akte houdende afstandsverklaringen is gerectificeerd in die zin dat het hypotheekrecht van FGH blijft rusten op (onder meer) apparte-

mentsrecht A-13. Op 12 december 2011 is ten behoeve van FGH een tweede hypotheek op het appartementsrecht A-13 ingeschreven. Ook de eerder doorgehaalde hypothecaire inschrijving van 30 mei 2007 is weer in het openbare register opgenomen, met de vermelding 'rectificatie'.

(vi) Het conservatoire beslag is op 23 december 2011 executoriaal geworden door betekening van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis waarbij Mewivast tot betaling was veroordeeld.

3.2.1 In dit geding vordert FGH in conventie een verklaring voor recht (a) dat het op 30 mei 2007 ten gunste van haar gevestigde recht van hypotheek op A-13 sedertdien onafgebroken daarop heeft gerust en (b) dat FGH dit recht aan Fraanje kan tegenwerpen.

In reconventie vordert Fraanje een verklaring voor recht (I) dat FGH jegens haar geen rechten kan ontlenen aan de op 30 mei 2007 ingeschreven hypotheek op A-13 en (II) dat Fraanje zich met voorrang boven FGH op het appartementsrecht A-13 kan verhalen en haar beslag op de voet van art. 505 Rv aan FGH kan tegenwerpen, zowel ten aanzien van de eerste hypotheek van 30 mei 2007 als ten aanzien van de tweede hypotheek van 12 december 2011.

3.2.2 De rechtbank heeft in conventie de vorderingen van FGH afgewezen en in reconventie de vorderingen van Fraanje toegewezen.

Het hof heeft bij arrest van 17 december 2013 een incidentele vordering van Fraanje afgewezen en bij eindarrest van 17 februari 2015 het vonnis van de rechtbank bekrachtigd (behoudens een in cassatie niet ter zake doende nuancering in verband met het na het rechtbankvonnis uitgesproken faillissement van Mewivast). Voor zover in cassatie van belang heeft het hof daartoe, samengevat, als volgt overwogen.

3.2.3 In zijn incidentele arrest heeft het hof geoordeeld dat het vonnis van de rechtbank, anders dan Fraanje had betoogd, een declaratoir vonnis is als bedoeld in art. 3:302 BW en niet een vonnis is als bedoeld in art. 3:27 BW. Daarom is art. 3:27 lid 2 BW, dat voorschrijft dat de appeldagvaarding op straffe van niet-ontvankelijkheid moet worden ingeschreven in het rechtsmiddelenregister, in deze procedure niet van toepassing. Op die grond heeft het hof de incidentele vordering van Fraanje tot niet-ontvankelijkverklaring van FGH in haar hoger beroep afgewezen.

3.2.4 In zijn eindarrest heeft het hof als volgt geoordeeld.

(a) Voor de in de notariële akte van 1 september 2011 neergelegde afstand van het hypotheekrecht op A-13 ontbrak de wil van FGH. Daarom is bij gebreke van een geldige titel geen rechtsgeldige afstand van het eerste hy-

potheekrecht op A-13 tot stand gekomen. (rov. 3.1–3.6)

(b) Voorts overwoog het hof met betrekking tot een tweetal nader omschreven stellingen van FGH als volgt (waarbij met 'NAA' is bedoeld de notariële akte houdende afstandsverklaringen van 1 september 2011):

"4.4 Ter onderbouwing van grief 2 heeft FGH (...) in de eerste plaats aangevoerd dat art. 3:36 BW niet geldt voor beslagleggers als Fraanje.

4.5 In het Ontwerp Meijers (O.M.) was het huidige art. 3:36 BW samen met het huidige art. 3:35 BW ondergebracht in één artikel, namelijk art. 3.2.3. In de Toelichting Meijers (T.M.) is vermeld dat dit artikel (dat wil zeggen; het artikel 3:36-deel daarvan) 'ook door buitenstaanders als schuldenaars, schuldeisers en derden-verkrijgenden (kan) worden ingeroepen' (PG boek 3, blz. 173, bovenaan). Bij de losmaking van art. 3:36 BW (dat art. 3.2.3a werd) van art. 3:35 BW (dat art. 3.2.3 bleef) is dit herhaald, zie PG boek 3, blz. 174, onderaan/175 bovenaan. Het was dus de bedoeling van de wetgever dat schuldeisers – waaronder beslagleggers zijn begrepen – zich op art. 3:36 BW konden beroepen. Het andersluidende standpunt van FGH is niet af te leiden uit de volgende passage uit PG, boek 3, blz. 133, waar zij aan refereert in de punten 28 en 29 MvG: 'Evenmin kan aanspraak op bescherming worden gemaakt door schuldeisers die zijn teleurgesteld in de verwachtingen, die zij bij het ontstaan van hun vordering mogelijk uit de registers hebben geput ten aanzien van hetgeen als verhaalsobject voor die vordering zou kunnen dienen. Zij kunnen in beginsel hun recht van verhaal op goederen van de schuldenaar slechts waarborgen door tijdig beslag te leggen waarbij zij, behoudens het bepaalde in de art. 3.2.11 (= 3:45 BW, het hof) e.v. en 42 e.v. F. aan de werkelijke vermogenstoestand van hun schuldenaar gebonden zijn.'

Deze passage heeft immers betrekking op art. 3:24 BW (toen art. 3.1.2.7), dat deel uitmaakt van afdeling 3.1.2 over de inschrijving van registergoederen. De in dat kader geboden bescherming geldt, naar ook blijkt uit de tekst van de art. 3:23-26 BW, alleen voor verkrijgers van rechten op registergoederen, waartoe beslagleggers niet zijn te rekenen. Er is – zeker gezien de hiervoor genoemde, uit de T.M. op art. 3.2.3 O.M. blijkende strekking van art. 3:36 BW – echter geen grond om deze restrictie door te trekken naar art. 3:36 BW dat een algemene, niet tot de inschrijving van registergoederen beperkte, regel van derdenbescherming geeft. Aan blz. 27, bovenaan, van Mon. Nieuw BW A22 (*Nieskens/Van der Putt*) kan

FGH – anders dan zij meent (...) – geen argument ontlenen omdat de daarin neergelegde redenering eveneens stoelt op de daarvoor zojuist niet doeltreffend geoordeelde passage van PG, Boek 3 blz. 133. Verder geldt dat de verwijzing in het slot van deze passage naar de pauliana van de art. 3:45 BW en 42 F, die over benadeling gaan, niet zo kan worden opgevat dat de beslaglegger alleen nog maar een beroep daarop toekomt, met uitsluiting van algemene derdenbeschermingsbepalingen als art. 3:36 BW. In PG boek 3, blz. 177, voorlaatste alinea, wordt juist geattendeerd op het verschil tussen de pauliana en (onder meer) art. 3.2.3a (3:36). De door FGH in punt 30 MvG geciteerde passage uit HR 19 oktober 1990, *'Ontvanger/Troost'*, NJ 1992/227, dat: "(h)et argument dat de beslaglegger op de juistheid van de openbare registers van onroerend goed moet kunnen vertrouwen, (...) voor het bestaande stelsel in zijn algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard", kan haar evenmin baten. Dit arrest is gewezen onder het 'oude', voor 1992 geldende BW. Onder dit oude recht kon derdenbescherming bij onroerend goed alleen worden gebaseerd op art. 1910 BW (oud) – in 1988 vernummerd tot art. 1374a BW (oud) – dat in het nieuwe BW is vervangen door enerzijds art. 3:24 BW (zie PG boek 3, blz. 130) en anderzijds art. 3:36 BW (zie PG, boek 3, blz. 173, bovenaan en blz. 175, bovenaan). Uit het *'Ontvanger/Troost'*-arrest kan weliswaar worden opgemaakt dat art. 1910 BW (oud) niet door beslagleggers kon worden ingeroepen, doch nu de HR daarin heeft benadrukt alleen 'het bestaande stelsel' (dat is: het stelsel onder het 'oude' BW) op het oog te hebben, kan daaraan geen argument worden ontleend voor de uitleg van het 'nieuwe' art. 3:36 BW. Vertaald naar het huidige recht kan het naar het oordeel van het hof zo worden gezien dat *'Ontvanger/Troost'* alleen betrekking heeft op de art. 3:24 BW-uitwerking van art. 1910 BW (oud) – art. 3:24 BW beschermt immers alleen verkrijgers van rechten op registergoederen, waaronder beslagleggers niet vallen – maar niet op de art. 3:36 BW-uitwerking daarvan.

4.6 De wetsgeschiedenis wijst er, het voorgaande resumerend, op dat art. 3:36 BW door beslagleggers kan worden ingeroepen. De tekst en strekking van deze bepaling bevatten geen aanknopingspunten voor de opvatting dat beslagleggers desondanks van de bescherming van deze bepaling zouden zijn uitgesloten. Het in rov. 4.4 weergegeven standpunt van FGH kan dan ook niet worden aanvaard.

(...)

4.8 FGH heeft haar grief 2 in de derde plaats geadstrueerd met een redenering (zie punt 31 MvG), die door het hof aldus wordt begrepen dat alleen het door Fraanje gelegde beslag de in de slotzinsnede van art. 3:36 BW bedoelde 'handeling' vormt, en dat de executie van het door dat beslag getroffen actief een latere, na de ontdekking van de onjuistheid van art. 6 NAA verrichte, handeling is die niet door de sanctie van art. 3:36 BW wordt getroffen. Hierbij heeft FGH gewezen op de volgende passage uit PG, boek 3, blz. 179 (over art. 3.2.3a = art. 3:36 BW), met tussen haakjes een toevoeging van de kant van FGH:

"Niet zal hij evenwel deze bepaling in kunnen roepen met betrekking tot een latere handeling die eerst na de ontdekking van de onjuistheid van de veronderstelling verricht is, ook al is wel degelijk tevoren in redelijk vertrouwen op die veronderstelling een andere handeling verricht. Men denke aan het geval dat de koper van een goed weliswaar na de koop, maar vóór de levering (of aan een beslaglegger die na het leggen van een beslag maar vóór de executie, toev. FGH) van de werkelijke toestand op de hoogte is gekomen."

Het hof begrijpt dat dit voorbeeld uit de PG aldus moet worden verstaan dat wanneer een derde (vergelijkbaar met Fraanje) redelijkerwijs mocht aannemen dat X eigenaar was, art. 3:36 BW kan meebrengen dat de derde een geldige, niet wegens onjuistheid van deze veronderstelling aan te tasten koopovereenkomst met X heeft gesloten, maar dat, indien na de koop maar vóór de levering van de onjuistheid van deze veronderstelling blijkt, bijvoorbeeld omdat inmiddels duidelijk is geworden dat niet X maar Y (vergelijkbaar met FGH) eigenaar is en was, de derde art. 3:36 BW niet meer met vrucht kan inroepen bij de levering, met als gevolg dat de levering door X een levering door een beschikkingsonbevoegde vormt die niet tot overdracht aan de derde leidt. Met andere woorden: art. 3:36 BW beschermt dan niet tegen de beschikkingsonbevoegdheid van X bij de levering. Verder is het van belang op te merken dat na de zojuist geciteerde passage uit de PG op dezelfde blz. staat vermeld:

"Het trekken van een nauwkeurige grenslijn is hier overigens aan de rechter overgelaten."

4.9 Bij gebreke aan (doeltreffende) grieven van FGH te dien aanzien, moet ervan uit worden gegaan dat:

(i) in art. 6 NAA een onjuiste verklaring van FGH is neergelegd;

(ii) Fraanje op grond daarvan mocht aannemen dat FGH afstand had gedaan van haar hypotheekrecht op A-13;

(iii) Fraanje in het vertrouwen op de juistheid van art. 6 NAA het beslag heeft gelegd (...).

Onder deze omstandigheden heeft de werking van art. 3:36 BW tot gevolg dat FGH met betrekking tot het door Fraanje gelegde beslag geen beroep kan doen op de onjuistheid van de veronderstelling van Fraanje dat A-13 niet met hypotheek was bezwaard. Dit betekent dat het beslag moet worden beschouwd als te zijn gelegd op het niet met hypotheek bezwaard A-13 of, anders gezegd, dat FGH haar eerste hypotheek niet aan Fraanje kon tegenwerpen.

4.10 Een beslag heeft ook andere rechtsgevolgen dan het recht om tot uitwinning/executie over te gaan. Een voorbeeld daarvan is het rechtsgevolg van art. 505 lid 2 Rv, dat een vervreemding of bezwaring die is tot stand gekomen na de inschrijving van het proces-verbaal van de beslaglegging niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen (zie ook rov. 6.2 hierna). Dit rechtsgevolg van het door Fraanje gelegde beslag kwam daaraan reeds toe bij de (inschrijving van het proces-verbaal van de) beslaglegging op 10 november 2011 (...) en viel daarmee onder de werking van art. 3:36 BW.

4.11 Gelet op het onder 4.9 en 4.10 overwogene was op het moment van de (inschrijving van het proces-verbaal van de) beslaglegging op 10 november 2011 de verhouding (meer in het bijzonder: de rangorde) tussen Fraanje (de derde) en FGH reeds volledig bepaald. Dit vormt een wezenlijk verschil met de in rov. 4.8 beschreven situatie: met de daar bedoelde koopovereenkomst tussen de derde en X was nog niets vastgelegd over de verhouding tussen de derde en Y. Nu door de (onder de werking van art. 3:36 BW vallende) beslaglegging de rangorde tussen Fraanje en FGH reeds volledig was bepaald, is het sequeel van die beslaglegging, de uitwinning van het beslagen goed – anders dan de levering in het voorbeeld van rov. 4.8 – niet van zodanig zelfstandig gewicht dat de gestelde niet-werking van art. 3:36 BW op dit sequeel er alsnog toe kan leiden dat het beslag niet vrij van hypotheek kon worden uitgewonnen.”

