

sprake is van in wezen nieuwbouw en hier rekening mee te houden in het verdere verloop van de ontwikkeling.

Kortom, deze recente uitspraken bieden iets meer houvast omtrent het begrip ‘in wezen nieuwbouw’, echter zal nog steeds per geval beoordeeld moeten worden of de aangebrachte

bouwkundige wijzigingen al dan niet leiden tot de kwalificatie ‘in wezen nieuwbouw’ en blijft er dus ruimte voor discussie.

1. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

2. HvJ EG 14 mei 1985, 139/84 (*Van Dijk's Boekhuis*).
3. HR 19 november 2010, 08/01021, *BNB* 2011/42.
4. HR 4 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1577.
5. HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1609.

Notarieel recht



André van Huffelen
Tabellio notarieel vastgoedadvies

Het doorhalen van een hypotheek bij een ‘verdwenen’ hypotheekhouder

1. Inleiding

Wanneer een met hypotheek belast registergoed wordt overgedragen, moet de hypotheek worden afgelost en doorgehaald.¹ Aan de hypotheekhouder wordt dan een royementsvolmacht ter ondertekening toegezonden. Daarmee kan de notaris een royementsakte opmaken. Nu gebeurt het wel dat de hypotheekhouder ter ziele is gegaan en dat het niet zonder meer mogelijk is om deze een royementsvolmacht te laten ondertekenen. In de praktijk wil dat nog wel eens problemen opleveren. In dit artikel besteed ik naar aanleiding van twee recente zaken aandacht aan deze problematiek. Ook beschrijf ik welke oplossingen er in dergelijke gevallen voorhanden zijn.

2. Rol van de notaris

Bij het doorhalen van een hypotheek is er voor de notaris een belangrijke rol weggelegd. De gebruikelijke gang van zaken is als volgt. Wanneer de notaris belast wordt met de overdracht van een onroerende zaak, is

een van de eerste werkzaamheden die hij verricht het uitvoeren van een zogenaamde kadastrale en hypothecaire recherche. Enerzijds wil hij nagaan wie in de openbare registers als eigenaar van het pand te boek staat, zodat hij kan controleren of de verkoper daadwerkelijk beschikkingsbevoegd is. Anderzijds wil hij weten of er op de onroerende zaak hypotheek (of beslagen) rusten. Als het object inderdaad belast is met een hypotheek, zal de notaris de financier informeren over de ophanden zijnde overdracht en een aflosnota opvragen. Tenzij de bank daar zelf voor zorgdraagt, zal hij daarbij een royementsvolmacht meesturen met het verzoek die tijdig vóór de overdrachtsdatum rechtsgeldig ondertekend aan hem te retourneren. De notaris is daarbij gehouden het ‘Reglement royementen’ in acht te nemen.² Uit dit reglement vloeit onder andere voort dat de notaris vóór het passeren van de leveringsakte moet beschikken over een onherroepelijke royementsvolmacht. Het risico dat afgifte van de volmacht wordt geweigerd wordt daarmee geëlimineerd.³ Het daadwerkelijke royement dient vervolgens te worden geëffectueerd binnen drie maanden na het passeren van de akte waarvoor het royement was vereist.

3. Problemen in de praktijk

Een verkoper van een onroerende zaak is verplicht deze vrij van hypotheek en beslagen aan de koper te leveren. Nu gebeurt het in de praktijk wel dat de notaris bij zijn recherche op een hypothecaire inschrijving stuit waar de eigenaar van het pand (of diens erfgenamen) totaal geen weet meer van had. Dat hoeft op zich geen probleem te zijn. Ook dan kan immers de normale procedure worden

gevolgd: bij de desbetreffende hypotheekhouder wordt een aflosnota opgevraagd en hem wordt een royementsvolmacht toegezonden. Vervolger is het echter wanneer de hypotheekhouder ‘spoorloos’ is of niet meer bestaat. Bij dat laatste kan worden gedacht aan een ontbonden rechtspersoon. Er doemen dan de volgende problemen op: is de hypothecair gedekte geldlening al dan niet afgelost en hoe komt de notaris in het bezit van een rechtsgeldig getekende royementsvolmacht?

4. Verschillende oplossingen

Recent speelde deze kwestie een aantal keren en moesten rechtbanken zich hierover buigen. Ik licht er twee zaken uit.

Geval 1

Het eerste geval betrof een situatie dat ouders een hypotheek op hun woning wilden vestigen om op die manier gelden te genereren, die zij aan hun dochter konden uitlenen. De dochter had namelijk een huis gekocht en met de door haar ouders te fourneren gelden kon zij op haar beurt de gekochte woning financieren.

