

### **Hypotheekrecht en andere beperkte zakelijke rechten - Vereisten voor de geldige vestiging ervan**

Het beschikken over een zakelijk recht van hypotheek voor de goede uitvoering van de verbintenissen van een derde veronderstelt dat er een verbintenis van de hypotheekgever zou bestaan om dit zakelijk recht te verschaffen. De nietigheid van alle verbintenissen van een borg uit de overeenkomst waarbij deze zich borg stelde, treft ook de eventueel verbintenis van die partij om door middel van een zakelijke zekerheid garant te staan voor de goede uitvoering van de verbintenissen van derden tegenover de schuldeiser.

## **Noot : het kausale karakter van de hypoteekvestiging, namelijk als uitvoering van een verbintenis tot hypoteekvestiging.**

### 1. Probleemstelling.

Bijgaand arrest verkondigt niets revolutionairs, maar biedt een goede gelegenheid om de puntjes op de i te zetten in verband met de verhouding tussen de hypoteek als zakelijk (zekerheids)recht en de "onderliggende" verbintenis.

Het arrest gaat namelijk niet over het traditionele aspect van de aksessoriteit van de hypoteek, nl. de verhouding tussen de hypoteek en (het bestaan van) de schuld tot zekerheid waarvan zij strekt, maar over het kausale karakter van de hypoteekvestiging - zoals van elke vestiging van een zakelijk recht - d.i. de verhouding tussen de hypoteekvestiging als zakenrechtelijke handeling en de verbintenis tot hypoteekvestiging waarvan zij de uitvoering vormt.

### 2. Voorgeschiedenis.

Om het geval te begrijpen volstaat het arrest niet, en dient men ook enkele voorafgaande feiten aan te geven. De geïntimeerde partij, hierna "A", had zich namelijk bij een leningsakte (uit 1980) hoofdelijk en ondeelbaar verbonden tot terugbetaling van een lening van 1.370.000 BF, akte waarin te lezen staat dat "het is uitdrukkelijk (tussen de ontleners) overeengekomen dat de ontleende som uitsluitend dient ten behoeve van (de zoon van A), die alleen de sommen hebben opgestreken en die bijgevolg alleen gehouden zijn de in de leningsakte voorziene lasten te dragen. Deze verklaring is echter slechts bindend tussen de ontleners onderling, terwijl de (kredietinstelling) er volkomen vreemd aan blijft tegenover dewelke al de ontleners verbonden blijven voor het naleven van al de verplichtingen en bepalingen van deze leningsakte als solidaire schuldenaars, zonder enig voorrecht voor schuldsplitsing noch uitwinning", maar waarin in den beginne eveneens staat "de hiernagenoemde ontleners, mede-ontleners en borgstellers, verder genaamd ontleners". A had dus blijkbaar getekend als hoofdelijke en ondeelbare borg. Wanneer na enige tijd de eigenlijke ontleners hun afbetalingen staken richt de kredietmaatschappij haar pijlen blijkbaar vooral tegen A, die aan de kredietmaatschappij meerdere tekortkomingen verwijt (uitstel verleend aan de ontleners, tekortschieten in informatie, e.d.m.) op grond waarvan A zich beroept op art. 2037 B.W. ("De borg is ontslagen, wanneer hij door toedoen van de schuldeiser niet meer in de rechten, hypoteken en voorrechten van die schuldeiser kan treden") en haar bevrijding opwerpt (v.a. een bepaalde datum). Vervolgens gaat zij nog een stap verder en vordert ze de nietigverklaring (*ab initio*) van de overeenkomst wegens dwaling *c.q.* gebrek aan toestemming (misverstand = verhinderende dwaling). De nietigverklaring wordt toegestaan in eerste aanleg en in hoger beroep (Hof Antwerpen 19-12-1989, 19e kamer, waartegen een voorziening in cassatie werd verworpen bij arrest van 1-3-1991, niet in *Arr. Cass.* en verder ook zonder wijzing inzake). De motivering daartoe komt er samengevat op neer dat geïntimeerde zich enkel en alleen heeft willen borgstellen en niet de wil had om zich als hoofdelijke schuldenaar te verbinden. Bekritizeerbaar aan deze beslissingen is m.i. wel dat noch de Rechtbank noch het Hof aanvaard hebben dat A dan wel als gewone borg zou zijn

