

Radboud Universiteit



Ruilverkaveling

Een fenomeen met bijzondere juridische gevolgen

Een onderzoek naar de gevolgen voor volgorde van verhaal voor een latere hypotheekhouder bij onvolledige openbare registers na een ruilverkaveling

Masterscriptie Nederlands Recht
Specialisatie Burgerlijk Recht

Auteur	D.W.L. (Demi) Vlieks
Studentnummer	S1066585
Begeleider	mr. C.A.M. (Charissa) Domingus
Tweede lezer	prof. mr. H.L.E. (Rick) Verhagen

Inleverdatum: Juni 2023

Verdedigingsdatum: 30 augustus 2023



Voorwoord

Beste lezer,

Voor u ligt het afstudeeronderzoek 'De ruilverkaveling – Een fenomeen met bijzondere juridische gevolgen', welke is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

Dit onderzoek biedt een diepgaande analyse van enkele cruciale aspecten van ruilverkaveling en is het resultaat van 8 maanden waarin ik onder andere bezig ben geweest met het verdiepen in de materie omtrent de bescherming van de artikelen 3:24 en 3:26 BW en de volgorde van verdeling die uit de toepassing van deze bescherming voortvloeit.

De bescherming van een latere hypotheekhouder die geconfronteerd wordt met een ouder hypotheekrecht wiens rechten na een ruilverkaveling niet in de openbare registers zijn vermeld, heeft aandacht gekregen in de juridische wereld. Het doel van dit onderzoek is dan ook om grondig inzicht te bieden in de juridische vraagstukken die verband houden met ruilverkaveling en de bescherming van derden wanneer een hypotheekrecht na een ruilverkaveling niet juist in de registers staat vermeld.

Ondanks het feit dat een ruilverkaveling en de gevolgen hiervan vrij complex en onbekend zijn, heb ik mijn onderzoek naar tevredenheid af kunnen ronden. Ik ben blij met het uiteindelijke resultaat van mijn masterscriptie.

Dit verslag is bestemd voor studenten, docenten en geïnteresseerden die geïnformeerd willen worden over de bescherming van art. 3:24 en 3:26 BW en de volgorde van verhaal, meer specifiek in de situatie na een ruilverkaveling.

Het afronden van deze masterscriptie markeert het einde van mijn academische reis en het startpunt van een nieuwe levensfase voor mij. Ik heb erg veel zin om aan deze nieuwe fase te beginnen.

Ik wil dit voorwoord afsluiten met het danken van enkele personen die mij erg hebben bijgestaan tijdens het schrijven van dit onderzoek.

Ten eerste gaat mijn dank uit naar mijn scriptiebegeleidster, mevrouw Domingus, voor haar ondersteuning en opbouwende feedback welke ik van haar heb mogen ontvangen gedurende mijn onderzoek. Mijn waardering gaat uit naar de enorm waardevolle inzichten die zij mij heeft geboden. Daarnaast wil ik ook graag de heer Verhagen bedanken voor het beoordelen van mijn masterscriptie. Tot slot wil ik ook mijn vrienden en familie bedanken voor hun steun en aanmoediging tijdens het schrijven van dit onderzoek.

Ik hoop dat dit onderzoek een waardevolle bijdrage levert en nieuwe inzichten biedt in het kader van derdenbescherming en de volgorde van verhaal bij onvolledige registers na een ruilverkaveling.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Demi Vlieks

Juni, 2023



Afkortingenlijst

AA	Ars Aequi
Afl.	Aflevering
A-G	Advocaat-Generaal
AN	Ars Notariatus
art.	artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
c.q.	casu quo
concl.	conclusie
Diss.	Dissertatie
e.a.	en andere
ECLI	European Case Law Identifier
etc.	et cetera
e.v.	en volgende
FBN	Fiscale Berichten voor het Notariaat
GROM	Groninger Opmerkingen en Mededelingen
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
Inv.	Invorderingswet
JOR	Onderzoekscentrum Onderneming & Recht
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
LTB	Land- en Tuinbouw Bulletin
MvA	Memorie van Antwoord
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
O&R	Onderneming & Recht
p.	pagina
PHR	Parket bij de Hoge Raad der Nederlanden
Par. Gesch.	Parlementaire geschiedenis
rb	rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
SDU	Staatsdrukkerij en Uitgeverij
T&C	Tekst & Commentaar
TM	Toelichting Meijers
TvAR	Tijdschrift voor Agrarisch Recht
VGFC	Vastgoed Fiscaal & Civiel
Wilg	Wet Inrichting Landelijk Gebied
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie



Inhoudsopgave

VOORWOORD	1
AFKORTINGENLIJST	2
HOOFDSTUK 1 INLEIDING	4
1.1 INLEIDING	4
1.2 PROBLEEMSTELLING	4
1.3 ONDERZOEKSDOEL	5
1.4 DE ONDERZOEKSVRAAG (HOOFDVRAAG EN DEELVRAGEN).....	5
1.5 MAATSCHAPPELIJKE RELEVANTIE	6
1.6 ONDERZOEKSMETHODE.....	6
1.7 AFBAKENING	7
HOOFDSTUK 2 RUILVERKAVELING EN ZAAKSVERVANGING	8
2.1 INLEIDING	8
2.2 KAVELRUIL EN RUILVERKAVELING	8
2.3 DOCUMENTATIE EN REGISTRATIE BIJ KAVELRUIL EN RUILVERKAVELING	10
2.4 DE TITELZUIVERENDE WERKING	10
2.5 DE ZAAKSVERVANGINGSREGELING.....	12
2.6 CONCLUSIE.....	13
HOOFDSTUK 3 DE REIKWIJDTE VAN ART. 3:24 EN 3:26 BW	15
3.1 INLEIDING	15
3.2 'INSCHRIJFBAAR FEIT' IN DE ZIN VAN ART. 3:17 BW	15
3.3 'ONJUIST FEIT' IN DE ZIN VAN ART. 3:26 BW.....	19
3.3.1 <i>De reikwijdte van art. 3:26 BW ten aanzien van de eerdere hypotheekakte</i>	21
3.3.2 <i>De reikwijdte van art. 3:26 BW in verhouding tot de hypotheekinformatie</i>	22
3.3.3 <i>De reikwijdte van art. 3:26 BW ten aanzien van de ruilverkavelingsakte</i>	23
3.4 HET VERSCHIL TUSSEN DE OPENBARE REGISTERS EN DE BASISREGISTRATIE KADASTER	25
3.5 CONCLUSIE.....	27
HOOFDSTUK 4 DE VERHOUDING TUSSEN ART. 3:24 BW EN ART. 3:26 BW EN DE DOORWERKING HIERVAN	29
4.1 INLEIDING	29
4.2 SAMENLOOP EN ONDERSCHIED.....	29
4.3 DOORWERKING ONDERSCHIED EN RECHTVAARDIGING VOOR BESCHERMING	31
4.3.1 <i>Onderzoeksplicht</i>	32
4.3.2 <i>Toedoen-principe</i>	34
4.4 CONCLUSIE.....	35
HOOFDSTUK 5 VOLGORDE VAN VERDELING	36
5.1 INLEIDING	36
5.2 VERDELINGSVRAAGSTUK.....	36
5.2.1 <i>Vergelijking met andere situaties</i>	36
5.2.2 <i>Amro/Ontvanger</i>	37
5.3 TWEE MOGELIJKE OPTIES	38
5.4 TOEPASSING OP DE CASUS.....	40
5.5 CONCLUSIE.....	44
HOOFDSTUK 6 CONCLUSIE	45
6.1 INLEIDING	45
6.2 CONCLUSIE.....	45
LITERAATUUR- EN JURISPRUDENTIELIJST	49
LITERATUURLIJST	49
JURISPRUDENTIELIJST.....	54
BIJLAGE 1	55

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Inleiding

Bij een door de overheid opgelegde ruilverkaveling wordt op grote schaal grond tussen eigenaren geruild met als doel om de agrarische, sociale en economische omstandigheden in een gebied te verbeteren.¹ De verkrijging van een perceel krachtens ruilverkaveling is originair van aard.² Het recht zal in beginsel worden verkregen zonder eventuele beperkingen zoals bijvoorbeeld beperkte rechten of huur. Het voorgenoemde wordt ook wel de titelzuiverende werking van de ruilverkaveling genoemd. Voor hypotheek en beslagen geldt echter de regel van de zaaksvervanging, inhoudende dat hypotheek en beslagen van rechtswege komen te rusten op de bij ruilverkaveling ingebrachte vervangende kavels.^{3,4}

Rechtsvernieuwing door titelzuivering wordt in de notariële praktijk als zinvol en gewenst ervaren aangezien men bij een later titelonderzoek slechts tot de akte van ruilverkaveling terug hoeft te gaan.⁵ De vraag rijst echter of de zaaksvervangingsregeling hier geen roet in het eten gooit.

1.2 Probleemstelling

Stel dat Pietersen een perceel grond met woonboerderij in eigendom heeft waarop reeds een hypotheek ten behoeve van de Rabobank is gevestigd. Later vestigt Pietersen nog een ander hypotheekrecht op datzelfde perceel ten behoeve van de ABN Amro. Vervolgens wordt het perceel van Pietersen betrokken in een ruilverkaveling waardoor niet langer hijzelf, maar de nieuwe verkrijger De Vries, eigenaar is van dit perceel. In de akte van ruilverkaveling wordt het hypotheekrecht van de ABN Amro wel genoemd, maar de hypotheek van de Rabobank wordt niet genoemd vanwege een omissie deze te vermelden. Behalve de openbare registers wordt er ook in de basisregistratie kadaster geen aantekening gemaakt dat de hypotheek van de Rabobank nu op het vervangende perceel rust. Na de ruilverkaveling vestigt Pietersen ten behoeve van Van de Weijer B.V. nog een hypotheek op het vervangende perceel. Het hypotheekrecht van de Rabobank is in zowel de basisregistratie kadaster als de voorgaande verkrijgingsakte (de akte van ruilverkaveling) niet direct zichtbaar. Door de ontbrekende vermelding in de openbare registers is Van de Weijer B.V. in de veronderstelling een tweede hypotheekrecht te hebben. Dit is echter niet het geval omdat het hypotheekrecht van de Rabobank van rechtswege op de vervangende kavel is komen te rusten door de zaaksvervangingsregeling.

Een soortgelijke situatie was aan de hand in een arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2020.⁶ De vragen die deze zaak hebben opgeroepen zijn onder meer hoe om moet worden gegaan met toepasselijkheid van de artikelen 3:24 en 3:26 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) voor een

¹ Er bestaat een wezenlijk verschil tussen een door de overheid opgelegde ruilverkaveling en een vrijwillige kavelruil. Op een nadere uitleg van de vrijwillige kavelruil en het verschil tussen deze twee figuren wordt nader ingegaan in hoofdstuk 2.

² Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 219.

³ Het begrip wordt nader uitgediept in paragraaf 2.5.

⁴ art. 60 lid 3 en 4 van de Wilg.

⁵ Rheinfeld, *FBN* 2014, p 1.

⁶ Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484.

hypothekhouder na ruilverkaveling bij onvolledige openbare registers.⁷ Volgens de Hoge Raad kan met name artikel 3:24 BW niet worden toegepast in dit soort situaties. De toepassing van art. 3:26 BW blijft bij de Hoge Raad vrijwel onbesproken omdat dit artikel geen onderdeel van het partijdebat in cassatie was. De onduidelijkheid van het toepassingsbereik van de artikelen 3:24 en 3:26 BW wordt ook door verschillende auteurs gesignaleerd.⁸ Ook de verhouding tussen de twee voornoemde artikelen kan soms als een lastig punt worden beschouwd. Wanneer heb je te maken met een niet-ingeschreven feit dat wel inschrijfbaar is en wanneer heb je te maken met een onjuist ingeschreven feit? En stel dat deze hypothekhouder wél zou worden beschermd door een van de voornoemde artikelen, hoe vertaalt zich dat dan in de rangorde die geldt tussen de betrokkenen in geval van een concursus? Men kan zich afvragen wat dan de onderlinge rangorde van de verschillende hypotheekhouders is. Wanneer in voorgaand voorbeeld Van de Weijer B.V. namelijk derdenbescherming toekomt, zou het voor de hand liggen dat de hypotheek van de Rabobank voorgaat op de hypotheek van ABN Amro, de hypotheek van ABN Amro op haar beurt weer voorgaat op de hypotheek van Van de Weijer B.V. maar door het honoreren van derdenbescherming de hypotheek van Van de Weijer B.V. op haar beurt weer voorgaat op de hypotheek van de Rabobank. Je zou kunnen zeggen dat er hier verwantschap bestaat met het verdelingsvraagstuk uit onder meer het arrest Amro/Ontvangers⁹, dat zich voordoet wanneer een zekerheidsrecht wordt gevestigd nadat beslag op het betreffende goed is gelegd, en het goed vervolgens wordt uitgewonnen. Hoe verhoudt onder andere het arrest Amro/Ontvangers zich tot dit specifieke vraagstuk over de rangordewisseling als gevolg van derdenbescherming en tot welke uitkomst leidt dit?

1.3 Onderzoeksdoel

Met dit onderzoek beoog ik te verduidelijken of derdenbescherming bij hypotheekverlening ten aanzien van percelen grond die zijn betrokken in een ruilverkaveling, van toepassing kan zijn en zo ja, op welke wijze eventuele derdenbescherming de onderlinge rangorde van de hypotheekhouders beïnvloedt.

1.4 De onderzoeksvraag (hoofdvraag en deelvragen)

De vraag die in dit onderzoek centraal staat luidt:

‘Welke volgorde bij verhaal komt toe aan een latere hypothekhouder die geconfronteerd wordt met een oudere hypothekhouder wiens rechten na een ruilverkaveling niet in de openbare registers zijn vermeld?’

De eerste deelvraag luidt: ‘Wat is de toepassingsreikwijdte van de artikelen 3:24 en 3:26 BW bij onvolledige openbare registers na een ruilverkaveling?’. Bij de beantwoording van deze deelvraag wordt behandeld wat wordt verstaan onder ‘inschrijfbaar feit’ in de zin van art. 3:17 BW (paragraaf

⁷ De latere hypothekhouder was in deze zaak namelijk van mening dat hij een hogere rang moest verkrijgen nu hij stelde dat derdenbescherming op hem van toepassing was door onvolledigheid van de openbare registers.

⁸ Dit blijkt onder andere uit Bartels, annotatie bij ‘Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, 200.160.360/01, JOR 2017/243, p. 2779-2781; Hoog, *WPNR* 2020; Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, JOR 2020/165, p. 2058-2060; Rheinfeld, *TvAR* 2020, p. 530-531.

⁹ Hoge Raad 25 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9072, *NJ* 1987/18.

3.2) en wat wordt verstaan onder een 'onjuist feit' in de zin van art. 3:26 BW (paragraaf 3.3). Daarnaast wordt in dit hoofdstuk het verschil tussen de openbare registers en de basisregistratie kadaster uiteengezet (paragraaf 3.4).

Vervolgens beantwoord ik in hoofdstuk 4 de deelvraag: 'Wat is de verhouding tussen de artikelen 3:24 en 3:26 BW?'. Een en ander mede met het oog op de onderzoeksplicht en het 'toedoen-principe'. Voorts onderzoek ik in hoeverre de scheidingslijn tussen deze artikelen problematisch is.

Tot slot zal worden ingegaan op de situatie die ontstaat wanneer aan de latere hypotheekhouder derdenbescherming toekomt. In hoofdstuk 5 zal daarom de volgende deelvraag centraal staan: 'Op welke wijze kan het verdelingsvraagstuk dat ontstaat na het toekennen van derdenbescherming aan de latere hypotheekhouder worden opgelost?'. In dit hoofdstuk worden andere situaties aangehaald waarin een soortgelijk verdelingsvraagstuk bestaat en wordt bekeken hoe in deze situaties de verdeling tot stand is gekomen (paragrafen 5.2.1 en 5.2.2). Tot slot worden de in de literatuur aangedragen oplossingen ten aanzien van het verdelingsvraagstuk uitgewerkt en wordt toegespitst op de casus van ruilverkaveling waarbij bezien wordt in hoeverre daarmee recht wordt gedaan aan de beschermenswaardige belangen van betrokkenen (paragraaf 5.3 en 5.4).

1.5 Maatschappelijke relevantie

Ruilverkaveling wordt sinds de Tweede Wereldoorlog steeds meer gebruikt ter verbetering van de infrastructuur.¹⁰ Hoewel de keuze bij herinrichting tegenwoordig meer valt op de vrijwillige kavelruil, wordt de gedwongen ruilverkaveling door het hele land steeds meer gebruikt als 'stok achter de deur', wanneer het project geen doorgang meer zal vinden op vrijwillige basis.¹¹ Hoewel in eerste instantie dus vaker voor de vrijwillige kavelruil wordt gekozen, zijn er nog altijd genoeg gevallen waarin wel sprake is van de gedwongen ruilverkaveling. Er moet worden gewaakt voor het feit dat steeds minder partijen ervaring hebben in deze grote projecten waarmee veel geld is gemoeid, vooral nu de ruilverkaveling toch vaak gebruikt wordt als een tweede optie.¹² Dit gegeven ondersteunt de maatschappelijke relevantie van mijn onderzoek.

Het onderzoek is vooral dogmatisch van aard. Beoogd wordt om het toepassingsbereik van de artikelen 3:24 en 3:26 BW en de volgorde van verhaal in deze situatie nader te duiden. Een en ander met het oog op het oplossen van onduidelijkheden (aangezien er verschillende opvattingen hieromtrent bestaan) bij de volgorde van verhaal in zulke gevallen in het bestaande recht.

1.6 Onderzoeksmethode

Om tot een beantwoording van de deelvragen en de centrale onderzoeksvraag te komen, zal het onderzoek bestaan uit een literatuur- en rechtsbronnenonderzoek.

Het literatuuronderzoek dient als algemene informatiebron om een inzicht te krijgen in de materie omtrent ruilverkaveling, het toepassingsbereik van de artikelen 3:24 BW en 3:26 BW en het verdelingsvraagstuk dat ontstaat na toekenning van derdenbescherming, waarbij informatie wordt geput uit onder andere handboeken, artikelsgewijze commentaren en tijdschriftartikelen.

Het rechtsbronnenonderzoek richt zich op wet- en regelgeving, jurisprudentie en parlementaire stukken. Dit rechtsbronnenonderzoek is van belang om te kunnen beoordelen hoe de rechtspraktijk

¹⁰ Van den Bergh 2004, p. 59.

¹¹ Boonstra e.a. 2014, p. 6.

¹² Rheinfeld, *WPNR* 2023, p. 196.



de artikelen 3:24 en 3:26 BW toepast, maar vooral om te bezien hoe de wetgever de toepassing van deze artikelen voor ogen heeft gestaan. Het jurisprudentie onderzoek analyseert – en biedt inspiratie ten aanzien van – het verdelingsvraagstuk in soortgelijke situaties.

1.7 Afbakening

In dit onderzoek beperk ik mij tot de ruilverkavelingspraktijk, al wordt volledigheidshalve in het tweede hoofdstuk kort ingegaan op de figuur van de vrijwillige kavelruil. Verder in dit onderzoek zullen de gevolgen van een ruilverkaveling – de titelzuivering en zaaksvervangingsregeling – geanalyseerd worden. Daarna ga ik dieper in op de zaaksvervangingsregeling, in het bijzonder haar verhouding tot de derdenbeschermingsbepalingen van art. 3:24 en 3:26 BW voor de situatie dat een hypotheek na een ruilverkaveling niet is ingeschreven in de openbare registers. Andere juridische of fiscale gevolgen blijven onbesproken. Ook beperk ik mij tot de derdenbescherming die uit art. 3:24 en 3:26 BW voortvloeit, waarbij ik deze bepalingen slechts analyseer binnen de ruilverkavelingspraktijk.¹³

Tot slot wordt de zaaksvervangingsregel enkel besproken in het kader van niet-ingeschreven hypotheek na ruilverkaveling en ga ik niet in op de (eveneens zeer interessante) verhouding tussen hypotheek en beslag.

¹³ Art. 3:36 en 3:88 BW blijven onbesproken. Art. 3:88 BW beschermt immers tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder en hiervan is geen sprake. Art. 3:36 BW zou van toepassing kunnen zijn, maar ik ga hier niet op in omdat art. 3:24 en 3:26 BW gunstiger zijn en meer op de situatie toegespitste vereisten bevatten.

Hoofdstuk 2 Ruilverkaveling en zaaksvervangning

2.1 Inleiding

Ruilverkaveling is een fenomeen met bijzondere juridische gevolgen. Omdat het een rechtsfiguur is die niet algemeen bekend is, zal ik in dit eerste hoofdstuk de werking en de gevolgen van een vrijwillige kavelruil en met name die van een door de overheid opgelegde ruilverkaveling verduidelijken. Voor het verkrijgen van een breder perspectief zal allereerst de vrijwillige kavelruil als ‘tegenhanger’ van een door de overheid opgelegde ruilverkaveling besproken worden. Voor de duidelijkheid wordt hierbij opgemerkt dat de (vrijwillige) kavelruil en de (door de overheid opgelegde) ruilverkaveling twee aparte rechtsfiguren zijn. Vervolgens zal dieper in worden gegaan op de ruilverkaveling, die in dit onderzoek centraal staat. In paragraaf 2.3 wordt de praktische wijze van documentatie en registratie bij zowel de kavelruil als de ruilverkaveling uiteen gezet. In paragraaf 2.4 wordt ingegaan op de gevolgen van de ruilverkaveling, meer specifiek inzake de titelzuiverende werking en de zaaksvervangingsregeling.

2.2 Kavelruil en ruilverkaveling

Wanneer men een in Nederland gelegen onroerende zaak wil verkrijgen, moet hiervoor in beginsel overdrachtsbelasting worden betaald.¹⁴ Bepaalde overdrachten zijn echter vrijgesteld van overdrachtsbelasting, zoals de verkrijging krachtens kavelruil alsmede die krachtens ruilverkaveling.¹⁵ Dat kan voor veel grootgrondbezitters een reden zijn om de ruiling van hun percelen te betrekken in een kavelruil, in plaats van een ‘normale’ overdracht van verkoper aan koper.

Vrijwillige kavelruil is een vorm van gebiedsinrichting met veelal als doel om de landbouwstructuur te verbeteren door versnippering van de Nederlandse landbouwgrond te voorkomen.¹⁶ Kavelruil kan echter ook in andere situaties gebruikt worden. In zijn algemeenheid wordt deze figuur ingezet ter verbetering van het landelijk gebied.

