

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/93149>

Please be advised that this information was generated on 2019-02-21 and may be subject to change.

van Loosman heeft gelegd, vordert Loosman in kort geding onder andere opheffing van het beslag en een verbod van (verdere) executie.

De vraag is of de bank op grond van de hypotheekakte met betrekking tot de restschuld van Loosman een executoriale titel heeft op grond waarvan zij executoriaal beslag kon leggen. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag ontkennend. Omdat de bank geen executoriale titel heeft, heft hij het beslag op en veroordeelt de bank geen (verdere) executiemaatregelen jegens Loosman te treffen.

Veroordeelt de rechter de schuldenaar tot betaling van € 100, dan heeft de schuldeiser een executoriale titel. Betaalt de schuldenaar € 50 aan de schuldeiser, dan kan de schuldeiser vervolgens voor een bedrag van € 50 tot executie overgaan. Heeft de schuldenaar € 100 betaald en gaat de schuldeiser daarna tot executie over, dan is sprake van misbruik van recht. Vgl. Hoge Raad 22 december 2006, NJ 2007, 173, m.nt. Van Mierlo (*Schmidt/Thunnissen*). Is een geldlening in een notariële akte opgenomen, dan kan de schuldeiser in het geval dat de schuldenaar niet betaalt, de akte van geldlening aan de schuldenaar betekenen en vervolgens executoriaal beslag leggen. Is in de notariële akte tussen Loosman en Hakvoort enerzijds en de bank anderzijds vermeld hoe groot het bedrag is dat de bank aan Loosman en Hakvoort heeft geleend, dan levert de akte een executoriale titel op. De Hoge Raad zegt het in het door de voorzieningenrechter genoemde arrest van 26 juni 1992, NJ 1993, 449, m.nt. HJS (*Rabobank/Visser*) als volgt: "Aan de grosse van een authentieke akte komt (...) executoriale kracht toe met betrekking tot op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven vorderingen". Is in de akte bepaald dat de geldlening € 100 draagt en executie van de onroerende zaak waarop ten gunste van de bank hypotheek is gevestigd € 80 heeft opgeleverd, dan heeft de bank voor de restvordering van € 20 op grond van de hypotheekakte een executoriale titel. Uit r.o. 4.4. moet worden afgeleid dat in de akte het bedrag is genoemd van de geldlening. Dit heeft tot gevolg dat de akte met betrekking tot de restschuld executoriale kracht heeft en de bank op grond van de hypotheekakte executoriaal beslag heeft kunnen leggen. Het lijkt er dan ook

op dat de voorzieningenrechter ten onrechte het beslag heeft opgeheven en de executie geschorst.

E. Loesberg
senior rechter in de Rechtbank 's-Hertogenbosch,
werkzaam als voorzieningenrechter

378

Rechtbank Zwolle-Lelystad
1 juni 2011, rolnr. HA ZA 10-460, LJN BR2794
(mr. Manders)
Noot mr. B.A. Schuijling

Hypotheekrecht. Naam debiteur ontbreekt bij omschrijving geseceureerde vordering in hypotheekakte. Geen kennelijke schrijffout of misslag ex art. 45 lid 2 Wna. Notaris niet bevoegd tot verbetering in tekst hypotheekakte. Nietigheid hypotheek.

[WN art. 45 lid 2; BW art. 3:39, 3:260 lid 1]

Volgens art. 45 lid 2 Wna is de notaris bevoegd kennelijke schrijffouten en kennelijke misslagen in de tekst van een akte te verbeteren ook na het verlijden daarvan. In de memorie van toelichting van dit artikel staat dat met het woord "kennelijk" wordt aangegeven dat het objectief duidelijk moet zijn dat het om een schrijffout of misslag gaat. Volgens de memorie van toelichting mag de akte dus geen andere inhoud krijgen. Bij lezing van de passage onder het kopje "Hypotheekverlening" in de hypotheekakte van 5 maart 2004 is voor ieder een direct duidelijk en kenbaar dat die passage niet goed loopt. Het is duidelijk dat de oorzaak daarvan het ontbreken van de naam van de debiteur achter het woordje "van" in de vierde regel van die passage is. De vermelding daarvan lijkt de bedoeling te zijn geweest, maar is abusievelijk nagelaten. Dat die niet-vermelding van de naam van de debiteur ook een "kennelijke" fout of "kennelijke" misslag betreft als bedoeld in artikel 45 lid 2 Wna kan echter niet gezegd worden. Daartoe wordt het volgende overwogen. Eiseres (in conventie) heeft betoogd dat door de toevoeging van het woordje "hem" achter het woordje "van" in de vierde regel van de tekst onder het kopje "Hypotheekverlening" de hypotheekakte niet verandert. Door die toevoeging krijgt de akte volgens eiseres de inhoud, die deze akte zonder die toevoeging op het eerste gezicht