#### 4. *Beoordeling van het middel in het incidentele beroep*

4.1 Als van de verste strekking zal eerst het incidentele beroep beoordeeld worden. Dat beroep is ingesteld onder de voorwaarde dat FGH ontvankelijk is in haar principale cassatieberoep en één of meer van haar klachten leiden

tot vernietiging van het eindarrest van het hof. Die voorwaarde is, blijkens hetgeen hierna in 5.1–5.4 wordt overwogen, vervuld.

4.2.1 De onderdelen 1–3 van het middel zijn gericht tegen het hiervoor in 3.2.3 weergegeven oordeel van het hof in het incidentele arrest dat art. 3:27 lid 2 BW in deze procedure niet van toepassing is omdat het vonnis van de rechtbank niet een vonnis is als bedoeld in die bepaling, en dat FGH daarom ontvankelijk is in haar hoger beroep.

Onderdeel 4 is gericht tegen het hiervoor in 3.2.4 onder (a) weergegeven oordeel in het eindarrest dat bij gebreke van een geldige titel geen rechtsgeldige afstand van het eerste hypotheekrecht op A-13 tot stand is gekomen.

4.2.2 De klachten van deze onderdelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 5. *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

5.1 Fraanje heeft betoogd dat FGH niet-ontvankelijk is in haar cassatieberoep omdat zij heeft nagelaten binnen acht dagen na het instellen daarvan de aanwending van dit rechtsmiddel in te schrijven in het rechtsmiddelenregister, welke inschrijving in art. 3:27 lid 2 BW op straffe van niet-ontvankelijkheid is voorgeschreven.

Dit betoog moet worden verworpen, nu het oordeel van het hof dat art. 3:27 lid 2 BW in deze procedure niet van toepassing is, tevergeefs is bestreden (zie hiervoor in 4.2.1–4.2.2).

5.2.1 Voor zover onderdeel 1 van het middel tegen het oordeel van het hof in de rov. 4.5 en 4.6 opkomt met het betoog dat aan beslagleggers niet de bescherming van art. 3:36 BW toekomt, faalt het. Het hof heeft in de genoemde overwegingen op zichzelf terecht en op juiste gronden geoordeeld dat ook beslagleggers zich op de bescherming van art. 3:36 BW kunnen beroepen. Het heeft echter wel de reikwijdte van die bescherming miskend, zoals hierna in 5.3.2–5.3.3 zal blijken.

5.2.2 Anders dan het onderdeel voorts betoogt, is voor bescherming op grond van art. 3:36 BW niet vereist dat de derde door zijn in vertrouwen op de schijn verrichte handeling in een nadeliger positie is komen te verkeren dan waarin hij zich voorafgaand aan die handeling bevond, of dat de derde nadeel zou lijden bij het onthouden van bescherming. De tekst van die bepaling geeft geen grond voor zodanige eis, en in *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 176–177, is uitdrukkelijk vermeld dat deze eis in art. 3:35 BW niet wordt gesteld, evenmin als in ‘de meeste andere artikelen van het nieuwe wetboek, waarin zij die op een jegens hen bestaan-

de schijn hebben vertrouwd, beschermd worden', in welk verband ook art. 3:36 BW is genoemd.

5.3.1 Onderdeel 2.2 is gericht tegen de rov. 4.9–4.11. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat de op de beslaglegging volgende executoriale verkoop en overdracht rechtens wel degelijk vervolghandelingen zijn die worden verricht terwijl degene die de bescherming van art. 3:36 BW inroept (Fraanje) reeds weet dat zijn veronderstelling dat het beslagen goed vrij van hypotheken zou zijn, onjuist is. Ter zake van die executoriale verkoop en overdracht kan de bescherming van art. 3:36 BW niet worden ingeroepen, omdat deze bescherming alleen wordt verleend ter zake van de handeling die in redelijk vertrouwen op de juistheid van de gewraakte veronderstelling is verricht.

5.3.2 Art. 3:36 BW verleent slechts bescherming met betrekking tot de handeling die de derde in redelijk vertrouwen op de juistheid van zijn veronderstelling heeft verricht. In het onderhavige geval is die handeling het leggen van het beslag door Fraanje, in het vertrouwen dat het beslagen appartementsrecht A-13 vrij van hypotheken was. Wat betreft de aan het beslag te verbinden rechtsgevolgen geldt het volgende.

Het beslag is weliswaar voorwaarde om tot executoriale verkoop te kunnen overgaan, maar het schept als zodanig niet het recht om tot executie over te gaan (in dit geval: tot executoriale verkoop van appartementsrecht A-13 vrij van de daarop reeds eerder gevestigde hypotheek). Zodanig recht bestaat slechts voor zover (daartoe een toereikende executoriale titel bestaat en) het beslag daadwerkelijk een vermogensbestanddeel van de schuldenaar heeft getroffen (in dit geval: het appartementsrecht A-13 vrij van een eerder gevestigd hypotheekrecht). Het beslag strekt derhalve naar zijn aard slechts tot bewaring van bestaande rechten, maar het roept geen recht in het leven.

In dit opzicht verschilt beslaglegging van het geval dat de derde, in redelijk vertrouwen op de juistheid van zijn veronderstelling, een overeenkomst aangaat waaruit voor hem rechten voortvloeien; daaromtrent wordt in *Parl. Gesch. Boek 3, p. 179*, opgemerkt dat de derde ingevolge art. 3:36 BW 'wordt beschermd in de rechten die hij op die overeenkomst (...) kan gronden'. Het leggen van beslag kan daarentegen wel op één lijn gesteld worden met het eveneens in *Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 179*, genoemde voorbeeld van het in redelijk vertrouwen op de juistheid van de veronderstelling uitbrengen van een dagvaarding, waaromtrent opgemerkt wordt dat de derde dan 'hoogstens' recht heeft op vergoeding van de kosten van de dagvaarding, maar niet een recht verkrijgt op het bij dagvaarding gevorderde.

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

5.3.3 Het voorgaande brengt mee dat het hof in de rov. 4.9–4.11 ten onrechte heeft geoordeeld dat, nu ervan moet worden uitgegaan dat Fraanje het beslag heeft gelegd in vertrouwen op de juistheid van de uit de openbare registers blijken de notariële afstandsverklaring, FGH ingevolge art. 3:36 BW geen beroep kan doen op de onjuistheid van Fraanje's veronderstelling dat het appartementsrecht A-13 niet met hypotheek was bezwaard en dat FGH haar eerste hypotheekrecht niet aan Fraanje kan tegenwerpen, zodat het appartementsrecht vrij van hypotheek kan worden uitgewonnen.

De hierop gerichte klachten van het onderdeel zijn derhalve gegrond.

5.4 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen.

Gelet op hetgeen hiervoor in 4.2.1–4.2.2 en in 5.3.2–5.3.3 is overwogen, is de vordering van FGH in conventie ten onrechte afgewezen. FGH is overeenkomstig haar vordering gerechtigd haar eerste hypotheekrecht aan Fraanje tegen te werpen, in die zin dat zij het appartementsrecht A-13, bij executoriale verkoop op grond van haar eerste hypotheekrecht, vrij van het daarop rustende beslag kan leveren en zich met beroep op dat hypotheekrecht met voorrang boven Fraanje op de opbrengst mag verhalen.

Voorts is de (hiervoor in 3.2.1 omschreven) vordering van Fraanje in reconventie ten onrechte toegewezen, behoudens voor zover die vordering onder II betrekking heeft op de verklaring voor recht dat Fraanje haar beslag op de voet van art. 505 Rv aan FGH kon tegenwerpen ten aanzien van de tweede hypotheek van 12 december 2011.

## 6. *Beslissing*

De Hoge Raad:

*in het incidentele beroep:*

verwerpt het beroep;

veroordeelt Fraanje in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van FGH begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200 voor salaris;

*in het principale beroep:*

vernietigt het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 17 februari 2015;

vernietigt het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 30 januari 2013;

en opnieuw rechtdoende:

— *in conventie:*

verklaart voor recht (a) dat het op 30 mei 2007 ten gunste van FGH gevestigde recht van hypo-

theek op appartementsrecht A-13 sedertdien onafgebroken daarop heeft gerust en (b) dat FGH dit recht aan Fraanje kan tegenwerpen;

— *in reconventie*:

verklaart voor recht dat Fraanje haar beslag op appartementsrecht A-13 op de voet van art. 505 Rv aan FGH kon tegenwerpen voor zover het de tweede hypotheek van 12 december 2011 betreft, en wijst de vorderingen in reconventie voor het overige af;

veroordeelt Fraanje in de kosten van de procedure, tot op deze uitspraak aan de zijde van FGH begroot:

- in eerste aanleg in conventie op € 1.569,64 en in reconventie op € 452;
- in hoger beroep op € 1.669,82;
- in cassatie op € 848,34 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

### Conclusie A-G mr. E.B. Rank-Berenschot:

In deze zaak draait het om de vraag of de beslaglegger op een registergoed zich kan beroepen op de bescherming van art. 3:36 BW indien ten tijde van de beslaglegging ten onrechte een anterieur hypotheekrecht in de openbare registers is doorgehaald. Voorts wordt een beroep gedaan op niet-ontvankeelbaarheid van het hoger beroep respectievelijk het principaal cassatieberoep op de grond dat geen sprake is van de inschrijving van de dagvaarding waarbij het rechtsmiddel wordt ingesteld als bedoeld in art. 3:27 lid 2 BW.

#### 1. Feiten

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.<sup>1</sup>

1.2 FGH heeft op 30 mei 2007 hypotheek<sup>2</sup> gevestigd op een perceel grond van Mewivast Projectontwikkeling B.V. (hierna: Mewivast) aan de Laan van Vredenoord te Rijswijk. Dit perceel is in juni 2007 gesplitst in zes appartementsrechten, betrekking hebbend op vijf kantoorvilla's en één parkeergarage. Mewivast is eigenaresse gebleven van het appartementsrecht op de kantoorvilla Apollo en de parkeergarage. Op 12 januari 2011 heeft wijziging van de hoofdsplitsing en ondersplitsing van de appartementsrechten plaatsgevonden, zodanig dat de verschillende eigenaren<sup>3</sup> is het ten behoeve van FGH gevestigde hypotheekrecht op het appartementsrecht dat toebehoort aan Mewivast

(thans bekend als appartementsrecht A-13) op 2 september 2011 doorgehaald. Op 8 december 2011 heeft de betrokken notaris een partijakte<sup>4</sup> verleden waarbij de akte houdende afstandsverklaringen is gerectificeerd. Op 12 december 2011 is een tweede hypotheek<sup>5</sup> op het appartementsrecht A-13 ten behoeve van FGH ingeschreven. De eerder doorgehaalde hypothecaire inschrijving van 30 mei 2007 is weer in het openbare register opgenomen, met de vermelding 'rectificatie'.

1.3 Op 10 november 2011 heeft Fraanje conservatoir beslag doen leggen op het aan Mewivast toebehorende appartementsrecht A-13 tot zekerheid van betaling van een bedrag van € 400.000 met rente en kosten, welk beslag op 23 december 2011 executoriaal is geworden door betekening van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis waarbij Mewivast tot betaling van voornoemd bedrag is veroordeeld. Bij exploit van die datum heeft Fraanje FGH aangezegd over te willen gaan tot executoriale verkoop van appartementsrecht A-13. FGH heeft bij exploit van 6 januari 2012 Mewivast aangezegd de executie over te nemen. Bij brief van dezelfde datum heeft FGH aan de advocaat van Fraanje laten weten het beslag vexatoir te achten en geen redenen te zien de executieverkoop op korte termijn te starten.

1.4 Fraanje heeft vervolgens op de voet van art. 545 Rv de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag verzocht<sup>6</sup> een termijn te stellen waarbinnen de hypotheekhouder tot verkoop of indiening van een verzoek tot onderhandse verkoop moet overgaan. De voorzieningenrechter heeft vastgesteld dat de executiewaarde van het appartementsrecht A-13 (€ 1.500.000) lager is dan de vordering van FGH (€ 2.106.659,06) en geoordeeld dat het belang van Fraanje bij het verzoek derhalve afhangt van de vraag wie zich als eerste op de opbrengst van een eventuele executoriale verkoop kan verhalen. Partijen verschillen van mening over het antwoord op die vraag. De voorzieningenrechter heeft daarop in zijn beschikking van 19 april 2012 het verzoek aangehouden, teneinde FGH in de gelegenheid te stellen een bodemprocedure aanhangig te maken waarin de vraag naar de rangorde tussen FGH en Fraanje zal moeten worden beantwoord.

#### 2. Procesverloop

2.1 Ter uitvoering van de hiervoor onder 1.4 genoemde beschikking heeft FGH op 1 mei 2012 een 'exploit inhoudende een sommatie alsmede een dagvaarding ex artikel 3:27 B.W.'

1 Vgl. rov. 1 tot en met 3 van het arrest in het incident van 17 december 2013 van het Hof Den Haag. Zie voorts rov. 1.1 van arrest van 17 februari 2015.