Kavelruil (in de wet genoemd als ‘ruilverkaveling bij overeenkomst’¹⁷) is geregeld in de Wilg (Wet inrichting landelijk gebied) die sinds 1 januari 2007 van kracht is ter vervanging van de Landinrichtingswet en nog meer gericht is op vereenvoudiging van gebiedsinrichting. Om een ruiling van gronden aan te kunnen merken als een kavelruil moet, zoals volgt uit art. 85 lid 1 Wilg, voldaan zijn aan verschillende voorwaarden: er dient sprake te zijn van drie of meer eigenaren die hun onroerende zaak inbrengen, om deze onroerende zaken vervolgens samen te voegen waarna deze worden verkaveld (vormen van kavels uit de samengevoegde percelen zoals dit door partijen is afgesproken¹⁸) en toegedeeld aan nieuwe eigenaren, hetgeen bij notariële akte wordt vastgelegd. Met samenvoegen in deze context wordt niet bedoeld een fysieke samenvoeging van de gronden, maar het samenbrengen van alle percelen die bij de kavelruil betrokken zijn.¹⁹ De kavels worden in hun oorspronkelijke vorm en met hun oorspronkelijke afmetingen samengevoegd. Tijdens de verkaveling

¹⁴ Art. 2 lid 1 WBR.

¹⁵ Art. 15 lid 1, onderdeel 1 WBR.

¹⁶ Rheinfeld, *WPNR* 2023, p. 197.

¹⁷ Dit kan een verwarrende term zijn nu – zoals reeds aangeduid – kavelruil en ruilverkaveling twee aparte rechtsfiguren zijn, waarbij het hier dus gaat om vrijwillige kavelruil.

¹⁸ Rheinfeld 2014, diss, p. 157.

¹⁹ Rheinfeld 2014, diss, p. 156.

kunnen de perceelgrenzen worden gewijzigd voor zover partijen dit zijn overeengekomen.²⁰ De inschrijving van de notariële akte leidt uiteindelijk tot eigendomsoverdracht. Alvorens de akte tot kavelruil bij de notaris wordt opgesteld, wordt tussen de eigenaren een schriftelijke overeenkomst tot kavelruil gesloten.²¹ Deze overeenkomst wordt vervolgens ingeschreven in de openbare registers.²² Door het inschrijven van de overeenkomst krijgt deze zakelijke werking en wordt een eventuele nieuwe eigenaar van een betrokken perceel ook gebonden.²³

Kavelruil kan gezien worden als een ‘bundeling’ van overdrachten die gelijktijdig plaatsvinden.²⁴ Verkrijging krachtens kavelruil is een derivatieve verkrijging nu het hierbij gaat om overdracht in de zin van art. 3:84 BW.²⁵ De verkrijging berust op de overgang van een bestaand recht van de rechtsvoorganger op de rechtsopvolger.²⁶

Zoals reeds genoemd heeft de kavelruil een vrijwillig karakter; de eigenaren en/of rechthebbenden van de ingebrachte onroerende zaken hebben uit eigen beweging besloten dat zij hun grond willen ruilen. Kavelruil is een initiatief van de partijen die hierbij zijn betrokken.

Geheel anders is dit bij een ruilverkaveling, die door de overheid wordt opgelegd. De voedselschaarste tijdens de Eerste Wereldoorlog heeft gezorgd voor een actievere bemoeienis van de overheid met de agrarische sector, onder andere door het realiseren van een zo hoog mogelijke landbouwproductie.²⁷ De gedachte van de overheid hierbij was dat deze landbouwproductie gemaximaliseerd zou kunnen worden door een dwingende en doelmatige verkaveling van landbouwgronden, waarmee op 1 december 1924 de Ruilverkavelingswet 1924 in werking trad.²⁸ Na de Tweede Wereldoorlog werd ruilverkaveling in het kader van de wederopbouw niet enkel meer gebruikt ter stimulering van de agrarische sector, maar bijvoorbeeld ook bij het uitvoeren van nutstaken (zoals bijvoorbeeld het aanleggen van netten).²⁹

In tegenstelling tot de kavelruil is bij een ruilverkaveling geen sprake van een derivatieve verkrijging, maar van een originele wijze van verkrijging.³⁰ Dat wil zeggen dat het recht dat door de verkrijging wordt verkregen niet aan een rechtsvoorganger wordt ontleend, maar dat dit recht bij de verkrijger ontstaat.³¹ Het recht wordt in beginsel zonder beperkingen zoals bijvoorbeeld lopende verjaringstermijnen, huur en beperkte rechten verkregen.³² Hierop zal nader worden ingegaan.

²⁰ Rheinfeld 2014, diss. P. 157.

²¹ Art. 85 lid 1 Wilg.

²² Art. 85 lid 5 Wilg.

²³ Art. 86 lid 1 Wilg.

²⁴ Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 223.

²⁵ Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 219.

²⁶ Spath, *O&R* 2010 p. 186.

²⁷ Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 221.

²⁸ Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 220.

²⁹ Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 221.

³⁰ Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 219.

³¹ Jansen, *GROM XXII* 2005, p. 49.

³² Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 222.

2.3 Documentatie en registratie bij kavelruil en ruilverkaveling

Zoals reeds benoemd is vrijwillige kavelruil een fenomeen waarbij meerdere overdrachten als bedoeld in art. 3:84 BW plaatsvinden en waarvoor dus nodig is dat alle betrokken rechthebbenden beschikkingsbevoegd zijn, er een geldige titel is en dat er een notariële akte is opgesteld die in de openbare registers is ingeschreven. Allereerst zal tussen de betrokken partijen een schriftelijke kavelruilovereenkomst worden opgesteld welke als titel voor de overdracht dient. Om zakelijke werking te bewerkstelligen zal deze overeenkomst vervolgens ingeschreven worden in de openbare registers.³³ Het is van belang dat de kavelruilovereenkomst tevens wordt ondertekend door eventuele hypotheekhouders of beslagleggers indien op de betrokken onroerende zaak een hypotheek, conservatoir of executoriaal beslag rust. Als deze medeondertekening in een dergelijk geval ontbreekt, is de overeenkomst niet rechtsgeldig.³⁴ Na inschrijving van de kavelruilovereenkomst wordt aan de hand van deze overeenkomst door de notaris een kavelruilakte opgesteld die ingeschreven wordt in de openbare registers.³⁵

De documentatie en registratie bij een ruilverkaveling zit heel anders. De procedure die wordt gevolgd in geval van een ruilverkaveling zal hierna summier worden geschetst. Allereerst wordt een zogenoemd ruilplan vastgesteld, bestaande uit: een lijst van alle rechthebbenden van de in een ruilverkaveling betrokken gronden (die volgens art. 50 Wilg wordt opgesteld aan de hand van de Basisregistratie Kadaster alsmede aan de hand van de openbare registers) en een plan van toedeling,³⁶ waarbij het uitgangspunt is dat elke rechthebbende recht heeft op toedeling van een recht van dezelfde aard (oppervlakte, hoedanigheid, bestemming etc.) als dat hij heeft ingebracht.³⁷ Belanghebbenden kunnen tegen dit ruilplan hun wensen naar voren brengen waarna Gedeputeerde Staten een ontwerp vastleggen en ter inzage leggen.³⁸ Wanneer de termijn om zienswijzen naar voren te brengen is verstreken wordt het ruilplan door Gedeputeerde Staten vastgesteld.³⁹ Na het onherroepelijk worden van het ruilplan stelt de notaris een ruilakte op die vervolgens in wordt geschreven in de openbare registers, waardoor verkrijging van de in de akte genoemde rechten wordt gerealiseerd.⁴⁰ Deze ruilakte wordt tevens ondertekend door de voorzitter van Gedeputeerde Staten en de secretaris als omschreven in art. 100 van de Provinciewet.⁴¹ De ruilakte wordt bij een ruilverkaveling niet door de betrokken rechthebbenden ondertekend. Er is derhalve (in tegenstelling tot een kavelruil) geen sprake van beschikkingshandelingen van deze betrokkenen.⁴²

2.4 De titelzuiverende werking

De verkrijging krachtens ruilverkaveling is zoals reeds aangeduid een originele wijze van verkrijging, waarbij een nieuw recht wordt verkregen dat in beginsel vrij is van plichten en lasten die door

³³ Art. 85 lid 5 Wilg.

³⁴ Art. 85 lid 4 Wilg.

³⁵ Rheinfeld 2014, diss. p. 172.

³⁶ *Kamerstukken II 2006/06, 30509, nr. 3 p. 60-62.*

³⁷ Art. 52 lid 1 Wilg.

³⁸ *Kamerstukken II 2006/06, 30509, nr. 3 p. 60-62.*

³⁹ *Kamerstukken II 2006/06, 30509, nr. 3 p. 60-62.*

⁴⁰ Art. 81 Wilg.

⁴¹ Art. 82 lid 1 Wilg.

⁴² Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 222.



eventuele rechtsvoorgangers zijn opgelegd.⁴³ Voorgaande houdt in dat er bij verkrijging krachtens ruilverkaveling titelzuivering plaatsvindt. Indien een stuk grond via ruilverkaveling door een rechtsverkrijger wordt verkregen, is deze in beginsel vrij van onder meer beperkte rechten, lopende verjaringstermijnen en huur.

Bedoeling van de wetgever bij de titelzuivering is dat er door ruilverkaveling rechtsvernieuwing plaats zal vinden.⁴⁴ Titelzuivering komt namelijk de rechtszekerheid ten goede nu eventuele eerdere gebreken door de titelzuivering niet meer in de weg staan.⁴⁵ Zo beginnen bijvoorbeeld verjaringstermijnen opnieuw te lopen.⁴⁶ Dit geldt zelfs wanneer een in een ruilverkaveling betrokken perceel niet van eigenaar verandert.⁴⁷ Ook dan heeft de met ruilverkaveling verbonden titelzuivering dus volledige werking.⁴⁸

Ook alle zakelijke rechten die op de betrokken percelen rusten worden van het betreffende perceel 'afgezuiverd'. Indien de betreffende partijen wensen dat deze zakelijke rechten blijven bestaan, zullen zij in de akte van ruilverkaveling opnieuw gevestigd moeten worden om te voorkomen dat deze volledig vervallen.⁴⁹ Het is daarmee van belang dat de akte van ruilverkaveling met grote zorgvuldigheid wordt opgesteld aangezien dit grote impact kan hebben op eventuele zakelijke rechten. Bij een vrijwillige kavelruil is in tegenstelling tot een ruilverkaveling sprake van een derivatieve wijze van verkrijging en derhalve geen sprake van titelzuivering.⁵⁰ Hiervoor is ook een logische verklaring nu alle gerechtigden van een in een ruilverkaveling betrokken perceel voor hun rechten op kunnen komen. Zij kunnen namelijk volgens art. 64 lid 3 Wilg tegen dit ruilplan opkomen. Bij een kavelruil bestaat deze mogelijkheid voor de gerechtigden niet.⁵¹ Zie ook wat de wetgever destijds in dit verband heeft gesteld over het ontbreken van de titelzuiverende werking bij kavelruil: *'Partijen zijn binnen de grenzen van het verbintenisrecht, hetwelk natuurlijk toepasselijk is, vrij in het vaststellen van den inhoud der ruilverkavelingsovereenkomst. Om deze reden kan aan de overeenkomst niet het gevolg van titelzuivering worden toegekend.'*⁵²

Op de titelzuiverende werking van een ruilverkaveling bij beperkte rechten wordt door de rechtspraak en literatuur een lichte uitzondering gemaakt. Oude beperkte rechten kunnen namelijk niet bij een ruilverkaveling opnieuw worden gevestigd nu deze beperkte rechten in hun oorspronkelijke vorm volgens de wet niet meer bestaan. Derhalve wordt aangenomen dat deze niet teniet zullen gaan

⁴³ Jansen, *GROM XXII* 2005, p. 49.

⁴⁴ Rheinfeld, *FBN* 2014 p. 1.

⁴⁵ De Haan, *WPNR* 2005, p. 235.

⁴⁶ Dit volgt onder meer uit de volgende uitspraken: Hof Amsterdam 11 juli 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AT8676; Rechtbank Noord-Holland 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:12286; Rechtbank Utrecht 22 oktober 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AM3033 alsmede Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9436.

⁴⁷ Zie in dit verband een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 18 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3319.

⁴⁸ Rheinfeld 2014, diss p. 227.

⁴⁹ Rheinfeld, *LTB* 2019, p. 2.

⁵⁰ Rheinfeld 2014, diss. p. 228.

⁵¹ Rheinfeld 2014, diss, p. 228.

⁵² *Kamerstukken II 1936/1937* 210, nr. 6, p. 45.



wanneer de oude beperkte rechten in de akte van ruilverkaveling worden opgenomen.⁵³ Dat dit mogelijk is blijkt ook uit een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant waarin een voorpootrecht⁵⁴ was gevestigd op een van de betrokken percelen.^{55, 56}

Op de reikwijdte van de titelzuiverende werking kan nog een tweede nuance worden gemaakt. Ten aanzien van obligatoire rechten werkt de titelzuivering namelijk niet.⁵⁷

Dit is geoordeeld in een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 6 april 2016 waarin zij bepaalde dat het overeengekomen kettingbeding niet is komen te vervallen door ruilverkaveling.⁵⁸

In het notariaat verwijst een titelonderzoek naar het onderzoek dat wordt uitgevoerd om de eigenaar van een onroerend goed te achterhalen en om te bepalen of er belemmeringen of belastingen zijn die het eigendom kunnen beperken. Tijdens het titelonderzoek zal de notaris onder meer het kadaster raadplegen om te zien wie de eigenaar van het onroerend goed is, of er hypotheek of beslagen op het onroerend goed rusten en of er erfdienstbaarheden of andere beperkingen zijn die de eigendom kunnen beïnvloeden. Het doel van het titelonderzoek is om de juridische status van het onroerend goed te verifiëren en om zeker te stellen dat overdracht van het eigendom kan plaatsvinden zonder problemen of onverwachte verplichtingen. Door de eerdergenoemde rechtsvernieuwing hoeft de notaris bij een overdracht of bezwaring van een perceel dat eerder in een ruilverkaveling betrokken is geweest in geval van een titelonderzoek in beginsel⁵⁹ slechts terug te gaan tot deze eerdere ruilverkaveling. De notaris hoeft dan dus niet verder onderzoek te doen naar de bezwaringen en/of overdrachten die vóór ruilverkaveling plaatsvonden. Het maakt daarbij niet uit of er in het 'voortraject' van een ruilverkaveling iets mis is gegaan, zoals een eerdere overdracht door een beschikkingsonbevoegde, het ontbreken van een geldige titel of wanneer sprake is van een van de omstandigheden zoals genoemd in art. 3:44 BW. Met de inwerkingtreding van de ruilverkaveling wordt de titel namelijk onaantastbaar.⁶⁰

2.5 De zaaksvervangingsregeling

De titelzuivering die het gevolg is van een ruilverkaveling, geldt echter niet voor alle zakelijke rechten. Voor hypotheek en beslagen geldt een uitzondering.⁶¹ Voor hypotheek en beslagen bestaat de

⁵³ Rheinfeld, *LTB* 2019 p. 2.

⁵⁴ Het recht van eigenaren van een perceel om op een openbare grond aangrenzend aan hun eigen perceel (bijvoorbeeld in een berm) beplantingen te hebben.

⁵⁵ Rechtbank Oost-Brabant 27 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:BX6611, r.o. 4.15.

⁵⁶ Ik vraag mij in dit verband af hoe het in die situatie zit met de volgorde van beperkte rechten indien op een perceel eerst bijvoorbeeld een recht van erfpacht is gevestigd (dat door de titelzuivering opnieuw moet worden gevestigd om te blijven bestaan) en daarna een voorpootrecht is gevestigd (dat wel kan blijven bestaan als deze in de ruilverkavelingsakte wordt genoemd). Ik laat dit onderdeel verder in mijn onderzoek onbesproken, maar merk dit hier voor de volledigheid op.

⁵⁷ Van Dijk & De Lange 2016, p. 1.

⁵⁸ Rechtbank Gelderland 6 april 2016, ECLI:RBGEL:2016:2775.

⁵⁹ Dat dit niet altijd het geval zal zijn, blijkt later uit het onderzoek.

⁶⁰ Rheinfeld, *FBN* 2014, p. 1.

⁶¹ Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 222.

regeling van de zaaksvervangingsregeling zoals deze is omschreven in art. 60 lid 3 respectievelijk art. 60 lid 4 Wilg.⁶²

Zaaksvervangingsregeling komt er op neer dat de kavel die aan een eigenaar wordt toebedeeld (als gevolg van een ruilverkaveling) ten aanzien van de hypotheek die hierop rusten, in dezelfde 'staat' in de plaats treedt van de door de eigenaar ingebrachte kavel. Daarmee is het niet nodig dat het oude hypotheekrecht geroyeerd (doorgehaald) wordt, waarna vervolgens op het vervangende perceel een nieuwe hypotheek gevestigd wordt. Het is voor hypotheekhouders die rusten op een in een ruilverkaveling betrokken perceel, niet nodig dat deze worden benoemd in de ruilverkavelingsakte voor het behouden hiervan. Dit werd onder andere bevestigd in het arrest Rabobank/Pontmeijer.⁶³

Deze hypotheekhouders gaan namelijk 'vanzelf' met behoud van hun rang over op de vervangende kavel(s) die in de plaats treden van de eerdere kavel(s) waarop zij rustten.⁶⁴ De verhaalspositie van de hypotheekhouder blijft hiermee in stand. Dat de noodzaak van het vermelden van de hypotheekhouders die behouden moeten blijven niet bestaat volgt impliciet ook uit art. 81 lid 5 Wilg, waarin is bepaald dat in de ruilverkavelingsakte de hypotheekhouders worden vermeld die juist niet meer blijven bestaan.⁶⁵

Vervolgens vermeldt art. 82 lid 3 Wilg dat bij de betreffende hypothecaire inschrijving in de openbare registers een aantekening wordt gemaakt waarin wordt vermeld dat zij vanaf nu rust op de vervangende kavel(s). Op het eerste gezicht lijkt deze zaaksvervangingsregeling vrij simpel en duidelijk, maar is dat in alle gevallen wel zo? Of leidt deze bepaling soms juist voor een onduidelijke situatie? Deze vragen zullen verder in het onderzoek aan bod komen.

2.6 Conclusie

Zowel bij een kavelruil als ruilverkaveling worden percelen grond van verschillende eigenaren onderling geruild. Hoewel ze op het eerste oog een soortgelijke werking lijken te hebben, verschillen deze twee figuren op veel punten toch behoorlijk van elkaar. Waar de een ontstaat uit vrijwillige basis, fungeert de ander op basis van verplicht overheidsingrijpen. Niet alleen hun procedures verschillen sterk, maar ook de gevolgen van een kavelruil en ruilverkaveling zijn anders. De kavelruil kan aangemerkt worden als een derivatieve wijze van verkrijging waarbij de overdracht dient te voldoen aan de vereisten van art. 3:84 BW. Het proces van ruilverkaveling begint bij het opstellen van een ruilplan en leidt uiteindelijk tot een ruilakte die opgesteld wordt door de notaris. In tegenstelling tot de kavelruil, is een verkrijging krachtens ruilverkaveling een originele wijze van verkrijging. Dit brengt mee dat een ruilverkaveling titelzuivering tot gevolg heeft, waardoor beperkingen zoals bijvoorbeeld huur, beperkte rechten en lopende verjaringstermijnen niet langer op het betreffende perceel van toepassing zijn. Zakelijke rechten waarvan partijen wensen dat deze blijven bestaan, zullen in de ruilakte opnieuw gevestigd moeten worden. Een uitzondering hierop geldt voor oude zakelijke rechten. Omdat zij niet meer opnieuw gevestigd kunnen worden, dienen zij in de ruilakte opgenomen te worden indien men wenst dat deze rechten blijven bestaan. De titelzuivering werkt niet bij obligatoire rechten, waardoor deze rechten gewoon blijven bestaan. Ook voor hypotheekhouders en beslaghouders geldt titelzuiverende werking niet. Op basis van artikel 60 lid 3 en 4 Wilg geldt namelijk de

⁶² Voor dit onderzoek wordt in verband met de complexiteit en omvang enkel ingegaan op de zaaksvervangingsregeling ten aanzien van hypotheekhouders.

⁶³ Hof Amsterdam 21 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU4860 (*Rabobank/PontMeijer*).

⁶⁴ Art. 60 lid 3 Wilg.

⁶⁵ Hoog, *WPNR* 2020, p. 529.



zaaksvervangingsregeling. De eventuele hypotheek die rust op het ingebrachte perceel, gaat met behoud van rang over op het vervangende perceel. Een vermelding in de akte of openbare registers is voor instandhouding niet noodzakelijk.

Hoofdstuk 3 De reikwijdte van art. 3:24 en 3:26 BW

3.1 Inleiding

Wanneer een perceel grond door middel van een ruilverkaveling wordt verkregen en hierop reeds een of meerderen hypothe(e)k(en) zijn gevestigd, maar deze niet in de ruilverkavelingsakte en openbare registers is/zijn opgenomen en ingeschreven, ontstaat de vraag of een latere hypotheekhouder zal worden beschermd door artikel 3:24 of 3:26 BW indien hij niet bekend was met deze eerdere hypothe(e)k(en). In dit hoofdstuk zullen daarom deze artikelen en hun toepassingsbereik uitgebreid uiteen worden gezet, waarbij wordt toegespitst naar het toepassingsbereik bij specifiek bovenstaande situatie.

Vanuit verschillende invalshoeken en visies over het toepassingsgebied van de artikelen 3:24 en 3:26 BW zal de problematiek worden belicht. De onderliggende problematiek en de antwoorden op de daaruit rijzende vragen worden geanalyseerd en er zal worden getracht om een eenduidig antwoord op deze vragen te geven. Hierbij wordt allereerst bekeken hoe de wetgever het toepassingsbereik van de artikelen in eerste instantie voor ogen heeft gestaan. Vervolgens zullen verschillende 'kanten' van de reikwijdte van deze artikelen onder de loep genomen worden. De verschillende aspecten hierover worden doorgraven en de relevante zienswijzen zullen de revue passeren.

In paragraaf 3.2 zal allereerst kort in worden gegaan op de gedachte achter art. 3:24 BW. Vervolgens wordt dieper ingegaan op de vraag wat verstaan dient te worden onder een 'inschrijfbaar feit' zoals bedoeld in art. 3:17 BW. In paragraaf 3.3 wordt de reikwijdte van art. 3:26 BW uiteen gezet waarbij met name in wordt gegaan op de betekenis van een 'onjuist feit' in de zin van dat artikel. Tot slot wordt – in het verlengde van het toepassingsbereik van de derdenbeschermingsbepalingen – bekeken wat het verschil is tussen de openbare registers en de basisregistratie kadaster.