lijkt te moeten hebben. Het toegevoegde woordje "hem" slaat immers terug op de hypotheekgever G.L.M. Ummels. Volgens eiseres verkrijgt zij daardoor een hypotheekrecht voor al hetgeen zij van G.L.M. Ummels te vorderen heeft, terwijl ook slechts G.L.M. Ummels en eiseres betrokken zijn bij de in de akte opgenomen rechtshandeling van hypotheekverlening. Dit betoog gaat echter niet op. Door de toevoeging van het woordje "hem" achter het woordje "van" krijgt de hypotheekakte wel degelijk een andere inhoud. Door die toevoeging wordt de geldschuld waarvoor de hypotheek werd gevestigd, op een andere wijze aangeduid dan oorspronkelijk het geval was. Dit klemmt met name nu de in een hypotheekakte genoemde hypotheekgever ook voor de schuld van een ander een hypotheek kan verlenen en achter het woordje "van", naar gedaagde (in conventie) terecht heeft opgemerkt, dus ook de naam van een derde kan worden opgenomen. Nu ook overigens geen stukken zijn overgelegd waaruit blijkt dat op 5 maart 2004 de intentie bestond het recht van hypotheek te vestigen tot zekerheid voor de betaling van een schuld van G.L.M. Ummels aan eiseres – en niet tot zekerheid voor de betaling van een schuld van Van Gils –, heeft door de toevoeging van het woordje "hem" achter het woordje "van" onder het kopje "Hypotheekverlening" de hypotheekakte een andere inhoud verkregen. De conclusie is dan ook dat het de notaris op grond van het bepaalde in art. 45 lid 2 Wna niet was toegestaan het proces-verbaal van verbetering op te maken. Art. 3:260 lid 1 BW schrijft onder meer voor dat de hypotheekakte een aanduiding moet bevatten van de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, of van de feiten aan de hand waarvan die vordering zal kunnen worden bepaald. Dit betreft een vormvoorschrift. Het niet naleven daarvan brengt ingevolge het bepaalde in art. 3:39 BW de nietigheid van het recht van hypotheek met zich. De hypotheekakte van 5 maart 2004 voldoet niet aan genoemd voorschrift. Om aan genoemd voorschrift te kunnen voldoen, zal een hypotheekakte in elk geval de naam van de debiteur van de vordering moeten vermelden. In de akte van 5 maart 2004 ontbreekt echter de naam van de debiteur. Het bij de akte van 5 maart 2004 gevestigde recht van hypotheek is dan ook nietig. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, wordt dit niet anders door het proces-verbaal van verbetering van 5 maart 2004 en de inschrijving daarvan bij het Kadaster.

BV Rechtskundig Advies- en Incassobureau v/h E. Beekman te Apeldoorn,
eiseres in conventie,
verweerster in (voorwaardelijke) reconventie,
advocaat: mr. J.V.M. de Jong,
tegen

A. Endendijk te Beerzerveld, gemeente Ommen,
in zijn hoedanigheid van bewindvoerder van
A.F.M. Ummels,
gedaagde in conventie,
eiser in (voorwaardelijke) reconventie,
advocaat: mr. H. Versluis.

(...; red.)

2. De feiten

In conventie en in (voorwaardelijke) reconventie
2.1. Op 5 maart 2004 heeft notaris Schuite een (op
8 maart 2004 bij het Kadaster ingeschreven) hypo-
theekakte verleden. Daarin staat, voor zover van
belang, het volgende:

"(...)

A. de heer Gerardus Lambertus Maria Ummels,
(...)

hierna te noemen: *hypotheekgever*;

B. (...)

de besloten vennootschap met beperkte aanspra-
kelijkheid: B.V. Rechtskundig Advies- en Incasso-
bureau v/h Beekman,

(...)

hierna te noemen: *hypotheeknemer*;

(...)

Hypotheekverlening

De verschenen persoon onder A. genoemd ver-
klaarde, ter uitvoering van voormelde overeen-
komst, aan de hypotheeknemer hypotheek te
verlenen tot het hierna te noemen bedrag op het
hierna te noemen onderpand, tot zekerheid voor
de betaling van al hetgeen de hypotheeknemer
blijkens haar administratie van voor zover in deze
akte niet anders aangeduid, hierna te noemen:
debiteur,

te vorderen heeft of mocht hebben uit hoofde van:
verstrekte en/of alsnog te verstrekken geldlenin-
gen, verleende en/of alsnog te verlenen kredieten
in rekening-courant, tegenwoordige en/of toekom-
stige borgstellingen, dan wel uit welke anderen
hoofde ook, voortvloeiende uit kredietverlening.
(...)

Hypotheekbedrag

De verschenen persoon onder A. genoemd verklaarde dat vermelde hypotheek is verleend tot een bedrag van ZEVENHONDERDDUIZEND EURO (€ 700.000,00) te vermeerderen met renten en kosten, welke renten en kosten tezamen worden begroot op een bedrag van TWEEHONDERDVIJFENVEERTIGDUIZEND EURO (€ 245.000,00), derhalve tot een totaal bedrag van NEGENHONDERDVIJFENVEERTIGDUIZEND EURO (€ 945.000,00) op:

Onderpand

het huis, plaatselijk bekend Regentesselaan 4 te (7316 AC) Apeldoorn (...)

Gerardus Lambertus Maria Ummels voornoemd (hierna: G.L.M. Ummels) was ten tijde van het opmaken van de hypotheekakte van 5 maart 2004 statutair bestuurder en enig aandeelhouder van Beekman.