2 Inleidende dagvaarding, prod. 1.

3 Inleidende dagvaarding, prod. 6.

4 Inleidende dagvaarding, prod. 8.

5 Inleidende dagvaarding, prod. 9.

6 Inleidende dagvaarding, prod. 12.

uitgebracht aan Fraanje, alsmede aan Mewivast. Openbare oproeping als bedoeld in art. 3:27 lid 1 BW heeft niet plaatsgevonden. In dat exploit zijn Fraanje en Mewivast gesommeerd - kort gezegd - te erkennen dat FGH sinds 30 mei 2007 een onafgebroken hypotheekrecht op het appartementsrecht A-13 toekomt, wat zij aan Fraanje kan tegenwerpen en dat Fraanje alle executiehandelingen met betrekking tot dat appartementsrecht dient te staken.<sup>7</sup>

2.2 Voor het geval Fraanje en/of Mewivast niet tijdig en onvoorwaardelijk aan de sommatie heeft voldaan, heeft FGH in dat exploit voorts Fraanje en Mewivast gedagvaard en in conventie onder meer gevorderd te verklaren voor recht dat:

a. op 30 mei 2007 een recht van hypotheek ten gunste van FGH tot stand is gekomen op het appartementsrecht A-13 en dat dit recht van hypotheek sedertdien onafgebroken op dit appartementsrecht heeft gerust, en

b. FGH dit recht aan Fraanje kan tegenwerpen.<sup>8</sup>

2.3 Mewivast heeft aan de sommatie voldaan, maar Fraanje niet. In reconventie heeft Fraanje gevorderd te verklaren voor recht dat:

I. FGH jegens haar geen rechten 'kan' ontleenen aan het op 30 mei 2007 in de registers ingeschreven hypotheekrecht op het appartementsrecht A-13;

II. Fraanje zich met voorrang boven FGH op het appartementsrecht A-13 'kan' verhalen en dat Fraanje haar beslag op de voet van art. 505 Rv aan FGH 'kan' tegenwerpen, zowel ten aanzien van het eerste hypotheekrecht van 30 mei 2007 als ten aanzien van het tweede hypotheekrecht van 12 december 2011.<sup>9</sup>

2.4 Bij vonnis van 30 januari 2013 heeft de Rechtbank Den Haag het in conventie jegens Fraanje gevorderde afgewezen en de vorderingen van Fraanje in reconventie toegewezen. Kort gezegd was de Rechtbank van oordeel dat FGH geen afstand heeft gedaan van haar op 30 mei 2007 gevestigde hypotheekrecht, maar dat Fraanje als beslaglegger bescherming geniet uit hoofde van art. 3:36 BW en haar beslag aan FGH als hypotheekhouder kan tegenwerpen.<sup>10</sup>

2.5 FGH heeft appel ingesteld. De appeldagvaarding is alleen aan Fraanje betekend en

is niet ingeschreven in het register bedoeld in art. 433 Rv (het rechtsmiddelenregister).

2.6 Fraanje heeft zich op het standpunt gesteld dat FGH niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in het hoger beroep, nu art. 3:27 lid 2 BW inschrijving van de appeldagvaarding in het rechtsmiddelenregister voorschrijft op straffe van niet-ontvankelijkheid. FGH is van mening dat art. 3:27 lid 2 BW niet van toepassing is op de onderhavige procedure.

2.7 Op 5 augustus 2013 - nadat door FGH een memorie van grieven was genomen - is Mewivast failliet verklaard. Naar aanleiding hiervan heeft FGH bij pleidooi in het incident een akte houdende wijziging van eis genomen, met een aanvullende grief 5 die is gebaseerd op de stelling dat door het faillissement van Mewivast het door Fraanje ten laste van Mewivast gelegde beslag is komen te vervallen. Deze nieuwe grief is door het Hof toelaatbaar geacht nu daarmee aanpassing wordt beoogd aan een na de memorie van grieven voorgevallen feit en deze nieuwe grief er dus toe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand van een inmiddels achterhaald gebleken feit zou worden beslist.<sup>11</sup>

2.8 Bij arrest in het incident van 17 december 2013 heeft het Hof Den Haag de incidentele vordering tot niet-ontvankelijkverklaring van FGH afgewezen. Daartoe heeft het Hof, voor zover hier van belang, als volgt overwogen:

"9. Fraanje heeft in haar incidentele conclusie gesteld dat de onderhavige procedure het hoger beroep betreft van een vonnis ex artikel 3:27 BW. Daartoe verwijst zij naar de titel die FGH aan het exploit van 1 mei 2012 heeft gegeven en de stelling van FGH zelf in haar memorie van grieven waarin zij onderhavige procedure aanduidt als een procedure ex artikel 3:27 BW.

10. Artikel 3:27 BW biedt iemand die een recht op een registergoed meent te hebben de mogelijkheid de rechter te verzoeken om te verklaren dat hem het recht waarop hij aanspraak maakt, toekomt. Een rechterlijke verklaring met die strekking kan, zodra het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, in de registers worden ingeschreven. De verklaring - ook wel aangeduid als een verklaring voor recht met positieve kracht - heeft dan tot effect dat tussen partijen de rechtstoestand vaststaat en dat jegens derden-belanghebbenden die verklaring wordt vermoed juist te zijn. De belangen van onbekende derde-belanghebbenden - die door een dergelijke positieve verklaring immers in een nadeliger positie kunnen komen te verkeren - worden onder meer gewaarborgd doordat een openbare oproeping

7 Vgl. rov. 4 van het arrest in het incident van 17 december 2013 van het Hof Den Haag.

8 Vgl. de weergave van de vordering in rov. 4 van het arrest in het incident van 17 december 2013 van het Hof Den Haag. Zie ook rov. 1.2 van het arrest van 17 februari 2015.

9 Vgl. de weergave van de vordering in reconventie in het arrest van 17 februari 2015.

10 Vgl. de samenvatting van genoemd vonnis in rov. 5 van het arrest in het incident van 17 december 2013 van het Hof Den Haag en in rov. 1.4 van het arrest van 17 februari 2015.

11 Vgl. rov. 2.3 van het arrest van 17 februari 2015.

van alle belanghebbenden dient plaats te vinden.

11. Een vordering tot verkrijging van een verklaring voor recht aangaande een recht op een registergoed kan evenwel ook worden gebaseerd op artikel 3:302 BW, zij het dat een dergelijke verklaring voor recht geen positieve werking heeft en uitsluitend de bij die procedure betrokken partijen (en hun rechtsopvolgers) bindt.

12. Naar het oordeel van het hof is de kwalificatie van een procedure door een van partijen zelf niet doorslaggevend voor de vraag of de procedure daadwerkelijk als een procedure zoals bedoeld in artikel 3:27 BW moet worden aangemerkt. Aan de hand van alle omstandigheden van het geval dient vastgesteld te worden of een verklaring voor recht als bedoeld in artikel 3:27 BW is gevorderd, dan wel een verklaring voor recht uit hoofde van artikel 3:302 BW.

13. Vast staat dat FGH reeds in eerste aanleg – anders dan de titel van het exploit doet vermoeden – niet heeft voldaan aan de vereisten van artikel 3:27 BW, doordat een openbare oproeping zoals voorgeschreven door lid 1 van dat artikel achterwege is gelaten. Naar het oordeel van het hof volgt reeds daaruit dat van een procedure – en dus ook van een vonnis – zoals bedoeld in artikel 3:27 BW geen sprake is. Een verklaring voor recht – indien verkregen als verzocht – zou immers, bij gebreke van het voldoen aan de waarborgen voor derden-belanghebbenden, niet het effect hebben gehad zoals vermeld in lid 3, dat een verklaring jegens niet-verschenen derden-belanghebbenden, vermoed wordt juist te zijn. Het enige effect van een aldus verkregen verklaring voor recht zou dan zijn geweest dat de rechtstoestand *tussen partijen bij die procedure* vast staat. Het vonnis heeft daarmee het karakter van een declaratoir vonnis als bedoeld in artikel 3:302 BW.

14. Uit de beschikking van de voorzieningenrechter van 19 april 2012 volgt bovendien dat de bij exploit van 1 mei 2012 ingeleide procedure ten doel had te doen vaststellen wie van FGH óf Fraanje zich als eerste op de opbrengst van een eventuele executoriale verkoop van het appartementsrecht A-13 zou kunnen beroepen. Van enige andere belanghebbende dan die partijen – anders dan Mewivast als de eigenaar van het betrokken appartementsrecht – is niet gebleken. Dat het exploit ook aan Mewivast is betekend was, naar FGH ter zitting heeft verklaard, niet zozeer ingegeven door de vereisten van artikel 3:27 BW (dat dagvaarding van de rechthebbende voorschrijft), als wel door de omstandigheid dat

het exploit tevens had te gelden en ook in de kop ervan was aangemerkt als sommatie.

15. Ook de door FGH gevorderde verklaring voor recht – dat het recht van hypotheek van FGH sinds 30 mei 2007 onafgebroken op het appartementsrecht A-13 heeft gerust en dat FGH dat recht als ouder gerechtigde *aan Fraanje* kan tegenwerpen, was erop gericht de onderlinge rangorde tussen FGH en Fraanje vast te stellen.

16. Naar het oordeel van het hof kan onder de gegeven omstandigheden zoals hiervoor uiteengezet de procedure ingeleid bij exploit van 1 mei 2012 en het in die procedure gewezen vonnis niet anders worden begrepen dan als een procedure strekkende tot verkrijging van een verklaring van recht respectievelijk een declaratoir vonnis zoals bedoeld in artikel 3:302 BW.

17. Er is geen wettelijke bepaling die voorschrijft dat een appeldagvaarding in een dergelijke procedure op straffe van niet-ontvankelijkheid in een rechtsmiddelenregister dient te worden ingeschreven.

18. De slotsom luidt derhalve dat artikel 3:27 lid 2 Rv in de onderhavige procedure toepassing mist en dat FGH ontvankelijk is in haar hoger beroep. De incidentele vordering tot niet-ontvankelijk verklaring van FGH wordt daarom afgewezen. Fraanje zal als de ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in het incident."

2.9 Fraanje heeft het Hof verzocht om op de voet van art. 401a lid 2 Rv tussentijds cassatieberoep open te stellen tegen voornoemd arrest. FGH heeft bezwaar gemaakt tegen dat verzoek. Bij beslissing van 11 maart 2014 heeft het Hof bepaald dat geen tussentijds cassatieberoep wordt toegelaten.

2.10 Bij arrest van 17 februari 2015<sup>12</sup> heeft het Hof het bestreden vonnis bekrachtigd, met dien verstande dat in plaats van de in punt 5.4 van dat vonnis opgenomen woorden 'kan' voor de periode vanaf het faillissement van Mewivast moet worden gelezen: 'kon'. Voor zover in cassatie van belang, heeft het Hof het volgende overwogen:

#### "Heeft FGH afstand van recht gedaan?"

3.1 In hoger beroep (o.m. punt 27 MvG<sup>13</sup>) heeft Fraanje haar – door FGH betwiste en door de rechtbank verworpen – stelling herhaald dat FGH in [de notariële akte houdende afstandsverklaringen (hierna:)]<sup>14</sup> de NAA van 1 september 2011 afstand heeft ge-

12 Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:281, JOR 2015/245, m.nt. S.E. Bartels.

13 Deze vindplaats is kennelijk onjuist. Bedoeld is waarschijnlijk mva punt 50 e.v., m.n. punt 52.

14 Zie rov. 1.1.

daan van haar eerste hypotheekrecht op A-13. Het hof zal eerst deze stelling onderzoeken aangezien bij de gegrondheid daarvan FGH's grieven 1 t/m 3 onbesproken kunnen blijven.

3.2 Artikel 6 NAA luidt als volgt, waarbij volgens die akte is te verstaan onder:

- de ‘comparante’: de gevolmachtigde van (onder meer) Mewivast en FGH;
- ‘haar sub 6 genoemde opdrachtgever’: Mewivast;
- de ‘volmachtgever sub 8’: FGH;
- de ‘gerechtigden(n)’: de volmachtgevers waaronder Mewivast en FGH.

De comparante verklaarde namens haar sub 6 genoemde opdrachtgever op grond van een overeenkomst tussen de bank en de gerechtigde(n), GEDEELTELIIK afstand te doen van de hypotheek, ingeschreven ten kantore van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers, in register Hypotheken 3, in deel 53280 nummer 9 ten behoeve van volmachtgever sub 8,

in die zin, dat deze inschrijving BLIJFT RUSTEN op het aan de gerechtigde sub 6 toebehorende registergoed:

het appartementsrecht aan de Laan van Vredenoord te Rijswijk, kadastraal bekend gemeente Rijswijk, sectie E nummer 2584 A-21.

De comparante neemt, namens de overige gerechtigden, voormeld afstand van het recht van hypotheek aan.

Mitsdien blijft de hypotheek, voor zover het voormeld registergoed betreft, van volle kracht en waarde en voor het overige komt bedoelde hypotheek te VERVALLEN.’

De rechtbank heeft onder 4.5 van het vonnis vastgesteld dat in deze bepaling is opgenomen dat de eigenaar (de ‘sub 6 genoemde opdrachtgever’ Mewivast) afstand doet ten behoeve van de hypotheekbank (‘volmachtgever sub 8’ FGH), terwijl daar had moeten staan dat FGH afstand deed ten behoeve van Mewivast. Deze vaststelling is door FGH in hoger beroep – terecht – niet bestreden. In artikel 6 NAA zijn ‘opdrachtgever sub 6’ en ‘volmachtgever sub 8’ onmiskenbaar bij vergissing omgewisseld.

3.3 Afgaande op de letterlijke tekst daarvan, gecorrigeerd voor voormelde kennelijke vergissing, kan artikel 6 NAA niet anders worden verstaan dan dat FGH afstand doet van de hypotheekrechten op al haar appartementsrechten op het perceel aan de Laan van Vredenoord te Rijswijk, behalve A-21, en dat zij dus ook afstand doet van haar eerste hypotheekrecht op A-13. Volgens FGH is echter sprake van een fout van de notaris; zij had niet de wil om van het hypotheekrecht op A-13 afstand te doen.

3.4 Op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv rust op Fraanje de bewijslast van haar stelling dat FGH afstand heeft gedaan van het hypotheekrecht op A-13. Hierbij dient – zoals Fraanje heeft opgemerkt in punt 41, 1e gedachtestreepje, MvA – evenwel onder ogen te worden gezien dat de NAA een notariële akte is, die ten gunste van Fraanje dwingend bewijs oplevert van hetgeen de notaris binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen en verrichtingen heeft verklaard (artikel 157 lid 1 Rv). Dit brengt met zich dat op grond van artikel 6 NAA dwingend – behoudens tegenbewijs (artikel 151 lid 2 Rv) – is bewezen dat de ‘comparante’ heeft verklaard zoals daarin staat vermeld. Door FGH – die in hoger beroep geen bewijsaanbod heeft gedaan – is dit tegenbewijs niet geleverd. Derhalve moet het ervoor worden gehouden dat zij ten overstaan van de notaris heeft verklaard dat FGH afstand doet van het (eerste) hypotheekrecht op A-13. Er zal veronderstellenderwijs van uit worden gegaan dat de ‘comparante’ daarbij een (toerekenende) volmacht van FGH bezat, zoals Fraanje stelt (in o.m. punt 59 MvA), maar FGH in (alleen) de eerste aanleg heeft betwist, zie blz. 9, bovenaan, en punt 17 van de inleidende dagvaarding en punt 7 e.v. conclusie van antwoord in reconventie.