3.2 'Inschrijfbaar feit' in de zin van art. 3:17 BW

Art. 3:24 BW beschermt een verkrijger onder bijzondere titel van een recht op een registergoed tegen feiten die betrekking hebben op dit registergoed en die niet ingeschreven staan in de openbare registers, terwijl deze feiten wel voor inschrijving vatbaar zijn. De inschrijving van deze rechtsfeiten is geen vereiste om het rechtsgevolg daarvan te doen intreden,⁶⁶ maar is wel zeer wenselijk omdat zij van belang zijn voor de rechtstoestand van het registergoed.⁶⁷ Het gaat in de gevallen waarin art. 3:24 BW van toepassing is dus niet om feiten waarvan de inschrijving ervan een constitutief vereiste is. In de literatuur wordt voor de toepasselijkheid van art. 3:24 BW ook wel als voorbeeld gebruikt de vervulling van een ontbindende voorwaarde;⁶⁸ indien een persoon verkrijgt van iemand die beschikkingsonbevoegd is geworden als gevolg van de vervulling van een ontbindende voorwaarde en deze vervulling niet is ingeschreven, dan kan deze verkrijger beschermd worden op grond van art. 3:24 BW.⁶⁹ Dat is ook redelijk nu degene die beschikkingsonbevoegd is geworden als gevolg van de

⁶⁶ Feiten die slechts rechtsgevolg hebben door de inschrijving ervan worden ook wel boekingsfeiten genoemd, maar daarvan is bij art. 3:24 BW dus geen sprake.

⁶⁷ Hof Amsterdam 10 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL5667, *RN 2010*, 24, r.o. 3.5.

⁶⁸ Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR 2020/165*, p. 2058.

⁶⁹ Voor de volledigheid merk ik hierbij op dat je volgens art. 3:17 lid 1 sub c de vervulling alleen in kunt schrijven als de voorwaarde zelf ook is ingeschreven. In het kader van ingeschreven voorwaarde en de vervulling daarvan bestaat in de literatuur een verschil van mening. Zie daarover o.a. Asser/Bartels & Van Mierlo 2021, nr. 388, p. 361. Ik laat dat onderdeel verder onbesproken.

vervulling, het in de hand had om dit feit in te schrijven waardoor de vervulling en daarmee de beschikingsonbevoegdheid kenbaar zou zijn voor derden. Indien diegene dat na heeft gelaten, wordt dit dus tegen hem gebruikt.⁷⁰ Het derdenbeschermingsartikel kan gezien worden als een stimulans voor inschrijving van zulke feiten. Het maakt voor de toepassing van art. 3:24 BW echter niet uit door wie het niet-ingeschreven feit eigenlijk ingeschreven had kunnen worden.⁷¹

Ter verduidelijking volgt nog een voorbeeld waarin de verkrijger wordt beschermd op grond van art. 3:24 BW: A levert een strook grond aan B. De koopovereenkomst tussen A en B wordt daarna vernietigd. Vervolgens levert B de strook grond door aan C. De derde C kan bescherming genieten op grond van art. 3:24 BW nu de vernietiging van de koopovereenkomst op grond van art. 3:17 lid 1 sub a BW een voor inschrijving vatbaar feit is, maar vernietiging in werkelijkheid niet is ingeschreven.⁷² Voor de bescherming is voorts noodzakelijk dat een verkrijger (in dit geval C) niet bekend was met het niet-ingeschreven feit.⁷³

Bij art. 3:24 BW ligt het risico bij degene die het betreffende feit wel kon inschrijven, maar dit heeft nagelaten. De bescherming die dit artikel biedt, is ten gunste van degene die de registers voldoende heeft geraadpleegd.⁷⁴ De gedachte achter art. 3:24 BW wordt gevonden in het feit dat de verkrijger moet kunnen vertrouwen op de openbare registers.⁷⁵ Immers, de feiten met betrekking tot het verkregen registergoed die voor inschrijving vatbaar zijn moeten ook daadwerkelijk in de registers zijn ingeschreven, wil men de onbekendheid van die feiten niet tegengeworpen krijgen.

Uit art. 3:24 BW zijn een paar vereisten af te leiden:⁷⁶

1. het moet gaan om een rechtshandeling tot verkrijging van een recht op een registergoed;
2. deze verkrijging betreft een verkrijging onder bijzondere titel;
3. er is sprake van een inschrijfbaar feit met betrekking tot het registergoed dat ten tijde van de inschrijving van de verkrijging niet was ingeschreven;
4. de betreffende verkrijger was ten tijde van de verkrijging niet bekend met het feit.⁷⁷

Er kan gesteld worden dat – toegespitst op de in het onderzoek centraal staande casus – de latere hypotheekhouder bescherming kan ontleen aan art. 3:24 BW. De tekst van dit artikel bepaalt namelijk uitdrukkelijk dat op het moment dat de latere hypotheekhouder zijn hypotheekrecht inschrijft, een

⁷⁰ Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2058.

⁷¹ In tegenstelling tot art. 3:26 BW, waarbij het voor de toepassing van dat artikel wel uitmaakt wie er voor overeenstemming van de werkelijkheid met de openbare registers had kunnen zorgdragen. Hier kom ik in de paragraaf hierna op terug.

⁷² Voorbeeld ontleend aan: Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 459.

⁷³ Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW), commentaar bij art. 3:24 BW, onder 1.4 'Goeder trouw'.

⁷⁴ *TM, Parl. Gesch.* 3, p. 130 en *MVA II, Parl. Gesch.* 3, p. 132.

⁷⁵ Huijgen, in T&C op art. 3:24 Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW).

⁷⁶ Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW), commentaar bij art. 3:24 BW, onder 1.1 'Inleiding'.

⁷⁷ Ter verduidelijking: de verkrijger wordt enkel niet beschermd wanneer hij het niet-ingeschreven feit kende. De onderzoeksplicht die volgt uit art. 3:11 BW, geldt voor art. 3:24 BW niet. Voldoende voor de bescherming van art. 3:24 BW is dat het inschrijfbaar feit niet was ingeschreven en de verkrijger met dit feit ook daadwerkelijk niet bekend was.

eveneens voor inschrijving vatbaar feit (in ons geval het eerdere hypotheekrecht) niet met betrekking tot *dat registergoed* ingeschreven was.⁷⁸ Daar is juist sprake van, nu het hypotheekrecht nog steeds bij het oude, ingebrachte perceel is aangetekend. De gedachte dat art. 3:24 BW van toepassing is, zou nog versterkt kunnen worden door het gegeven dat de eerste hypotheekhouder zou kunnen verifiëren of haar hypotheekrecht na de ruilverkaveling wel juist in de basisregistratie dan wel openbare registers staat vermeld.⁷⁹ Deze mogelijkheid voor de oudere hypotheekhouder wordt in hoofdstuk 4 nader besproken.

Er is echter een obstakel waarom art. 3:24 BW wellicht toch niet van toepassing is. Een met betrekking tot dit onderzoek belangrijk vereiste van art. 3:24 BW is namelijk dat het moet gaan om een voor inschrijving vatbaar feit. Wat onder een ‘voor inschrijving vatbaar feit’ moet worden verstaan, kan worden afgeleid uit art. 3:17 BW. Het betreft hier feiten die ook zonder inschrijving goederenrechtelijke werking hebben, maar wel inschrijfbaar zijn.⁸⁰ Onder lid 1 sub a t/m k van art. 3:17 BW worden verschillende voor inschrijving vatbare feiten genoemd. In dit onderzoek richt ik mij vooral op de in sub a omschreven feiten,⁸¹ maar voor de volledigheid wil ik nog opmerken dat hier in ieder geval geen sprake is van sub b t/m k van dit artikel.⁸² Het draait hier namelijk om het feit dat de overspringsing van het oude hypotheekrecht, ofwel de zaaksvervanging, niet is ingeschreven. In sub a van art. 3:17 gaat het om de volgende omschreven feiten: *‘rechtshandelingen die een verandering in de rechtstoestand van registergoederen brengen of in enig ander opzicht voor die rechtstoestand van belang zijn’*.⁸³ Onder deze rechtshandelingen wordt verstaan de privaatrechtelijke rechtshandelingen die goederenrechtelijke rechtsgevolgen met zich meebrengen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een rangwisseling of cessie van een hypothecaire vordering etc.⁸⁴ Kort gezegd: het moet gaan om een rechtshandeling met betrekking tot een registergoed, die volgens wetsgeschiedenis dan wel jurisprudentie geacht wordt tegen derden te werken.⁸⁵

Men kan zich dan afvragen hoe dit zit in de situatie waarin er een hypotheek rust op een perceel dat in een ruilverkaveling wordt betrokken en die vervolgens niet wordt genoemd in de ruilverkavelingsakte, maar van rechtswege overspringt op de vervangende kavel door de zaaksvervangingsregeling. De vraag die hier ontstaat is of een latere hypotheekhouder dan ingevolge art. 3:24 jo 3:17 BW wordt beschermd tegen de niet-inschrijving van het eerdere hypotheekrecht. Meer specifiek is het de vraag of de overgang van het hypotheekrecht (de zaaksvervanging) een voor inschrijving vatbaar feit is.

Denkbaar is dat het hypotheekrecht in de ruilverkavelingsakte opgenomen had moeten worden om een beroep op derdenbescherming voor een latere verkrijging te kunnen voorkomen. Een bewaarder van het kadaster zou vervolgens dan een aantekening hebben gemaakt zoals bedoeld in art. 82 lid 3

⁷⁸ Huijgen, *JBN* 2010, onder ‘Commentaar’.

⁷⁹ Hoog, *WPNR* 2020, p. 533.

⁸⁰ Meijeren, *SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW)*, commentaar bij art. 3:24 BW, onder 1.3 ‘Voor inschrijving vatbaar feit’.

⁸¹ Sub b t/m k behelzen andere gevallen en zijn hier evident niet van toepassing.

⁸² Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.2.3.

⁸³ Art. 3:17 lid 1 sub a BW.

⁸⁴ Meijeren, *SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW)*, commentaar bij art. 3:17 BW.

⁸⁵ Vos & Roes 2018, p. 118.

Wilg waardoor bestaande bezwaren voor een latere verkrijger makkelijk zichtbaar zijn.⁸⁶ In deze situatie is de ingeschreven ruilverkavelingsakte de rechtshandeling en het rechtsgevolg hiervan is het bestaan van het hypotheekrecht op het vervangende perceel door zaaksvervangings.

Je moet je in deze situatie afvragen wat hier het voor inschrijving vatbare feit is, zoals bedoeld in art. 3:17 BW. Dat kan de rechtshandeling zijn, maar dat kan ook het rechtsgevolg – dus het hypotheekrecht dat nu op het vervangende perceel rust (de zaaksvervangings) – zijn.

Wanneer (ter illustratie) sprake is van een door een hypotheek gedekte vordering en deze vordering wordt gecedeerd, dan wordt de verkrijger van deze vordering tevens hypotheekhouder.⁸⁷ Stel A is rechthebbende van een registergoed. B heeft als gevolg van een geldlening aan A, een vordering op A. Ten gunste van B vestigt A een hypotheekrecht op het registergoed, tot zekerheid van voldoening van de vordering. B draagt de vordering op A – tot zekerheid waarvan het hypotheekrecht is gevestigd – over aan C. C (aan wie de vordering is gecedeerd) is als gevolg van deze cessie nu ook hypotheekhouder. De overgang van het hypotheekrecht gaat van rechtswege, nu deze afhankelijk is van de vordering.⁸⁸

In zo'n geval is het niet het rechtsgevolg (overgang van het hypotheekrecht waardoor C nu hypotheekhouder is), maar de cessie die dan wordt ingeschreven. De cessie is namelijk een rechtshandeling die voor de rechtstoestand relevant is, hetgeen volgens art. 3:17 lid 1 sub a inschrijfbaar is.

Als deze situatie wordt vergeleken met een ruilverkaveling, is de zaaksvervangings op zichzelf dan wel een voor inschrijving vatbaar feit? De zaaksvervangings is niet afhankelijk van een inschrijving,⁸⁹ maar ontstaat als gevolg van artikel 60 lid 3 Wilg.⁹⁰ Het maakt daarbij niet uit dat zaaksvervangings feitelijk gezien wel vermeld zou kunnen worden in de akte en registers.⁹¹ De zaaksvervangings is een rechtsgevolg van ruilverkaveling die op grond van de wet ontstaat.⁹² De ruilverkavelingsakte is ingeschreven, en juist dát is hier het relevante feit. Ook het feit dat de aantekening zoals bedoeld in art. 82 lid 3 Wilg achterwege is gebleven, heeft ten aanzien van de bescherming van art. 3:24 BW geen gevolgen. Zoals ook volgt uit de bewoording van art. 82 lid 3 Wilg wordt hiermee namelijk niet een inschrijving als vermeld in art. 3:17 BW bedoeld, maar slechts een aantekening.⁹³ De primaire verkrijging van het vervangende perceel door middel van ruilverkaveling moet natuurlijk wel voldoen aan de eisen van een notariële akte en inschrijving daarvan. Als dit juist is gebeurd treedt het nieuwe perceel op als surrogaat.⁹⁴

⁸⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, r.o. 5.7

⁸⁷ Dit voorbeeld wordt ook aangehaald in Bartels, annotatie bij 'Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, 200.160.360/01, JOR 2017/243, p. 2780.

⁸⁸ Art. 3:82 BW.

⁸⁹ Ik bedoel hiermee dus dat zij niet afhankelijk is van een 'eigen' inschrijving, maar zij is natuurlijk wel afhankelijk van de inschrijving van de ruilverkavelingsakte, in die zin dat zij hiervan het rechtsgevolg is.

⁹⁰ Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.2.2.

⁹¹ Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.2.1.

⁹² Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.21.

⁹³ Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.2.3.

⁹⁴ Spath, *O&R* 2010 p. 349.

Kortom, een latere hypotheekhouder kan dus in ieder geval niet op grond van art. 3:24 BW beschermd worden tegen een eerdere hypotheek die niet in de ruilverkavelingsakte en openbare registers is opgenomen. Dit omdat de zaaksvervangingsregeling zelf geen inschrijfbaar feit in de zin van art. 3:17 BW is.⁹⁵ Wellicht dat er over nagedacht kan worden om aan voornoemd artikel een extra sub toe te voegen waarbij ook zaaksvervangingsregeling als inschrijfbaar feit wordt opgenomen.⁹⁶

3.3 'Onjuist feit' in de zin van art. 3:26 BW

Hiervoor zagen we dat de eerder gevestigde hypotheek in de ruilverkavelingsakte niet zijn ingeschreven. Art. 3:24 BW is echter niet van toepassing nu zaaksvervangingsregeling op zichzelf geen inschrijfbaar feit is zoals wordt bedoeld in art. 3:17 BW. Daarmee is desondanks de bescherming van de latere hypotheekhouder nog niet uitgesloten. Het zou immers mogelijk kunnen zijn dat er sprake is van een onjuist feit zoals bedoeld in art. 3:26 BW, wanneer in zowel de akte van ruilverkaveling als in de hypotheekinformatie van de basisregistratie kadaster niet wordt vermeld dat er bestaande hypotheek op het registergoed rusten.

Art. 3:26 BW beoogt bescherming te bieden tegen onjuiste feiten in de openbare registers. De volgende vereisten staan in dit artikel centraal:⁹⁷

1. Het moet gaan om een rechtshandeling ter verkrijging onder bijzondere titel van een recht op een registergoed;
2. De registers bevatten op het moment van inschrijving van een rechtshandeling ter verkrijging van een recht op een registergoed een onjuist feit;
3. De verkrijger dient te goeder trouw te zijn.

De goede trouw ontbreekt indien men de onjuistheid van de registers kende of deze had kunnen kennen door raadpleging van deze registers.⁹⁸

De verkrijger niet de dupe laten worden van een onjuistheid in de openbare registers is de gedachte achter dit artikel.⁹⁹ Een ten tijde van de verkrijging ingeschreven onjuist feit, kan niet aan de verkrijger worden tegengeworpen. De verkrijger heeft door de inschrijving van het onjuiste feit een foutieve voorstelling van zaken gehad waardoor deze verkrijger ten tijde van de rechtshandeling niet over de juiste informatie beschikte om een weloverwogen beslissing te nemen, maar handelde op basis van een onjuist ingeschreven feit. Toegespitst op het onderzoek was de latere hypotheekhouder ten tijde van het vestigen van het hypotheekrecht in de veronderstelling een hypotheekrecht in hogere rang te verkrijgen, terwijl dit in feite niet het geval was. Als de betreffende verkrijger wel de juiste informatie zou hebben gehad ten tijde van de rechtshandeling, zou de rechtshandeling wellicht niet hebben plaatsgevonden. In zulke gevallen kan de verkrijger mogelijk worden beschermd door art. 3:26 BW.

⁹⁵ Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.21, Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2059.

⁹⁶ Dit idee werd ook opgeworpen door Spath in *WPNR* 2010, par. 5.

⁹⁷ Huijgen, in T&C op art. 3:26 Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW).

⁹⁸ Huijgen, in T&C op art. 3:26 Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW), onder 3. c. 'De verkrijger is te goeder trouw'.

⁹⁹ Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW), commentaar bij art. 3:26 BW.

De bescherming kan slechts ingeroepen worden tegen degene die er redelijkerwijs voor zorg kan dragen dat de registers overeenstemmen met de juridische werkelijkheid.¹⁰⁰

In dit artikel staat het zogenoemde ‘toedoen-principe’ centraal.¹⁰¹ Wanneer iemand zorg had kunnen dragen voor overeenstemming tussen de onjuistheid en de werkelijkheid maar deze geen maatregelen neemt voor overeenstemming, dan kan hij zich later niet beroepen op de onjuistheid.

In een tweetal gevallen¹⁰² kan er sprake zijn van de situatie dat iemand redelijkerwijs zorg had kunnen dragen voor overeenstemming, namelijk (a) wanneer diegene zelf de onjuistheid heeft veroorzaakt, terwijl hij dit kende of behoorde te kennen of (b) wanneer diegene niet zelf de onjuistheid heeft veroorzaakt maar hij – na hiermee bekend te zijn – heeft nagelaten de onjuistheid ongedaan te maken.¹⁰³ Denk bij het genoemde onder b bijvoorbeeld aan een levering door een beschikkingsonbevoegde, waarbij degene die daadwerkelijk beschikkingsbevoegd was om het goed over te dragen geen maatregelen neemt nadat hij de poging tot overdracht door de beschikkingsonbevoegde ontdekt.¹⁰⁴

Anders geformuleerd zou je ook kunnen stellen dat degene die voor overeenstemming kan zorgen, degene is die het onjuiste feit kende of behoorde te kennen.¹⁰⁵ Een derde kan pas in aanmerking komen voor bescherming als tegen degene tegen wie bescherming in wordt geroepen een toedoen kan worden verlangd, namelijk het nalaten van verbetering terwijl deze verbetering wel redelijkerwijs van hem kan worden verlangd.¹⁰⁶

De vereisten die art. 3:26 BW stelt voor wanneer een onjuistheid aan iemand kan worden toegerekend, zijn een stuk strenger dan wanneer de niet-inschrijving van een inschrijfbaar feit aan een persoon kan worden toegerekend. Op dit verschil zal in hoofdstuk 4 nader worden ingegaan.

Feiten die op het moment van inschrijving nog niet hebben plaatsgevonden of zich niet hebben voorgedaan zoals in de registers staat vermeld, worden beschouwd als onjuiste feiten.¹⁰⁷ Ik beperk mij in de rest van dit onderzoek enkel tot feiten die zich niet hebben voorgedaan zoals in de registers staan vermeld. Feiten die staan ingeschreven terwijl deze op het moment van inschrijving nog niet hebben plaatsgevonden zijn namelijk voor dit onderzoek verder niet van belang aangezien de ruilverkaveling en de daarmee gepaarde zaaksvervanging juist wel al hebben plaatsgevonden.

Om een duidelijk beeld te schetsen van hetgeen bedoeld wordt met een onjuist feit, volgt een aantal voorbeelden: een ingeschreven rechtshandeling die nietig is, een ingeschreven vervulling van een voorwaarde die nog niet in vervulling is gegaan, de levering door een beschikkingsonbevoegde of een vermelding van onjuiste kadastrale kenmerken in het ingeschreven stuk, zoals bijvoorbeeld de grootte van een registergoed of perceelgrenzen.^{108, 109}

Ter illustratie volgt een situatie waarin sprake is van een onjuist ingeschreven feit. Stel dat in een koopakte is afgesproken dat A slechts een gedeelte van zijn perceel overdraagt aan B. In de

¹⁰⁰ Huijgen, in T&C op art. 3:26 Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW), onder 1. ‘Algemeen’.

¹⁰¹ Huijgen, in T&C op art. 3:26 Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW).

¹⁰² Huijgen, in T&C op art. 3:26 Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW), onder 3. ‘Gevolgen’.

¹⁰³ VV II, Parl. Gesch. InvW 3, p. 1105.

¹⁰⁴ Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 142.

¹⁰⁵ Parl. Gesch. BW Inv. Boek 3, p. 1106.

¹⁰⁶ Asser/Bartels & Van Mierlo 2021, nr. 393 en 395.

¹⁰⁷ Huijgen, in T&C op art. 3:26 Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW).

¹⁰⁸ Voorbeelden ontleend aan Helder, GS Vermogensrecht, art. 3:26 BW, aant. 6.

¹⁰⁹ Doorgaans worden deze kadastrale kenmerken in de akte vermeld.

leveringsakte wordt per ongeluk niet een gedeelte, maar het gehele perceel van A genoemd. Het gedeelte van het perceel dat niet vermeld staat in de koopakte, is niet overgedragen nu voor de overdracht van dit gedeelte geen geldige titel bestaat. Wanneer B vervolgens het gehele perceel aan C wil overdragen, zal dat ten aanzien van het overige deel – dat niet in de koopakte stond vermeld – niet slagen omdat B niet beschikkingsbevoegd is geworden over dat deel (nu hiervoor een titel ontbreekt in de overdracht A-B). In het voorbeeld kan C zich beroepen op de bescherming van art. 3:26 BW nu C af mocht gaan op het onjuist ingeschreven feit, namelijk de leveringsakte inzake de overdracht A-B waarin het gehele perceel werd genoemd.^{110, 111}

Nu art. 3:26 BW in zijn algemeenheid is toegelicht, keer ik terug naar de reikwijdte van dit artikel (meer specifiek naar hetgeen wordt aangemerkt als een onjuist feit) voor de in dit onderzoek centraal staande casus na ruilverkaveling. Allereerst bespreek ik de reikwijdte van art. 3:26 BW ten aanzien van de eerste hypotheekakte, waarin de eerste hypotheekhouder (in de casus van paragraaf 1.2 de Rabobank) haar hypotheekrecht vestigt. Vervolgens bespreek ik de reikwijdte van art. 3:26 BW ten aanzien van foutieve gegevens in de hypotheekinformatie en tot slot bespreek ik de reikwijdte van art. 3:26 BW in verhouding tot de ruilverkavelingsakte.