verbonden; konversie van de verbintenis in die van een gewone borg werd geweigerd met de redenering dat "immers de voorgehouden rechtshandeling op zichzelf niet nietig was indien er toestemming was geweest en (geïntimeerde) thans niet wenst een nieuwe andere overeenkomst aan te gaan" - niet erg overtuigend nadat hetzelfde arrest meermaals stelde dat A zich destijds wél heeft willen borgstellen. Dat arrest had m.i. dus de verbintenis in een gewone borgstelling moeten converteren en op grond daarvan nagaan of art. 2037 B.W. van toepassing was, of er voldaan was aan het voorrecht van uitwinning, e.d.m.

Aangezien deze noot echter niet over dat voorgaande arrest handelt, gaan we daar niet verder op in en nemen we de beslissing *for granted*, nl. dat de overeenkomst voor zover ze met A was gesloten, werd vernietigd (*ex tunc*).

### 3. Verworpen stelling : abstrakte hypoteekvestiging.

Nu de kredietinstelling, nadat genoemd arrest in kracht van gewijsde was gegaan, A niet meer op grond van borgstelling of medeschuldenaarschap kon aanspreken, probeerde ze evenwel nog de door A op haar onroerend goed gevestigde hypoteek uit te winnen en legde ze daartoe onroerend beslag. De redenering van de kredietinstelling (die in het hier besproken arrest terecht wordt verworpen) was de volgende : de eerdere beslissing is beperkt tot de verbintenissen van A jegens de kredietinstelling; deze verbintenissen waren persoonlijke rechten op grond waarvan de kredietinstelling gerechtigd was de terugbetaling (van de lening) te vorderen van A; de nietigverklaring van de verbintenissen van A heeft geen weerslag op de door A gedane hypoteekstelling vermits hypoteek een zakelijk recht is. Dogmatisch uitgedrukt : de kredietinstelling beweerde eigenlijk dat de hypoteekvestiging een "abstrakte" rechtshandeling is in die zin dat zij geldig is ongeacht de geldigheid van een onderliggende verbintenis om een hypoteek te vestigen (ongeacht een geldige obligatore overeenkomst).

### 4. De "kausale" verhouding tussen verbintenis tot en vestiging van zakelijke rechten

Het gaat hier dus niet over de vraag of het bestaan van de hypoteek afhankelijk is van het bestaan van een (aktuele of toekomstige) schuld - over het bestaan van de schuld tot zekerheid waarvan de hypoteek was gevestigd bestond er geen betwisting. Het gaat over de verhouding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht bij de vestiging van zakelijke (zekerheids)rechten.

Deze verhouding nu wordt in ons recht traditioneel verduisterd door het konsensueel karakter (op enkele uitzonderingen na) - althans tussen partijen - van zowel de eigendomsoverdracht als de vestiging en overdracht van beperkte zakelijke rechten en door de regel dat, behoudens andersluidende afspraak, partijen die een verbintenis tot geven (d.i. een verbintenis tot eigendomsoverdracht of vestiging van beperkte zakelijk rechten) aangaan, geacht worden deze verbintenis ook op hetzelfde ogenblik reeds uit te voeren (regel van art. 1138 B.W.). Daardoor zijn wij niet gewend de obligatore overeenkomst, waarmee enkel de verbintenis tot geven wordt aangegaan, goed te onderscheiden van de zakenrechtelijke handeling, waarmee deze verbintenis wordt uitgevoerd (en

dus de eigendom, minstens tussen partijen overgaat *c.q.* het beperkt zakelijk recht, minstens tussen partijen, wordt gevestigd - "vestiging" is de korrekte term voor deze zakenrechtelijke handeling). Dit leidt tot allerlei misvattingen : zo b.v. verwacht men de leningovereenkomst - die konsensueel is - met de lening zelf - die de uitbetaling veronderstelt; zo verwacht men de pandovereenkomst - die louter konsensueel is -, met de inpandgeving (pandvestiging), die minstens t.a.v. derden in beginsel buitenbezitstelling veronderstelt; zo verwacht men de (obligatore) hypoteekovereenkomst - die louter konsensueel is - met de (zakenrechtelijke) hypoteekvestiging, die een formele rechtshandeling vormt (art. 76 Hyp.W.); zo gaat men onzin vertellen zoals b.v. dat de overeenkomst tot vestiging van vruchtgebruik of erfpacht tegen betaling van een prijs geen verkoop zou zijn, maar een overeenkomst *sui generis* (van belang voor de al dan niet toepasselijkheid van het voorrecht van de verkoper). En zo gaat men uiteindelijk soms zelfs vergeten dat de vestiging van beperkte zakelijke rechten (hypoteek, pand, erfpacht, vruchtgebruik e.d.m.) in ons recht "kausaal" is, d.w.z. afhankelijk van een geldige verbintenis daartoe. En over dit laatste gaat het in dit arrest.