Er blijkt echter nog een hypotheek uit 2000 op de woning van de ouders ten behoeve van een vennootschap van vader te rusten. Dat is voor de beoogd financier van de ouders reden om aan hen geen hypothecaire lening te verstrekken. Vaststaat dat de aan de hypotheek uit 2000 verbonden hypothecaire lening in 2010 is afgelost. Bij het aflossen van de lening is echter verzuimd het hypotheekrecht door te halen. Vader was enig bestuurder en aandeelhouder van de hypotheekhouder. De vennootschap is vervolgens in 2012 ontbonden. Daar-

door is het niet meer mogelijk om de vennootschap een verklaring van waardeeloosheid van het hypotheekrecht te vragen. Om toch een verklaring van waardeeloosheid te krijgen, starten de ouders en de dochter (eisers) een kort geding tegen de ontbonden vennootschap (gedaagde). De tijd begint namelijk te dringen, omdat de dochter het risico loopt dat zij een contractuele boete van € 30.000 zal verbeuren als zij op de overeengekomen overdrachtsdatum de door haar gekochte woning niet afneemt, omdat zij de koopprijs niet kan betalen.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt.⁴ In de eerste plaats wijst de rechter op artikel 3:274 lid 1 BW, dat bepaalt dat wanneer een hypotheek is tenietgegaan, de schuldeiser verplicht is om aan de rechthebbende op het bezwaarde goed, bij authentieke akte een verklaring af te geven, dat de hypotheek is vervallen. In lid 3 van dit artikel is vervolgens bepaald dat wanneer de vereiste verklaring niet wordt afgegeven artikel 3:29 BW van overeenkomstige toepassing is en dus ook geldt voor hypothecaire inschrijvingen, terwijl blijkens de parlementaire geschiedenis ook de voorzieningenrechter in kort geding over een dergelijke vordering kan beslissen.⁵

Artikel 3:29 lid 1 BW bepaalt dat wanneer de vereiste verklaring niet wordt afgegeven de rechtbank de inschrijving waardeeloos verklaart op vordering van de onmiddellijk belanghebbende.

De rechter stelt vast dat de vennootschap op 30 november 2012 is ontbonden. Er waren op dat moment geen baten zo blijkt uit de liquidatiebalans en de registratie bij de Kamer van Koophandel. Op grond van het bepaalde in artikel 2:19 lid 4 BW houdt de vennootschap daarmee ook meteen op te bestaan. Er is dus een vennootschap gedagvaard die niet meer bestaat en dat is onmogelijk. Een rechtspersoon die niet meer bestaat, kan ook geen partij meer zijn in een procedure. Eisers moeten daarom, voor zover hun vordering is gericht tegen de vennootschap, niet-ontvankelijk worden verklaard. De eisers zijn echter wel aan te merken als onmiddellijk belanghebbenden in de zin van artikel 3:29 lid 1 BW. Uit dien hoofde hebben zij een zelfstandig

belang om de inschrijving van het hypotheekrecht waardeeloos te (laten) verklaren als degene die de verklaring had behoren af te geven dat niet doet. De reden voor het niet afgeven van die verklaring is hiervoor niet relevant. Dus ook in deze situatie, waarin de reden is gelegen in de feitelijke onmogelijkheid van de hypotheekhouder om de vereiste verklaring af te geven, kunnen de eisers om die verklaring vragen. Aan de hand van de jaarrekening van de ontbonden hypotheekhouder wordt bewezen dat de betreffende hypothecaire lening in 2010 is afbetaald. Verder laat de liquidatiebalans zien dat er op het moment dat de vennootschap werd ontbonden geen sprake (meer) was van een hypothecaire lening. Niet in discussie is dan ook dat vaststaat dat het hypotheekrecht teniet is gegaan en dat de inschrijving daarvan dus waardeeloos is. De voorzieningenrechter verklaart de hypothecaire inschrijving dan ook waardeeloos.

Proces-technisch bevat het vonnis ook nog een interessant aspect. Op grond van artikel 3:29 lid 4 BW kan de verklaring van waardeeloosheid die het vonnis bevat, niet eerder worden ingeschreven dan nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Het vonnis gaat pas in kracht van gewijsde als er geen rechtsmiddel meer openstaat. De hogerberoepstermijn voor het vonnis bedraagt vier weken. Dat zou hier echter te laat zijn, omdat de dochter dan de contractuele boete verbeurd zal hebben en de procedure in dat geval zinloos zal zijn geweest. Een oplossing voor dit probleem wordt gevonden doordat de eisers ter zitting verklaren dat zij afzien van hun recht op hoger beroep en berusten in het vonnis (artikel 334 Rv). Dat betekent dat er geen rechtsmiddel tegen het vonnis meer openstaat en dat het direct in kracht van gewijsde gaat. Het doel is daarmee bereikt: de hypothecaire inschrijving kan worden geroyeerd en de ouders kunnen op hun woning een nieuwe eerste hypotheek vestigen.