3.5 De NAA verleent ten gunste van Fraanje echter geen dwingende bewijskracht met betrekking tot de vraag of de verklaring van de ‘comparante’ waar is (in de zin van: overeenkomstig de wil van FGH). Te dien aanzien heeft de NAA alleen dwingende bewijskracht tussen de partijen bij die akte en hun rechtverkrijgenden (artikel 157 lid 2 Rv). Daartoe behoort Fraanje niet.

3.6 Door FGH is overgelegd een brief van de notaris aan FGH van 17 september 2010 en een in reactie hierop geschreven brief, gedateerd 22 september 2010, van FGH aan de notaris. Daaruit blijkt dat FGH is gevraagd, en ermee heeft ingestemd, om medewerking te verlenen aan royement om niet van de appartementsrechten A-16 t/m A-20 en A-22. Hiermee is – ook tegenover het onder 3.4 overwogene – zodanig aanneemelijk gemaakt dat FGH niet de wil had om afstand te doen van het (eerste) hypotheekrecht op A-13, dat het op de weg van Fraanje had gelegen om haar andersluidende stelling nader met feiten te staven. Nu zij dat niet heeft gedaan, moet als vaststaand worden beschouwd dat FGH de wil miste om afstand te doen van haar (eerste) hypotheekrecht op A-13. Het dossier bevat geen enkele aanwijzing dat Mewivast ervan uitging en/of mocht gaan dat FGH de wil had om afstand te doen (zie ook rov. 2.9 van het

vonnis). Derhalve is voor bewijslevering door Fraanje op deze punten geen plaats. Voor zover in punt 58 MvA jo. punt 33 CvA een aanbod van haar moet worden gelezen om te bewijzen dat de wil tot het doen van afstand wel bestond, wordt dat aanbod dan ook als niet ter zake dienend gepasseerd. Een en ander voert tot de conclusie dat de voor afstand vereiste titel ontbrak (artikelen 3:81 lid 1 sub c, 3:98 en 3:84 lid 1 BW), zodat er geen rechtsgeldige afstand van het eerste hypotheekrecht op A-13 tot stand is gekomen.

3.7 De conclusie luidt dat de in rov. 3.1 vermelde stelling van Fraanje niet opgaat. Het hof zal thans overgaan tot behandeling van de grieven van FGH.

#### *De grieven 1 t/m 3*

4.1 Grief 1 houdt in dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de hiervoor in rov. 3.2 *in fine* bedoelde vergissing voor de bewaarder van de registers kennelijk geen beletsel heeft gevormd om het royelement van de hypotheek op A-13 in te schrijven. Blijkens de toelichting op deze grief strekt deze ten betoge dat de rechtbank hierbij de lijdelijkheid van de bewaarder niet op juiste waarde heeft geschat. Wat hier verder van zij, nu de rechtbank de aan gevallen overweging alleen maar heeft gebruikt ter adstructie van haar verder door FGH in hoger beroep niet bestreden vaststelling dat in artikel 6 NAA een kennelijke onjuistheid was geslopen, kan deze grief niet leiden tot vernietiging van het vonnis.

4.2 FGH's grief 2 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Fraanje een beroep op artikel 3:36 BW toekomt.

4.3 In punt 11 MvG – buiten het kader van grief 2 en van de andere als zodanig aangeelde grieven – heeft FGH naar voren gebracht dat Fraanje bij de beslaglegging niet meer heeft gedaan 'dan het enkel raadplegen van de basisadministratie van het kadaster in de vorm van het uittreksel'. Voor zover hierin de stellingname zou moeten worden gelezen dat niet aan de voorwaarden van artikel 3:36 BW is voldaan omdat Fraanje geen kennis heeft genomen van de NAA en derhalve niet kan worden gezegd dat Fraanje op de juistheid daarvan heeft vertrouwd, kan FGH daarin niet worden gevolgd. Blijkens PG boek 3, blz. 142 is voor de toepasselijkheid van dat artikel vereist maar ook voldoende dat Fraanje de registers daadwerkelijk heeft ingezien. Het bewijs hiervan is geleverd met het door Fraanje als productie 4 bij conclusie van antwoord in het geding gebrachte 'hypotheclair bericht object', waaruit blijkt dat zij op 8 november 2011 – dus kort voor de beslaglegging – in-

zage heeft gehad in de registers waarin stond vermeld dat A-13 niet belast was met een hypotheek.

4.4 Ter onderbouwing van grief 2 heeft FGH (verder) in de eerste plaats aangevoerd dat artikel 3:36 BW niet geldt voor beslagleggers als Fraanje.

4.5 In het Ontwerp Meijers (O.M.) was het huidige artikel 3:36 BW samen met het huidige artikel 3:35 BW ondergebracht in één artikel, namelijk artikel 3.2.3.. In de Toelichting Meijers (T.M.) is vermeld dat dit artikel (dat wil zeggen; het artikel 3:36-deel daarvan) 'ook door buitenstaanders als schuldenaars, schuldeisers en derden-verkrijgenden (kan) worden ingeroepen' (PG boek 3, blz. 173, bovenaan). Bij de losmaking van artikel 3:36 BW (dat artikel 3.2.3a werd) van artikel 3:35 BW (dat artikel 3.2.3 bleef) is dit herhaald, zie PG boek 3, blz. 174, onderaan/175 bovenaan. Het was dus de bedoeling van de wetgever dat schuldeisers – waaronder beslagleggers zijn begrepen – zich op artikel 3:36 BW konden beroepen. Het andersluidende standpunt van FGH is niet af te leiden uit de volgende passage uit PG, boek 3, blz. 133, waar zij aan refereert in de punten 28 en 29 MvG:

'Evenmin kan aanspraak op bescherming worden gemaakt door schuldeisers die zijn teleurgesteld in de verwachtingen, die zij bij het ontstaan van hun vordering mogelijk uit de registers hebben geput ten aanzien van hetgeen als verhaalsobject voor die vordering zou kunnen dienen. Zij kunnen in beginsel hun recht van verhaal op goederen van de schuldenaar slechts waarborgen door tijdig beslag te leggen waarbij zij, behoudens het bepaalde in de artikelen 3.2.11 (= 3:45 BW, het hof) e.v. en 42 e.v. F. aan de werkelijke vermogenstoestand van hun schuldenaar gebonden zijn.'

Deze passage heeft immers betrekking op artikel 3:24 BW (toen artikel 3.1.2.7), dat deel uitmaakt van afdeling 3.1.2 over de inschrijving van registergoederen. De in dat kader geboden bescherming geldt, naar ook blijkt uit de tekst van de artikelen 3:23-26 BW, alleen voor verkrijgers van rechten op registergoederen, waartoe beslagleggers niet zijn te rekenen. Er is – zeker gezien de hiervoor genoemde, uit de T.M. op artikel 3.2.3 O.M. blikkende strekking van artikel 3:36 BW – echter geen grond om deze restrictie door te trekken naar artikel 3:36 BW dat een algemene, niet tot de inschrijving van registergoederen beperkte, regel van derdenbescherming geeft. Aan blz. 27, bovenaan, van Mon. Nieuw BW A22 (*Nieskens/Van der Putt*) kan FGH – anders dan zij meent, zie punt 28 MvG – geen argument ontleenen omdat de daarin neergelegde re-

denering eveneens stoelt op de daarvoor zojuist niet doeltreffend geoordeelde passage van PG, Boek 3 blz. 133. Verder geldt dat de verwijzing in het slot van deze passage naar de pauliana van de artikelen 3:45 BW en 42 F, die over benadeling gaan, niet zo kan worden opgevat dat de beslaglegger alleen nog maar een beroep daarop toekomt, met uitsluiting van algemene derdenbeschermingsbepalingen als artikel 3:36 BW. In PG boek 3, blz. 177, voorlaatste alinea, wordt juist geattendeerd op het verschil tussen de pauliana en (onder meer) artikel 3.2.3a (3:36). De door FGH in punt 30 MvG geciteerde passage uit HR 19 oktober 1990, *'Ontvanger/Troost'*, NJ 1992/227, dat: '[h]et argument dat de beslaglegger op de juistheid van de openbare registers van onroerend goed moet kunnen vertrouwen, (...) voor het bestaande stelsel in zijn algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard', kan haar evenmin baten. Dit arrest is gewezen onder het 'oude', voor 1992 geldende BW. Onder dit oude recht kon derdenbescherming bij onroerend goed alleen worden gebaseerd op artikel 1910 BW (oud) – in 1988 vernummerd tot artikel 1374a BW (oud) – dat in het nieuwe BW is vervangen door enerzijds artikel 3:24 BW (zie PG boek 3, blz. 130) en anderzijds artikel 3:36 BW (zie PG, boek 3, blz. 173, bovenaan en blz. 175, bovenaan). Uit het *'Ontvanger/Troost'*-arrest kan weliswaar worden opgemaakt dat artikel 1910 BW (oud) niet door beslagleggers kon worden ingeroepen, doch nu de HR daarin heeft benadrukt alleen *'het bestaande stelsel'* (dat is: het stelsel onder het 'oude' BW) op het oog te hebben, kan daaraan geen argument worden ontleend voor de uitleg van het 'nieuwe' artikel 3:36 BW. Vertaald naar het huidige recht kan het naar het oordeel van het hof zo worden gezien dat *'Ontvanger/Troost'* alleen betrekking heeft op de artikel 3:24 BW-uitwerking van artikel 1910 BW (oud) – artikel 3:24 BW beschermt immers alleen verkrijgers van rechten op registergoederen, waaronder beslagleggers niet vallen – maar niet op de artikel 3:36 BW-uitwerking daarvan.

4.6 De wetsgeschiedenis wijst er, het voorgaande resumerend, op dat artikel 3:36 BW door beslagleggers kan worden ingeroepen. De tekst en strekking van deze bepaling bevatten geen aanknopingspunten voor de opvatting dat beslagleggers desondanks van de bescherming van deze bepaling zouden zijn uitgesloten. Het in rov. 4.4 weergegeven standpunt van FGH kan dan ook niet worden aanvaard.

4.7 In de tweede plaats heeft FGH ter onderbouwing van haar grief 2 een betoog ontvouwd (in punt 27 MvG) dat, naar het

hof begrijpt, er op neerkomt dat wanneer – zoals in dit geval, zie rov. 3.6 – de wil om afstand te doen ontbreekt, artikel 3:36 BW geen soulaas kan bieden. Ook dit betoog faalt echter, gelet op de volgende, ook door Fraanje aangehaalde, passage uit de PG op artikel 3:36 BW (artikel 3.2.3a):

'In de eerste plaats spreekt artikel 3.2.3a niet van een beroep op het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil, maar van een beroep op de onjuistheid van de bij de derde gewekte veronderstelling. Bij de bescherming van derden gaat het immers niet om de vraag of degene wiens verklaring of gedraging het betreft, een beroep kan doen op gemis aan wil, maar om die of een beroep kan worden gedaan op hetgeen in werkelijkheid tussen partijen geldt ook als dit niet met de voorstelling van de derde overeenstemt.' (PG Boek 3, blz. 178).

4.8 FGH heeft haar grief 2 in de derde plaats geadstrueerd met een redenering (zie punt 31 MvG), die door het hof aldus wordt begrepen dat alleen het door Fraanje gelegde beslag de in de slotzinsnede van artikel 3:36 BW bedoelde 'handeling' vormt, en dat de executie van het door dat beslag getroffen actief een latere, na de ontdekking van de onjuistheid van artikel 6 NAA verrichte, handeling is die niet door de sanctie van artikel 3:36 BW wordt getroffen. Hierbij heeft FGH gewezen op de volgende passage uit PG, boek 3, blz. 179 (over artikel 3.2.3a = artikel 3:36 BW), met tussen haakjes een toevoeging van de kant van FGH:

'Niet zal hij evenwel deze bepaling in kunnen roepen met betrekking tot een latere handeling die eerst na de ontdekking van de onjuistheid van de veronderstelling verricht is, ook al is wel degelijk tevoren in redelijk vertrouwen op die veronderstelling een andere handeling verricht. Men denke aan het geval dat de koper van een goed weliswaar na de koop, maar vóór de levering (of aan een beslaglegger die na het leggen van een beslag maar vóór de executie, toev. FGH) van de werkelijke toestand op de hoogte is gekomen.'

Het hof begrijpt dat dit voorbeeld uit de PG aldus moet worden verstaan dat wanneer een derde (vergelijkbaar met Fraanje) redelijkerwijs mocht aannemen dat X eigenaar was, artikel 3:36 BW kan meebrengen dat de derde een geldige, niet wegens onjuistheid van deze veronderstelling aan te tasten koopovereenkomst met X heeft gesloten, maar dat, indien na de koop maar vóór de levering van de onjuistheid van deze veronderstelling blijkt, bijvoorbeeld omdat inmiddels duidelijk is geworden dat niet X maar Y (vergelijkbaar met FGH) eigenaar is

en was, de derde artikel 3:36 BW niet meer met vrucht kan inroepen bij de levering, met als gevolg dat de levering door X een levering door een beschikkingsonbevoegde vormt die niet tot overdracht aan de derde leidt. Met andere woorden: artikel 3:36 BW beschermt dan niet tegen de beschikkingsonbevoegdheid van X bij de levering. Verder is het van belang op te merken dat na de zojuist geciteerde passage uit de PG op dezelfde blz. staat vermeld:

‘Het trekken van een nauwkeurige grenslijn is hier overigens aan de rechter overgelaten.’