3.3.1 De reikwijdte van art. 3:26 BW ten aanzien van de eerdere hypotheekakte

Allereerst wordt in deze subparagraaf besproken de reikwijdte van art. 3:26 BW ten aanzien van een onjuistheid in de eerdere hypotheekakte. Dit betreft de hypotheekakte waarbij het eerste hypotheekrecht dat op het in de ruilverkaveling betrokken perceel rust, is gevestigd. In ons voorbeeld is dat de hypotheekakte waarbij het hypotheekrecht van de Rabobank¹¹² is gevestigd. Wanneer aan dié hypotheekakte een onjuistheid kleeft, kan mogelijk art. 3:26 BW in beeld komen. Ervan uitgaande dat aan de eerdere hypotheekakte in eerste instantie geen onjuistheid kleeft, maakt dat deze juist is ingeschreven in de openbare registers. Wanneer daarna de ruilverkavelingsakte wordt ingeschreven, zou betoogd kunnen worden dat daarmee de eerdere hypotheekakte een onjuist feit bevat. Door de ingeschreven ruilverkavelingsakte en de daarmee gepaarde zaaksvervangingsregeling rust de hypotheek niet meer op het ingebrachte perceel, maar op het vervangende perceel. In de eerste hypotheekakte waarin het hypotheekrecht van de Rabobank is gevestigd staat echter het ingebrachte perceel genoemd, aangezien op het moment van ondertekening van de hypotheekakte het hypotheekrecht op dit perceel werd gevestigd. Dit perceel is echter niet langer de juiste nu het hypotheekrecht door ruilverkaveling rust op het vervangende perceel.

¹¹⁰ Dit voorbeeld is ontleend aan Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 475.

¹¹¹ Voor de volledigheid merk ik hierbij kort op dat in een geval waarin sprake is van discrepantie tussen de koopovereenkomst en de leveringsakte, volgens het arrest Bouwmeester/Van Leeuwen (Hoge Raad 22 april 1994, NJ 1995, 560, ECLI:NL:HR1994:ZC1345) de titel wordt uitgelegd aan de hand van Haviltex. Er wordt in zo'n geval aangenomen dat hetgeen partijen als laatste ondertekend hebben (de leveringsakte) leidend is. Door deze verruimde uitleg bestaat dan wel een titel voor het meerdere. In mijn voorbeeld is hier echter geen sprake van nu de Hoge Raad ook aangeeft dat wanneer partijen niet bedoeld hebben de levering te verruimen, de koopakte leidend blijft voor de omvang van de titel.

¹¹² Rabobank is in de casus die in dit onderzoek centraal staat de eerste hypotheekhouder wiens rechten niet in de ruilverkavelingsakte staan vermeld en tegen wie een beroep op derdenbescherming wordt gedaan.

Om te bepalen of art. 3:26 BW aan de orde is, dient ten eerste te worden bekeken wat het relevante moment is waarop wordt bepaald of een feit onjuist is. In de literatuur bestaat op dit punt onduidelijkheid.¹¹³

In het geval dat aangenomen wordt dat art. 3:26 BW enkel in die gevallen speelt waar feiten op het moment van hun inschrijving reeds onjuist waren, zal toepassing van dit artikel niet aan de orde zijn.¹¹⁴ Ervan uitgaande dat er aan de eerdere hypotheekakte in eerste instantie geen onjuistheid kleeft, maakt dat deze juist is ingeschreven in de openbare registers. De vraag of de oudere hypotheekakte een onjuist feit bevat door de inschrijving van de ruilverkavelingsakte die daarna volgt, maakt dan in het geheel niet meer uit aangezien deze onjuistheid dan pas later zou ontstaan waartegen art. 3:26 BW niet beschermt.

Een andere mogelijke aanname is dat het voor de bescherming van art. 3:26 BW moet gaan om feiten die op het moment van inschrijving van de verkrijging van een recht op een registergoed door een derde, onjuist zijn.¹¹⁵ Het relevante moment waarop bepaald wordt of er sprake is van een onjuist feit ligt hier dus later.

Volgens mij leidt letterlijke lezing van de bepaling van art. 3:26 BW er inderdaad toe dat het relevante moment is: *'...het tijdstip waarop een rechtshandeling ter verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel wordt ingeschreven...'*. De eerste zinssnede van dit artikel ziet op de tweede inschrijving, namelijk die ter verkrijging van een recht op een registergoed. In ons voorbeeld is dat de inschrijving van de latere hypotheekakte. Met deze inschrijving verkrijgt de latere hypotheekhouder namelijk een hypotheekrecht op het betreffende perceel. De vraag is of op *dat* moment, een onjuist feit is ingeschreven. Denkbaar is dat dat het geval is, nu op dat moment de oudere hypotheekakte een onjuistheid bevat aangezien daarin door de ruilverkaveling en daarmee gepaarde zaaksvervanging, niet meer het juiste perceel staat genoemd.¹¹⁶

3.3.2 De reikwijdte van art. 3:26 BW in verhouding tot de hypotheekinformatie

In deze subparagraaf richt ik mijn vizier op de gegevens zoals deze vermeld staan in de hypotheekinformatie.¹¹⁷ De hypotheekinformatie is, net zoals de eigendomsinformatie, een onderdeel van de basisregistratie van het kadaster. In deze hypotheekinformatie staat onder meer vermeld of en zo ja, welke hypotheeken en beslagen er op een perceel rusten, wanneer deze bezwaren zijn ingeschreven en wie de hypotheekhouders en/of beslagleggers zijn. Eerder is vermeld dat op grond van art. 82 lid 3 Wilg een aantekening in de openbare registers wordt gemaakt waarin bij alle bestaande hypothecaire inschrijvingen wordt vermeld dat deze vanaf de ruilverkaveling zullen rusten op de vervangende percelen. Als gevolg van deze aantekening zal vervolgens op grond van art. 48 lid

¹¹³ Zie ook concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.22, waarin deze onduidelijkheid wordt aangehaald.

¹¹⁴ Helder lijkt van deze gedachte uit te gaan in GS Vermogensrecht, art. 3:26 BW, aant. 6. Zie verder ook de daarin genoemde relevante verwijzingen.

¹¹⁵ Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 475.

¹¹⁶ Nu deze situatie mogelijk valt onder de reikwijdte van art. 3:26 BW, volgt de vraag of ook aan de nadere vereisten van dat artikel is voldaan voor de toepassing ervan. In hoofdstuk 4 wordt dieper ingegaan op deze vereisten.

¹¹⁷ Zie ter verduidelijking in bijlage 1 een voorbeeld van de hypotheekinformatie van een fictief perceel en hetgeen hierop wordt vermeld. Dit voorbeeld komt van kadaster.nl.

2 sub c en i Kadasterwet bij elk vervangend perceel de overgesprongen hypothecaire inschrijving worden vermeld.¹¹⁸

Voor het antwoord op de vraag of het achterwege blijven van deze vermelding als bedoeld in art. 48 lid 2 sub c en i als een onjuist feit kan worden aangemerkt, is van belang het onderscheid tussen de openbare registers en de basisregistratie kadaster. Ik werk dit onderscheid en het gevolg hiervan nader uit in paragraaf 3.4.

3.3.3 De reikwijdte van art. 3:26 BW ten aanzien van de ruilverkavelingsakte

In deze subparagraaf zal ik de reikwijdte van art. 3:26 BW onderzoeken in verhouding tot de ruilverkavelingsakte wanneer daarin het eerdere hypotheekrecht niet genoemd wordt.

Om vast te kunnen stellen of sprake is van een onjuist feit zoals bedoeld in art. 3:26 BW, dient onderzocht te worden wat precies moet worden verstaan onder een ‘onjuist feit’. In de literatuur wordt betoogd dat de betekenis van ‘feiten’ zoals bedoeld in art. 3:26 BW breder is dan de definitie van ‘feiten’ zoals bedoeld in art. 3:24 BW.¹¹⁹ Het kan in een geval van art. 3:26 BW namelijk ook gaan om een in de openbare registers ingeschreven feit dat volgt uit een meeromvattend stuk, zoals bijvoorbeeld een partijverklaring.¹²⁰ Ook valt te denken aan de toestemming van een eerste hypotheekhouder voor het vestigen van een tweede hypotheek. Wanneer in de hypotheekakte genoemd wordt dat de eerste hypotheekhouder toestemming heeft gegeven voor het vestigen van een tweede hypotheekrecht, kan deze toestemmingsverklaring mede met de akte worden ingeschreven. Het begrip ‘onjuist feit’ kan ruim worden opgevat en men kan stellen dat hiermee bedoeld wordt ‘alle feiten die kunnen worden ingeschreven en waarbij de rechtstoestand niet juist wordt weergegeven’.¹²¹ Voor de duidelijkheid merk ik hierbij – in lijn met mijn eerdere opmerking over de definitie van het begrip ‘feiten’ – op dat het niet gaat om de inschrijfbaar feiten zoals bedoeld in art. 3:24 BW, maar enkel om feiten waarbij de mogelijkheid tot inschrijving bestaat.

Wanneer een onjuist feit is ingeschreven, betreft het onjuiste vaak niet direct het eigenlijke ingeschreven feit zelf.¹²² Om ter verduidelijking nog een ander voorbeeld te geven: een ingeschreven leveringsakte waarin staat vermeld dat er aan de levering een onvoorwaardelijke koopovereenkomst ten grondslag ligt, terwijl het juist een voorwaardelijke koopovereenkomst betreft. Hoewel de onjuistheid niet meteen betrekking heeft op het inschrijfbaar feit – namelijk de levering – kan hier wel sprake zijn van een onjuist feit in de zin van art. 3:26 BW.¹²³ Om toch enige nuance aan te brengen aan het begrip ‘onjuist feit’, zou gesteld kunnen worden dat alle onjuistheden die betrekking hebben op

¹¹⁸ Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.7.

¹¹⁹ Hoog, *WPNR* 2020, p. 531.

¹²⁰ Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1099.

¹²¹ Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 473.

¹²² Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2059.

¹²³ Voorbeeld ontleend Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2059.

de goederenrechtelijke status van een perceel, onjuiste feiten zijn zoals bedoeld in art. 3:26 BW.^{124, 125} Zelfs met deze striktere uitleg, wordt het begrip 'onjuist feit' nog ruim uitgelegd. De vraag is of dat ook de uitleg is die de wetgever destijds met de invoering van dit artikel voor ogen heeft gestaan. Het gaat wellicht te ver om alle onjuistheden en onvolledigheden in een akte die betrekking hebben op de goederenrechtelijke status van een perceel aan te merken als een onjuist feit in de zin van art. 3:26 BW.

In de literatuur wordt daarom gesteld dat de definitie van het begrip onjuist feit beperkt kan worden tot enerzijds de onjuistheden die het inschrijfbaar feit zelf betreffen (dus bijvoorbeeld de levering), en anderzijds de onjuistheden van de elementen van de betreffende akte die op grond van een wettelijke verplichting in deze akte moeten worden vermeld.¹²⁶

Voorbeelden van dit laatste zijn de elementen die op grond van art. 18 Kadasterwet of art. 24 lid 2 sub a Kadasterwet in een akte worden opgenomen, waarin is bepaald dat de identiteit van een partij in een akte moet worden vermeld c.q. dat de titel van een overdracht in een akte wordt vermeld. Hoe zit het dan in het geval in een akte de vervreemder als beschikkingsbevoegd wordt aangemerkt, terwijl dat juist niet het geval is? Hiervoor werd de levering door een beschikkingsonbevoegde als voorbeeld van een onjuist feit aangehaald. Voor het benoemen van de beschikkingsbevoegdheid in een akte bestaat geen wettelijke grondslag, dus op basis daarvan zou geredeneerd kunnen worden dat dit niet valt onder het begrip 'onjuist feit'. Mijns inziens valt deze situatie onder het eerste geval, namelijk een onjuistheid die het inschrijfbaar feit zelf betreft. Wanneer wordt geleverd door een beschikkingsonbevoegde is er namelijk überhaupt geen sprake van een geldige levering waardoor inschrijving hiervan in het geheel onjuist is. Het gaat in zo'n geval dan dus om een onjuistheid die het inschrijfbaar feit zelf betreft. Ook in de literatuur wordt een levering door een beschikkingsonbevoegde als een onjuist feit gezien, nu de leveringsakte doet veronderstellen dat er een geldige overdracht heeft plaatsgevonden terwijl dat juist niet het geval is.¹²⁷

Meer in zijn algemeenheid zou je daarmee kunnen stellen dat er sprake is van een onjuist feit zoals bedoeld in art. 3:26 BW wanneer een leveringsakte of vestigingsakte leidt tot een ongeldige levering dan wel een ongeldige vestiging.

De vermelding van een eerdere bezwaring van een registergoed die slechts berust op een notariële beroeps- en gedragsregel, namelijk art. 3 lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels, zou daarmee niet onder de reikwijdte van art. 3:26 BW vallen nu dit geen element is dat op grond van een wettelijke verplichting in de akte genoemd wordt.

Terugkerend naar de situatie in de centraal staande casus: Als er echter sprake is van een onvolledige of onjuiste vermelding van bestaande bezwaringen in een ruilverkavelingsakte, dan berust de vermelding van eerdere hypotheekrechten wel op een wettelijke verplichting die te vinden is in art. 82 lid 3 Wilg.¹²⁸ De wet voorziet hier namelijk in een aantekening van de overgesprongen hypotheek in de openbare registers. Wanneer dan in de ruilakte geen melding wordt gemaakt van deze eerdere

¹²⁴ Zie Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2059 waarin wordt verwezen naar Heyman, Bartels & Tweehuysen, 2019 nr. 533.

¹²⁵ Ook door Heyman en Bartels wordt toegevoegd dat 'die feiten dan wel de goederenrechtelijke rechtstoestand moeten betreffen' in Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 474.

¹²⁶ Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2060.

¹²⁷ Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 473.

¹²⁸ Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2060.

(overgesprongen) hypotheeken of wanneer er juist foutief wordt vermeld dat er géén eerdere bezwaringen zijn¹²⁹ kleeft er een onjuistheid aan een element dat op grond van een wettelijke basis in de akte wordt vermeld. Daarmee is derhalve sprake van een onjuist feit zoals bedoeld in art. 3:26 BW.

Tegen de hiervoor uitgewerkte opvatting dat het niet benoemen van bestaande bezwaringen en/of het specifiek benoemen dat er geen bestaande bezwaringen zijn, een onjuist feit betreft, zou ingebracht kunnen worden dat ook zonder de benoeming van de bestaande bezwaringen zaaksvervangings plaatsvindt.¹³⁰

Bij de toetsing van of het niet noemen van de bestaande bezwaringen een onjuist feit is, gaat het er mijns inziens echter niet om of de zaaksvervangings zal optreden wanneer deze benoeming niet geschiedt. Het gaat er juist om of er voor het noemen van de bezwaringen een specifieke grondslag bestaat en juist dié is er in mijn ogen. Het maakt derhalve niet uit dat de zaaksvervangings optreedt ook al worden de eerdere hypotheeken niet genoemd, nu het enkel gaat om de vraag of er voor deze benoeming een wettelijke basis bestaat. Als de zaaksvervangings niet optreedt wanneer bestaande bezwaringen niet genoemd zouden worden, zou een latere hypotheekhouder immers ook geen bescherming behoeven aangezien hij dan ook niet geconfronteerd zal worden met hypotheekhouders die in rang voorgaan. Dit omdat eerdere hypotheekhouders überhaupt niet bestaan in het denkbeeldige geval dat zaaksvervangings niet plaatsvindt wanneer deze niet in de akte wordt vermeld.

Hoe het ook zij, de discussie over of de vermelding van eerdere bezwaringen kan worden aangemerkt als een element dat op grond van een wettelijke verplichting in de ruilverkavelingsakte wordt vermeld, doet niet terzake wanneer aangenomen wordt dat het bij de definitie van een onjuist feit gaat om alle feiten die de goederenrechtelijke rechtstoestand van een registergoed betreffen en onjuist zijn. Er is dan sprake van een onjuist feit als bedoeld in art. 3:26 BW wanneer de ruilverkavelingsakte niets vermeldt over bestaande bezwaringen.¹³¹

3.4 Het verschil tussen de openbare registers en de basisregistratie kadaster

De openbare registers ten aanzien van registergoederen in Nederland worden gezien als een semi-negatief stelsel. Dat wil zeggen dat hetgeen in de openbare registers staat vermeld, niet altijd daadwerkelijk in overeenstemming is met de juridische werkelijkheid.¹³² Het fundamentele verschil tussen een positief en een negatief stelsel is of derden-verkrijgers, die informatie uit de grondboekhouding verkrijgen, kunnen vertrouwen op de juistheid van die informatie.¹³³

Waar dat bijvoorbeeld in Duitsland wel het geval is, wordt de juistheid van een ingeschreven feit in Nederland niet gegarandeerd. Ook kunnen de registers onvolledig zijn doordat sommige feiten geen inschrijving behoeven voor het intreden of bewerkstelligen van een rechtsgevolg. Vererving, verjaring en in dit onderzoek van belang de zaaksvervangings, zijn voorbeelden van feiten die geen inschrijving behoeven voor het intreden ervan.¹³⁴ Ondanks het voorgaande worden de Nederlandse openbare

¹²⁹ Zie hierbij ook de laatste alinea van paragraaf 4.2 waarin ik inga op het onderscheid tussen het niet noemen dan wel foutief benoemen.

¹³⁰ Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, 3.8.

¹³¹ Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 474.

¹³² Vos & Roes 2018, p. 115.

¹³³ Timmer, *WPNR* 2011, p. 169.

¹³⁴ Vos & Roes 2018, p. 116.



registers ten aanzien van registergoederen soms ook semi-positief genoemd.¹³⁵ Eén van deze positieve zijden vloeit voort uit de derdenbeschermingsbepalingen zoals neergelegd in Boek 3 BW. Grof gezegd wordt de verkrijger die is afgegaan op informatie uit de openbare registers en te goeder trouw is, beschermd.

Verwarring kan ontstaan nu in de bedoelde beschermingsbepalingen de algemene formulering 'registers' wordt gebruikt. Voor de reikwijdte van de derdenbeschermingsbepalingen moet echter het verschil tussen de volledigheid van de openbare registers en die van de basisregistratie kadaster uit elkaar gehouden worden. Eerder is gebleken dat inschrijving van de overgesprongen hypotheek niet noodzakelijk is voor het voortbestaan op de vervangende percelen. Het enige dat van belang is, is dat de ruilverkavelingsakte in de openbare registers ingeschreven wordt waardoor zaaksvervanging optreedt. Wanneer echter de aantekening zoals bedoeld in art. 82 lid 3 Wilg achterwege blijft, zijn de hypotheek die voortaan rusten op het vervangende perceel niet direct zichtbaar bij een kadastrale recherche.^{136, 137} Wanneer namelijk deze aantekening in de openbare registers achterwege blijft, zal de vermelding van art. 48 lid 2 sub c en i Kadasterwet in de basisregistratie kadaster ook niet worden opgenomen. Nu de betreffende aantekening achterwege is gebleven, is de basisregistratie kadaster niet juist.

De basisregistratie kadaster kan gezien worden als de toegangspoort van de openbare registers. In de basisregistratie wordt een overzicht gegeven van de rechten die op een bepaald registergoed rusten en wie deze rechten hebben. De openbare registers zijn een verzameling van ingeschreven akten.¹³⁸ De openbare registers bevatten niet enkel notariële akten, maar ook andere brondocumenten zoals bijvoorbeeld rechterlijke uitspraken of beslagen.¹³⁹ Waar de openbare registers privaatrechtelijk van aard zijn, is de basisregistratie kadaster juist publiekrechtelijk van aard.¹⁴⁰ Het is voor overheden niet noodzakelijk om nader onderzoek te verrichten; zij kunnen volstaan met de gegevens zoals deze zijn verwerkt in de basisregistratie kadaster.¹⁴¹ Voor privaatrechtelijke instanties is dat echter niet het geval.

Wanneer afdeling 3.1.2 van het Burgerlijk Wetboek verwijst naar de openbare registers, worden hiermee enkel de privaatrechtelijke openbare registers bedoeld en dus niet de basisregistratie kadaster. De artikelen 3:24 en 3:26 BW, die onder afdeling 3.1.2 vallen, beperken zich dus ook tot bescherming van degene die de privaatrechtelijke openbare registers heeft geraadpleegd en niet enkel de basisregistratie kadaster heeft ingezien.¹⁴² Een verkrijger wordt dus in ieder geval niet beschermd tegen onjuistheden in de basisregistratie kadaster. Indien bijvoorbeeld in de hypotheekinformatie van de basisregistratie kadaster een afwijkend hypotheekbedrag staat genoemd, kan daaraan geen

¹³⁵ Zevenbergen, *WPNR* 1996/6240.

¹³⁶ Hoog, *WPNR* 2020, p. 530.

¹³⁷ De kadastrale recherche is het proces waarbij met name de eigendomsinformatie, hypotheekinformatie en de kadastrale kaart van het betreffende perceel worden opgehaald om zo meer informatie te krijgen over de juridische status van het perceel.

¹³⁸ Hoog, *WPNR* 2020, p. 532.

¹³⁹ Vos & Roes 2018, p. 116.

¹⁴⁰ Hoog, *WPNR* 2020, p. 532.

¹⁴¹ Vos & Roes 2018, p. 116.

¹⁴² Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6 BW, p. 1063.

bescherming worden ontleend.¹⁴³ Volgens de parlementaire geschiedenis is namelijk datgeen wat in de openbare registers is ingeschreven, beslissend.¹⁴⁴

Bepleit kan worden dat dat wellicht toch (in tegenstelling tot een onjuistheid) anders kan zijn voor een onvolledigheid of omissie. Wanneer een feit in de basisregistratie niet zichtbaar is, is het vaak bijna onhaalbaar om alle van belang zijnde stukken na te gaan. Doordat de gegevens in de basisregistratie onvolledig zijn, komt men niet uit bij de relevante gegevens in de openbare registers.¹⁴⁵ Het is mijns inziens onbevredigend om te beweren dat iemand moet kunnen vertrouwen op de openbare registers, maar niet kan afgaan op de informatie van de basisregistratie kadaster die nota bene de toegangspoort tot deze openbare registers vormt. Het is verdedigbaar om te stellen dat iemand die de basisregistratie raadpleegt en diegene niet stuit op enige inschrijvingen, erop moet kunnen vertrouwen dat die inschrijvingen er ook daadwerkelijk niet zijn.¹⁴⁶

Bescherming bieden tegen omissies in de basisregistratie kadaster druist in principe in tegen de wet, maar in de loop der jaren is het belang van de basisregistratie ten opzichte van de openbare registers toegenomen.¹⁴⁷ Met betrekking tot het voorgaande is in 2003 het preadvies van de Vereniging voor Burgerlijk Recht met als titel 'Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?' verschenen.¹⁴⁸ Als gevolg van dit preadvies is het eindrapport 'Vergroting van de juridische betrouwbaarheid Kadaster'¹⁴⁹ tot stand gekomen. In zowel het preadvies als het rapport wordt een voorstel gedaan ter uitbreiding van de goede trouwbescherming tot de basisregistratie kadaster: *'De juridische betekenis van de kadastrale registratie dient te worden verhoogd, door deze tot de openbare registers van afd. 3.1.2. BW te rekenen, waardoor de in deze afdeling geboden bescherming aan verkrijgers te goeder trouw en andere derden tegen de onjuistheid en onvolledigheid van deze registers zich ook richt op de inhoud van de kadastrale registratie.'*¹⁵⁰ Uit dit preadvies en het rapport is af te leiden dat bepleit kan worden om ook bescherming te ontfemen aan omissies in de basisregistratie, waardoor de derdenbeschermingsbepalingen niet enkel van toepassing zullen zijn op de openbare registers. Voorgaande is echter (nog) geen geldend recht, maar op deze manier zou de latere hypotheekhouder toch beschermd kunnen worden. Vooral nog kan de latere hypotheekhouder dus niet worden beschermd op grond van art. 3:26 BW ten aanzien van een omissie in de basisregistratie, nu de derdenbeschermingsbepalingen niet van toepassing zijn op een fout in de basisregistratie kadaster.