Geval 2

In een tweede, vergelijkbare zaak moest de rechtbank Noord-Holland beslissen.⁶ Ook hier ging het om een royement van een hypotheek ten behoeve van een ontbonden vennootschap. In deze casus wordt echter een

andere weg bewandeld om tot doorhaling te komen. Aan de rechter wordt namelijk verzocht om de vereffening te heropenen en een vereffenaar te benoemen.⁷ In deze casus moest een appartementsrecht worden overgedragen en ook in dit geval kwam een 'oude' hypotheek aan het licht ten behoeve van een ontbonden vennootschap. Verzoeker, de eigenaar van het appartementsrecht, was de laatste directeur-groootaandeelhouder van de vennootschap. De schuld waarvoor de hypothecaire zekerheid was gevestigd, is afgelost. Verzuimd is evenwel de hypotheekinschrijving door te halen. Om doorhaling alsnog te bewerkstelligen wordt in deze casus de route van heropening van de vereffening gekozen.

Uit het uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat op 21 juni 2021 is geregistreerd dat de vennootschap is opgehouden te bestaan omdat er geen bekende baten meer aanwezig waren. Artikel 2:23c BW regelt dat indien er na het tijdstip waarop de rechtspersoon is opgehouden te bestaan nog een schuldeiser of gerechtigde tot het saldo opkomt of van het bestaan van een bate blijkt, de rechtbank op verzoek van een belanghebbende de vereffening kan heropenen en zo nodig een vereffenaar benoemen. Naar het oordeel van de rechtbank kan de heropening van de vereffening met een analoge toepassing van artikel 2:23c lid 1 BW ook worden bevolen in een geval als het onderhavige, waar om de uitvoering van bepaalde rechtshandelingen mogelijk te maken, het tijdelijk herleven van de rechtspersoon is vereist. De rechtbank wijst het verzoek om heropening van de vereffening dan ook toe, met benoeming van de verzoeker tot vereffenaar. Ook in dit geval wordt het gewenste doel bereikt. De vereffenaar kan de desbetreffende royementsvolmacht ondertekenen, waarna de notaris de royementsakte kan passeren en inschrijven in de openbare registers.

Er zijn dus verschillende methoden om alsnog te bewerkstelligen dat een hypotheek ten behoeve van een geliquideerde hypotheekhouder wordt doorgehaald.⁸ Renssen spreekt van een goederenrechtelijke weg (geval 1) en een ondernemingsrechtelijke weg (geval 2).⁹ Interessant is de vraag die

zij opwerpt of de ondernemingsrechtelijke weg wel passend en juist was. Deze vraag beantwoordt zij ontkennend. Kort gezegd is haar bezwaar dat de rechtbank tot een zeer ruime – wat haar betreft te ruime – interpretatie van artikel 2:23c lid 1 BW komt, zowel ten aanzien van de voorwaarden als de gevolgen. Nu de rechtbank de mogelijkheid tot een heropening van de vereffening oprekt tot het bevoegd kunnen doorhalen van een hypotheek (iets wat op zich losstaat van vereffening van het vermogen), gaat de rechtbank haars inziens een stap te ver. Wat daarvan ook zij, feit is dat het rechtsverkeer met de goederenrechtelijke weg (waardeloosverklaring via de rechter) prima uit de voeten kan.

5. Derde weg

In de praktijk wordt ook wel gebruikgemaakt van een derde manier om een hypotheek ten behoeve van een ontbonden entiteit door te halen en wel door gebruik te maken van de figuur ‘zaakwaarneming’.¹⁰ Bij die oplossing wordt namens de onbekende of verdwenen hypotheekhouder in de notariële royementsakte opgetreden op basis van zaakwaarneming. In de akte wordt uit de doeken gedaan dat de notaris, zonder resultaat, onderzoek heeft gedaan naar (het nog bestaan van) de hypotheekhouder. Op basis van zaakwaarneming kan vervolgens namens de betreffende hypotheekhouder afstand van het hypotheekrecht worden gedaan, die door de rechthebbende op de onroerende zaak wordt aangenomen, waarmee geconstateerd wordt dat de hypotheek is tenietgegaan.¹¹ Deze derde variant is niet de meest voor de hand liggende en meest aanbevolen optie om tot doorhaling van een hypotheek te komen. De notaris zal eraan mee moeten willen werken en als hij maar enigszins onzeker is over het antwoord op de vraag of de betreffende hypothecaire geldlening wel geheel is afgelost, zal hij dat niet doen. In de praktijk heb ik zelf deze noodgreep wel eens toegepast. Feit is dat het voor het Kadaster een plausibel alternatief is, waarbij de verantwoordelijkheid uiteraard bij de notaris wordt gelegd. Een voordeel van deze variant is wel dat de (substantiële) kosten bij de waardeloosverklaring door de rechter of heropening van de vereffening worden voorkomen.