2.2. Bij notariële akte van 4 juni 2009 (ingeschreven bij het Kadaster op 5 juni 2009) is door mevrouw van Gils (hierna Van Gils te noemen) met toestemming van haar echtgenoot G.L.M. Ummels voornoemd ten behoeve van Endendijk – in zijn hoedanigheid van bewindvoerder over het vermogen van A.F.M. Ummels – een recht van hypotheek gevestigd op de aan Van Gils sinds 13 maart 2007 toebehorende onroerende zaak aan de Regentesselaan 4 te Apeldoorn. De hypotheek strekt tot zekerheid voor de (gedeeltelijke) terugbetaling van een door A.F.M. Ummels aan G.L.M. Ummels op 1 februari 2006 verstrekte geldlening. In akte wordt voorts vermeld, kort gezegd, dat bedoelde onroerende zaak is bezwaard met een eerste hypothecaire inschrijving ten behoeve van ABN Amrobank en een tweede hypothecaire inschrijving ten behoeve van Beekman.

2.3. Bij exploit van 9 september 2009 heeft Endendijk Beekman aangezegd voornemens te zijn om op 27 oktober 2009 tot executoriale verkoop over te gaan van de onroerende zaak gelegen aan de Regentesselaan 4 te Apeldoorn.

2.4. Bij exploit van 11 september 2009 heeft Beekman, zich er op beroepende dat het recht van hypotheek van Endendijk in rang na het recht van hypotheek van Beekman komt, Endendijk aangezegd de executie van Endendijk over te nemen; dit om te komen tot verhaal van haar vordering op Van Gils voornoemd tot zekerheid waarvan – volgens het exploit – het hypotheekrecht is gevestigd.

2.5. Bij herstelexploten van 30 december 2009 heeft Beekman het voormelde exploit van 11 september 2009 gerectificeerd. Aangezegd is dat de in laatst gemelde exploten bedoelde executie zal geschieden om te komen tot verhaal van de vordering op G.L.M. Ummels in plaats van op (de in die exploten genoemde) Van Gils.

2.6. Bij faxbrieven van 6 oktober 2009 aan notaris Schuite respectievelijk Beekman heeft Endendijk de nietigheid van de hypotheekakte van 5 maart 2004 ingeroepen, omdat daarin de aanduiding van de debiteur ontbreekt en derhalve niet kan worden opgemaakt tot zekerheid van welke geldschuld de hypotheek is gevestigd.

2.7. Op 6 oktober 2009 heeft notaris Schuite (nadat Endendijk zich op de nietigheid van de hypotheekakte van 5 maart 2004 had beroepen) een (op 9 oktober 2009 bij het Kadaster ingeschreven) proces-verbaal van verbetering opgemaakt. In dat proces-verbaal staat onder meer:

“(…)

Constatering van een kennelijke misslag

1. dat de tekst van de akte van hypotheekstelling op vijf maart tweeduizend vier, verleden voor mij, notaris, waaraan het repertorium nummer 283 is toegekend, een kennelijke misslag bevat;

2. dat bedoelde kennelijke misslag betreft de tekst onder Hypotheekverlening, vermeld staat:

‘enzovoort van voor enzovoort’;

in plaats van:

‘enzovoort van *hem*, voor enzovoort’;

in regel dertig van het eerste blad van de akte;

3. dat bedoelde kennelijke misslag is verbeterd, dat daarvan het onderhavige proces-verbaal is opgesteld en dat op de oorspronkelijke akte een aantekening daarvan is gesteld onder vermelding van datum en repertorium van dit proces-verbaal.

(…)”.

2.8. Bij vonnis in kort geding van 3 februari 2010 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Zutphen is Beekman geboden mee te werken aan en te gehangen en te gedogen dat Endendijk als hypotheekhouder in plaats van Beekman voortgaat met de executoriale verkoop van de onroerende zaak aan de Regentesselaan 4 te Apeldoorn.

2.9. Bij exploit van 12 maart 2010 heeft ABN Amrobank de executoriale verkoop van Endendijk overgenomen.

3. Het geschil

In conventie

3.1. Beekman heeft gevorderd dat bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. wordt verklaard voor recht dat de hypotheekakte van 5 maart 2004 met als hypotheekgever G.L.M. Ummels en B.V. Rechtskundig Advies- en Incassobureau v/h/E. Beekman als hypotheeknemer na het door notaris Schuite op 6 oktober 2009 opgemaakte proces-verbaal van verbetering, een rechtsgeldig opgemaakte hypotheekakte is;

2. Endendijk wordt veroordeeld de rechtsgeldigheid, na de verbetering op 6 oktober 2009 van de bedoelde hypotheekakte van 5 maart 2004, in diens hoedanigheid van bewindvoerder over het vermogen van A.F.M. Ummels, voor nu en in de toekomst, te gehengen en te gedogen;