3.5 Conclusie

Artikel 3:24 BW beschermt degene die een recht op een registergoed verkrijgt tegen feiten die betrekking hebben op dit registergoed, maar die niet ingeschreven staan terwijl zij wel inschrijfbaar zijn. Om bescherming te kunnen ontfemen aan art. 3:24 BW, moet sprake zijn van een inschrijfbaar feit zoals bedoeld in art. 3:17 BW. Een bestaande hypotheek die rust op een in de ruilverkaveling betrokken

¹⁴³ Hof Amsterdam 10 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS: 2015:4327.

¹⁴⁴ Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1057.

¹⁴⁵ Timmer, *WPNR* 2011, p. 173.

¹⁴⁶ Timmer, *WPNR* 2011, p. 173.

¹⁴⁷ Timmer, *WPNR* 2011, p. 173.

¹⁴⁸ De Jong e.a. 2003.

¹⁴⁹ Huijgen e.a., *OTB* 2006.

¹⁵⁰ Zie het preadvies p. 88 en het rapport p. 27.

perceel, springt over op het vervangende perceel door middel van de zaaksvervangingsregel die volgt uit art. 60 lid 3 Wilg. De relevante rechtshandeling die hier in wordt geschreven is de ruilverkavelingsakte. Het rechtsgevolg, namelijk de zaaksvervangende, is niet een inschrijfbaar feit als bedoeld in art. 3:17 BW. De zaaksvervangende is een rechtsgevolg dat op grond van de wet ontstaat. De latere hypotheekhouder kan daarmee geen bescherming ontleenen aan art. 3:24 BW, nu de reikwijdte van dat artikel die ruimte niet biedt.

Het doel van art. 3:26 BW is het bieden van bescherming tegen onjuiste feiten in de openbare registers. Deze bescherming kan enkel worden ingeroepen tegen degene die redelijkerwijs ervoor kon zorgen dat de registers overeenstemmen met de juridische realiteit.

Het argument dat de eerdere hypotheekakte onjuist is, is niet relevant voor de bescherming van een latere hypotheekhouder als men ervan uitgaat dat art. 3:26 BW enkel ziet op gevallen die reeds op het moment van hun inschrijving onjuist waren. De inschrijving van de ruilverkavelingsakte zorgt er immers voor dat de inschrijving van het eerste hypotheekrecht onjuist wordt. De vraag of aan deze hypothecaire inschrijving een onjuistheid kleeft door de inschrijving van de ruilverkavelingsakte die daarna volgt, maakt in het geheel niet meer uit aangezien deze onjuistheid pas later ontstaat waartegen art. 3:26 BW niet beschermt. Een andere mogelijke aanname is dat het voor de bescherming van art. 3:26 BW moet gaan om feiten die op het moment van inschrijving van de verkrijging van een recht op een registergoed door een derde onjuist zijn. In die situatie is sprake van een onjuist feit in de oudere hypotheekakte nu op dit latere moment (de inschrijving van latere hypotheekakte) in de oudere hypotheekakte door de ruilverkaveling en daarmee gepaarde zaaksvervangende, niet meer het juiste perceel staat genoemd.

Wat betreft de onjuiste gegevens in de hypotheekinformatie is het belangrijk om onderscheid te maken tussen de openbare registers en de basisregistratie kadaster. Wanneer afdeling 3.1.2 van het Burgerlijk Wetboek verwijst naar de openbare registers, bedoelt het enkel de privaatrechtelijke openbare registers en dus niet de basisregistratie kadaster. Een latere hypotheekhouder wordt dus in ieder geval niet beschermd tegen onjuistheden in de basisregistratie kadaster.

Om te bezien of sprake is van een onjuist feit als bedoeld in art. 3:26 BW wanneer de bezwaren niet in de ruilverkavelingsakte worden genoemd, moet onderzocht worden wat wordt verstaan onder het begrip 'onjuist feit'. Het zou daarbij kunnen gaan om alle feiten die de goederenrechtelijke rechtstoestand van een registergoed betreffen en onjuist zijn. Om de uitleg van het begrip enigszins te beperken wordt gesteld dat het enerzijds gaat om onjuistheden die betrekking hebben op het inschrijfbaar feit zelf en anderzijds om onjuistheden van elementen van de betreffende akte die op grond van een wettelijke verplichting in deze akte worden vermeld. Voor de vermelding van bestaande bezwaren in een akte van ruilverkaveling bestaat een wettelijke verplichting, namelijk art. 82 lid 3 Wilg. Nu deze wettelijke grondslag er is, kleeft er hiermee een onjuistheid aan een element van de betreffende akte die op grond van een wettelijke basis in de akte wordt vermeld. Met dit gegeven is er derhalve sprake van een onjuistheid zoals bedoeld in art. 3:26 BW.

Hoofdstuk 4 De verhouding tussen art. 3:24 BW en art. 3:26 BW en de doorwerking hiervan

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zagen we de reikwijdte van de artikelen 3:24 en 3:26 BW, meer specifiek wanneer sprake is van een inschrijfbaar feit dan wel een onjuist feit in de zin van die artikelen. Het kan echter lastig zijn om in een specifieke situatie te bepalen of er sprake is van een niet-ingeschreven feit zoals bedoeld in art. 3:24 BW, of van een onjuist feit dat is ingeschreven zoals bedoeld in art. 3:26 BW. Dit onderscheid is van belang, mede in verband met de verschillende vereisten die aan de twee artikelen ten grondslag liggen. Art. 3:26 BW bevat namelijk – in tegenstelling tot art. 3:24 BW – een onderzoeksplicht voor de derde en vereist daarnaast dat sprake is van het zogenoemde ‘toedoen-principe’.

In paragraaf 4.2 zal ten eerste de samenloop van voornoemde artikelen worden besproken. Daarna zal in paragraaf 4.3 dieper in worden gegaan op het belang van dit onderscheid. De onderzoeksplicht en het ‘toedoen-principe’ zullen in deze paragraaf aan bod komen.

4.2 Samenloop en onderscheid

Het kan in sommige situaties moeilijk zijn om te bepalen of sprake is van een geval waarin 3:24 BW van toepassing is, of juist van een geval waarin art. 3:26 BW van toepassing is. Grof gezegd zou gesteld kunnen worden dat er in het eerste geval daar waar iets ingeschreven had moeten worden, niets staat ingeschreven en in het tweede geval wel iets staat ingeschreven, maar dit niet juist is.¹⁵¹ De situaties zijn echter niet altijd zo ‘zwart-wit’.

De soms onduidelijke scheiding tussen voornoemde artikelen kan blijken uit de (in de literatuur veelvuldig besproken) situatie waarin sprake is van een niet-opgenomen voorwaarde in een leveringsakte bij een voorwaardelijke overdracht.¹⁵² Indien men een ontbindende voorwaarde beschouwt als een rechtshandeling in de zin van art. 3:17 lid 1 sub a, dan zou er sprake zijn van een niet-ingeschreven inschrijfbaar feit wanneer de vermelding van een in de koopovereenkomst afgesproken ontbindende voorwaarde ontbreekt.¹⁵³ Dat zit anders wanneer men aanneemt dat de ontbindende voorwaarde op zichzelf geen inschrijfbaar feit is, maar enkel een onderdeel is van de overeengekomen koopovereenkomst. In die situatie is dan juist sprake van een onjuist feit nu in de leveringsakte ten onrechte niet de ontbindende voorwaarde wordt genoemd.¹⁵⁴ Zo’n zelfde soort discussie bestaat in verband met de in dit onderzoek centraal staande casus. De vraag die in zowel de rechtspraak als de literatuur is ontstaan is of het niet noemen van de zaaksvervanging in de ruilverkavelingsakte valt onder het niet-inschrijven van iets wat inschrijfbaar is, of dat er sprake is van

¹⁵¹ Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 477.

¹⁵² Omwille van duidelijkheid merk ik op dat het in dit voorbeeld dus gaat om de voorwaarde zelf. In het vorige voorbeeld waarbij duidelijk sprake was van een 3:24-geval ging het om de vervulling van een voorwaarde.

¹⁵³ Deze mening wordt aangehangen door o.a. Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 2006, nr. 220c; Fesevur, AA 2005, p. 191-192 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 123.

¹⁵⁴ Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.20.

een onjuist feit wanneer onterecht wordt vermeld dat op het betreffende perceel géén eerdere hypotheeken rusten.¹⁵⁵

Verdedigbaar is dat uitsluitend art. 3:26 BW toepasselijk is in situaties waarin de voorwaarde of de zaaksvervanging niet is opgenomen in de akte, nu betoogd kan worden dat ten aanzien daarvan geen sprake is van een inschrijfbaar feit in de zin van art. 3:17 BW.¹⁵⁶ Dit is echter niet altijd de opvatting die gehuldigd wordt in de literatuur en rechtspraak; daar wordt art. 3:24 BW soms (ook) toepasselijk geacht.¹⁵⁷

Mocht zich nu een situatie voordoen waarin er sprake is van samenloop tussen de artikelen 3:24 en 3:26 BW, dan bestaat er voor de derde die zich op de bescherming beroept een mogelijkheid om te kiezen in verband met de hoofdregel van alternativiteit die volgt uit het Burgerlijk Wetboek.^{158, 159} In dat geval verdient opmerking dat er aan art. 3:26 BW strengere eisen ten grondslag liggen, waardoor het voor de derde verstandiger is om een beroep te doen op art. 3:24 BW, waarover meer hierna.

Nu duidelijk is gemaakt dat de scheidingslijn tussen de artikelen 3:24 en 3:26 BW onduidelijk en dun is, en dat in de hierboven genoemde gevallen desondanks enkel de toepassing van art. 3:26 BW mogelijk kan zijn, brengt ons dat nog tot een ander punt. Kun je namelijk wel stellen dat art. 3:26 BW in de genoemde gevallen mogelijk van toepassing is?

Als het niet noemen van een feit tot onvolledigheid leidt, waar art. 3:24 BW voor is bedoeld, en als het onjuist noemen van een feit via art. 3:26 BW wordt afgedaan, hoe zit het dan in het volgende geval waar art. 3:24 BW sowieso niet van toepassing is omdat het geen inschrijfbaar feit betreft, en er in de akte wel een onvolledigheid te vinden is?

Stel je voor: in de ruilverkavelingsakte worden niet alle bestaande hypotheeken gemeld. Indien men aanneemt dat géén sprake is van een onjuistheid wanneer de akte onvolledig is, zou dat als volgt uitwerken. Wanneer op een perceel reeds drie eerdere hypotheekrechten zijn gevestigd, en de hypotheekakte waar het vierde hypotheekrecht wordt gevestigd slechts (onvolledig) verwijst naar één van de drie eerdere gevestigde hypotheeken waarbij wordt gezwegen over de andere hypotheeken, wordt dit niet aangemerkt als een onjuistheid nu het hier een onvolledigheid betreft. De derde wordt dan in ieder geval niet beschermd (niet door art. 3:26 BW maar ook niet door art. 3:24 BW omdat eerder geconcludeerd is dat zaaksvervanging geen inschrijfbaar feit is).

Wanneer echter in de laatste hypotheekakte specifiek wordt vermeld dat er slechts één voorgaand hypotheekrecht op het perceel rust, betreft het een onjuistheid die onder art. 3:26 BW kan vallen.

Om het (volgens mij wellicht onterechte) onderscheid tussen de onjuistheid en onvolledigheid nog wat duidelijker te maken grijp ik terug naar mijn eerdere voorbeeld over de voorwaardelijke koopovereenkomst. Van art. 3:26 BW zou geen sprake zijn wanneer er bij een voorwaardelijke koop in de leveringsakte slechts wordt vermeld dat aan de levering een koopovereenkomst ten grondslag ligt.

¹⁵⁵ Deze vraag wordt ook gesteld door Bartels, annotatie bij 'Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, 200.160.360/01, JOR 2017/243, p. 2780.

¹⁵⁶ Bartels & Tweehuysen, AA 2011, p. 367 en Huijgen, WPNR 1992, p. 131-135.

¹⁵⁷ Zie o.a. Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 478 en Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788.

¹⁵⁸ Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 142.

¹⁵⁹ Samenloop zal zich dus in de in het onderzoek centraal staande casus niet voordoen omdat het noemen van de eerdere hypotheeken geen inschrijfbaar feit zijn. Voor de volledigheid merk ik de mogelijkheid tot samenloop toch op.

Terwijl dat artikel wel van toepassing zou zijn indien er in de leveringsakte onjuist staat genoemd dat aan de levering een onvoorwaardelijke koopovereenkomst ten grondslag ligt.¹⁶⁰ Mijns inziens behoort in zulke gevallen ook de onvolledigheid te vallen onder de reikwijdte van art. 3:26 BW.¹⁶¹

Zeker wanneer die bescherming niet kan worden ontleend aan art. 3:24 BW in de visie dat zaaksvervanging geen inschrijfbaar feit betreft. Het is volgens mij namelijk, om een beroep te kunnen doen op de derdenbescherming, niet juist om onderscheid te maken wanneer in de akte ten aanzien van één of enkele bestaande hypotheek wordt gezwegen en de overige hypotheek juist wél worden vermeld, of wanneer de akte specifiek vermeldt: ‘er zijn geen voorgaande hypotheek’. Bij de latere hypotheekhouder wordt dan volgens mij de indruk gewekt dat volledig onderzoek is gedaan naar de bestaande bezwaren. Hoewel het niet vermelden van de hypotheek andere informatie geeft dan de vermelding dat er geen hypotheek zijn, is het maken van een onderscheid naar mijn idee moeilijk voor te stellen. Zeker nu het in het notariaat gebruikelijk is om bestaande bezwaren in een akte te vermelden of om te vermelden dat het perceel niet reeds bezwaard is.

4.3 Doorwerking onderscheid en rechtvaardiging voor bescherming

Het onderscheid tussen de artikelen 3:24 en 3:26 BW is van belang in verband met de verschillende vereisten die aan de twee artikelen ten grondslag liggen. Een derde kan namelijk aan art. 3:24 BW bescherming ontleen indien hij het betreffende feit niet kende. Dat ligt anders bij art. 3:26 BW nu hier een onderzoeksplicht aan de derde wordt opgelegd. Wanneer de latere verkrijger van een recht op het betreffende registergoed de onjuistheid van het feit kende of door raadpleging van de registers mogelijk had kunnen kennen is niet aan alle vereisten die art. 3:26 BW stelt, voldaan.¹⁶² Een van de vereisten van art. 3:26 BW is de onderzoeksplicht waaraan een derde zal moeten voldoen wil deze bescherming van dit artikel genieten.

Het verschil in het vereiste onderzoek tussen de twee artikelen 3:24 en 3:26 BW valt uit te leggen. Een niet-ingeschreven inschrijfbaar feit kan door raadpleging van de registers niet worden achterhaald. Het negatieve stelsel dat wij in Nederland kennen ten aanzien van registergoederen gaat erom dat men niet zomaar mag vertrouwen op de juistheid van hetgeen wél is ingeschreven. Dit ‘negatieve’ heeft geen betrekking op de betrouwbaarheid van een niet-inschrijving; in beginsel mag men er immers op vertrouwen dat niet-ingeschreven feiten zich ook daadwerkelijk niet hebben voorgedaan.¹⁶³ Het negatieve stelsel van openbaarheid heeft als risico dat geregistreerde feiten niet per se overeenkomen met de werkelijkheid. Het niet-registreren van feiten heeft daarentegen geen inherente relatie met het negatieve stelsel van openbaarheid, maar het heeft wel invloed op de openbaarheid zelf.¹⁶⁴ De beperkte onderzoeksplicht voor de derde valt ook te verklaren wanneer je deze afzet tegen de invloed van de latere verkrijger op de inschrijving van een feit. Wanneer als voorbeeld namelijk de latere verkrijger een recht verkrijgt door de vervulling van een voorwaarde, dan heeft deze verkrijger het zelf in de hand om die voorwaarde in te schrijven. Wanneer de verkrijger

¹⁶⁰ Deze voorbeelden worden ontleend aan Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2059.

¹⁶¹ Deze mening wordt ook gedeeld door Vonk in annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2059.

¹⁶² Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 477.

¹⁶³ Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1100.

¹⁶⁴ Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.18.

verzuimt om zorg te dragen voor de inschrijving, loopt hij het risico dat een derde wordt beschermd tegen de niet-inschrijving.¹⁶⁵

De verregaande bescherming van art. 3:24 BW past minder goed bij art. 3:26 BW. In de situaties waarin sprake is van een onjuiste inschrijving kan dat niet altijd aan de verkrijger worden verweten. Dit artikel kan daarom enkel van toepassing zijn wanneer sprake is van het toedoen-principe. Het artikel kan alleen worden ingeroepen tegen degene die redelijkerwijs voor overeenstemming kon zorgen tussen de registers en de juridische werkelijkheid.¹⁶⁶ Meer specifiek kan de bescherming ingeroepen worden tegen degene die de onjuiste inschrijving heeft veroorzaakt, of tegen degene die nagelaten heeft om de onjuistheid te herstellen nadat hij deze heeft ontdekt.¹⁶⁷ Wanneer bijvoorbeeld onjuist is ingeschreven dat een voorwaarde in vervulling is gegaan, kan dat worden bereikt zonder medeweten van de verkrijger.¹⁶⁸ Het zou dan niet juist zijn om een verregaande bescherming tegen deze rechthebbende in te kunnen roepen.

Voor de toepassing van art. 3:24 BW is het niet van belang dat het inschrijfbaar feit had kunnen worden ingeschreven door degene die het inroept. Het toedoen-principe speelt bij dit artikel dus geen rol. Het gegeven dat het feit voor inschrijving vatbaar is maar niet daadwerkelijk is ingeschreven, is voor een beroep op art. 3:24 BW voldoende.¹⁶⁹

4.3.1 Onderzoeksplicht

Het meest relevante discussiepunt is of het feit dat de eerdere hypotheek als zodanig in de openbare registers zijn ingeschreven, in de weg staat aan bescherming van de latere hypotheekhouder. De vraag die daarbij aan de orde komt, is hoe ver de onderzoeksplicht van art. 3:26 BW gaat.

Mogelijk stuit de bescherming van de latere hypotheekhouder af op deze onderzoeksplicht.¹⁷⁰

In de literatuur wordt echter beargumenteerd dat dat anders kan zijn wanneer sprake is van een onvolledigheid in de basisregistratie van het kadaster, omdat (zoals in het vorige hoofdstuk is geconcludeerd) de basisregistratie een soort toegangspoort vormt tot de openbare registers nu de basisregistratie als het ware een overzicht geeft van de in de openbare registers ingeschreven stukken.¹⁷¹ Als vervolgens de recherche van een perceel niet leidt tot de betreffende brondocumenten (akten), dan zou de derde erop mogen vertrouwen dat deze inschrijvingen niet bestaan. Dit vertrouwen kan volgens mij echter in de ruilverkavelingssituatie niet spelen, wanneer bij een recherche weliswaar niet de hypotheek naar voren komen, maar wel zichtbaar is dat het perceel is verkregen middels een ruilverkaveling. De basisregistratie leidt dan tot het brondocument (de akte van ruilverkaveling) in kwestie. Het argument dat de onderzoeksplicht van de latere hypotheekhouder van tafel wordt geveegd omdat de basisregistratie kadaster de openbare registers ontsluit, snijdt dus geen hout.

¹⁶⁵ Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2058.

¹⁶⁶ Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 477.

¹⁶⁷ Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.16.

¹⁶⁸ Vonk, annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, *JOR* 2020/165, p. 2058.

¹⁶⁹ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 133-134.

¹⁷⁰ Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.7.

¹⁷¹ Hoog, *WPNR* 2020, p. 532.

In de literatuur en rechtspraak wordt echter redelijk eenvoudig aangenomen dat eerdere hypotheeken vervolgens kenbaar kunnen zijn voor derden, waardoor de rechtszekerheid niet in gevaar komt door het bestaan van de zaaksvervangingsregeling.¹⁷² De eerdere hypotheeken zijn namelijk ingeschreven in de openbare registers, waarbij tevens de percelen worden vermeld waarop de hypotheeken zijn gevestigd. Vervolgens kan uit de ruilverkavelingsakte opgemaakt worden dat de ingebrachte percelen worden vervangen door de toegedeelde percelen. Door de inschrijving van de eerdere hypotheekakten plus de inschrijving van de ruilverkavelingsakte kunnen deze hypothecaire inschrijvingen wellicht worden achterhaald.¹⁷³

Op deze manier klinkt het achterhalen van bestaande hypotheeken betrekkelijk eenvoudig, maar dat zit praktisch gezien naar mijn ervaring in veel gevallen anders, mede gezien de omvang en complexiteit van een ruilverkavelingsakte. Deze akten zijn doorgaans vele honderden pagina's lang en bevatten verwijzingen naar vele kavelnummers.¹⁷⁴ De latere hypotheekhouder zou dan op de eerste plaats al moeten uitzoeken welke percelen onderling zijn geruild. Dat is in de praktijk nog niet zo eenvoudig zoals eerder gesteld. Het komt namelijk zelden voor dat voor één betreffend perceel maar één ander perceel wordt geruild én dat deze ruil tussen dezelfde partijen plaatsvindt. In de meeste ruilverkavelingsakten zal sprake zijn van een ruiling van meerdere verschillende percelen tussen meerdere verschillende partijen. Partijen in een ruilverkaveling hebben daarnaast de mogelijkheid om de hypothecaire geldlening af te lossen en het hypotheekrecht door te halen. Los daarvan is het tevens nog denkbaar dat deze percelen wellicht zijn gesplitst of juist zijn samengevoegd waardoor er zelfs geen sprake zal zijn van gelijke kadastrale nummers.