6. Ten slotte

Regelmatig worden partijen (en notarissen) geconfronteerd met hypothecaire inschrijvingen ten gunste van ‘verdwenen’ hypotheekhouders. Doorhaling daarvan vereist bijzondere acties, die niet alleen tijd maar ook geld kosten. Wanneer de doorhaling voor een bepaalde datum moet plaatsvinden, zoals bijv. bij een voorgenomen overdracht van het onderpand, kan de betreffende eigenaar gemakkelijk in de problemen komen en al snel onder tijdsdruk komen te staan. De in de praktijk meest bewandelde wegen om een dergelijke hypotheek alsnog geroyeerd te krijgen, zijn het waardeloos verklaren van de inschrijving door de rechter of het heropenen van de vereffening van de geliquideerde hypotheekhouder. Of de laatste methode werkbaar is, wordt in de literatuur betwijfeld. Bij wijze van noodgreep kan de toevlucht worden genomen tot het handelen namens de hypotheekhouder op basis van zaakwaarneming.

Ik noem tot besluit enkele praktische aandachtspunten die eraan kunnen bijdragen om problemen als in dit artikel beschreven te voorkomen.

Wanneer een hypothecaire geldlening geheel wordt afgelost, is het – tenzij er een uitdrukkelijke reden is om dat niet te doen¹² – zinvol om een notaris opdracht te geven de hypotheek direct daarna te royeren.

Mocht bij de verkoop van vastgoed bekend zijn dat het pand nog is belast met een hypotheek ten behoeve van een onbekende of geliquideerde financier, dan is het voor de verkoper te overwegen om in het koopcontract een ontbindende voorwaarde op te nemen voor het geval op de overdrachtsdatum niet een getekende royementsvolmacht beschikbaar is.

Bij het voornemen om een rechtspersoon te liquideren is het zinvol om zorgvuldig na te gaan of deze nog eigenaar is van onroerende zaken dan wel in de openbare registers als hypotheekhouder is ingeschreven. Als dat inderdaad het geval blijkt te zijn, kan daar in het kader van de vereffening aandacht aan worden gegeven en schoon schip worden gemaakt.

1. Dat laatste geldt ook wanneer de eigenaar van hypothecaire financier wisselt, een zogenaamde ‘oversluiting’.
2. Reglement van het bestuur van de KNB van 14 juli 2010, inwerkingtreding 1 juli 2011.
3. Mutatis mutandis geldt dit voor beslagen, zij het dat in geval van beslag twee mogelijkheden bestaan: een schriftelijke en onherroepelijke volmacht tot royement en een schriftelijke toezegging tot doorhaling van het beslag van de deurwaarder. De toezegging van de deurwaarder komt dan in de plaats van de royementsvolmacht. De meest praktische weg is overigens om de deurwaarder zorg te laten dragen voor doorhaling van het beslag.
4. Rb. Midden-Nederland 25 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2005.
5. Vgl. Rb. Noord-Holland 6 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11269.
6. Rb. Noord-Holland 13 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5089.
7. Zie artikel 2:23c BW.
8. Zie voor andere gevallen Rb. Rotterdam 14 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10100; Rb. Noord-Holland 6 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11269; Rb. Amsterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4709 en Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13167.
9. S. Renssen, ‘De verdwenen BV met een nog niet verdwenen hypotheekrecht: leiden alle wegen naar Rome?’, *JBN* 2022, afl. 11.
10. Art. 6:198 BW.
11. Nu de volledige, actuele gegevens van de onbekende hypotheekhouder vaak niet bekend zijn, moet de notaris in de doorhalingsakte wel een reden geven voor het ontbreken van de volgens art. 18 Kadw vereiste gegevens.
12. Soms wil een debiteur de mogelijkheid openhouden om de bestaande hypothecaire zekerheid opnieuw te kunnen benutten als hij op enig moment een nieuw krediet wil opnemen. Dat bespaart hem dan een nieuwe hypotheekakte en de daarmee gemoeide kosten.