

Jutd 2013/15 De hypotheekakte als executoriale titel

Jutd 2013/15 d.d. 29-08-2013

Auteur(s): mr. O.B.J. Poorthuis, Van Iersel Luchtman Advocaten, 's-Hertogenbosch.

Inleiding

Er zijn niet veel mensen die onroerend goed louter uit eigen middelen financieren. De financier verlangt over het algemeen zekerheid in de vorm van een hypotheek op het gefinancierde onroerend goed.

Door de financieel-economische crisis komt het steeds vaker voor dat hypothecaire verplichtingen (rente en/of aflossing) niet meer worden nagekomen. Het komt daarom ook steeds vaker voor dat onroerend goed gedwongen wordt verkocht en dat er sprake is van een restantschuld. Die restantschuld vormt een risico, vooral omdat deze met behulp van de hypotheekakte soms (eenvoudig) op het overige vermogen van de schuldenaar kan worden verhaald.

Juridisch kader

Veelal zal een schuldeiser, die zijn vordering wil verhalen op zijn schuldenaar, eerst naar de rechter moeten om een vonnis (artikel 430 Rv.) te halen. Het vonnis kan hij vervolgens executeren. Dat tussenkomst van een rechter noodzakelijk is, geeft de schuldenaar in zo'n geval nog even de tijd; bijvoorbeeld om verweer te voeren, een financiering te regelen, een betalingsregeling te treffen of om zijn vermogen buiten het zicht en het bereik van de schuldeiser te brengen.

Een hypotheekakte is een authentieke akte (artikel 156 lid 2 Rv.) en kan daarom - evenals een vonnis - als executoriale titel ten uitvoer worden gelegd (artikel 430 Rv.). Een hypotheekhouder heeft het recht om, zonder tussenkomst van een rechter, het onroerend goed te executeren, indien de hypothecaire verplichtingen niet door de schuldenaar worden nagekomen. De executie vindt in beginsel plaats door een openbare veiling. De hypotheekhouder kan het onroerend goed ook onderhands verkopen met medewerking van de schuldenaar (die dan als eigenaar moet tekenen) of met toestemming van de voorzieningenrechter. Bij die vorm van onderhandse verkoop toetst de rechter of de overeengekomen prijs marktconform is, dus niet of er onderhands 'geëxecuteerd' mag worden. Bij *veiling* wordt de prijs geacht marktconform te zijn door de openbaarheid van deze wijze van verkoop.

Indien de hypotheekakte voldoet aan twee door de Hoge Raad geformuleerde eisen kan deze ook worden gebruikt als executoriale titel om een eventuele restantschuld (of andere schulden waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt) te verhalen op het overige vermogen van de schuldenaar. Voor de geldigheid van de executoriale titel is niet van belang of het hypotheekrecht is uitgewonnen.

De Hoge Raad heeft reeds in 1992, in het arrest Rabobank/Visser (HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449) bepaald dat de hypotheekakte aan de volgende eisen dient te voldoen om deze als executoriale titel te kunnen gebruiken.

- (i) De vordering waarvoor - op grond van de hypotheekakte - executoriaal beslag wordt gelegd, of de rechtsverhouding waaruit deze vordering is voortgevloeid, moet ten tijde van het verlijden van de akte - de hypotheekverlening - bestaan.
- (ii) De vordering en/of rechtsverhouding dient in de akte te zijn omschreven.

Is er sprake van een of meer vorderingen en/of rechtsverhoudingen, maar is niet de grootte van het bedrag bepaald, dan kan de akte nog steeds als executoriale titel dienen wanneer de akte

aangeeft langs welke weg op voor de schuldenaar bindende wijze de grootte van het bedrag kan worden vastgesteld (behoudens tegenbewijs door de schuldenaar).