Kortom is een ruilverkavelingsakte en de overdrachten welke daarin plaatsvinden zeer gecompliceerd, omvangrijk en daarmee onoverzichtelijk. Voor een hypotheekhouder is het in zulke gevallen vrijwel onmogelijk dan wel zeer complex om te achterhalen of op het perceel waar deze hypotheekhouder een hypotheekrecht op gevestigd wenst te hebben al dan niet nog een hypotheekrecht rust.

Ook in de literatuur wordt gesteld dat het daarom vaak haast onmogelijk is om alle geregistreerde stukken grondig te onderzoeken.¹⁷⁵

Tevens is met betrekking tot de hiervoor uitgewerkte en veronderstelde indirecte kenbaarheid nog het volgende van belang. Volgens art. 3:26 BW gaat het bij de onderzoeksplicht om hetgeen hij 'door raadpleging van de registers' had kunnen kennen. De wetgever heeft met de term 'raadplegen' het volgende bedoeld: *'Het onderzoek van de akten betreffende het registergoed, waartoe degene die de registers wil raadplegen, aan de hand van de hem bekende gegevens door middel van de krachtens Kadasterwet daartoe aan het publiek ten dienste gestelde middelen toegang heeft [...]. Een verder gaande onderzoeksplicht vloeit uit de voormelde bepalingen niet voort.'*¹⁷⁶

Men kan zich afvragen of het achterhalen van eerdere hypotheeken op de hiervoor omschreven wijze (het achterhalen door de combinatie van de eerdere hypotheekakten plus inschrijving van de

¹⁷² Spath, *WPNR* 2010, par. 3.

¹⁷³ Zie o.a. Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484, r.o. 3.7.

¹⁷⁴ 'Kunt u een kopie van een ruilverkavelingsakte opvragen?' kadaster.nl.

¹⁷⁵ Zoals ook blijkt uit de bewoordingen van De Groot e.a. 1985, p. 101.

¹⁷⁶ Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1100 en 1101.

ruilverkavelingsakte waarbij de latere hypotheekhouder deze gehele ruilverkavelingsakte door moet spitten) niet voorbij gaat aan hetgeen de wetgever bedoelt met 'raadplegen'.

Daarbij is het ook niet zo dat alles wat in de registers staat, wordt verondersteld bekend te zijn. Het gaat enkel om de mogelijkheid tot kenbaarheid voor degene die de registers heeft geraadpleegd.¹⁷⁷

Naar mijn oordeel betekent dit dat indien de derde de registers wel heeft geraadpleegd, maar de registers zo onoverzichtelijk zijn dat hij een inschrijving niet kan ontdekken, de goede trouw hem niet kan worden tegengeworpen.¹⁷⁸ Het is mijns inziens derhalve alleszins verdedigbaar dat bescherming niet aan de latere hypotheekhouder onthouden zou moeten worden omdat hij niet aan zijn onderzoeksplicht ex art. 3:26 BW zou hebben voldaan.

Uit de parlementaire behandeling blijkt tevens dat nadelige effecten voor derden door onvolledige registers zo veel mogelijk moeten worden gemitigeerd voor deze derden.¹⁷⁹ Door vast te houden aan een te vergaande onderzoeksplicht voor latere hypotheekhouders, wordt volgens mij geen rekening gehouden met dit aspect.

4.3.2 Toedoen-principe

Het bieden van bescherming aan de latere hypotheekhouder wordt nog meer gerechtvaardigd nu het in de macht van de eerste hypotheekhouders ligt om ervoor zorg te dragen dat hun hypotheekrechten op correcte wijze zullen worden ingeschreven, wanneer zij op de hoogte zijn van de ruilverkaveling.

Een oudere hypotheekhouder is bekend met een ruilverkavelingsprocedure doordat hij hiervan op de hoogte wordt gesteld.¹⁸⁰ Het ruilplan zoals nader geduid in hoofdstuk 2 van dit onderzoek, wordt ter inzage gelegd.¹⁸¹ De Gedeputeerde Staten geven per aangetekende brief kennis van de terinzagelegging aan de bij hen bekende belanghebbenden.¹⁸² Onder deze belanghebbenden worden onder meer in ieder geval begrepen zij die voorkomen op de lijst van rechthebbenden.¹⁸³ Onder 'rechthebbende' valt ook degene aan wie een beperkt recht toebehoort op een in de ruilverkaveling betrokken perceel.¹⁸⁴ Op deze wijze is de oudere hypotheekhouder op de hoogte van de ruilverkaveling.

Nu de eerdere hypotheekhouder op de hoogte is van de ruilverkaveling heeft hij de mogelijkheid en ligt het naar mijn mening op zijn weg om na te gaan of zijn hypotheekrecht na deze ruilverkaveling juist in de registers stond vermeld.¹⁸⁵ Neemt de eerdere hypotheekhouder geen maatregelen voor

¹⁷⁷ Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW), commentaar bij art. 3:23 BW.

¹⁷⁸ Deze mening wordt versterkt door Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW), commentaar bij art. 3:23 BW.

¹⁷⁹ Spath, *WPNR* 2010, par. 3.

¹⁸⁰ Rheinfeld, *TvAR* 2017/5877.

¹⁸¹ Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016, p. 222.

¹⁸² Art. 64 lid 3 Wilg.

¹⁸³ Art. 64 lid 3 sub a Wilg.

¹⁸⁴ Art. 1 lid 1 onder 1° Wilg.

¹⁸⁵ Ik ben mij bewust van het feit dat er ook veel voor valt te zeggen dat het niet de verantwoordelijkheid van de oudere hypotheekhouder is/dat de oudere hypotheekhouder niet verplicht is om (nadat hij bekend is geworden met de ruilverkavelingsprocedure) ook daadwerkelijk na te gaan of zijn recht juist staat ingeschreven. Er zal ook rekening gehouden moeten worden met deze tegenargumenten en belangen van de oudere hypotheekhouder maar toch moet er stom gezegd iemand 'het haasje' zijn. Bij een afweging van alle punten zou deze mijns inziens positief uit moeten vallen voor de latere hypotheekhouder.



overeenstemming tussen de juridische werkelijkheid en de openbare registers? Dan is hiermee voldaan aan het toedoen-principe. Het feit dat de eerdere hypotheekhouder dit relatief gezien makkelijker na kan gaan door het in de ruilverkaveling betrokken perceel na deze ruilverkaveling te rechercheren en het gegeven dat hem een nalaten kan worden verweten door dit niet te doen, versterkt deze opinie.¹⁸⁶

4.4 Conclusie

Soms kan het lastig zijn om te bepalen of een situatie valt onder art. 3:24 BW of juist onder art. 3:26 BW. De vraag die dan ook in zowel de rechtspraak als de literatuur heerst was of het niet vermelden van bestaande bezwaren in een ruilverkavelingsakte valt onder het niet-inschrijven van iets dat inschrijfbaar is, of dat het een onjuist feit betreft wanneer ten onrechte wordt vermeld dat er geen eerdere hypotheek rusten op het betreffende perceel. In dergelijke situaties kan echter alleen sprake zijn van art. 3:26 BW, nu duidelijk is dat zaaksvervangende op zichzelf geen voor inschrijving vatbaar feit is. Hierdoor is er geen sprake van samenloop met art. 3:24 BW.

De vraag die hierna ontstaat is of een omissie überhaupt wel onder de reikwijdte van art. 3:26 BW valt. Om een beroep te kunnen doen op derdenbescherming zou mijns inziens geen onderscheid gemaakt mogen worden tussen gevallen waar in de akte ten aanzien van één of enkele bestaande hypotheek wordt gezwegen en de overige hypotheek juist wél worden vermeld, en gevallen waarin de akte specifiek vermeldt dat er geen voorgaande hypotheek zijn. Dit aangezien deze twee kwesties in principe op hetzelfde neerkomen, zij het met andere bewoordingen.

Het is van belang om onderscheid te maken tussen de toepassing van de artikelen 3:24 en 3:26 BW in verband met hun nadere vereisten. In tegenstelling tot art. 3:24 BW vereist art. 3:26 BW namelijk een onderzoeksplicht en biedt laatstgenoemd artikel alleen bescherming in gevallen waarin er sprake is van het toedoenprincipe. Een relevante vraag hierbij is hoe ver de onderzoeksplicht van art. 3:26 BW strekt. In de literatuur wordt vaak aangenomen dat eerdere bezwaren bij een derde bekend kunnen zijn door het verrichten van onderzoek. In de realiteit is het achterhalen van de bestaande hypotheek veel ingewikkelder dan wordt gesteld, onder meer door de grote mate van complexiteit van de ruilverkavelingsakte. Mogelijk gaat het achterhalen van eerdere hypotheek op de beschreven manier voorbij aan hetgeen de wetgever heeft bedoeld met de term 'raadplegen'. De onderzoeksplicht van de latere hypotheekhouder gaat volgens mij niet zo ver dat gesteld kan worden dat zij bekend kan en moet zijn met eventuele bestaande bezwaren. Naar mijn mening is het dan ook zeer verdedigbaar dat de latere hypotheekhouder in deze situatie niet wordt belemmerd in het beroepen op de bescherming van art. 3:26 BW door de onderzoeksplicht. Zeker wanneer men daaraan toevoegt dat het in de macht van de hypotheekhouders ligt om na te gaan of hun hypotheekrechten op correcte wijze zijn ingeschreven, wanneer zij op de hoogte zijn van de ruilverkaveling. Hiermee is dan voldaan aan het toedoenprincipe ten aanzien van de eerdere hypotheekhouder, waardoor een beroep op art. 3:26 BW door de latere hypotheekhouder mogelijk is.

¹⁸⁶ Hoog, *WPNR* 2020, p. 533.

Hoofdstuk 5 Volgorde van verdeling

5.1 Inleiding

De rangorde tussen hypotheekhouders wordt in beginsel bepaald door de prioriteitsregel die volgt uit art. 3:21 BW. Uit deze volgorde is af te leiden hoe de opbrengst moet worden verdeeld. In eerste instantie is de volgorde tussen de hypotheeken uit de in dit onderzoek centraal staande casus duidelijk, nu het vestigingstijdstip van de hypotheeken deze volgorde bepaalt.¹⁸⁷ De volgorde van verdeling is echter anders wanneer geconstateerd wordt dat de latere hypotheekhouder (in deze casus: Van de Weijer B.V.) bescherming kan ontlenen aan art. 3:26 BW. De vraag die ontstaat is hoe de rangwisseling – die veroorzaakt wordt door derdenbescherming – in zo'n situatie zal uitpakken en hoe deze rangorde wordt bepaald.¹⁸⁸

Allereerst wordt in paragraaf 5.2 besproken hoe en waarom het verdelingsvraagstuk ontstaat. Daarbij wordt het verdelingsvraagstuk dat in dit onderzoek speelt, vergeleken met andere situaties waarbij ditzelfde vraagstuk aan de orde is. Vervolgens worden in paragraaf 5.3 voor deze verdelingsvraagstukken verschillende oplossingen uit de literatuur aangedragen. De mogelijke oplossingen worden in paragraaf 5.4 toegepast op de casus die in dit onderzoek centraal staat om te bezien hoe de verdeling in deze casus eventueel kan plaatsvinden.

5.2 Verdelingsvraagstuk

Als derdenbescherming wordt toegekend kan dit invloed hebben op de volgorde van verhaal, aangezien bij de verdeling van de opbrengst rekening moet worden gehouden met de rechten van degene aan wie derdenbescherming toekomt.¹⁸⁹

Het probleem dat dan naar voren komt is de bepaling van rangorde wanneer één van de eerdere hypotheekrechten wél in de ruilverkavelingsakte (en dus in de openbare registers) wordt aangetekend, maar de andere hypotheekrechten niet. De laatste hypotheekhouder zal dankzij derdenbescherming in rang boven de eerste hypotheek van de Rabobank komen te staan. De tweede hypotheekhouder (in ons voorbeeld ABN Amro) blijft haar plek behouden achter de hypotheek van de Rabobank, maar staat in rang wel vóór de latere hypotheekhouder. De tweede hypotheek van de ABN Amro is namelijk wel correct vermeld in de openbare registers waardoor deze hypotheekhouder niets te maken heeft met de derdenbescherming van de latere hypotheekhouder. De vraag is hoe de 'puzzel' van rangwisseling die ontstaat, opgelost kan worden. Zoals gezegd bestaan er andere situaties waarbij deze rangordeproblematiek leeft. Dit verwantschap is ook gesignaleerd in de literatuur.¹⁹⁰ Twee van deze situaties worden hierna achtereenvolgens besproken.

5.2.1 Vergelijking met andere situaties

Allereerst bespreek ik de situatie waarbij een debiteur een zaak heeft waarop een stil pandrecht van de bank rust. Op grond van art. 3:278 lid 1 BW heeft de stille pandhouder voorrang bij de verdeling

¹⁸⁷ Art. 3:21 BW.

¹⁸⁸ Belangrijk om hierbij te vermelden is dat dit rangorde-vraagstuk enkel problematisch is wanneer de netto baten niet genoeg zullen zijn om vordering(en) van ieder crediteur te kunnen voldoen.

¹⁸⁹ Bartels, annotatie bij 'Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, 200.160.360/01, JOR 2017/243, p. 2781.

¹⁹⁰ Bartels, annotatie bij 'Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, 200.160.360/01, JOR 2017/243, p. 2781.

van de opbrengst boven andere crediteuren. Naast de bank met haar stille pandrecht, is er nog een andere crediteur. Deze crediteur heeft een vordering op de debiteur wegens bearbeiding van de zaak. In beginsel gaat de stille pandhouder boven een voorrecht, tenzij de wet bepaalt dat dit niet zo is.¹⁹¹ Van dit laatste is sprake, nu art. 3:285 BW bepaalt dat het bijzondere voorrecht dat voortvloeit uit bearbeiding van de zaak, bevoorrecht wordt boven het stille pandrecht van de bank.¹⁹² Daarnaast legt de fiscus beslag op de zaak.¹⁹³ De hoofdregel is dat in beginsel bijzondere voorrechten vóór algemene voorrechten gaan.¹⁹⁴ Een uitzondering hierop staat geformuleerd in de eerste zin van art. 21 lid 2 Invorderingswet. De fiscus heeft namelijk een algemeen voorrecht dat voor alle andere algemene en bijzondere voorrechten gaat (met uitzondering van enkele voorrechten, waarvan in dit geval geen sprake is).¹⁹⁵ De rangorde van de drie genoemde crediteuren is dus als volgt: de crediteur met het bijzondere voorrecht wegens bearbeiding van de zaak, gaat voor de stille pandhouder op grond van art. 3:285 BW. De fiscus staat vervolgens achter de stille pandhouder. De hoofdregel is namelijk dat pand en hypotheek voor een voorrecht gaan, tenzij de wet anders bepaalt.¹⁹⁶ De wet bepaalt echter nergens dat de fiscus voor het stille pandrecht gaat nu in deze situatie geen sprake is van een bodemzaak. Tot slot heeft de fiscus op haar beurt weer voorrang op de crediteur met zijn vordering wegens bearbeiding van de zaak, op grond van art. 21 lid 2 Invorderingswet. Ook in deze situatie ontstaat derhalve een rangorde-vraagstuk wanneer de vorderingen van deze crediteuren tezamen hoger uitvallen dan de baten van de debiteur. De geschetste casus is slechts één van de vele voorbeelden waarin dit vraagstuk bestaat.¹⁹⁷

5.2.2 Amro/Ontvanger

Een andere casus waarin het rangorde-vraagstuk speelt, is de situatie die volgt uit het bekende arrest Amro/Ontvanger.¹⁹⁸ De blokkerende werking van beslag die volgt uit art. 505 lid 2 Rv, staat in dat arrest centraal. Op een onroerende zaak van de debiteur was beslag gelegd door een crediteur. Vervolgens werd op ditzelfde onroerend goed een eerste hypotheekrecht gevestigd ten behoeve van de Amrobank. Tot slot werd hierna nogmaals door een andere crediteur beslag gelegd. Het leggen van beslag heeft blokkerende werking, hetgeen wil zeggen dat een vervreemding of bezwaring ná het beslag, niet tegen deze beslaglegger kan worden ingeroepen.¹⁹⁹ De vraag die ook in dit geval weer ontstaat, is hoe de volgorde van verdeling tussen deze crediteuren moet worden uitgewerkt. De eerste beslaglegger gaat namelijk voor de hypotheekhouder dankzij de blokkerende werking. De hypotheekhouder kan in dat geval jegens de eerste beslaglegger geen aanspraak maken op zijn voorrang.²⁰⁰ De hypotheekhouder gaat vervolgens op haar beurt weer voor het later gelegde beslag.²⁰¹

¹⁹¹ Art. 3:279 BW.

¹⁹² Art. 3:284 lid 2 BW.

¹⁹³ Volledigheidshalve vermeld ik dat deze zaak geen bodemzaak is. Zou dat namelijk wel het geval zijn dan zou de fiscus op grond van art. 21 lid 2 tweede zin Invorderingswet voorrang hebben op de stille pandhouder.

¹⁹⁴ Art. 3:280 BW.

¹⁹⁵ Art. 21 lid 1 en 2 Invorderingswet.

¹⁹⁶ Art. 3:279 BW.

¹⁹⁷ Zie voor andere vergelijkbare situaties waarin het verdelingsvraagstuk bestaat Boekraad 2001, p. 59 e.v.

¹⁹⁸ Hoge Raad 25 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9072, NJ 1987/18.

¹⁹⁹ Art. 505 lid 2 Rv.

²⁰⁰ Van Hees, *WPNR* 2011, p. 328.

²⁰¹ Art. 3:21 BW.

Er is in beginsel echter geen reden om aan te nemen dat de eerste beslaglegger voorrang heeft op de latere beslaglegger. Deze twee crediteuren zijn namelijk wat betreft hun rang in beginsel gelijk aan elkaar nu beslag geen voorrang schept.²⁰² Toch heeft de Hoge Raad in voornoemd arrest geoordeeld over de tegenwerpbaarheid van het hypotheekrecht aan de latere beslaglegger. De latere beslaglegger deelt door de 'bufferwerking' die de tussentijdse hypotheekvestiging heeft, niet mee in de concursus van de eerste beslaglegger. Dit lijkt de facto op 'voorrang'.²⁰³ In een later arrest oordeelt de Hoge Raad opnieuw dat de latere hypotheekhouder en latere beslaglegger (zelfs in een geval van faillissement waar alle gelegde beslagen als gevolg van art. 33 Fw vervallen) in rang achter de eerdere beslaglegger komen.²⁰⁴ Ondanks het feit dat voorgaande door het arrest van de Hoge Raad geldend recht is, wordt in de literatuur veel kritiek op deze rangordebepaling gegeven.²⁰⁵ Er is zoals reeds gesteld geen reden om latere beslagleggers achter te stellen op eerdere beslagleggers, enkel en alleen om een tussentijdse vestiging van een hypotheekrecht.²⁰⁶ Het is niet rechtvaardig om de latere beslaglegger de dupe te laten zijn van de tussenkomst van het hypotheekrecht. Wat zou ten aanzien van de rangorde dan wel rechtvaardig zijn, in een geval waarin de eerdere beslaglegger het later gevestigde hypotheekrecht niet tegen zich hoeft te laten gelden, maar de latere beslaglegger dit wel moet doen? In de literatuur zijn diverse alternatieven voorgesteld om de bepaling van rangorde op een rechtvaardige manier te benaderen.²⁰⁷ Deze opties zullen hierna worden besproken en aan de hand van een voorbeeld worden uitgewerkt.

5.3 Twee mogelijke opties

De eerste manier die in de literatuur (in afwijking van de door de Hoge Raad geformuleerde regeling (en dus in afwijking van het geldende recht)) wordt aangedragen als oplossing voor de volgorde van verdeling van de opbrengst in bovenstaande situatie van paragraaf 5.2.2, luidt als volgt.²⁰⁸

Allereerst wordt bepaald wat de eerste beslaglegger ontvangt. In deze berekening delen alle drie de schuldeisers (de eerste beslaglegger, de hypotheekhouder en de tweede beslaglegger) mee, waarbij het voorrangrecht van de hypotheekhouder achterwege wordt gelaten. Het feit dat geen rekening wordt gehouden met het voorrangrecht van de hypotheekhouder, dient ten behoeve van de berekening van hetgeen toekomt aan de latere beslaglegger. Met behulp van een voorbeeld wordt dit wellicht duidelijker: stel dat de eerste beslaglegger een vordering van 50 heeft, de hypotheekhouder een vordering van 100 en de tweede beslaglegger een vordering van 150. De totale vordering is derhalve 300. De opbrengst is echter maar 150. Allereerst wordt berekend wat de eerste beslaglegger toebedeeld krijgt. De eerste beslaglegger in dit voorbeeld krijgt 25, de hypotheekhouder 50 en de tweede beslaglegger krijgt 75 nu ieders vordering naar evenredigheid wordt voldaan aangezien het voorrangrecht van de hypotheekhouder wordt weggedacht en aan de vorderingen van de beslagleggers geen voorrang was verbonden.²⁰⁹ Nu is vastgesteld wat aan de eerste beslaglegger wordt uitkeerd (25), is er nog 125 van de opbrengst over (150 minus 25). Na de bepaling van de uitkering

²⁰² Art. 3:277 BW.

²⁰³ Van Hees, *WPNR* 2011, p. 328.

²⁰⁴ Hoge Raad 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988: AC3064, *NJ* 1988,748.

²⁰⁵ Bartels en Heyman, *NTBR* 1998, p. 221.

²⁰⁶ Van Hees, *WPNR* 2011, p. 328.

²⁰⁷ Van Hees, *WPNR* 2011, Albers-Dingemans 1998 en Bartels en Heyman, *NTBR* 1998.

²⁰⁸ Bartels en Heyman, *NTBR* 1998, p. 222.

²⁰⁹ Art. 3:277 lid 1 BW.

aan de eerste beslaglegger wordt de resterende opbrengst tussen de hypotheekhouder en de tweede beslaglegger anders verdeeld dan hiervoor is uitgelegd. Dit dient ten behoeve van de hypotheekhouder, die voorrang verdient boven de tweede beslaglegger. Deze resterende opbrengst wordt dus verdeeld tussen de hypotheekhouder en de tweede beslaglegger, waarbij vervolgens het voorrangrecht van de hypotheekhouder wél in acht wordt genomen.

Eerst wordt de vordering van 100 van de hypotheekhouder aan hem uitgekeerd, waarna er nog 25 overblijft voor de tweede beslaglegger. Bij de hantering van deze methode wordt in de eerste plaats rekening gehouden met het feit dat de beslagleggers in principe een concurrente vordering hebben, maar dat er geen reden is om de hypotheekhouder met zijn voorrangpositie achter de tweede beslaglegger te stellen. Tevens wordt rekening gehouden met de blokkerende werking van beslag, door eerst hetgeen toekomt aan de eerste beslaglegger vast te stellen.