4.9 Bij gebreke aan (doeltreffende) grieven van FGH te dien aanzien, moet ervanuit worden gegaan dat:

- (i) in artikel 6 NAA een onjuiste verklaring van FGH is neergelegd;
- (ii) Fraanje op grond daarvan mocht aannemen dat FGH afstand had gedaan van haar hypotheekrecht op A-13;
- (iii) Fraanje in het vertrouwen op de juistheid van artikel 6 NAA het beslag heeft gelegd (zie ook rov. 4.3).

Onder deze omstandigheden heeft de werking van artikel 3:36 BW tot gevolg dat FGH met betrekking tot het door Fraanje gelegde beslag geen beroep kan doen op de onjuistheid van de veronderstelling van Fraanje dat A-13 niet met hypotheek was bezwaard. Dit betekent dat het beslag moet worden beschouwd als te zijn gelegd op het niet met hypotheek bezwaard A-13 of, anders gezegd, dat FGH haar eerste hypotheek niet aan Fraanje kon tegenwerpen.

4.10 Een beslag heeft ook andere rechtsgevolgen dan het recht om tot uitwinning/ executie over te gaan. Een voorbeeld daarvan is het rechtsgevolg van artikel 505 lid 2 Rv, dat een vervreemding of bezwaring die is tot stand gekomen na de inschrijving van het proces-verbaal van de beslaglegging niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen (zie ook rov. 6.2 hierna). Dit rechtsgevolg van het door Fraanje gelegde beslag kwam daaraan reeds toe bij de (inschrijving van het proces-verbaal van de) beslaglegging op 10 november 2011 (zie rov. 1.1) en viel daarmee onder de werking van artikel 3:36 BW.

4.11 Gelet op het onder 4.9 en 4.10 overwogene was op het moment van de (inschrijving van het proces-verbaal van de) beslaglegging op 10 november 2011 de verhouding (meer in het bijzonder: de rangorde) tussen Fraanje (de derde) en FGH reeds volledig bepaald. Dit vormt een wezenlijk verschil met de in rov. 4.8 beschreven situatie: met de daar bedoelde koopovereenkomst tussen de derde en X was nog niets vastgelegd over de verhouding tussen de derde en Y. Nu

door de (onder de werking van artikel 3:36 BW vallende) beslaglegging de rangorde tussen Fraanje en FGH reeds volledig was bepaald, is het sequeel van die beslaglegging, de uitwinning van het beslagen goed – anders dan de levering in het voorbeeld van rov. 4.8 – niet van zodanig zelfstandig gewicht dat de gestelde niet-werking van artikel 3:36 BW op dit sequeel er alsnog toe kan leiden dat het beslag niet vrij van hypotheek kon worden uitgewonnen.

4.12 Verder verdient opmerking dat, naar uit de rov. 6.2 en 6.3 hierna blijkt, er nog geen uitwinning van het Fraanje gelegde beslag heeft plaatsgevonden en dat, indien dat gebeurt, dit door de curator en niet door Fraanje zal worden gedaan. In dit verband is de volgende passage op PG, Boek 3, blz. 181 (op artikel 3.2.3a) vermeldenswaard:

‘De rechtsoptvolgers van degene die door de onderhavige bepaling beschermd wordt, kunnen (...) op dezelfde bescherming aanspraak maken als deze zelf had. Deze rechtsoptvolgers behoeven niet op hun beurt aan de door dit artikel gestelde eisen te voldoen, wanneer maar aan hun rechtsvoorganger een beroep op die bepaling toekwam.’

4.13 Grief 2 van FGH faalt, zo volgt uit het voorgaande. Dit geldt ook voor haar grief 3 die voortbouwt op de grieven 1 en 2 zonder daaraan iets toe te voegen.

(...)

#### Grief 5

6.1 Blijkens de in de punten 9-22 van FGH's pleitnota in het incident (hierna: PA-I) en de in haar (na de MvA genomen) akte op grief 5 gegeven toelichting houdt deze in:

- dat, nu Fraanje geen beslaglegger meer is, zij geen beslag meer heeft dat zij aan FGH kan tegenwerpen, waardoor de door de rechtbank gebezigde grond aan de afwijzing van de vordering van FGH is ontvallen (PA-I onder 2 en 17);
- dat hierom het vonnis moet worden vernietigd (PA-I onder 17) en het zinloos is om hierover verder nog debat te voeren (PA-I onder 14);
- dat Fraanje A-13 niet meer kan executeren en het vonnis niet meer aan FGH kan tegenwerpen (PA-I onder 12 en 20)
- dat niet Fraanje, maar hooguit de curator, een executie door FGH zou kunnen aanvechten (PA-I onder 12 en 13).

Het hof begrijpt – met Fraanje (blz. 1 van haar antwoordakte) – dat grief 5 in de kern strekt ten betoge dat Fraanje geen belang meer heeft bij voor haar gunstige beslissingen op de vorderingen over en weer. Fraanje heeft deze grief bestreden met onder meer

een beroep op HR 13 mei 1988, *'Banque de Suez-Bijkerk q.q.'* NJ 1988/748 (PA-I onder 20 en 21 en MvA onder 11-13).

6.2 Bij de beoordeling van grief 5 wordt tot uitgangspunt genomen dat, zoals onder 4.1 t/m 4.13 is beslist, de eerste hypotheek van FGH op A-13 het daarna door Fraanje op dat appartementsrecht gelegde beslag niet regardeert. Verder is in dit kader van belang dat FGH na (de inschrijving van het proces-verbaal van) het beslag een tweede recht van hypotheek op A-13 heeft gevestigd. Ingevolge artikel 505 lid 2 Rv kan deze tweede hypotheek niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen. Inmiddels is Mewivast echter failliet verklaard en is ingevolge artikel 33 lid 2 Fw het beslag van Fraanje vervallen. In het *'Banque de Suez-Bijkerk q.q.'*-arrest heeft de HR overwogen:

a) dat het bepaalde in artikel 33 lid 2 Fw wel tot gevolg heeft dat de beslaglegger het beslagen goed niet meer zelf kan uitwinnen, maar er niet toe strekt elk rechtsgevolg van de beslaglegging teniet te doen gaan, en dat met name daardoor de werking van artikel 505 lid 4 Rv (oud) – vergelijkbaar met het huidige artikel 505 lid 2 Rv – niet teniet gaat ten gunste van degene aan wie in strijd met het in die bepaling vervatte verbod een recht van hypotheek is verleend.

b) dat na de faillietverklaring van de beslagdebiteur (hier: Mewivast) de curator zich ten behoeve van de boedel kan beroepen op het verbod van artikel 505 lid 4 Rv (oud), waardoor de hypotheekhouder zijn recht van parate executie niet kan uitoefenen;

c) dat de opbrengst bij verkoop van het goed in de boedel valt voor zover die opbrengst het beloop van de vordering van de beslaglegger, niet overtreft;

d) dat voor de uitleiding van het in de boedel gevallen bedrag de vordering van de hypotheekhouder wordt achtergesteld bij die van de beslaglegger, zodat de hypotheekhouder met betrekking tot dat bedrag niet batig wordt gerangschikt.

Nu naar deze regel(s) is verwezen in HR 22 april 2005, *'Reuser q.q./Postbank'* (NJ 2006/56), moet er vanuit gegaan worden zij hun gelding hebben behouden, ook onder artikel 505 Rv zoals dit thans luidt.

6.3 Uit het voorgaande volgt dat, indien Fraanje de eerste hypotheek van FGH kan negeren, daarvan het gevolg kan zijn (namelijk wanneer de curator zich tegenover FGH beroept op artikel 505 lid 2 Rv), dat zij bij de uitleiding van de in de boedel van het faillissement van Mewivast vallende opbrengst van A-13 vóór FGH gaat, zoals Fraanje stelt en curator Berndsen in een brief van 27 juni 2014 aan de advocaat van FGH heeft ge-

schreven (productie 14 van FGH). Door het faillissement van Mewivast heeft Fraanje het belang bij afwijzing van FGH's vorderingen in conventie en bij toewijzing van haar eigen vorderingen in reconventie dus niet verloren, zij het dat voor de in de reconventionele vorderingen opgenomen woorden 'kan' (zie rov. 1.3) voor de periode vanaf het faillissement van Mewivast (5 augustus 2013) moet worden gelezen: 'kon'. Dit zal in het dictum tot uitdrukking worden gebracht.

6.4 Uit het zojuist overwogene vloeit voort dat ook grief 5 FGH niet kan baten."

2.11 FGH heeft tijdig<sup>15</sup> cassatieberoep ingesteld. Fraanje heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van FGH, althans tot verwerping van het principaal cassatieberoep en heeft op haar beurt incidenteel cassatieberoep ingesteld onder de voorwaarde dat FGH onvankelijk is en één of meer van haar klachten in het principaal cassatieberoep slaagt of slagen. FGH heeft geconcludeerd tot verwerping van de exceptie van niet-ontvankelijkheid in het principale cassatieberoep en tot niet-ontvankelijkverklaring of verwerping van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten. Vervolgens is gerepliceerd en gedupliceerd.

### 3. *Bespreking van de middelen*

In het principaal cassatieberoep

3.1 Fraanje voert als meest verstrekkend verweer in het principaal cassatieberoep dat FGH daarin niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, aangezien zij heeft nagelaten om binnen acht dagen na het instellen van het cassatieberoep de aanwending van dit rechtsmiddel in te schrijven in het register genoemd in art. 433 Rv, welke inschrijving in art. 3:27 lid 2 BW op straffe van niet-ontvankelijkheid bij niet voldoening aan dit vereiste is voorgeschreven.

3.2 Dit verweer moet reeds falen omdat het Hof in zijn arrest in het incident van 17 december 2013 heeft geoordeeld dat van een procedure zoals bedoeld in art. 3:27 BW geen sprake is. Dat oordeel wordt door Fraanje in cassatie weliswaar bestreden, maar slechts voorwaardelijk, voor zover de klachten van het principaal cassatieberoep slagen. Dit heeft tot gevolg dat dit oordeel in ieder geval bij de beoordeling van het principaal cassatieberoep tot uitgangspunt moet worden genomen. Daaraan doet niet af dat hetgeen in het kader van het voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel is aangevoerd volgens Fraanje als in dit verband

<sup>15</sup> De cassatiedagvaarding is uitgebracht op (maandag) 18 mei 2015.

herhaald en ingelast moet worden beschouwd. Hierbij merk ik op dat het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep m.i. ook tevergeefs wordt voorgesteld, zoals hierna bij de bespreking daarvan zal worden toegelicht.

3.3 Terzijde verdient nog opmerking dat de arresten van het Hof in stand blijven als FGH in cassatie niet-ontvankelijk zou worden verklaard, terwijl gegrondbevinding van het incidenteel cassatieberoep tot vernietiging zou leiden. Dergelijke onverenigbare uitspraken dienen m.i. te worden voorkomen.

3.4 Het principaal cassatiemiddel onder 1 is gericht tegen rov. 4.5 en 4.6 van het eindarrest van 17 februari 2015. FGH klaagt ten eerste dat het Hof daarmee blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, omdat aan beslagleggers niet de bescherming van art. 3:36 BW toekomt. Deze klacht wordt door FGH in haar cassatiedagvaarding niet nader uitgewerkt. In haar toelichting op de klacht verwijst zij naar het in de s.t. onder 2 uiteengezette juridisch kader. Dat juridisch kader behelst weinig meer dan een aantal van de door het Hof in de bestreden overwegingen besproken passages uit de parlementaire geschiedenis.

3.5 De klacht faalt. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet dat de in art. 3:36 BW genoemde derde nimmer een beslaglegger zou kunnen zijn. Integendeel, zoals het Hof onder verwijzing naar de Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, p. 173 bovenaan, en p. 174 onderaan/175 bovenaan overweegt, is het de bedoeling van de wetgever dat schuldeisers – waaronder beslagleggers zijn begrepen – zich op art. 3:36 BW kunnen beroepen.<sup>16</sup> Dat is, zoals FGH in haar s.t. onder 2.5 onderkent, ook het meest in overeenstemming met de letterlijke tekst van dat artikel. De vervolgens in de s.t. geciteerde passage uit de Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, p. 133 noopt niet tot een

ander oordeel.<sup>17</sup> Zoals het Hof reeds heeft overwogen, heeft deze passage betrekking op art. 3:24 BW, welke bepaling verkrijgers van rechten op registergoederen betreft – waartoe beslagleggers niet zijn te rekenen – en is er geen grond deze restrictie door te trekken naar art. 3:36 BW dat een algemene, niet tot de inschrijving van registergoederen beperkte regel van derdenbescherming geeft. Verder geldt, eveneens zoals het Hof reeds heeft overwogen, dat de verwijzing in het slot van deze passage naar de pauliana van de artikelen 3:45 BW en 42 Fw, die over benadeling gaan, niet zo kan worden opgevat dat de beslaglegger alleen nog maar een beroep daarop toekomt, met uitsluiting van algemene derdenbeschermingsbepalingen als art. 3:36 BW.

3.6 Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat voor de door FGH verdedigde opvatting evenmin steun kan worden gevonden in het arrest *Ontvanger/Troost*,<sup>18</sup> waarop door FGH in feitelijke aanleg in dit verband een beroep is gedaan. In dat arrest werd, voor zover hier van belang, het volgende overwogen:

“3.5 (...)

Het argument dat de beslaglegger op de juistheid van de openbare registers van onroerend goed moet kunnen vertrouwen, kan voor het bestaande stelsel in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard. Daarbij dient te worden bedacht dat het hier niet gaat om rechten die een derde, afgaande op de registers, te goeder trouw op het onroerend goed heeft verkregen van degenen die op grond van de uit die registers kenbare gegevens voor eigenaar mocht worden gehouden, doch enkel om het belang van een schuldeiser die meende – doch ten onrechte – een verhaalsobject te hebben gevonden. (...)”