3. Endendijk wordt veroordeeld in de kosten van de procedure.

3.2. Aan haar vorderingen heeft Beekman ten grondslag gelegd dat de hypotheekakte van 5 maart 2004 een omissie bevat, omdat onder het kopje "Hypotheekverlening" achter de woorden "blijkens haar administratie van" het woordje "hem" abusievelijk niet is opgenomen. Nu de notaris dit gebrek op de voet van het bepaalde in artikel 45 lid 2 van de Wet op het Notarisambt met het proces-verbaal van verbetering heeft verbeterd, is er sprake van een rechtsgeldige hypotheekakte (ook al heeft de onvolledige aanduiding van de debiteur in de hypotheekakte aanvankelijk mogelijk de nietigheid van die akte met zich gebracht en ook al heeft Endendijk zich vóór het opmaken en inschrijven van het proces-verbaal van verbetering zich om die reden op die mogelijke nietigheid beroepen). Nu Endendijk als derde hypotheekhouder met een beroep op de beweerde nietigheid van de hypotheekakte van 5 maart 2004 stelt tweede hypotheekhouder te zijn en het mogelijk is dat na de executoriale verkoop van de onroerende zaak door ABN Amrobank N.V. een (meer)opbrengst ter verdeling onder de opvolgende hypotheekhouders resteert, heeft Beekman er belang bij dat in rechte wordt vastgesteld dat de hypotheekakte van 5 maart 2004 een rechtsgeldige akte betreft.

3.3. Endendijk heeft als verweer aangevoerd dat de hypotheekakte van 5 maart 2004 nietig is, omdat daarin de aanduiding van de debiteur ontbreekt. Daardoor is er geen sprake van een voldoende aanduiding van de vordering als bedoeld

in artikel 3:260 lid 1 BW. Door het opmaken van het proces-verbaal van verbetering is die hypotheekakte niet alsnog rechtsgeldig geworden. Endendijk had zich voordien immers al op de nietigheid daarvan beroepen. Van bekrachtiging in de zin van artikel 3:58 lid 1 BW kan dan ook geen sprake zijn. Daarbij komt volgens Endendijk dat het proces-verbaal van verbetering waardeloos is. Het ontbreken van de naam van de debiteur in de hypotheekakte kan immers niet als een kennelijke mislag of schrijffout als bedoeld in artikel 45 lid 2 op de Wet van het Notarisambt worden aangemerkt. Bovendien krijgt de akte door het achteraf invullen van de naam van de debiteur een andere inhoud. Endendijk hoeft dit proces-verbaal van verbetering dan ook niet tegen zich te laten gelden.

Endendijk heeft tenslotte betwist dat Beekman voldoende belang heeft bij haar vorderingen. Volgens Endendijk dient Beekman de rangregelingprocedure te volgen.

In (voorwaardelijke) reconventie

3.4. Endendijk heeft – voor het geval de rechtbank oordeelt dat de brief van Endendijk aan Beekman van 6 oktober 2009 niet reeds nietigheid c.q. vernietiging tot rechtsgevolg heeft gehad – gevorderd dat bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

a. wordt verklaard voor recht dat de hypotheekakte van 5 maart 2004, waardoor ten behoeve van Beekman een (tweede) hypothecaire inschrijving op de onroerende zaak, staande en gelegen aan de Regentesselaan nr. 4 te Apeldoorn werd gevestigd, ook ná het door notaris Schuite op 6 oktober 2009 opgemaakte proces-verbaal van verbetering, geen rechtsgeldig opgemaakte akte is, dat Endendijk voornoemde hypotheekakte en voornoemd proces-verbaal niet tegen zich hoeft te laten gelden en Endendijk met zijn hypothecair recht gevestigd bij notariële akte d.d. 4 juni 2009 op (rechten van) Beekman voor gaat;

b. nietig wordt verklaard c.q. wordt vernietigd de hypotheekakte van 5 maart 2004 met als hypotheekgever G.L.M. Ummels en Beekman als hypotheeknemer, althans het door voornoemde akte ten behoeve van Beekman gevestigde hypothecaire recht;

c. waardeloos wordt verklaard het door notaris Schuite op 6 oktober 2009 opgemaakte proces-verbaal van verbetering, althans de kadastrale inschrijving daarvan op 9 oktober 2009 bij het Kadaster te Zwolle;

d. Beekman wordt veroordeeld in de proceskosten.

3.5. Endendijk heeft zijn vorderingen gebaseerd op hetgeen hij in conventie ten verweere heeft aangevoerd.

3.6. Beekman heeft haar verweer gebaseerd op hetgeen zij in conventie als grondslag voor haar vordering heeft aangevoerd.

4. De beoordeling

In conventie

4.1. Wat betreft het gevoerde niet-ontvankelijkheidsverweer is de rechtbank van oordeel dat dit niet opgaat. Weliswaar gaan de hypotheekrechten van Beekman en Endendijk teniet na de door ABN Amrobank voorgenomen executorialer verkoop en de betaling van de koopsom door de koper, maar niet is betwist dat er na die verkoop mogelijk een onder Beekman en Endendijk te verdelen restopbrengst resteert. In het geval van een eventueel daaropvolgende rangregelingprocedure zal de datum van inschrijving van de betreffende hypotheekakten bij het kadaster bepalend zijn voor de voorrang bij de verdeling van die restopbrengst. Nu de hypotheekakte van 5 maart 2004 eerder is ingeschreven dan de hypotheekakte van 4 juni 2009 heeft Beekman belang bij het instellen van de onderhavige vorderingen.