Deze eisen zullen nader worden geïllustreerd aan de hand van een recent arrest van de Hoge Raad. Naast het onderwerp van dit artikel is het arrest ook om een andere reden interessant. Het te bespreken arrest betreft de beantwoording van een prejudiciële vraag (een rechtsvraag) van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht. Sinds juli 2012 kunnen aan de Hoge Raad rechtsvragen worden voorgelegd, ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing (art. 392 lid 1 Rv.). De Hoge Raad beslist slechts over de gestelde rechtsvraag en doet niet zelf uitspraak. Het antwoord op de rechtsvraag is echter vaak van grote invloed op de zaak. De lagere rechter zal na de prejudiciële uitspraak zelf ook uitspraak doen met toepassing van de prejudiciële uitspraak. Hangende de behandeling van die vraag bij de Hoge Raad, wordt de procedure voor de lagere rechter geschorst.

HR 8 februari 2013, JOR 2013/126

In het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 heeft de bank het aan haar verhypothekerde onroerend goed executoriaal verkocht. De bank heeft vervolgens een deurwaarder verzocht om op basis van de grosse van de hypotheekakte de restantvordering te incasseren op het overige vermogen van de schuldenaar.

Er was sprake van twee onderhandse akten van geldlening en bij authentieke akte was een hypotheekrecht gevestigd. In de hypotheekakte werd niet verwezen naar de onderhandse geldleningen, maar was een algemene formulering opgenomen. Dit wordt ook wel een bankhypotheek genoemd. De hypotheek was - kort gezegd - verleend tot zekerheid voor de betaling van alle bestaande en toekomstige vorderingen van de bank op de schuldenaar uit welke hoofde dan ook.

De deurwaarder leidde uit de door de Hoge Raad in Rabobank/Visser gestelde eisen af dat in de hypotheekakte ook de akte van geldlening moet zijn vastgelegd. Nu dit niet het geval was, was de deurwaarder van mening dat de grosse van de hypotheekakte geen basis kon zijn voor executie.

De bank stelde zich op het standpunt dat slechts vereist is dat de vordering of de daaraan ten grondslag liggende rechtsverhouding op het tijdstip van het verlijden van de akte bestaan. Daaraan was volgens de bank voldaan. De bank liet buiten beschouwing dat ook die vordering of rechtsverhouding dient te zijn gespecificeerd (het tweede hierboven genoemde vereiste).

Het betreffende geschil is op initiatief van de deurwaarder, middels een zogenaamd deurwaardersrenvooi (artikel 438 lid 4 Rv.), aan de voorzieningenrechter voorgelegd. Die heeft vervolgens de Hoge Raad een prejudiciële vraag gesteld.

Zowel het standpunt van de bank als dat van de deurwaarder wordt door de Hoge Raad verworpen.

De Hoge Raad constateert dat de inhoud van de hypotheekakte in het onderhavige geval gelijk is aan die in het arrest Rabobank/Visser. De Hoge Raad stelt vast dat niet wordt voldaan aan de door hem in Rabobank/Visser gestelde eisen.

De Hoge Raad is van mening dat de vorderingen in een executoriale titel met voldoende bepaaldheid moeten zijn omschreven. Dat is het geval wanneer uit de akte blijkt van het bestaan van een concrete vordering (de vordering zelf wordt omschreven) of van een concrete rechtsverhouding waaruit de vordering kan voortvloeien. Die rechtsverhouding moet ten tijde van het verlijden van de akte reeds bestaan.

In geval van een geldlening zal in de akte moeten staan dat deze is verstrekt en de lening dient zo concreet en nauwkeurig mogelijk te worden omschreven. Daarbij kan men denken aan het bedrag (hoofdsom), datum en dergelijke maar ook een verwijzing naar een (eerdere) overeenkomst van geldlening, die aan de hypotheekakte wordt gehecht.