Hetgeen het Hof in rov. 4.5 met betrekking tot dit arrest overweegt, komt mij juist voor. In het arrest wordt benadrukt dat de Hoge Raad ‘het bestaande stelsel’ op het oog heeft, zodat daaraan geen argument voor de uitleg van het ‘nieuwe’ art. 3:36 BW kan worden ontleend. De geciteerde overweging heeft alleen nog belang voor art. 3:24 BW.<sup>19</sup>

3.7 In de tweede plaats klaagt FGH dat het oordeel van het Hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting omdat het Hof – kort gezegd – heeft miskend dat art. 3:36 BW een derde wel bescherming biedt tegen geleden schade of nadeel doordat de schijn waarop die derde heeft

16 Zie ook Bartels in diens annotatie onder het bestreden arrest, *JOR* 2015/245 onder 7 en J.C. van Straaten, Kadaster, openbare registers en derdenbescherming, 1992, p. 190. Beide auteurs menen dat de in art. 3:36 BW genoemde derde ook een beslaglegger kan zijn. De kennelijk afwijkende opvatting van Holtman, waarop FGH in dit verband in feitelijke aanleg herhaaldelijk heeft gewezen, kan ik niet goed volgen. Zie R.J. Holtman, Het proces-verbaal is geen wondermiddel, *JBN* 2009/35: “Deze afwezigheid van een wil kan tot gevolg hebben dat derden onbedoeld op het verkeerde been worden gezet, maar het ontbreken van de op de algehele doorhaling gerichte wil heeft niets uit te staan met een jegens derden opgewekte schijn. De conclusie blijft dat beslagleggers geen bescherming wordt geboden tegen de onjuistheid of onvolledigheid van de openbare registers. Met andere woorden: vanwege het ontbreken van een op algehele doorhaling gerichte wil, blijft het eerder ingeschreven recht van hypotheek voorgaan op het later geleide beslag.”

17 Dat geldt ook voor hetgeen wordt opgemerkt in Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 231.

18 HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1261, *NJ* 1992/227, m.nt. W.M. Kleijn.

19 Vgl. annotator Kleijn onder dit arrest en J.C. van Straaten, Kadaster, openbare registers en derdenbescherming 1992, p. 189-190. Zie voorts HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5403, *NJ* 2000/602, m.nt. H.J. Snijders, *JOR* 2000/136, m.nt. J.J.v.H.

vertrouwd niet met de werkelijkheid overeenstemt, maar niet het voordeel waarborgt dat de derde gehad zou hebben indien de schijn werkelijkheid was geweest en dat de derde in het vertrouwen op die schijn meende te hebben verkregen. Volgens FGH kan de beslaglegger als in casu Fraanje zich weliswaar niet op het gewraakte object verhalen, maar is het niet zo dat hij in dat opzicht door het vertrouwen op de schijn in een nadeliger positie is gekomen dan waarin hij zich voorafgaand aan de beslaglegging bevond. Zij stelt dat bescherming van de beslaglegger in een geval als het onderhavige tot een disbalans tussen de belangen van de oudere hypotheekhouder en die van de beslaglegger en zelfs tot ongerechtvaardigde verrijking van de beslaglegger zou leiden. Dat is niet in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid, als niet al moet worden aangenomen dat het een gevolg is dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, aldus nog steeds FGH.

3.8 Ook deze klacht wordt tevergeefs voorgesteld. Niet in de laatste plaats omdat, zoals Fraanje in haar s.t. onder 5.1.3 en 5.1.4 stelt, sprake is van een ontoelaatbaar novum in cassatie. Voor zover ik kan zien - het middel verwijst niet naar vindplaatsen - is in feitelijke aanleg niet eerder aangevoerd dat Fraanje geen bescherming op grond van art. 3:36 BW toekomt omdat zij niet in een nadeliger positie is gekomen dan waarin zij zich voorafgaand aan de beslaglegging bevond. De discussie omtrent eventueel door Fraanje ondervonden nadeel lijkt in het geheel niet te zijn gevoerd. Overigens ligt het voor de hand dat Fraanje in het kader van de beslaglegging kosten heeft moeten maken en in zoverre in een nadeliger positie is komen te verkeren.

3.9 De klacht moet tevens falen omdat zij blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Voor een succesvol beroep op art. 3:36 BW is niet vereist dat de derde nadeel zou lijden bij het onthouden van bescherming.<sup>20</sup> Deze eis is door de wetgever bewust achterwege gelaten.<sup>21</sup> Het al dan niet oplopen van nadeel kan wel een rol spelen als een van de omstandigheden waarnaar in voornoemd artikel wordt verwezen.<sup>22</sup> Waarom de beweerdelijke omstandigheid dat Fraanje bij niet-bescherming geen nadeel ondervindt, hier zou moeten meebrengen dat zij aan de verklaring of gedraging van FGH onder de gegeven omstandigheden niet

redelijkerwijze de zin mocht toekennen die zij daaraan heeft toegekend, maakt FGH onvoldoende duidelijk.

3.10 Onderdeel 2 betreft rov. 4.8-4.11. Wanneer wordt uitgegaan van de door het Hof in rov. 4.9 geformuleerde uitgangspunten, zou het verdere oordeel van het Hof in voornoemde overwegingen volgens FGH blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting. De klacht wordt in een drietal subonderdelen (aangeduid als 2.1 tot en met 2.3) nader uitgewerkt.

3.11 Onder 2.1 klaagt FGH dat het Hof heeft miskend dat het leggen van beslag niet, althans niet onder de omstandigheden van een geval als het onderhavige, althans niet zonder meer in de omstandigheden van dit geval, een handeling is als bedoeld in art. 3:36 BW. Met de term 'handeling' in art. 3:36 wordt doorgaans een rechtshandeling naar burgerlijk recht bedoeld en niet een procesrechtelijke (rechts) handeling. Weliswaar dient art. 3:36 BW ingevolge art. 3:59 BW ook buiten het vermogensrecht te worden toegepast, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet, en is de toepassing van de bepalingen van titel 2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek op procesrechtelijke handelingen niet zonder meer uitgesloten, maar de rechter zal volgens FGH bij toepassing van de bedoelde bepalingen op zodanige handelingen uitermate voorzichtig moeten zijn. Voor die toepassing is bij een beslag als het onderhavige geen aanleiding. Althans is er bij een beslag voor die toepassing des te minder aanleiding om de redenen vermeld in onderdeel 1.

3.12 De facto komt ook deze klacht erop neer dat de in art. 3:36 BW genoemde derde nimmer een beslaglegger zou kunnen zijn. Als eerder onder 3.5 overwogen, is dat standpunt onjuist. Daarbij komt dat de wetgever hier niet is uitgegaan van het begrip rechtshandeling, maar bewust voor het ruimere begrip 'handeling' heeft gekozen.<sup>23</sup> Er is geen goede reden - FGH noemt er ook geen - waarom het begrip handeling in art. 3:36 BW niet ook het leggen van beslag zou omvatten. Ook deze klacht wordt derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.13 Onder 2.2 klaagt FGH dat, anders dan het Hof aanneemt, de op de beslaglegging volgende executoriale verkoop en overdracht rechtens wel degelijk vervolghandelingen zijn die worden verricht terwijl degene die de bescherming van art. 3:36 BW inroept reeds weet dat zijn veronderstelling dat het beslagen goed vrij van hypotheeken zou zijn onjuist was, zodat de bescherming van art. 3:36 BW ter zake van die executoriale verkoop en overdracht niet kan worden ingeroepen. De bescherming van art. 3:36 BW wordt immers alleen verleend tegen ongeldigheid van de handeling die in rede-

20 Vgl. B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers, Derdenbescherming, Mon. Nieuw BW (A22), 2002, p. 31 e.v.

21 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 176-177 (m.b.t. art. 3.2.3 (thans 3:35 BW)) en p. 347-348.

22 Vgl. B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers, Derdenbescherming, Mon. Nieuw BW (A22), 2002, p. 32.

23 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 179.

lijk vertrouwen op de juistheid van de gewraakte veronderstelling is verricht. Volgens FGH zou de andersluidende opvatting van het Hof tot het ongerijmde, onaanvaardbare of ongewenste resultaat leiden dat een beslaglegger ten gevolge van het beslag dat hij in redelijk vertrouwen op de juistheid van de gewekte schijn heeft gelegd, vermogensrechtelijk aanzienlijk beter af zou zijn dan degene die in redelijk vertrouwen op de juistheid van de gewekte schijn een onroerende zaak heeft gekocht die echter nog niet aan hem is overgedragen op het moment dat hij tot de ontdekking komt dat zijn veronderstelling onjuist is. De beslaglegger zou niettegenstaande die ontdekking een zaak mogen uitwinnen waarvan hij inmiddels weet dat die eigenlijk tot zekerheid van andermans schuld strekt, terwijl de koper zowel de zaak zelf als de door hem reeds betaalde koopsom zou kunnen ontgaan en zou kunnen blijven zitten met een vordering op de verkoper tot nakoming of wegens wanprestatie.

3.14 De klacht gaat voorbij aan de essentie van de overwegingen van het Hof op dit punt en moet reeds op die grond falen. Het bestreden oordeel houdt niet in dat de uitwinning geen vervolghandeling is die wordt verricht terwijl degene die de bescherming van art. 3:36 BW inroept reeds weet dat zijn veronderstelling dat het beslagen goed vrij van hypotheek zou zijn onjuist was. Evenmin houdt het in dat de bescherming van art. 3:36 BW ter zake van de executoriale verkoop en overdracht kan worden ingeroepen. De gestelde niet-werking van art. 3:36 BW ten aanzien van de uitwinning wordt door het Hof zelfs tot uitgangspunt genomen. In rov. 4.9 overweegt het Hof dat het beslag moet worden beschouwd als te zijn gelegd op het niet met een hypotheekrecht bezwaarde appartementsrecht A-13. In rov. 4.11 overweegt het Hof vervolgens - in cassatie onbestreden - dat de rangorde tussen Fraanje en FGH reeds volledig was bepaald op het moment van beslaglegging, hetgeen een wezenlijk verschil vormt met de situatie dat de koper van een goed weliswaar na de koop, maar voor de levering van de werkelijke toestand op de hoogte is gekomen. Die omstandigheid brengt volgens het Hof mee dat de uitwinning van het beslagen goed - anders dan de levering in voornoemd voorbeeld - niet van zodanig zelfstandig gewicht is dat de gestelde niet-werking van art. 3:36 BW er alsnog toe kan leiden dat het beslag niet vrij van hypotheek kan worden uitgewonnen. Tegen dat oordeel wordt in cassatie niet met een klacht opgekomen.

3.15 Bij het voorgaande komt dat Fraanje zich niet heeft beroepen op de bescherming van art. 3:36 BW voor latere handelingen dan de beslaglegging zelf, zoals zij in haar s.t. onder 5.3.1 uiteenzet, en dat Fraanje gegeven het fail-

lissement van Mewivast ook niet zelf tot uitwinning zal kunnen overgaan, zoals het Hof in rov. 4.12 heeft overwogen.

3.16 De onder 2.3 geformuleerde klacht mist feitelijke grondslag. De overwegingen van het Hof houden niet in dat het eerste hypotheekrecht van FGH tot stand is gekomen na de inschrijving van het proces-verbaal van beslaglegging. Zij houden in dat het eerste hypotheekrecht niet aan Fraanje kan worden tegenworpen (rov. 4.9) en dat het beslag in zoverre vrij van hypotheek kan worden uitgewonnen (rov. 4.11) en zien - voor zover het art. 505 lid 2 Rv betreft - op het tweede hypotheekrecht dat eerst na de inschrijving van het proces-verbaal van beslaglegging is gevestigd (rov. 4.10, 6.2 en 6.3).<sup>24</sup>

3.17 Onderdeel 3 betreft eerst en vooral rov. 4.9. In de inleidende passage op p. 7 van de cassatiedagvaarding worden ook rov. 4.3 en 4.7 genoemd. Ook tegen die overwegingen worden klachten gericht.

3.18 Onder 3.1 klaagt FGH dat het Hof blijkens rov. 4.7 en de aanhef van rov. 4.9 een te beperkte uitleg aan haar grieven heeft gegeven. Zij verwijst naar een reeks vindplaatsen in feitelijke aanleg<sup>25</sup> en stelt dat uit de daar betrokken stellingen redelijkerwijs niet anders kan worden gconcludeerd dan dat daarmee, ook in hoger beroep, is bedoeld te betogen dat geen volmacht is verstrekt tot doorhaling van het hypotheekrecht op het appartementsrecht A-13, zodat niet is voldaan aan de uit art. 3:36 BW voortvloeiende eis dat degene tegen wie de bescherming van die bepaling wordt ingeroepen de betreffende schijn in het leven heeft geroepen. In het licht daarvan zou 's Hof's vaststelling in rov. 4.9 (i) dat in art. 6 NAA een onjuiste verklaring van FGH is neergelegd, en (ii) dat Fraanje op grond van die verklaring mocht aannemen dat FGH afstand had gedaan van haar hypotheekrecht op het appartementsrecht A-13, rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk zijn.

3.19 Het onderdeel strandt reeds daarop dat FGH op de door haar genoemde vindplaatsen niet het standpunt heeft ingenomen dat aan Fraanje de bescherming van art. 3:36 BW moet worden onthouden op de grond dat gegeven het ontbreken van een toereikende volmacht niet is voldaan aan de eis dat degene tegen wie de bescherming van die bepaling wordt inge-

24 Het beslag is op 10 november 2011 gelegd. De tweede hypotheek ten behoeve van FGH is op 12 december 2011 ingeschreven. Vgl. de weergave van de feiten hiervoor onder 1.2 en 1.3.