4.2. De rechtbank zal voorts eerst ingaan op de partijen verdeeld houdende vraag of het de notaris was toegestaan een proces-verbaal van verbetering op te maken.

4.3. Volgens artikel 45 lid 2 van de Wet op het Notarisambt is de notaris bevoegd kennelijke schrijffouten en kennelijke misslagen in de tekst van een akte te verbeteren ook na het verlijden daarvan. In de memorie van toelichting van dit artikel (Kamerstukken II 1993-1994, 23706, nr. 3, pagina 40) staat dat met het woord "kennelijk" wordt aangegeven dat het objectief duidelijk moet zijn dat het om een schrijffout of misslag gaat. Volgens de memorie van toelichting mag de akte dus geen andere inhoud krijgen.

4.4. Bij lezing van de passage onder het kopje "Hypotheekverlening" in de hypotheekakte van 5 maart 2004 is voor iedereen direct duidelijk en kenbaar dat die passage niet goed loopt. Het is duidelijk dat de oorzaak daarvan het ontbreken van de naam van de debiteur achter het woordje "van" in de vierde regel van die passage is. De vermelding daarvan lijkt de bedoeling te zijn ge-

weest, maar is abusievelijk nagelaten. Endendijk heeft weliswaar gesteld dat hij niet uitsluit dat het niet vermelden van de naam en de hoedanigheid van de debiteur opzettelijk is gebeurd, mogelijk om te zijner tijd de akte voor een door Beekman zelf aan te wijzen debiteur te kunnen gebruiken, maar dit acht de rechtbank bij gebreke van een nadere onderbouwing niet waarschijnlijk, te meer niet nu het niet aannemelijk wordt geacht dat de notaris aan een dergelijke constructie zijn medewerking zou hebben willen verlenen.

Dat die niet-vermelding van de naam van de debiteur ook een "kennelijke" fout of "kennelijke" misslag betreft als bedoeld in artikel 45 lid 2 van de Wet op het Notarisambt kan naar het oordeel van de rechtbank echter niet gezegd worden. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.5. Beekman heeft betoogd – met een beroep op een door hem ingebracht advies van professor mr. W.G. Huijgen van 23 februari 2010 – dat door de toevoeging van het woordje "hem" achter het woordje "van" in de vierde regel van de tekst onder het kopje "Hypotheekverlening" de hypotheekakte niet verandert. Door die toevoeging krijgt de akte volgens Beekman de inhoud, die deze akte zonder die toevoeging op het eerste gezicht lijkt te moeten hebben. Het toegevoegde woordje "hem" slaat immers terug op de hypotheekgever G.L.M. Ummels. Volgens Beekman verkrijgt Beekman daardoor een hypotheekrecht voor al hetgeen zij van G.L.M. Ummels te vorderen heeft, terwijl ook slechts G.L.M. Ummels en Beekman betrokken zijn bij de in de akte opgenomen rechtshandeling van hypotheekverlening. Naar het oordeel van de rechtbank gaat dit betoog van Beekman echter niet op.

Door de toevoeging van het woordje "hem" achter het woordje "van" krijgt de hypotheekakte wel degelijk een andere inhoud. Door die toevoeging wordt de geldschuld waarvoor de hypotheek werd gevestigd op een andere wijze aangeduid dan oorspronkelijk het geval was. Dit klemmt met name nu de in een hypotheekakte genoemde hypotheekgever ook voor de schuld van een ander een hypotheek kan verlenen en achter het woordje "van", naar Endendijk terecht heeft opgemerkt, dus ook de naam van een derde kan worden opgenomen. Dat in casu slechts G.L.M. Ummels en Beekman betrokken zijn bij de in de hypotheekakte van 5 maart 2004 opgenomen rechtshandeling van hypotheekverlening doet hier naar het oordeel van de rechtbank niet aan af. Tot dit oordeel is vooral