De in het arrest gebruikte algemene hypotheekformule (de zogenaamde bankhypotheek) voldoet niet aan voornoemde vereiste. Een meer specifieke omschrijving, dat het gaat om geldleningen, rekening-courantkredieten of borgstellingen, maakt dat niet anders. Daarmee wordt volgens de Hoge Raad slechts aangegeven dat wanneer die rechtsverhoudingen bestaan, de vorderingen die daaruit voortvloeien, geacht worden onder het hypotheekrecht te vallen. Daarmee is niet gezegd dat de betreffende vorderingen ten tijde van het verlijden van de akte bestaan, laat staan dat voldoende is bepaald welke vordering het betreft.

Ook het toevoegen van de boekenclausule - dat de administratie van de bank tot volledig bewijs zal strekken voor de vordering van de bank, behoudens tegenbewijs - maakt niet dat men daaruit af kan leiden dat er op het moment van het verlijden van de akte een vordering of een rechtsverhouding bestaat en welke dat is. Met andere woorden, ook het toevoegen van de boekenclausule leidt niet tot voldoende bepaaldheid.

De strenge eisen die aan een executorialie titel worden gesteld vinden volgens de Hoge Raad hun grondslag in het verstrekkende en ingrijpende karakter daarvan. De hypotheekakte moet in de optiek van de Hoge Raad voldoende duidelijk aangeven dat die is bedoeld om voor de beoogde executie op het overige vermogen een basis te bieden. Het gaat er als het ware om dat de hypotheekgever zichzelf heeft verplicht om rente en aflossing te betalen en zichzelf heeft 'veroordeeld' tot de executie van zijn overige vermogen, indien deze verplichtingen niet door hem worden nagekomen. Voldoet de hypotheekakte niet, dan zal een schuldeiser voor de (restant) schuld naar de rechter moeten.

Een combinatie van een concrete omschrijving met een meer algemene omschrijving van vorderingen is overigens wel mogelijk en kan ook een voor de hypotheekhouder gewenst resultaat opleveren. Afhankelijk van de omschrijving in de akte kan het dan zo zijn dat voor een deel van de vorderingen wel en voor een deel van de vorderingen geen executorialie titel bestaat. De regels omtrent de toerekening van de opbrengst van de executie zijn van regeland recht. Voor zover de akte voor een deel van de vorderingen geen executorialie titel vormt kunnen die worden verhaald op de hypotheekopbrengst. De vorderingen waarvoor op grond van de akte wel een executorialie titel bestaat kunnen vervolgens - voor zover de hypotheekopbrengst onvoldoende is - worden verhaald middels executorialiaal beslag op het overige vermogen van de schuldenaar.

In dit verband merk ik nog wel op dat de hypotheekakte dient te vermelden voor welk bedrag de betreffende hypotheek wordt verstrekt (art. 3:260 lid 1 derde zin BW). Indien het bedrag nog niet vast staat dient een maximaal bedrag te worden vermeld. De Hoge Raad heeft voor de executorialie titel geen vergelijkbare beperking aangebracht. Het is niet ondenkbaar dat de vordering van een bank ten tijde van de executie hoger is dan het maximumbedrag, terwijl ook de opbrengst hoger is dan het maximumbedrag. Het is de vraag of het maximumbedrag dan alleen een beperking vormt voor het verhaal onder het hypotheekrecht of dat ook de hypotheekakte als executorialie titel daardoor beperkt wordt.

Conclusie

Als het gaat om de vraag welke eisen er worden gesteld aan de bepaaldheid van vorderingen waarvoor rechtsgeldige zekerheidsrechten kunnen worden gevestigd, dan hangt de Hoge Raad een ruime leer aan. Een verhypothekerd onroerend goed kan in die lijn dus bijvoorbeeld worden geëxecuteerd voor alle vorderingen die vallen onder de hiervoor genoemde ruime omschrijving van een bankhypotheek. Dat diezelfde akte kan dienen om dezelfde vorderingen te verhalen op

het overige vermogen van de schuldenaar is daarmee niet gezegd. Daarvoor gelden immers de hiervoor genoemde, door de Hoge Raad geformuleerde, strenge eisen.

© Euroforum Uitgeverij BV NL