25 In voetnoot 1 van haar cassatiedagvaarding verwijst FGH naar de inleidende dagvaarding onder 5, 6, 14, 15 en 17, het proces-verbaal van comparitie d.d. 12 december 2012 op p. 2, naar rov. 2.1-2.4 en 2.8, alsmede rov. 4.2 en 4.3 van het vonnis van de Rechtbank en naar de mvg onder 3, 7-10, 23 en 27.

roepen de betreffende schijn in het leven heeft geroepen. Een dergelijke stellingname behoeft de het Hof ook niet te lezen in hetgeen op die plaatsen wel is aangevoerd en dat er veelal op neer komt dat bij gebreke van een geldige volmacht geen afstand is gedaan van het hypotheekrecht.<sup>26</sup> De uitleg die het Hof aan FGH's stellingen heeft gegeven is niet onbegrijpelijk. 3.20 Nog een enkele opmerking ten overvloede. FGH stelt in haar schriftelijke repliek onder 5.1 uitdrukkelijk dat de klacht niet zozeer is dat de NAA geen verklaring van haar is, maar – kort gezegd – dat gezien de ontbrekende volmacht niet aan het zgn. toedoen-vereiste is voldaan. Als de klacht niet de strekking heeft dat de NAA geen verklaring van FGH is, valt niet goed in te zien waarom de vaststelling dat in art. 6 NAA een onjuiste verklaring van FGH is neergelegd volgens haar onjuist of onbegrijpelijk is. Als de NAA als verklaring van FGH moet worden aangemerkt, lijkt bovendien gegeven dat aan het toedoen-vereiste is voldaan. Het toedoen-vereiste dient er juist toe vast te stellen of sprake is van een verklaring of gedraging van de in art. 3:36 BW bedoelde derde (niet zijnde een wederpartij van de fidens).<sup>27</sup> Voor de voorgaande beoordeling doet een en ander evenwel niet ter zake; in feitelijke aanleg is noch het standpunt ingenomen dat niet aan het toedoen-vereiste is voldaan, noch het standpunt dat de NAA voor zover hier van belang niet als verklaring van FGH kan worden aangemerkt.

3.21 Onder 3.2 formuleert Fraanje klachten die betrekking hebben op rov. 4.3 en de vaststellingen in rov. 4.9 onder (ii) en (iii). In rov. 4.3 heeft het Hof de stelling verworpen dat niet aan de voorwaarden van art. 3:36 BW is voldaan omdat Fraanje geen kennis heeft genomen van de NAA en derhalve niet op de juistheid daarvan heeft vertrouwd. Het Hof overwoog dat het voor de toepasselijkheid van art. 3:36 BW voldoende is dat Fraanje de registers heeft ingezien, dat het bewijs daarvan met het overgelegde 'hypotheccair bericht object' is geleverd en dat daaruit blijkt dat in de registers stond vermeld dat appartementsrecht A-13 niet belast was met een hypotheekrecht. In rov. 4.9 overwoog het Hof vervolgens, voor zover hier van belang, (ii) dat Fraanje op grond van de onjuiste verklaring in art. 6 NAA mocht aannemen dat FGH afstand had gedaan van haar hypotheekrecht op het appartementsrecht A-13 en (iii) dat Fraanje in het vertrouwen op

de juistheid van art. 6 NAA het beslag heeft gelegd. Volgens FGH is zowel rov. 4.3. als rov. 4.9 onjuist of onbegrijpelijk.

3.22 FGH lijkt aan te nemen dat het Hof heeft geoordeeld dat voor een succesvol beroep op art. 3:36 BW raadpleging van de basisregistratie kadaster volstaat.<sup>28</sup> Dat is niet het geval. Het Hof heeft overwogen dat inzage in de registers vereist maar ook voldoende is en dat Fraanje het bewijs heeft geleverd dat zij de registers daadwerkelijk heeft ingezien. Het Hof heeft hier het oog op de openbare registers en niet op de kadastrale registratie. Dat volgt niet alleen uit de gebezigde terminologie, maar ook uit de omstandigheid dat FGH zelf reeds stelde dat Fraanje de basisadministratie van het kadaster had ingezien, zodat Fraanje daarvan geen bewijs hoefde bij te brengen. Het oordeel dat Fraanje heeft bewezen dat zij de openbare registers daadwerkelijk heeft ingezien wordt in cassatie niet bestreden.<sup>29</sup>

3.23 FGH klaagt verder dat de parlementaire geschiedenis geen steun biedt voor 's Hofs oordeel. Uit het door haar in voetnoot 2 in de cassatiedagvaarding onderstreepte citaat maak ik op dat zij meent dat het Hof heeft miskend dat vereist is dat 'de derde daadwerkelijk heeft vertrouwd op een uit de registers af te leiden verklaring of gedraging'. Die klacht berust op een verkeerde lezing van 's Hofs arrest en mist derhalve feitelijke grondslag. Het Hof heeft zulks niet miskend, maar geoordeeld dat aan voornoemd vereiste is voldaan. Dat volgt onmiskenbaar uit hetgeen in rov. 4.9 is overwogen. Voor zover hier van belang, houdt de parlementaire geschiedenis waaraan het Hof in rov. 4.3 refereert het volgende in:<sup>30</sup>

"Ook staat de onderhavige bepaling [art. 3:26 BW] niet in de weg aan een eventueel beroep van een derde die op de inhoud van de registers afging, op het bepaalde in arti-

28 FGH verwijst in haar s.t. onder 5.3 en in haar schriftelijke repliek onder 4.3 naar literatuur waaruit volgt dat op de kadastrale registratie gegronde goede trouw niet wordt beschermd. Zie ook haar schriftelijke repliek onder 5.2. Overigens ziet deze literatuur – en de parlementaire geschiedenis waarnaar daarin wordt verwezen – op afdeling 3.1.2, waarin met registers steeds de openbare registers worden bedoeld, en niet op art. 3:36 BW. Bij deze laatste bepaling geldt een algemenere onderzoeksplicht. In dat verband kan hetgeen in de kadastrale registratie wordt vermeld mede van belang zijn. Vgl. Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Boek 3, p. 1057, 1064. Zie over de ontsluitingsfunctie en de inhoud van de basisregistratie kadaster nader art. 48 Kadasterwet.

29 Ik vraag mij af of dit oordeel wel gegrond kan worden op het 'hypotheccair bericht object'. In haar s.t. onder 5.6.4 lijkt Fraanje verder zelf ook tot uitgangspunt te nemen dat alleen de basisadministratie kadaster is geraadpleegd. Aan een en ander moet in cassatie evenwel voorbij worden gegaan, omdat FGH, als gezegd, in zoverre niet over 's Hofs oordeel heeft geklaagd.

30 Zie Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 142.

26 Mogelijk is hetgeen in de mvg onder 24 is aangevoerd bedoeld als opmaat naar een stellingname als in het middel bedoeld. Naar die passage wordt in cassatie evenwel niet verwezen, terwijl ook op die plaats niet het door FGH genoemde standpunt wordt ingenomen.

27 Vgl. over het toedoen-vereiste *Asser/Bartels & Van Mierlo* 3-IV 2013/381 en 386.

kel 3.2.3a [art. 3:36 BW] van het gewijzigd ontwerp. Een zodanig beroep zal echter slechts bij uitzondering kunnen slagen. Voor de toepasselijkheid van artikel 3.2.3a zal immers in dit geval dienen te worden bewezen dat de derde daadwerkelijk heeft vertrouwd op een uit de registers af te leiden verklaring of gedraging van zijn wederpartij. Zoals boven in de tweede alinea bij artikel 3.1.2.7 reeds opgemerkt werd, zal het bewijs hiervan, dat zal moeten omvatten het bewijs dat de registers daadwerkelijk zijn ingezien, slechts zelden geleverd kunnen worden. Ook overigens dient voor een beroep op artikel 3.2.3a aan zwaardere eisen te zijn voldaan. Met name zal door de derde moeten worden aangetoond dat de door hem uit de registers afgeleide verklaring of gedraging van zijn wederpartij door hem is opgevat overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen.”

's Hofs oordeel dat uit deze passage volgt dat het vereist, maar ook voldoende is dat Fraanje de registers daadwerkelijk heeft ingezien, is - voor zover het een algemene strekking heeft - te kort door de bocht. In het kader van art. 3:36 BW moet de vraag of iemand te goeder trouw is, worden beoordeeld aan de hand van de algemene regels betreffende goede trouw, waarvan er enige in art. 3:11 BW zijn neergelegd, en geldt een algemenere onderzoeksplicht.<sup>31</sup> De omvang daarvan is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>32</sup> 's Hofs oordeel houdt evenwel ook in dat raadpleging van de registers via het 'hypotheccair bericht object' volstond en dat hier niet de eis kan worden gesteld dat Fraanje tevens kennis heeft genomen van de inhoud van de NAA op grond waarvan het hypotheekrecht op het appartementsrecht is doorgehaald. Dat oordeel is feitelijk van aard en niet onbegrijpelijk. Er is weinig voor te zeggen raadpleging van de registers op de wijze als hier geschied onvoldoende te achten in een geval als het onderhavige, waarin kennisname van de onderliggende akte ook slechts tot de slotsom had kunnen leiden dat het apparte-

mentsrecht A-13 niet met een hypotheekrecht was belast.<sup>33</sup>

3.24 FGH stelt verder dat de enige relevante verklaring of gedraging van FGH de NAA zou kunnen zijn (ware het niet dat daarvoor geen volmacht is gegeven). Vooropgesteld moet worden dat dit niet zonder meer juist is. Onder de verklaring of gedraging als bedoeld in art. 3:36 BW is ook een niet-doen begrepen. Degene die weet dat met betrekking tot een hem toebehorend registergoed een onjuist feit in de registers is ingeschreven en deze onjuistheid niet doet verbeteren, wekt door deze gedraging de schijn dat de uit de registers naar voren komende rechtstoestand van dat goed juist is. Daarop zal een derde mogen vertrouwen. Hij zal zich tot zijn bescherming op art. 3:36 BW kunnen beroepen.<sup>34</sup> Naast de NAA kan derhalve mogelijk ook het niet doen verbeteren van de onjuiste weergave in de registers gelden als de verklaring of gedraging van FGH waarop Fraanje in vertrouwen mocht afgaan. Uit 's Hofs oordeel blijkt evenwel niet dat het een dergelijk niet-doen in zijn beslissing heeft betrokken. Mogelijk stond daaraan ook in de weg dat FGH heeft gesteld dat zij tot na de datum waarop het beslag werd gelegd niet op de hoogte was van de doorhaling.<sup>35</sup> Over de vraag of FGH met

31 Vgl. Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Boek 3, p. 1057, 1064. Zie voorts bijvoorbeeld ook *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/398* en *Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, Goederenrecht, 2012/145*.

32 Vgl. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2513, NJ 2004/171, m.nt. H.J. Snijders. Zie hier ook Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Boek 3, p. 1135.

33 Vertaald naar art. 3:11 BW geldt dat Fraanje de onjuistheid van de veronderstelling dat het appartementsrecht niet met een hypotheekrecht was bezwaard, kende noch behoorde te kennen. Overigens verschillen partijen van inzicht over de vraag in hoeverre verder (historisch) onderzoek bij doorhaling mogelijk is. Vgl. de s.t. van Fraanje onder 5.6.3 en 5.6.4 en de schriftelijke repliek van FGH onder 4.5 en 4.6. Deze deels feitelijke discussie is in de vorige instanties niet gevoerd. Uit de parlementaire geschiedenis lijkt evenwel te volgen dat nader (historisch) onderzoek mogelijk is. Vgl. Parl. Gesch. Kadasterwet (Inv. 3, 5 en 6), p. 95. Zie ook W.M. Kleijn, De positie van degene die afgaat op de gegevens van de openbare registers, *JBN 2006/32*. Deze laatste auteur meent dat in gevallen als de onderhavige - in het kader van art. 3:26 BW, hier niet van toepassing - het risico van de hypotheekhouder prevaleert.

34 Vgl. *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/386*.

35 Vgl. de s.t. van FGH onder 5.1 onder verwijzing naar de inleidende dagvaarding onder 17 en de mvg onder 11. Laatstgenoemde vindplaats bevat inderdaad een stelling van deze strekking.

de onjuistheid bekend had moeten zijn, hebben partijen niet gedebatteerd.<sup>36</sup>

3.25 Zie ik het goed, dan leest FGH in 's Hofs arrest dat de doorhaling als de relevante verklaring of gedraging in de zin van art. 3:36 BW is aangemerkt. Die lezing is onjuist. Ook in zoverre mist het onderdeel feitelijke grondslag. Uit rov. 4.3 en 4.9 in onderling verband en samenhang gelezen, volgt dat het Hof de NAA als de relevante verklaring of gedraging van FGH heeft beschouwd. 's Hofs oordeel moet – zoals Fraanje in haar s.t. onder 5.6.4 en 5.6.5 stelt – kennelijk aldus worden begrepen dat het hypothecair bericht object heeft te gelden als afgeleide verklaring van FGH, zoals opgenomen in de NAA, waaraan Fraanje redelijkerwijs de gevolgtrekking mocht verbinden dat het registergoed niet was belast met een hypotheekrecht. Anders gezegd: Fraanje heeft op de NAA vertrouwd doordat zij is afgegaan op de daarop gebaseerde kadastrale vermelding dat het appartementsrecht onbelast was. Voor zover FGH klaagt dat het Hof hiermee buiten grenzen van de rechtsstrijd is getreden, moet het onderdeel ook falen. Het Hof heeft de stellingen van Fraanje – die anders dan FGH suggereert niet beperkt waren tot een beroep op door de NAA gewekte schijn, maar ook inhielden dat op grond van de openbare registers en het hypothecair bericht object gerechtvaardigd mocht worden vertrouwd dat het appartementsrecht onbelast was<sup>37</sup> – in redelijkheid in voornoemde zin kunnen begrijpen.

3.26 Uit het voorgaande volgt dat het onderdeel ook feitelijke grondslag mist voor zover het inhoudt dat het Hof de feitelijke juistheid in het midden heeft gelaten van de stelling dat Fraanje geen kennis van de NAA heeft genomen en derhalve niet op de juistheid daarvan heeft vertrouwd, zodat daarvan bij wege van hypothetische feitelijke grondslag moet worden uitgegaan.