ook redengevend dat Endendijk met een beroep op het overnemingsexploot van 11 september 2009 -waarin staat, kort gezegd, dat Van Gils de debiteur is- gemotiveerd heeft gesteld dat G.L.M. Ummels en Beekman op 5 maart 2004 mogelijk bedoeld hebben Van Gils als de debiteur aan te wijzen van de vordering tot de betaling waarvan het te vestigen hypotheekrecht tot zekerheid zou moeten strekken en dat die stelling onvoldoende is weersproken. Zo heeft Beekman gesteld dat de naamsvermelding in het overnemingsexploot op een misverstand berust en heeft zij ter adstructie van deze stelling als productie 11 een verklaring van de betreffende deurwaarder overgelegd. Naar het oordeel van de rechtbank kan uit die verklaring echter even goed worden opgemaakt dat G.L.M. Ummels en Beekman op 5 maart 2004 juist de bedoeling hadden om het hypotheekrecht te vestigen tot zekerheid voor de betaling van een schuld van Van Gils aan Beekman. De deurwaarder verklaart immers, kort gezegd, dat hij een concept van een eerder, op 23 juli 2008, door hem op verzoek van G.L.M. Ummels (namens Beekman) uitgebracht overnemingsexploot, waarin Van Gils als debiteur is vermeld van de vordering waarvoor het op 5 maart 2004 gevestigde recht van hypotheek tot zekerheid strekt, ter beoordeling aan G.L.M. Ummels heeft voorgelegd en dat deze zich daar vervolgens mee akkoord heeft verklaard. Ook de door Beekman bij conclusie van dupliek in reconventie nog overgelegde, met stukken geadstrueerde verklaring van notaris Schuite van 6 september 2010 kan hem niet baten. Dat bij het opmaken van de akte op 5 maart 2004 de bedoeling heeft voorgezeten de hypotheek te vestigen tot zekerheid voor de betaling van een schuld van G.L.M. Ummels aan Beekman – en niet tot zekerheid voor de betaling van een schuld van Van Gils – blijkt daar in elk geval onvoldoende uit. In het bijzonder blijkt dit niet uit de zich bij die stukken bevindende notulen van de op 5 maart 2004 gehouden algemene vergadering van aandeelhouders van Beekman. Daaruit blijkt weliswaar dat toen besloten is om aan Beekman hypotheek te verlenen, maar niet ten behoeve van welke schuld.

Nu ook overigens geen stukken zijn overgelegd waaruit blijkt dat op 5 maart 2004 de intentie bestond het recht van hypotheek te vestigen tot zekerheid voor de betaling van een schuld van G.L.M. Ummels aan Beekman – en niet tot zekerheid voor de betaling van een schuld van Van Gils

–, is de rechtbank van oordeel dat door de toevoeging van het woordje “hem” achter het woordje “van” onder het kopje “Hypotheekverlening” de hypotheekakte een andere inhoud heeft verkregen. Kortom, naar het oordeel van de rechtbank kan niet gezegd worden dat het wegvallen van de naam van de debiteur achter het woordje “van” onder het kopje “Hypotheekverlening” in de hypotheekakte van 5 maart 2004 een op grond van artikel 45 lid 2 van de Wet op het Notarisambt voor verbetering vatbare kennelijke schrijffout dan wel kennelijke mislag betreft.

4.6. De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat het de notaris op grond van het bepaalde in artikel 45 lid 2 van de Wet op het Notarisambt niet was toegestaan het proces-verbaal van verbetering op te maken. Naar het oordeel van de rechtbank komt aan dit proces-verbaal in rechte dan ook geen effect toe.

4.7. Artikel 3:260 lid 1 BW schrijft onder meer voor dat de hypotheekakte een aanduiding moet bevatten van de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, of van de feiten aan de hand waarvan die vordering zal kunnen worden bepaald. Dit betreft een vormvoorschrift. Het niet naleven daarvan brengt ingevolge het bepaalde in artikel 3:39 BW de nietigheid van het recht van hypotheek met zich.

Naar het oordeel van de rechtbank voldoet de hypotheekakte van 5 maart 2004 niet aan genoemd voorschrift. Om aan genoemd voorschrift te kunnen voldoen, zal een hypotheekakte in elk geval de naam van de debiteur van de vordering moeten vermelden. In de akte van 5 maart 2004 ontbreekt echter de naam van de debiteur. Het bij de akte van 5 maart 2004 gevestigde recht van hypotheek is dan ook nietig. Gelet op hetgeen in rechtsoverweging 4.6 is overwogen, wordt dit niet anders door het proces-verbaal van verbetering van 5 maart 2004 en de inschrijving daarvan bij het Kadaster.

4.8. Op grond van het vorenstaande, zullen de vorderingen van Beekman worden afgewezen.

Op de partijen eveneens verdeeld houdende vraag of door het opmaken van het proces-verbaal van verbetering en de inschrijving daarvan bij het Kadaster het nietige hypotheekrecht is bekrachtigd – niettegenstaande het vóórdien door Endendijk gedane beroep op die nietigheid – hoeft hier niet meer te worden ingegaan.

4.9. Beekman zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden verwezen.

(...; red.)

In (voorwaardelijke) reconventie

4.10. Nu de voorwaarde waaronder de reconventionele vorderingen zijn ingesteld, niet is vervuld, wordt aan een beoordeling daarvan niet toegekomen.

5. *De beslissing*

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen van Beekman af;

5.2. veroordeelt Beekman in de proceskosten (...; red.);