Naast bovengenoemde methode, is er in de literatuur nog een andere manier aangedragen om de opbrengst te verdelen.²¹⁰ Bij deze aanpak wordt een vergelijking gemaakt tussen de situatie waarbij geen rekening wordt gehouden met de voorrangpositie van de hypotheekhouder en de situatie waarin hiermee wel rekening wordt gehouden.

In de eerste situatie wordt hetgeen de eerste beslaglegger krijgt toebedeeld op dezelfde manier vastgesteld als de eerste methode. De vorderingen van de schuldeisers worden beschouwd als concurrente vorderingen waardoor de eerste beslaglegger derhalve 25 krijgt toebedeeld. Dit bedrag staat vast.

Voor de hypotheekhouder en de tweede beslaglegger zou dan 50 respectievelijk 75 resteren.

Vervolgens wordt bij de tweede situatie bekeken wat de schuldeisers zouden krijgen in het denkbeeldige geval éérs de hypotheekhouder zijn hypotheekrecht zou hebben gevestigd, waarna de eerste en tweede beslaglegger achtereenvolgens hun beslag gelegd zouden hebben. De berekening in deze tweede situatie wordt gebruikt om de aanspraken van de tweede beslaglegger vast te stellen.²¹¹ De hypotheekhouder krijgt in dat geval voorrang waardoor zijn volledige vordering van 100 (in die denkbeeldige situatie ter berekening van de aanspraken van de tweede beslaglegger) als eerste zal worden voldaan. Daarna resteert er nog 50. De twee beslagleggers zijn concurrent dus hetgeen aan hen toekomt wordt naar rato berekend, wat inhoudt: 12,5 naar de eerste beslaglegger en 37,5 naar de tweede beslaglegger.²¹²

De tweede methode leidt hierdoor tot de volgende uitwerking:

- Aan de hand van de eerste situatie is vastgesteld dat de eerste beslaglegger 25 krijgt toebedeeld;
- Aan de hand van de tweede situatie is vastgesteld dat de tweede beslaglegger 37,5 krijgt toebedeeld;
- Er resteert dan nog een bedrag van 87,5, hetgeen wordt toebedeeld aan de hypotheekhouder. Anders bekeken: het verschil tussen de eerste en de tweede situatie voor de eerste beslaglegger, komt ten laste van de hypotheekhouder en ten gunste van de

²¹⁰ Albers-Dingemans 1998, p. 36 e.v.

²¹¹ Van Hees, *WPNR* 2011, p. 328.

²¹² Art. 3:277 lid 1 BW.



eerste beslaglegger (dus gaat bij de eerste hypotheekhouder eraf en komt er bij de eerste beslaglegger bij).

Deze laatste methode resulteert erin dat de tweede beslaglegger hetzelfde zal ontvangen (37,5) in het denkbeeldige geval eerst een hypotheek zou zijn gevestigd en pas daarna de twee beslagen zouden zijn gelegd. Deze methode houdt rekening met het feit dat een hypotheek die is gevestigd ná een eerder beslag, niet voor rekening van een latere beslaglegger zou moeten komen.²¹³ Degene die de gevolgen moet ondervinden van het feit dat er reeds een beslag gevestigd was, is de hypotheekhouder.²¹⁴ Een gerechtvaardigde reden om een latere beslaglegger achter te stellen op een eerdere beslaglegger (terwijl deze twee eigenlijk concurrente schuldeisers zijn), enkel op basis van het feit dat hiertussen een hypotheekrecht is gevestigd, ontbreekt.²¹⁵

Ter verduidelijking volgt hieronder een schema waarin het verschil tussen de twee besproken methoden in één oogopslag terug is te zien. Ook is in dit schema verwerkt de uitwerking zoals deze door de Hoge Raad in het arrest Amro/Ontvangers is bepaald.

Opbrengst = 150	Vordering	Methode Amro/Ontvanger	Eerste mogelijke methode	Tweede mogelijke methode
Eerste beslaglegger	50	50	25	25
Hypotheekhouder	100	100	100	87,5
Tweede beslaglegger	150	0	25	37,5

5.4 Toepassing op de casus

Bovenstaande methoden zijn in een geval zoals deze aan de orde was in het arrest Amro/Ontvanger, niet het geldende recht maar slechts aanbevelingen die in de literatuur worden gedaan. Voor de gevallen waarin eerst beslag is gelegd, daarna een hypotheekrecht is gevestigd en vervolgens nogmaals beslag is gelegd, is nog altijd hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest heeft bepaald het geldende recht en derhalve van toepassing.

De uitgewerkte methoden kunnen wellicht wel als ‘inspiratie’ worden gebruikt voor het verdelingsvraagstuk dat in dit onderzoek centraal staat en ten aanzien waarvan de Hoge Raad nog geen uitspraak heeft gedaan.²¹⁶

²¹³ Van Hees, *WPNR* 2011, p. 329.

²¹⁴ Van Hees, *WPNR* 2011, p. 329.

²¹⁵ Van Hees, *WPNR* 2011, p. 329.

²¹⁶ Ik ben mij bewust van het feit dat de gevallen zoals deze in paragraaf 5.2.1 t/m 5.3 worden besproken, totaal andere gevallen zijn als de situatie die in dit onderzoek centraal staat. Toch zie ik enkele overeenkomsten die ik hierna uitwerk.

In de literatuur wordt verondersteld dat Van de Weijer B.V.²¹⁷ ten gevolge van derdenbescherming feitelijk zal promoveren van laatste tot eerste rang.²¹⁸ Deze promotie tot eerste rang is echter volgens mij niet helemaal juist.²¹⁹ De kritiek die in de literatuur is ontstaan op de uitspraak van de Hoge Raad bij een situatie beslag-hypothek-beslag, zou je kunnen vergelijken met de casus die in het onderzoek centraal staat. Immers, voor achterstelling van de ABN Amro op Van de Weijer B.V. is enkel door het niet juist vermelden van het hypotheekrecht van de Rabobank volgens mij geen reden.²²⁰ Net zomin als dat er reden is om de tweede beslaglegger achter te stellen op de eerste beslaglegger, enkel door de tussenkomst van een hypotheekrecht. Wat wel rechtvaardig is, is dat Van de Weijer B.V. in rang voorgaat op de Rabobank als gevolg van een geslaagd beroep op derdenbescherming (net zoals het rechtvaardig is dat de eerste beslaglegger voorgaat op de hypotheekhouder door de blokkerende werking van beslag). Daarnaast is het rechtvaardig dat de Rabobank bij verdeling voorgaat op de ABN Amro, als gevolg van de prioriteitsregel²²¹ (net zoals het rechtvaardig is dat de hypotheekhouder voorgaat op de tweede beslaglegger als gevolg van voorrang voor de hypotheekhouder).²²²

Stel dat we de (volgens mij onjuiste) rangorde als basisvolgorde aanhouden, waarin Van de Weijer B.V. door een geldig beroep op derdenbescherming, promoveert tot eerste rang. Dat zou op de volgende volgorde uitkomen:

1. Van de Weijer B.V.
2. Rabobank
3. ABN Amro

We bekijken vanuit deze volgorde welke verdeling eventueel wel rechtvaardig zou zijn voor de genoemde partijen. Hierbij wordt zoals reeds vermeld inspiratie gehaald uit de bovenstaande aangedragen oplossingen.

Stel dat in ons voorbeeld achtereenvolgens Van de Weijer B.V. met haar hypotheekrecht 150 te vorderen heeft, Rabobank 300 te vorderen heeft en ABN Amro 450 te vorderen heeft. Hun totale vordering is derhalve 900. De opbrengst is echter maar 500.²²³

Ten eerste wordt bekeken welke verdeling zal volgen indien de eerste methode zoals hierboven uitgewerkt is, toegepast wordt op de casus.

Allereerst reken je uit wat Van de Weijer B.V. zal ontvangen. Hierbij worden ook de vorderingen van de Rabobank en ABN Amro meegenomen, waarbij de voorrang van de Rabobank buiten beschouwing

²¹⁷ Ter verduidelijking nog een korte aanhaling van de casus zoals uiteengezet onder paragraaf 1.2: Van de Weijer B.V. is in de casus de latere (derde) hypotheekhouder die een beroep op derdenbescherming doet. Rabobank is de eerste hypotheekhouder wiens rechten niet in de ruilverkavelingsakte staan vermeld en tegen wie een beroep op derdenbescherming wordt gedaan. ABN Amro is de tweede hypotheekhouder wiens rechten juist wel in de ruilverkavelingsakte staan vermeld.

²¹⁸ Rheinfeld, *TvAR* 2017/5877.

²¹⁹ Ook Bartels miskent de gedachte van Rheinfeld met betrekking tot het feitelijk promoveren in Bartels, annotatie bij 'Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, 200.160.360/01, *JOR* 2017/243, p. 2781.

²²⁰ De derdenbescherming die toekomt aan Van de Weijer B.V. geldt namelijk niet tegen de ABN, nu het hypotheekrecht van de ABN wel juist in de openbare registers staat vermeld.

²²¹ Art. 3:21 BW.

²²² Art. 3:278 lid 1 BW.

²²³ Ik gebruik in dit voorbeeld fictieve cijfers enkel ter illustratie.



wordt gelaten, maar wel rekening wordt gehouden met de voorrang van de ABN boven Van de Weijer B.V.²²⁴ In dat geval zal allereerst 450 toekomen aan ABN op basis van haar voorrang boven Van de Weijer B.V. Vervolgens heeft Van de Weijer B.V. een vordering van 150, maar aangezien er maar 50 resteert (500 minus 450) komt dit geheel aan haar toe. Er blijft 0 over voor de Rabobank. Deze berekening dient ter vaststelling van hetgeen Van de Weijer B.V. toekomt. Het vastgestelde bedrag is 50 en deze moet aan haar worden uitgekeerd. Het restant van de opbrengst is dan 450 (500 minus 50) en wordt vervolgens verdeeld tussen Rabobank en ABN. Bij deze berekening wordt wél met de voorrang die Rabobank op ABN heeft, rekening gehouden. Allereerst wordt daarom de vordering van de Rabobank voldaan (300), waardoor uiteindelijk nog 150 resteert voor de ABN Amro.²²⁵

Bij deze verdeling wordt rekening gehouden met het feit dat Van de Weijer B.V. een hogere positie zou moeten verkrijgen nu zij een geslaagd beroep op derdenbescherming kan doen, maar het volgens mij niet gerechtvaardigd is om haar hele vordering te voldoen aangezien zij geen voorrang verdient boven de ABN. Daarbij wordt tevens rekening gehouden met de onderlinge rangorde tussen de Rabobank en de ABN, waarbij de Rabobank in rang voorgaat op grond van de prioriteitsregel. Toch brengt de hantering van deze methode mij tot een twijfelen. De derdenbescherming die toekomt aan Van de Weijer B.V. komt namelijk meer in het nadeel van de ABN Amro, terwijl deze juist meer ten nadele van de Rabobank gebracht zou moeten worden.

Wellicht biedt de uitwerking van de tweede methode meer soelaas voor het verdelingsvraagstuk. Bij deze uitwerking worden twee situaties met elkaar vergeleken: de situatie waarbij geen rekening wordt gehouden met het voorrangrecht van de Rabobank (ten behoeve van Van de Weijer B.V., aangezien haar een beroep op derdenbescherming toekomt en deze ten nadele van de Rabobank behoort te komen aangezien haar recht niet juist is vermeld) en de situatie waarin wel rekening wordt gehouden met het voorrangrecht van de Rabobank (ten behoeve van de Rabobank zelf aangezien zij een hogere rang verdient dan de ABN Amro ten gevolge van de prioriteitsregel).

De berekening van de eerste situatie wordt gebruikt om vast te stellen hetgeen aan Van de Weijer B.V. toekomt. In deze situatie (waarbij dus geen rekening wordt gehouden met het voorrangrecht van de Rabobank), wordt hetgeen aan de schuldeisers toekomt op dezelfde manier vastgesteld als de eerste methode.²²⁶ Ten eerste wordt de vordering van ABN voldaan (zij gaat namelijk voor Van de Weijer en met het voorrangrecht van de Rabobank wordt geen rekening gehouden). 450 gaat wederom naar de ABN waardoor 50 resteert voor Van de Weijer B.V. en 0 voor de Rabobank. We kunnen dus vaststellen dat hetgeen Van de Weijer B.V. ontvangt, 50 is.

De tweede situatie waarbij dus wel rekening wordt gehouden met de voorrang van de Rabobank, wordt gebruikt om vast te stellen hetgeen aan de ABN Amro toekomt. De Rabobank heeft in dat geval een hypotheekrecht in eerste rang (als gevolg van de prioriteitsregel). Daarom zal haar volledige vordering van 300 eerst worden voldaan. Vervolgens wordt op grond van de prioriteitsregel de vordering van 200 van ABN Amro voldaan. Er resteert in dit voorbeeld 0 voor Van de Weijer B.V. Deze berekening dient ter bepaling van de aanspraken van ABN Amro.²²⁷

²²⁴ Zie ook Bartels en Heyman, *NTBR* 1998, p. 222 waar dezelfde manier wordt gehanteerd.

²²⁵ Bartels en Heyman, *NTBR* 1998, p. 222.

²²⁶ Van Hees, *WPNR* 2011, p. 328.

²²⁷ Albers-Dingemans 1998, p. 40.

Samenvattend leidt toepassing van de tweede methode tot het volgende: de eerste situatie wordt gebruikt om vast te stellen waar Van de Weijer B.V. aanspraak op kan maken. Dit is 50.

De tweede situatie wordt gebruikt om vast te stellen wat toekomt aan ABN Amro, dit is 200. Er resteert dan 250, hetgeen toekomt aan de Rabobank.

Deze laatste methode houdt mijns inziens meer rekening met het feit dat een hypotheekhouder wiens rechten na een ruilverkaveling wél juist staan ingeschreven, er niet geheel voor kan boeten dat een latere hypotheekhouder bescherming geniet tegen een hypotheekhouder wiens rechten na een ruilverkaveling niét juist staan ingeschreven. In tegenstelling tot de eerste methode, zal de ABN Amro bij de tweede methode net zoveel ontvangen als in het denkbeeldige geval er geen sprake was van derdenbescherming.²²⁸

Degene die de gevolgen van derdenbescherming moet ondervinden, is in dit geval de Rabobank aangezien haar rechten niet goed staan ingeschreven in de openbare registers.

In de literatuur is voorts nog een andere mogelijkheid aangedragen voor het oplossen van het verdelingsvraagstuk.²²⁹ Deze mogelijkheid is specifiek toegespitst op de casus die in dit onderzoek centraal staat en houdt rekening met de volgorde die vast zou staan indien geen sprake was van derdenbescherming (Rabobank – ABN Amro – Van de Weijer B.V.).²³⁰ Volgens deze oplossing dient ten eerste vastgesteld te worden wat ABN Amro toebedeeld krijgt. Zij heeft een hypotheekrecht in tweede rang waardoor ABN 200 kan vorderen (in feite heeft de Rabobank een hypotheekrecht in eerste rang, haar vordering zal dus als eerste voldaan worden waardoor er nog 200 resteert (500 minus 300)). Vervolgens dient berekend te worden hetgeen toekomt aan de Rabobank en aan Van de Weijer B.V. Bij deze berekening heeft Van de Weijer voorrang aangezien zij recht heeft op derdenbescherming.²³¹ Aangezien 200 toekomt aan ABN, is er nog 300 van de totale opbrengst over. De vordering van Van de Weijer B.V. is 150. Deze vordering zal als eerste geheel worden voldaan, waardoor er tot slot nog 150 overblijft voor de Rabobank (300 minus 150).

<u>Opbrengst = 500</u>	Vordering	Verdeling zonder derdenbescherming	Verdeling met 'feitelijk promoveren tot eerste rang'	Eerste mogelijke methode	Tweede mogelijke methode	Methode Bartels
Van de Weijer B.V.	150	0	150	50	50	150
Rabobank	300	300	300	300	250	150
ABN Amro	450	200	50	150	200	200

Ook de laatste methode zou volgens mij een passende oplossing kunnen zijn voor het verdelingsvraagstuk. Ook hierbij wordt namelijk rekening gehouden met het feit dat de

²²⁸ Van Hees, *WPNR* 2011, p. 329.

²²⁹ Bartels, annotatie bij 'Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, 200.160.360/01, *JOR* 2017/243, p. 2781.

²³⁰ Bartels, annotatie bij 'Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, 200.160.360/01, *JOR* 2017/243, p. 2781.

²³¹ Bartels, annotatie bij 'Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, 200.160.360/01, *JOR* 2017/243, p. 2781.



derdenbescherming niet ten nadele van ABN zou moeten komen aangezien haar recht wel juist staat ingeschreven. Dit terwijl de derdenbescherming juist wel ten nadele komt van de Rabobank aangezien haar rechten niet staan ingeschreven.

Elke methode heeft mijns inziens zijn eigen voor- en nadelen waarbij er voor iedere methode wat valt te zeggen. Naar mijn mening zijn de laatste twee methoden het meest rechtvaardig nu deze verdeling past in het systeem van de wet en het meest recht doet aan de belangen van alle betrokken partijen.

5.5 Conclusie

De verdeling van een opbrengst tussen hypotheekhouders wordt geregeld door de prioriteitsregel van art. 3:21 BW, die de volgorde van verhaal bepaalt. Wanneer derdenbescherming aan een van de hypotheekhouders wordt toegekend, kan dit echter invloed hebben op de rangorde van verhaal en de verdeling van de opbrengsten. Het verdelingsvraagstuk dat ontstaat, bestaat in verscheidene situaties. Een bekende situatie waarin dit probleem speelt, is het Amro/Ontvanger-arrest. In deze situatie is eerst beslag gelegd op een registergoed, daarna een hypotheek gevestigd en daarna weer beslag gelegd. De blokkerende werking van beslag en de concurrente positie tussen de twee beslagleggers staan hier centraal.

In de literatuur zijn verschillende oplossingen voorgesteld om de rangorde op een rechtvaardige manier te bepalen. Een mogelijke oplossing is de toepassing van de eerste methode zoals hierboven omschreven, waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat een hypotheekhouder die derdenbescherming geniet, een hogere positie in rang zou moeten verkrijgen. Hierbij wordt ook rekening gehouden met de onderlinge rangorde tussen Rabobank en ABN Amro op basis van de prioriteitsregel. Echter, deze methode kan problematisch zijn omdat de derdenbescherming ten nadele van de ABN Amro komt, terwijl deze juist ten nadele van de Rabobank zou moeten zijn.

De reeds uitgewerkte tweede methode houdt mijns inziens meer rekening met het feit dat een hypotheekhouder wiens rechten na een ruilverkaveling wel juist staan ingeschreven niet geheel voor de gevolgen van derdenbescherming zou moeten opdraaien. Door de toepassing van de tweede methode zou de ABN Amro net zoveel ontvangen als in het denkbeeldige geval er geen sprake zou zijn van derdenbescherming, terwijl de Rabobank de gevolgen van derdenbescherming draagt vanwege het feit dat haar recht niet juist staat ingeschreven.

Een andere mogelijkheid die in de literatuur wordt aangedragen houdt ook rekening met het feit dat derdenbescherming niet ten nadele van de hypotheekhouder wiens rechten juist zijn ingeschreven zou moeten komen, terwijl dit wel ten nadele van de hypotheekhouder wiens rechten niet juist zijn ingeschreven komt. Ook deze laatste uitwerking zou volgens mij een passende oplossing kunnen zijn voor het verdelingsvraagstuk.

In alle gevallen is het van belang om te zorgen voor een rechtvaardige verdeling van de opbrengst tussen hypotheekhouders, rekening houdend met de geldende regel van voorrang en eventuele derdenbescherming.



Hoofdstuk 6 Conclusie

6.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 kwam de centrale vraag naar voren, die ten grondslag ligt aan dit onderzoeksverslag. De onderzoeksvraag luidt: 'Welke volgorde bij verhaal komt toe aan een latere hypotheekhouder die geconfronteerd wordt met oudere hypotheekhouders wiens rechten na een ruilverkaveling niet in de openbare registers zijn vermeld?'.
In dit laatste hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op deze onderzoeksvraag.

6.2 Conclusie

Verkrijging krachtens ruilverkaveling wordt aangemerkt als een originele wijze van verkrijging. Een kavel wordt in beginsel zonder beperkingen zoals bijvoorbeeld lopende verjaringstermijnen, huur en beperkte rechten verkregen. Dit brengt mee dat een ruilverkaveling titelzuivering tot gevolg heeft. Voor hypotheek (en voor dit onderzoek minder van belang: beslagen) geldt titelzuiverende werking niet. Op basis van artikel 60 lid 3 Wilg geldt namelijk de zaaksvervangingsregeling. De eventuele hypotheek die rust op het ingebrachte perceel, gaat met behoud van rang over op het vervangende perceel. Een vermelding in de akte of openbare registers is voor instandhouding niet noodzakelijk. Wanneer een perceel grond door middel van een ruilverkaveling wordt verkregen en dit perceel reeds bezwaard is met een hypotheekrecht, maar deze eerdere bezwaring niet in de ruilverkavelingsakte is opgenomen, ontstaat de vraag of een latere hypotheekhouder zal worden beschermd door artikel 3:24 of 3:26 BW indien hij niet bekend was met dit eerdere hypotheekrecht.

Om bescherming te kunnen ontlenen aan art. 3:24 BW, moet er sprake zijn van een inschrijfbaar feit zoals bedoeld in art. 3:17 BW. De zaaksvervangingsakte kan – als rechtsgevolg van een ruilverkaveling – op zichzelf niet worden aangemerkt als een inschrijfbaar feit zoals bedoeld in art. 3:17 BW. De zaaksvervangingsakte is een rechtsgevolg die op grond van de wet ontstaat. De latere hypotheekhouder kan daarmee geen bescherming ontlenen aan art. 3:24 BW.

Wat wellicht wel mogelijk is, is dat er sprake is van een onjuist feit zoals bedoeld in art. 3:26 BW, wanneer in zowel de akte van ruilverkaveling als in de hypotheekinformatie van de basisregistratie kadaster niet wordt vermeld dat er bestaande hypotheekrechten op het registergoed rusten.

Om te bezien of sprake is van eventuele bescherming van art. 3:26 BW zal de reikwijdte van dit artikel moeten worden bepaald (meer specifiek zal worden gekeken naar hetgeen wordt aangemerkt als een onjuist feit). Bij het bekijken van de reikwijdte ten aanzien van een onjuistheid van de eerdere hypotheekakte, moet een tweetal situaties worden onderscheiden.