3.27 Voor zover FGH nog klaagt dat de vaststellingen sub (ii) en (iii) in rov. 4.9, dat Fraanje

op grond van de onjuiste verklaring in art. 6 NAA mocht aannemen dat FGH afstand had gedaan van haar hypotheekrecht op appartementsrecht A-13 en dat Fraanje in het vertrouwen op de juistheid van art. 6 NAA het beslag heeft gelegd, onjuist of onbegrijpelijk is, bouwt het onderdeel voort op de hiervoor besproken klachten, zodat het ook in zoverre tevergeefs wordt voorgesteld.

3.28 Onderdeel 4 mist zelfstandige betekenis en moet het lot van de voorgaande onderdelen delen.

In het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

3.29 Het incidenteel cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat FGH ontvankelijk is in haar principaal cassatieberoep en dat dat cassatieberoep succes heeft. Aan de laatste van deze twee cumulatieve voorwaarden is niet voldaan, zodat het incidenteel cassatieberoep geen bespreking behoeft. Slechts voor het geval daarover anders zou moeten worden geoordeeld, zal ik toch nader op het incidenteel beroep ingaan.

3.30 De eerste drie onderdelen van het incidenteel cassatieberoep betreffen het arrest in het incident van 17 december 2013. De daarin vervatte klachten moeten m.i. reeds bij gebrek aan belang falen. Ook als de procedure, anders dan het Hof heeft geoordeeld, wél als een procedure zoals bedoeld in art. 3:27 BW moet worden aangemerkt, had het Hof niet tot niet-ontvankelijkverklaring van FGH mogen overgaan. In eerste aanleg is de gevorderde verklaring afgewezen. Het laat zich verdedigen dat het vonnis daarmee niet een vonnis is als bedoeld in art. 3:27 lid 1 BW, zodat de in het tweede lid gegeven regel dat de appeldagvaarding op straffe van niet-ontvankelijkheid in het rechtsmiddelenregister moet worden inge-

36 Zie echter wel de cva, tevens eis in reconventie onder 16, op welke plaats Fraanje, voor zover hier van belang, opmerkt: "er moet immers ook vanuit gegaan worden dat FGH Bank en Mewivast een afschrift van de akte afstandsverklaringen hebben ontvangen, zonder dat zij daarop aan de notaris hebben gemeld dat er van meer afstand was gedaan dan gewild werd." Zie ook W.M. Kleijn, De positie van degene die afgaat op de gegevens van de openbare registers, *JBN* 2006/32, n.a.v. Hof Arnhem, *ECLI:NL:GHARN:2003:AV3798*, *V-N* 2005/49.21, waarin de vraag wordt gesteld wiens risico prevaleert en of de initiatiefnemer bij inschrijving na het inschrijven van een feit dient te controleren of ter zake daarvan alles in orde is in de door het kadaster aan de raadpleger te verschaffen gegevens.

37 Vgl. de mva onder 19 e.v., i.h.b. onder 21, 22 en 41. Zie ook het als productie 12 bij inleidende dagvaarding overgelegde Verzoek tot het stellen van een termijn voor executie of onderhandse verkoop ex. art. 545 Rv onder 21.

schreven, niet geldt.<sup>38</sup> De incidentele vordering tot niet-ontvankelijkverklaring had derhalve hoe dan ook moeten worden afgewezen. Ook als daarover anders moet worden geoordeeld, slagen de klachten echter niet.

3.31 Onderdeel 1 ziet op rov. 12. Onder 1.1 klaagt Fraanje dat het Hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd voor de uitleg van de vorderingen van FGH. Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Zoals Fraanje met juistheid stelt, moet de vraag wat is gevorderd niet worden beantwoord door middel van een louter taalkundige uitleg van de bewoordingen van het petitum, maar door middel van een redelijke uitleg van het petitum in het licht van het gehele gedingstuk waarin de eis is vervat en het gehele procesuele partijdebat. Daarbij komt het erop aan in welke zin de wederpartij

de eis redelijkerwijs heeft moeten opvatten.<sup>39</sup> Hoewel in rov. 12 minder zuiver wordt gesproken van een uitleg aan de hand van alle omstandigheden van het geval, heeft het Hof voornoemde maatstaf blijkens de daaropvolgende overwegingen gehanteerd. In overeenstemming met die maatstaf heeft het Hof achtereenvolgens onder meer betekenis toegekend aan het procesuele handelen van FGH (rov. 13), het doel van het exploit van 1 mei 2012 en de daarmee ingeleide procedure (rov. 14) en de beperkte formulering van de gevorderde verklaring voor recht (rov. 15), om vervolgens te concluderen dat de procedure - in weerwil van de eigen kwalificatie van FGH - niet anders kan worden begrepen dan als een procedure tot verkrijging van een verklaring van recht als bedoeld in art. 3:302 BW (rov. 16).

3.32 Ook de klacht onder 1.2 wordt tevergeefs voorgesteld. Ten onrechte neemt Fraanje aan dat de kwalificatie van de eis in het processtuk waarin zij is vervat bepalend is voor de vraag welke procedure eiser heeft willen initiëren. Het komt aan op een uitleg conform de eerder genoemde maatstaf. Anders dan Fraanje veronderstelt, is er in een dergelijk geval niet sprake van dat iets anders wordt toegewezen dan gevorderd.

3.33 Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 13. Onder 2.1 klaagt Fraanje andermaal dat het Hof een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd. De klacht faalt op de hiervoor genoemde gronden. Anders dan Fraanje meent, is de uitleg van de processtukken niet beperkt tot de daarin opgenomen stellingen. Uitleg dient plaats te vinden in het licht van het gehele procesuele partijdebat. Dat is meeromvattend dan de inhoud van de processtukken. Dat is nagelaten bepaalde formaliteiten te vervullen, kan in dit verband van belang zijn. Aan de rechtskracht van het vonnis in eerste aanleg heeft het Hof geen zelfstandige betekenis toegekend bij de uitleg van het gevorderde.

3.34 De klacht onder 2.2 mist feitelijke grondslag. De procedure is volgens het Hof niet

38 Vgl. HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4743, NJ 2006/216, m.nt. H.J. Snijders. Zie ook HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4005, NJ 2000/495, m.nt. H.J. Snijders, HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7611, NJ 2008/140, JBPR 2007/60, HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7615, NJ 2008/141, m.nt. H.J. Snijders, JBPR 2007/61, m.nt. J.J. Dammigh, HR 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2531, NJ 2015/368, JBPR 2016/5, m.nt. J.J. Dammigh. Deze arresten betreffen art. 3:301 BW, maar er is m.i. geen goede reden waarom ten aanzien van de onderhavige bepaling anders zou moeten worden geoordeeld. De eis van inschrijving van een beroep in de openbare registers is zo a-typisch en de sanctie op niet-inschrijving zo verstrekkend, dat de wet een dergelijke eis uitdrukkelijk dient te stellen. In dit geval is daarvan geen sprake. Niet-ontvankelijkverklaring dient slechts plaats te vinden voor zover het niet tijdig ingeschreven rechtsmiddel is gericht tegen de in te schrijven verklaring. Evenals art. 3:301 lid 2 BW strekt het onderhavig voorschrift ertoe de betrouwbaarheid van de openbare registers zoveel mogelijk te waarborgen met het oog op de rechtszekerheid die ten aanzien van de verkrijging van registergoederen is vereist; het strekt niet ter bescherming van het belang van de wederpartij van degene die het rechtsmiddel heeft ingesteld. Voor derden moet via de openbare registers duidelijk zijn dat de betrokken goederenrechtelijk relevante uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Reden voor de eis van inschrijving van het beroep is steeds dat de griffier van het gerecht dat een dergelijke uitspraak heeft gedaan, moet kunnen verklaren dat er vóór het verstrijken van de beroepstermijn geen gewoon rechtsmiddel tegen de uitspraak is ingesteld, welke verklaring vervolgens in de openbare registers kan worden ingeschreven. Vgl. voor art. 3:27 lid 2 BW Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Boek 3, p. 1108. Zie in dit verband art. 25 Kadasterwet en art. 3:17 lid 1 sub e BW. Dat belang speelt hier niet nu er geen in te schrijven verklaring in de zin van art. 3:27 lid 1 BW is.

39 Vgl. G.C.C. Lewin in diens annotatie onder HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:151, JBPR 2014/27. Zie ook W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, 2011, p. 54-55, Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/283. In een procedure als de onderhavige lijkt de vraag in welke zin de wederpartij de eis redelijkerwijs heeft moeten opvatten en heeft opgevat, mij in afwijking van het normale geval van ondergeschikte betekenis. De regeling van art. 3:27 BW strekt immers niet ter bescherming van het belang van de wederpartij. Verder vraag ik mij af of hier niettegenstaande de door het Hof gekozen bewoordingen niet veeleer sprake is van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, dan van een uitleg van het gevorderde. Ook in dat geval komt het evenwel aan op uitleg door de rechter van de verschillende stellingen van partijen. Vgl. A.I.M. van Mierlo, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Rv, aant. 1, en E.M. Wesseling-van Gent, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Rv, aant. 4.

'van kleur verschoten' maar van aanvang af een procedure als bedoeld in art. 3:302 BW geweest. 3.35 Ook de klacht onder 2.3 treft geen doel. In de literatuur wordt wel aangenomen dat art. 3:27 BW buiten toepassing blijft bij gebreke van een openbare oproeping en dat in een dergelijk geval slechts de rechtsverhouding tussen partijen bij de procedure gemoeid is.<sup>40</sup> 's Hofs oordeel is daarmee in overeenstemming. Fraanje ziet verder eraan voorbij dat het Hof niet louter op grond van het gegeven dat niet is voldaan aan het vereiste van een openbare oproeping tot het oordeel is gekomen dat sprake is van een procedure als bedoeld in art. 3:302 BW. Tot slot zegt het Hof in rov. 13 niets over de procedurele bedoeling van FGH.

3.36 Ook het tegen rov. 16 gerichte onderdeel 3 slaagt niet. Voor zover Fraanje wederom klaagt over de door het Hof gehanteerde maatstaf, kan worden verwezen naar hetgeen daaromtrent eerder is overwogen. De klacht dat niet is gereageerd op door haar betrokken essentiële stellingen, dan wel dat het Hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het gemeend heeft dat deze stellingen niet relevant zijn voor de beoordeling, mist feitelijke grondslag. Op de door Fraanje in cassatie genoemde stellingen is het Hof wel degelijk ingegaan. De door haar op pagina 11 van haar conclusie van antwoord genoemde stellingen *onder a t/m d* hebben steeds de strekking dat FGH de procedure zelf heeft gekwalificeerd als een procedure zoals bedoeld in art. 3:27 BW. Daaromtrent heeft het Hof in rov. 12 overwogen dat zulks niet doorslaggevend is, maar dat aan de hand van alle omstandigheden van het geval dient te worden vastgesteld of een verklaring voor recht is gevorderd als bedoeld in art. 3:27 BW of als bedoeld in art. 3:302 BW. De stelling *onder e* houdt in dat FGH ook de rechthebbende Mewivast in de procedure heeft betrokken. Daarop is het Hof in rov. 14 ingegaan: dat het exploit aan Mewivast is betekend was niet zozeer ingegeven door de vereisten van art. 3:27 BW (dat dagvaarding van de rechthebbende voorschrijft), als wel door de omstandigheid dat het exploit tevens te gelden had en ook in de kop ervan was aangemerkt als sommatie. Op de stelling *onder f*, dat Fraanje de door FGH ingenomen standpunten en stellingen ook zo heeft begrepen en opgevat dat FGH beoogde een vordering ex art. 3:27 BW in te stellen, heeft rov. 16 betrekking. Op die plaats heeft het Hof overwogen dat de procedure ingeleid bij exploit van 1 mei 2012 onder de gegeven omstandigheden niet anders kan worden begrepen dan als een procedure strekkende tot verkrijging van een verklaring van recht als bedoeld in art. 3:302 BW.

<sup>40</sup> Vgl. de annotatie van J.J. Dammingh onder Hof Amsterdam 23 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2757, JBPR 2016/10.

3.37 Onderdeel 4 betreft rov. 3.6 van het eindarrest van 17 februari 2015. Fraanje klaagt dat 's Hofs oordeel onbegrijpelijk is waar wordt geconcludeerd dat de voor afstand van het hypotheekrecht vereiste titel ontbrak, zodat er geen rechtsgeldige afstand van het eerste recht van hypotheek op het appartementsrecht A-13 tot stand is gekomen. Het Hof zou de essentiële stelling dat de afstand door FGH expliciet is bekrachtigd in de akte van rectificatie en er ook om die reden sprake is van een geldige titel ten onrechte onbesproken hebben gelaten. Fraanje verwijst in dit verband naar haar mva onder 52, laatste volzin en onder 54, tweede volzin.<sup>41</sup>

3.38 Op de door Fraanje genoemde vindplaatsen staat niet wat zij in cassatie stelt dat daar staat. In ieder geval behoefde het Hof zulks daarin niet te lezen. Op voornoemde vindplaatsen heeft Fraanje slechts gesteld dat het mogelijk gebrek van een ontbrekende volmacht met de bekrachtiging van de afstand in de rectificatieakte is geheeld. Aan die stelling kon het Hof evenwel voorbijgaan, omdat blijkens rov. 3.4 bij de beoordeling veronderstellenderwijs is aangenomen dat sprake was van een (toereikende) volmacht van de '*comparante*'. Het gaat in 's Hofs oordeel veeleer om de vraag of de verklaring van de '*comparante*' overeenkomstig de wil van FGH is, zo volgt uit rov. 3.5. Dat op grond van de akte van rectificatie moet worden aangenomen dat zulks het geval is, heeft Fraanje op de door haar in cassatie genoemde vindplaatsen niet gesteld. Ook dit laatste onderdeel faalt derhalve.

#### 4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

<sup>41</sup> Op de genoemde vindplaatsen heeft Fraanje het volgende gesteld: "Sterker nog: voor zover een volmacht zou hebben ontbroken, is dat gebrek geheeld door de expliciete bekrachtiging van de afstand in de rectificatieakte", en: "Voor zover die volmacht toch zou ontbreken, is dat gebrek geheeld door de bekrachtiging die middels de rectificatie van de akte afstandsverklaringen heeft plaatsgevonden".