NOOT

1. De gevolgen van gebreken in notariële aktes en de mogelijkheden tot rectificatie zijn zowel vanuit theoretisch als praktisch oogpunt belangwekkend. Zie in algemene zin over deze problematiek: Verstappen, 'Notariële herstelwerkzaamheden in het rechtsverkeer', in: *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren* (Preadviezen KNB), 2003, p. 65-169. Enige tijd geleden besprak ik al een geval waarin met betrekking tot een onroerende zaak de leveringsakte onvoldoende nauwkeurig melding maakte van de volmacht, zie de annotatie onder Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2009, «JOR» 2009/272. In het hierboven gepubliceerde vonnis gaat het om een gebrek in een hypotheekakte. De notaris heeft namelijk bij de vestiging van een tweede recht van hypotheek ten behoeve van BV Rechtskundig advies- en incassobureau v/h E. Beekman (hierna: Beekman) – bij vergissing – nagelaten om de debiteur van de geseceureerde vordering te vermelden. Wanneer Endendijk, als derde hypotheekhouder, zijn voornemen tot executie kenbaar maakt, wil Beekman de executie overnemen. Onder verwijzing naar het gebrek in de akte betwist Endendijk vervolgens de geldigheid van het hypotheekrecht van Beekman. Daarvan op de hoogte gesteld, gaat de notaris onmiddellijk over tot rectificatie van de hypotheekakte door middel van een proces-verbaal van verbetering en inschrijving daarvan in de openbare registers. Dat blijkt tevergeefs te zijn, want de rechtbank concludeert dat het hypotheekrecht van Beekman inderdaad nietig is. Naar aanleiding van deze zaak wordt in deze noot ingegaan op de eis van vermelding van de geseceureerde

vordering in de hypotheekakte en de gevolgen van niet-naleving van dit voorschrift (zie onder 2 en 3), gevolgd door de mogelijkheden tot herstel van een eventueel gebrek en als gevolg daarvan bekrachtiging van de hypotheekvestiging (zie onder 4 en 5).

2. De tussen hypotheekgever en hypotheeknemer opgemaakte hypotheekakte dient onder meer een aanduiding te bevatten van de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, of van de feiten aan de hand waarvan die vordering zal kunnen worden bepaald, zo volgt uit art. 3:260 BW. De bepaling beoogt met dit voorschrift aan te sluiten bij de eis van art. 3:231 lid 2 BW. Aldus gaat het erom dat de geseceureerde vordering voldoende bepaalbaar is op het tijdstip van de executie (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1350). Op dat moment moet aan de hand van de akte kunnen worden vastgesteld tot verhaal van welke vordering het hypotheekrecht strekt. Of in een concreet geval de hypotheekakte de vordering in voldoende mate aanduidt, is een kwestie van uitleg van de omschrijving van de vordering in de akte. De uitleg dient echter – zoals volgt uit rechtspraak omtrent de uitleg van notariële aktes strekkende tot levering of bezwaring van registergoederen – te geschieden naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte. De subjectieve betekenis die partijen aan de omschrijving toekennen of gegevens van buiten de hypotheekakte mogen daarbij geen rol spelen. Zie onder meer HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350, m.nt. WMK (*Elder Woningbouw/Van Kammen*); HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 251 (*Teijsen/Marcus*); en HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011, 111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*). Zo kan met behulp van bijvoorbeeld een considerans of een uitgebreide vermelding van de titel de betekenis worden herleid van een op zichzelf onvolledige of onduidelijke beschrijving van de vordering. In het onderhavige geval kon dat kennelijk niet. Uit de akte zelf was blijkbaar niet af te leiden of de hypotheek strekte tot zekerheid van de vorderingen van de hypotheeknemer op de hypotheekgever of op een eventuele derde. De rol van uitleg van de akte is daarmee uitgespeeld. Dit is een groot verschil met bijvoorbeeld de vestiging van pandrechten op bijvoorbeeld roerende zaken of vorderingen. Daar geldt allereerst dat een aanduiding van de geseceureerde vordering in de pandakte niet verplicht is, vgl. HR 29 juni

2001, «JOR» 2001/220 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*). Bij eventuele onduidelijkheid over de vorderingen waarvoor het pandrecht strekt, dient de uitleg van de pandakte daarentegen te geschieden aan de hand van de meer subjectieve Haviltex-maatstaf, vgl. HR 16 mei 2003, «JOR» 2003/184 (*De Liser de Morsain/Rabobank*). Indien de vordering niet (nauwkeurig) is omschreven in de pandakte, zal men vervolgens te rade moeten gaan bij de contractuele verhouding tussen pandgever en pandhouder, waarbij wederom de Haviltex-maatstaf dient te worden toegepast (HR 20 september 2002, «JOR» 2002/210, m.nt. NEDF onder «JOR» 2002/211 (*ING/Muller q.q.*)).

3. Aangenomen dat de hypotheekakte de geseceureerde vordering niet voldoende bepaalt, rijst de vraag naar de consequenties daarvan voor de geldigheid van de hypotheek. Volgens de rechtbank is de hypotheekvestiging niet in de voorgeschreven vorm verricht en daarom nietig op grond van art. 3:39 BW (r.o. 4.6). Eigenlijk gaat het niet zozeer om een vormvoorschrift, maar om een inhoudelijke eis aan de akte. De sanctie houdt dan juist verband met de schending van een dwingende wetsbepaling (art. 3:40 lid 2 BW). Wat daarvan ook zij, beide grondslagen leiden tot hetzelfde: nietigheid van de hypotheek, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Daarmee hangt de sanctie op het ontbreken van een afdoende aanduiding van de geseceureerde vordering uiteindelijk af van de strekking van het voorschrift. Deze strekking is allereerst een praktische. Zo volgt uit art. 24 lid 2, onder a, onder 1° Kadasterwet dat de aanduiding van de geseceureerde vordering is vereist voor de inschrijving van de hypotheekakte in de openbare registers. Door deze eis ook voor te schrijven voor de hypotheekakte, is een nadere akte niet nodig voor de inschrijving (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1349). Uit de parlementaire geschiedenis van de Kadasterwet volgt dat de inschrijving van de aanduiding van de geseceureerde vordering van groot belang kan zijn voor de raadgevers van het register (Parl. Gesch. Kadasterwet, p. 140). Daaruit lijkt te volgen dat, net zoals de – eveneens uit art. 3:260 lid 1 BW voortvloeiende eis van – vermelding van de (maximum)hoogte van het bedrag waarvoor hypotheek wordt gevestigd, het voorschrift is gegeven in het belang van derden, zodat zij kunnen nagaan in hoeverre de aan hun schulde-