Anders dan b.v. het duitse zakenrecht (dat een "abstrakte" eigendomsoverdracht kent) is ons zakenrecht inderdaad kausaal, wat wil zeggen dat de geldigheid van een eigendomsoverdracht of vestiging van een zakelijk recht afhankelijk is van de geldigheid van een verbintenis daartoe. Men noemt dit ook het vereiste van een geldige titel (titel is immers de verbintenis in uitvoering waarvan wordt overgedragen of gevestigd - zie b.v. art. 2265 B.W). Dit kausale karakter komt duidelijk tot uiting bij de werking van een nietigverklaring. Wordt een verkoop vernietigd, dan vervallen de verbintenissen uit die overeenkomst *ex tunc*, en ingevolge het terugwerkend vervallen van de verbintenis tot geven ook de eigendomsoverdracht. Dit kausale karakter komt ook duidelijk tot uiting in het besproken arrest : indien er geen verbintenis meer overblijft van A jegens de kredietmaatschappij om een hypoteek te vestigen (verbintenis die enkel in de vernietigde overeenkomst werd aangegaan), dan vervalt van rechtswege ook het hypoteekrecht dat in uitvoering van die verbintenis werd gevestigd. Zo beslist ook terecht het besproken arrest.

Wel heeft het arrest het vervallen van de hypoteek gemotiveerd met een verwijzing naar art. 2114 B.W - een wel wat merkwaardige verwijzing nu art. 2114 werd afgeschaft door de hypoteekwet van 1851 - en met de stelling dat de hypoteek zonder voorwerp zou zijn geworden - argument dat m.i. helemaal niet terzake is en dat *mut. mut.* hetzelfde inhoudt als zeggen dat na nietigverklaring van een verkoop het eigendomsrecht van de koper zonder voorwerp zou zijn en nietig- en tenslotte met de stelling dat de hypoteek het accessorium is van een verbintenis - wat ook zeer ongelukkig is, omdat verwarring dreigt met het vereiste van aksessoriteit van de hypoteek, wat iets heel anders is dan de vraag waar het hier over gaat. Ook hier wreekt zich de hoger besproken verduistering. De reden waarom de hypoteek nietig is, is gewoon dat een bedongen hypoteek slechts kan gevestigd worden krachtens een geldige titel en dat ten gevolge van de nietigverklaring van de overeenkomst met de hypoteekgever die titel geacht wordt nooit te hebben bestaan. Zodoende werd de hypoteek, naar achteraf blijkt, gewoon nooit geldig gevestigd. In plaats van het aksessor karakter van het hypoteekrecht gaat het hier om het kausaal karakter van de hypoteekvestiging - twee geheel verschillende dingen -.

5. Geen afbreuk aan de mogelijkheid van hypotheekvestiging door een niet-schuldenaar

Wel heeft het arrest terecht het niet geldig zijn van de hypotheek(vestiging) gegrond op de afwezigheid van een verbintenis een hypotheek te verschaffen, en niet alléén op de afwezigheid van de verbintenis van borgstelling. Het is immers perfect mogelijk een hypotheek toe te zeggen en - in uitvoering van die toezegging - te vestigen voor andermans schuld, ook als men voor die schuld niet persoonlijk borg staat. In zo'n geval staat men namelijk enkel met het gehypotekeerde goed, en niet met heel zijn vermogen, in voor de betaling van die schuld. In casu evenwel werd, zoals het arrest stelt, het bestaan van een verbintenis tot hypotheekvestiging niet aangetoond.

Prof. Matthias E. STORME  
Universiteit Antwerpen en K.U. Leuven.  
Advokaat te Brussel