In het geval dat aangenomen wordt dat art. 3:26 BW enkel in die gevallen speelt waar feiten op het moment van hun inschrijving reeds onjuist waren, zal toepassing van dit artikel niet aan de orde zijn. De eventuele onjuistheid van de eerdere hypotheekakte ontstaat namelijk pas wanneer de ruilverkavelingsakte wordt ingeschreven en is dus op het moment van haar eigen inschrijving wel juist. Een andere mogelijke aanname is dat het voor de bescherming van art. 3:26 BW moet gaan om feiten die op het moment van inschrijving van de verkrijging van een recht op een registergoed door een derde onjuist zijn. De vraag is of op *dat* moment, een onjuist feit is ingeschreven. Denkbaar is dat dat het geval is, nu op dat moment de oudere hypotheekakte een onjuistheid bevat aangezien daarin door de ruilverkaveling en daarmee gepaarde zaaksvervangingsakte, niet meer het juiste perceel staat genoemd.

Daarnaast bestaat nog de mogelijkheid van toepassing van art. 3:26 BW met betrekking tot foutieve gegevens in de hypotheekinformatie nu de vermelding zoals bedoeld in art. 48 lid 2 sub c en i Kadasterwet, achterwege blijft. Wanneer echter afdeling 3.1.2 van het Burgerlijk Wetboek verwijst naar de openbare registers, worden hiermee enkel de privaatrechtelijke openbare registers bedoeld en dus niet de basisregistratie kadaster. De artikelen 3:24 en 3:26 BW, die onder afdeling 3.1.2 vallen, beperken zich dus ook tot bescherming van degene die de privaatrechtelijke openbare registers heeft geraadpleegd en niet enkel de basisregistratie kadaster heeft ingezien. Een verkrijger (meer specifiek de latere hypotheekhouder) wordt dus in ieder geval niet beschermd tegen onjuistheden in de basisregistratie kadaster.

De bepaling van het begrip 'onjuist feit' is van belang om vast te kunnen stellen of de situatie waarin in de ruilverkavelingsakte het eerdere hypotheekrecht niet genoemd wordt, valt onder de reikwijdte van art. 3:26 BW. Het zou bij een 'onjuist feit' kunnen gaan om alle feiten die de goederenrechtelijke rechtstoestand van een registergoed betreffen en onjuist zijn. Om de uitleg van het begrip enigszins te beperken wordt gesteld dat het enerzijds gaat om onjuistheden die betrekking hebben op het inschrijfbaar feit zelf en anderzijds om onjuistheden van elementen van de betreffende akte die op grond van een wettelijke verplichting in deze akte worden vermeld. Gezegd kan worden dat voor de vermelding van bestaande bezwaren in een akte van ruilverkaveling een wettelijke verplichting bestaat, namelijk art. 82 lid 3 Wilg. Nu deze wettelijke grondslag er is, is er sprake van een onjuist feit in de ruilverkavelingsakte in de zin van art. 3:26 BW.

In sommige situaties kan het lastig zijn om te bepalen of een situatie valt onder art. 3:24 BW of juist onder art. 3:26 BW. Dit onderscheid is belangrijk, mede vanwege de nadere vereisten van de artikelen. Art. 3:26 BW vereist namelijk – anders dan art. 3:24 BW – een onderzoeksplicht voor een derde en kan bovendien alleen van toepassing zijn wanneer sprake is van het 'toedoen-principe'. Bij de situatie van ruilverkaveling kan echter alleen mogelijk sprake zijn van art. 3:26 BW, omdat zaaksvervanging op zichzelf geen voor inschrijving vatbaar feit is zoals bedoeld in art. 3:17 BW.

De vraag rijst of art. 3:26 BW überhaupt wél van toepassing kan zijn wanneer sprake is van een omissie. Om aanspraak te kunnen maken op bescherming van art. 3:26 BW mag mijns inziens geen onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin in de akte ten aanzien van één of enkele bestaande hypotheekrechten wordt gezwegen en de overige hypotheekrechten juist wél worden vermeld, en gevallen waarin de akte expliciet vermeldt dat er geen bestaande hypotheekrechten zijn. Dit omdat deze twee situaties in principe op hetzelfde neerkomen, zij het met andere bewoordingen.

Aangezien derhalve bij de besproken ruilverkavelingssituatie enkel mogelijk art. 3:26 BW van toepassing kan zijn, is het van belang om te onderzoeken of er voldaan is aan de onderzoeksplicht en het zogenoemde toedoen-principe. Een belangrijke vraag hierbij is hoever de onderzoeksplicht van art. 3:26 BW strekt. In de literatuur wordt vaak aangenomen dat eerdere bezwaren bij een derde bekend kunnen zijn door middel van onderzoek. In de praktijk is het echter veel ingewikkelder om bestaande hypotheekrechten te achterhalen, onder meer vanwege de complexiteit van de ruilverkavelingsakte. Het achterhalen van eerdere hypotheekrechten gaat volgens mij op deze manier voorbij aan hetgeen de wetgever heeft bedoeld met de term 'raadplegen'. Ik ben van mening dat de onderzoeksplicht van de latere hypotheekgever niet zo ver gaat dat deze bekend kan en moet zijn met eventuele bestaande bezwaren. Hierdoor is het verdedigbaar om te stellen dat de latere hypotheekhouder in deze situatie niet wordt belemmerd in het beroepen op de bescherming van art. 3:26 BW, door de onderzoeksplicht die dit artikel stelt. Daarbij komt nog dat het in de macht van de



oudere hypotheekhouder ligt om na te gaan of zijn hypotheekrecht na de ruilverkaveling correct is ingeschreven, wanneer zij op de hoogte is van deze ruilverkaveling. Hiermee is dan voldaan aan het toedoenprincipe ten aanzien van de eerdere hypotheekhouder, waardoor een beroep op art. 3:26 BW door de latere hypotheekhouder mogelijk is.

Wanneer er meerdere hypotheeken op hetzelfde goed zijn gevestigd, wordt normaal gesproken de rangorde bepaald door de prioriteitsregel.

De situatie kan ingewikkelder worden wanneer aan een latere hypotheekhouder derdenbescherming toekomt als de rechten van een eerdere hypotheekhouder niet juist staan ingeschreven. Teruggrijpend naar de centraal staande casus van dit onderzoek gaat de laatste hypotheekhouder (Van de Weijer B.V.) weliswaar voor de hypotheekhouder wiens recht niet juist staat ingeschreven (Rabobank), maar achter bij de hypotheekhouder wiens recht wel juist staat ingeschreven (ABN Amro), terwijl de ABN Amro achterstaat bij de Rabobank. Dit verdelingsvraagstuk doet onder meer denken aan de rangordepuzzel die bestaat in het bekende Amro/Ontvanger arrest van de Hoge Raad.

In de literatuur is veel kritiek gekomen op de volgorde van verdeling die de Hoge Raad in het arrest van Amro/Ontvangers heeft toegepast. Daarom hebben verschillende auteurs oplossingen aangedragen waarbij de verdeling volgens hen op een meer rechtvaardige manier plaatsvindt. De betreffende oplossingen zijn toegepast op de casus waarbij een partij tegen de ene hypotheekhouder wel derdenbescherming kan inroepen en tegen de andere hypotheekhouder niet, waarbij het verdelingsvraagstuk mogelijk kan worden opgehelderd. De eerste methode die in de literatuur wordt aangedragen houdt mijns inziens in deze situatie onvoldoende rekening met het feit dat de derdenbescherming niet ten nadele van de tweede hypotheekhouder, maar juist van de eerste hypotheekhouder zou moeten komen. De tweede en derde methode zouden volgens mij veel meer passend zijn in het systeem van de wet en doen het meest recht aan de belangen van alle partijen.

Bij de uitwerking van de tweede methode worden twee situaties met elkaar vergeleken: de situatie waarbij geen rekening wordt gehouden met het voorrangrecht van de eerste hypotheekhouder en de situatie waarin wél rekening wordt gehouden met het voorrangrecht van de eerste hypotheekhouder. De berekening van de eerste situatie wordt gebruikt om vast te stellen hetgeen aan de laatste hypotheekhouder (in de casus: Van de Weijer B.V.) toekomt en de berekening van de tweede situatie wordt gebruikt om vast te stellen hetgeen aan de tweede hypotheekhouder (in de casus: ABN Amro) toekomt. Het resterende bedrag wordt vervolgens toebedeeld aan de eerste hypotheekhouder.

Voorts bestaat er nog een andere methode die er vanuit gaat dat ten eerste vastgesteld dient te worden hetgeen de tweede hypotheekhouder toebedeeld krijgt in de situatie dat er geen sprake zou zijn van derdenbescherming. Vervolgens dient berekend te worden wat toekomt aan de eerste hypotheekhouder en aan de laatste hypotheekhouder. Bij deze berekening heeft de laatste hypotheekhouder voorrang aangezien zij recht heeft op derdenbescherming. Ook bij deze methode komt het resterende bedrag toe aan de eerste hypotheekhouder.

In tegenstelling tot de eerste methode, zal de tweede hypotheekhouder bij de tweede en derde methode net zoveel ontvangen als in het geval er geen sprake was van derdenbescherming. Hierbij wordt rekening gehouden met het feit dat derdenbescherming niet ten nadele van de tweede hypotheekhouder zou moeten komen aangezien haar recht wel juist staat ingeschreven. Dit terwijl derdenbescherming juist wél ten nadele komt van de eerste hypotheekhouder aangezien haar rechten



niet staan ingeschreven. Met het toepassen van één van de methoden – waarbij de tweede of laatste methode mijns inziens het meest juist zijn – komt een einde aan het verdelingsvraagstuk waarbij met de rechten van alle betrokken partijen rekening wordt gehouden.

Literatuurlijst

Albers-Dingemans 1998

R.L. Albers-Dingemans, 'Hinderpalen bij executie', in: R.L. Albers-Dingemans e.a., Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht (KNB-Preadvies 1998), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.

Asser/Bartels & Van Mierlo 2021

A.I.M. van Mierlo & S.E. Bartels, 'Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 3-IV: Algemeen goederenrecht, Vermogensrecht algemeen', 17^e druk, Deventer: Kluwer 2021.

Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006

F.H.J. Mijnssen & P. de Haan m.m.v. C.C. van Dam en H.D. Ploeger, 'Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-I: Goederenrecht, algemeen goederenrecht', 15^e druk, Deventer: Kluwer 2006.

Bartels, *JOR* 2017/243

S.E. Bartels, 'Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788, 200.160.360/01 (annotatie)', *JOR* 2017/243.

Bartels & Heyman, *NTBR* 1998/7

S.E. Bartels & H.W. Heyman, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen.', *NTBR* 1998/7.

Bartels & Rheinfeld, *WPNR* 2016/7099

S.E. Bartels & J.W.A. Rheinfeld, 'Verkrijging krachtens kavelruil', *WPNR* 2016/7099.

Bartels & Tweehuysen, *AA* 2011

S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'een vroegere overdracht', *AA* 2011.

Boekraad 2001

G.A.J. Boekraad, 'Omhoog (of omlaag): Escherachtige rangordeproblemen', *Insolad Jaarboek 2001 'Onzekere Zekerheid'*, Deventer: Kluwer 2001.

Boonstra e.a., *Alterra-rapport* 2014

F.G. Boonstra e.a., 'Evaluatie landinrichtingsinstrumentarium Wet inrichting landelijk gebied', *Alterra Wageningen UR (University & Research centre), Alterra-rapport 2595 2014.*

De Groot e.a., *Ars Notariatus XXXII* 1985

J.J.A. De Groot, 'De levering van onroerend goed', *Ars Notariatus XXXII*, Deventer: Kluwer 1985.

De Haan, *WPNR* 2004/6571

P. de Haan, 'Toedeling van bekleemrechten bij ruil- en herverkaveling', *WPNR* 2004/6571.

De Jong e.a. 2003

J. de Jong, 'Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?', Kluwer: Deventer 2003.

Fesevur, *Ars Aequi Libri* 2005

J.E. Fesevur, 'Goederenrechtelijke colleges', Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2005.

Helder, *GS Vermogensrecht*, art. 3:26 BW aant. 6

E.R. Helder, voorheen bewerkt door P.J. van der Plank, *GS Vermogensrecht*, art. 3:26 BW, aant. 6.

Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019

H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Vastgoedtransacties Overdracht', Boom Juridisch: Den Haag 2019.

Hoog, *WPNR* 2020/7292

L.M. Hoog, 'Bescherming tegen onbekende hypotheek na herverkaveling', *WPNR* 2020/7292.

Huijgen, *WPNR* 1992

W.G. Huijgen, 'De rechtsgevolgen van het niet vermelden van een voorwaarde of titel in de transportakte', *WPNR* 1992/6037.

Huijgen, in: *T&C Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW)*

W.G. Huijgen, commentaar op art. 3:24 BW, in *T&C Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW)* (online, bijgewerkt 15 augustus 2022).

Huijgen, in: *T&C Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW)*

W.G. Huijgen, commentaar op art. 3:26 BW, in *T&C Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3 BW)* (online, bijgewerkt 15 augustus 2022).

Huijgen, *Onderzoeksinstituut OTB* 2006

W.G. Huijgen e.a., 'Eindrapport Vergroting juridische betrouwbaarheid Kadaster', *Onderzoeksinstituut OTB* 2006.

Huijgen, *JBN* 2010

W.G. Huijgen, 'Eindelijk een uitspraak over artikel 3:24, lid 1 BW', *JBN* 2010(9) 42.

Jansen, *GROM XXII* (2005)

J.E. Jansen, 'Enige opmerkingen en mededelingen over originele en derivatieve wijzen van eigendomsverrijking', *GROM XXII* (2005).

Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3)

D.J.S. Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3), commentaar bij art. 3:17 BW.

Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3)

D.J.S. Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3), commentaar bij art. 3:23 BW.

Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3)

D.J.S. Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3), commentaar bij art. 3:24 BW.

Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3)

D.J.S. Meijeren, SDU Commentaar Burgerlijk Wetboek Vermogensrecht (Boek 3), commentaar bij art. 3:26 BW.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006

W.H.M. Reehuis e.a., 'Het Nederlandse burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht', Deventer: Gouda Quint 2006.

Rheinfeld 2014

J.W.A. Rheinfeld, 'Kavelruil, Civiel en fiscaal: waar lopen de grenzen?' (diss. Radboud University Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

Rheinfeld, *FBN* 2014(7-8) 36

J.W.A. Rheinfeld, 'Titelzuivering nader beschouwd', *FBN* 2014(7-8) 36.

Rheinfeld, *Tijdschrift voor agrarisch recht* 2017/5877.

J.W.A. Rheinfeld, 'Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 31-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788 (annotatie)', *Tijdschrift voor agrarisch recht* 2017/5877.

Rheinfeld, *LTB* 2019/13

J.W.A. Rheinfeld, 'Het 'wondermiddel' binnen de landinrichting: de titelzuivering en haar gevolgen', *LTB* 2019/13.

Rheinfeld, *Tijdschrift voor agrarisch recht* 2020/8031

J.W.A. Rheinfeld, 'Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484 (annotatie)', *Tijdschrift voor agrarisch recht* 2020/8031.

Rheinfeld, *WPNR* 2023/7404

J.W.A. Rheinfeld, 'De Omgevingswet; landinrichting: eenvoudig beter voor de notariële praktijk? Van Wilg naar knotwilg of van vreemde eend naar mooie zwaan?' *WPNR* 2023/7404.

Spath, *O&R* nr. 55 2010/4.3

J.B. Spath, 'Herkomst van nieuwe rechten: originaire verkrijging', *O&R* nr. 55 2010/4.3.

Spath, *WPNR* 2010/6846

J.B. Spath, 'Zaaksvervanging bij registergoederen', *WPNR* 2010/6846.

Timmer, *WPNR* 2011

R.J.L. Timmer, 'Naar een meer positief stelsel van openbare registers en Basisregistratie Kadaster?', *WPNR* 2011/6875.

Van den Bergh 2004

S. van den Bergh, *Verdeeld land. De geschiedenis van de ruilverkaveling in Nederland vanuit lokaal perspectief, 1890-1985*, (diss. Wageningen Universiteit), Nederlands Agronomisch Historisch Instituut 2014.

Van Dijk & de Lange, *VGFC* 2016(5) 57

A. van Dijk & T.S. de Lange, 'Zuiverende werking treft niet obligatoire rechten', *VGFC* 2016(5) 57.

Van Hees, *WPNR* 2011/6882

J.J. van Hees, 'Ieder het zijne: verdeling, insolventie en retentierecht'. *WPNR* 2011/6882.

Van Straaten 1992

J.C. Van Straaten, 'Kadaster, openbare registers en derdenbescherming', Deventer: Kluwer 1992.

Vonk, *JOR* 2020/165

F.J. Vonk, 'Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484 (annotatie)', *JOR* 2020/165.

Vos & Roes, *WPNR* 2018/7180

J. Vos & B.H.J. Roes, 'Onduidelijkheden rondom inschrijving en registratie', *WPNR* 2018/7180.

Zevenbergen, *WPNR* 1996

J.A. Zevenbergen, 'Nederlandse stelsel van grondboek- houding, een 'geprivatiseerde' vorm van een positief stelsel', *WPNR* 1996/6240.

Kamerstukken II 1936/1937 210, nr. 6.

Kamerstukken II 2006/06, 30509, nr. 3.

VV II, Parl. Gesch. InvW 3

TM, Parl. Gesch. Boek 3 BW.

MVA II, Parl. Gesch. Boek 3 BW.



Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6 BW.

Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6).



Rechtbank Utrecht 22 oktober 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AM3033.

Rechtbank Noord-Holland 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:12286.

Rechtbank Gelderland 6 april 2016, ECLI:RBGEL:2016:2775.

Rechtbank Oost-Brabant 27 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:BX6611.

Rechtbank Midden-Nederland 18 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3319.

Hof Amsterdam 11 juli 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AT8676.

Hof Amsterdam 21 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU4860 (*Rabobank/PontMeijer*).

Hof Amsterdam 10 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL5667.

Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9436.

Hof Amsterdam 10 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS: 2015:4327.

Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:788.

Concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1332 bij Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484.

Hoge Raad 25 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9072, NJ 1987, 18 (*Amro/Ontvangers*).

Hoge Raad 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988: AC3064, NJ 1988,748 (*Banque de Suez/Bijkerk e.a.*).

Hoge Raad 22 april 1994, ECLI:NL:HR1994:ZC1345, NJ 1995, 560 (*Bouwmeester/Van Leeuwen*).

Hoge Raad 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:484.

Hoge Raad van 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1527.



BETREFT Apeldoorn A 1234	
LW REFERENTIE dossier123voorbeeld	
GELIEVERD OP 19-11-2017 - 12:04	PRODUCTIEORDERNUMMER S11000530912 1
2 BESLAGEN TOT 9:00 UUR VOLLEDIG GESIGNALLEERD TM 17-11-2017	BESLAGEN TOT 15:00 UUR VOLLEDIG GESIGNALLEERD TM 17-11-2017
3 HYPOTHEKEN VOLLEDIG GESIGNALLEERD TM 16-11-2017	HYPOTHEKEN VOLLEDIG BIJGEWERKT TM 10-11-2017
BLAD 1 van 2	

Hypotheekinformatie **4**

ALGEMEEN

5 Kadastrale aanduiding	Apeldoorn A 1234 <small>Kadastrale objectidentificatie : 086340948070000</small>
6 Locatie	Langelaan 49 7311 LX APELDOORN Langelaan 51 7311 LX APELDOORN <small>Locatiegegevens zijn ontleend aan de Basisregistraties Adressen en Gebouwen</small>

7 CONSERVATOIR BESLAG

Betrokken recht	Eigendom
8 Afkomstig uit stuk	Hyp3 51321/105 beslag
9 Ingeschreven op	26-10-2008 om 10:22
10 Ondertekend op	26-10-2008
11 Ingeschreven bedrag	€ 35.000
Beslaglegger	DE BANK NV
Statutaire zetel	AMSTERDAM
12 Gekozen woonplaats	GERECHTSDEURWAARDERSKANTOOR APELDOORN Er zijn meer gekozen woonplaatsen bij dit recht

7 EXECUTORIAAL BESLAG

Betrokken recht	Eigendom
8 Afkomstig uit stuk	Hyp3 57600/125 beslag
9 Ingeschreven op	28-10-2009 om 10:18
10 Ondertekend op	27-10-2009
Beslaglegger	HET ACCOUNTANTSKANTOOR
Statutaire zetel	ARNHEM
12 Gekozen woonplaats	GERECHTSDEURWAARDERSKANTOOR APELDOORN



BETREFT
Apeldoorn A 1234

LAW REFERENTIE
dossier123voorbeeld

GELEVERD OP
19-11-2017 - 12:04

PRODUCTIEORDERNUMMER
S11000530912

BESLAGEN TOT 9:00 UUR
 VOLLEDIG GESIGNALLEERD TM
17-11-2017

BESLAGEN TOT 15:00 UUR
 VOLLEDIG GESIGNALLEERD TM
17-11-2017

HYPOTHEKEN
 VOLLEDIG GESIGNALLEERD TM
16-11-2017

HYPOTHEKEN
 VOLLEDIG BIJGEWERKT TM
10-11-2017

BLAD
2 van 2

7 HYPOTHEEK

Betrokken recht	Eigendom
8 Afkomstig uit stuk	Hyp3.50345/138 hypotheek
Ondertekend op	16-06-2007 om 11:40
11 Ingeschreven bedrag	€ 300.800
Hypotheekhouder	SPAARBANK NV
Adres	DORPSSTRAAT 8 APELDOORN
Postadres	POSTBUS 7311 3213 AK APELDOORN
Statutaire zetel	APELDOORN
12 Gekozen woonplaats	DH JANSSEN APELDOORN
9 Ingeschreven op	16-06-2007 om 14:25



- 1 Uniek ordernummer van de bestelling van dit product.
- 2 De datum tot wanneer onze registratie van beslagen is bijgewerkt en tot wanneer stukken gesignaleerd zijn.
- 3 De datum tot wanneer onze registratie van hypotheeken is bijgewerkt en tot wanneer stukken gesignaleerd zijn.
- 4 Voor meer informatie over dit product kunt u klikken op de 'i'.
- 5 Uniek nummer van dit perceel.
- 6 Adres(sen) horend bij dit perceel.
- 7 Soort beslag of hypotheek.
- 8 Uniek nummer van een akte/ingeschreven stuk.
- 9 Datum waarop de akte/stuk is ingeschreven.
- 10 Datum waarop de akte/stuk aan partijen is ondertekend.
- 11 Ingeschreven bedrag bij afsluiting. Bij een hypotheek kan het ingeschreven bedrag hoger zijn dan het hypotheekbedrag dat iemand daadwerkelijk heeft geleend. Aflossingen worden niet geregistreerd.
- 12 Woonplaats in Nederland die de hypotheekhouder (meestal een bank) van de wet moet kiezen.