naar toebehorende registergoederen met hypotheek zijn bezwaard. Vgl. HR 16 juni 2000, «JOR» 2000/159, m.nt. Verdaas (*Nedship Bank/Oderkerk q.q.*). Nu het voorschrift de rechtszekerheid zowel tussen de betrokken partijen als ten opzichte van derden beoogt te bevorderen, lijkt nietigheid van de hypotheekvestiging de juiste sanctie.

4. De nietigheid van de hypotheek leidt naar de vraag of de fout kan worden hersteld. Vooropgesteld dat een gebrek in een reeds verleden notariële akte kan worden gecorrigeerd, dient men te onderscheiden tussen een proces-verbaal van verbetering als bedoeld in art. 45 lid 2 Wet op het notarisambt (Wna) en een zogenaamde partijrectificatieakte. Wat betreft het proces-verbaal van verbetering geldt dat de notaris op grond van art. 45 lid 2 Wna onder omstandigheden *zelfstandig* bevoegd is om een fout te herstellen in de tekst van een reeds gepasseerde akte. Deze mogelijkheid is echter beperkt tot “kennelijke schrijffouten en kennelijke misslagen”, ook wel aangeduid als *clerical errors*. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat met “kennelijk” wordt bedoeld dat het objectief duidelijk moet zijn dat het om een schrijffout of misslag gaat. De akte mag geen andere inhoud krijgen door de verbetering (MvT, *Kamerstukken II* 1993/94, 23706, nr. 3, p. 40). Ook een voor de geldigheid van een rechtshandeling fatale fout kan door een proces-verbaal van verbetering worden hersteld, vgl. HR 5 oktober 2001, *NJ* 2002, 410, m.nt. WMK, met betrekking tot de correctie van een ontbrekend jaartal in een testament. In de onderhavige zaak heeft de notaris door middel van een proces-verbaal de aanduiding van de vordering verbeterd. Door toevoeging van het enkele woord “hem” is duidelijk gemaakt dat de hypotheek strekt tot zekerheid van vorderingen op de hypotheekgever (vgl. r.o. 2.1 en 2.7). Volgens de rechtbank was de notaris hiertoe echter niet bevoegd (r.o. 4.4-4.6). Weliswaar is hier voor iedereen duidelijk dat sprake is van een omissie, maar door deze toevoeging heeft de akte een andere inhoud gekregen, aldus de rechtbank. De hypotheek had namelijk ook een derdenhypotheek kunnen zijn; in het oorspronkelijke overnemingsexploot stond namelijk de echtgenote van de hypotheekgever vermeld als debiteur. Bovendien zijn geen stukken overgelegd waaruit blijkt dat het de bedoeling van partijen was om een hypotheek te vestigen voor de schulden van de hypotheekgever. Vooral dat

laatste punt is mijns inziens cruciaal. Voor zover redelijke twijfel kan bestaan over de inhoud van de akte, dient men op zijn minst naar stukken te kunnen verwijzen die bevestigen dat de akte door de rectificatie materieel geen andere inhoud krijgt. In geval van een hypotheek komt in de regel een belangrijke rol toe aan de tot vestiging verplichtende overeenkomst. Nu dergelijke stukken niet zijn overgelegd, is de beslissing van de rechtbank begrijpelijk. De notaris had daarom beter kunnen kiezen voor een rectificatie in de vorm van een partijakte. In dat geval wordt de correctie verricht door de betrokken partijen en kan de vraag naar de bevoegdheid van de notaris tot zelfstandige verbetering achterwege blijven. De hypotheekgever zal doorgaans op grond van zijn rechtsverhouding met de hypotheeknemer gehouden zijn medewerking te verlenen aan een dergelijke partijakte van verbetering.

5. Tot slot nog enkele opmerkingen over de gevolgen van een succesvolle rectificatie. Dat de rectificatie van de hypotheekakte en inschrijving daarvan, kan leiden tot bekrachtiging van de aanvankelijk nietige hypotheekvestiging op grond van art. 3:58 BW, lijdt naar mijn mening geen twijfel. Het hypotheekrecht verkrijgt hierdoor alsnog haar geldigheid en wel met terugwerkende kracht tot het ogenblik waarop de aanvankelijk nietige vestigingshandeling is verricht. Zie over deze terugwerkende kracht: Parl. Gesch. Boek 3, p. 248 en 250; en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1252. De terugwerkende kracht gaat echter niet zover dat de hypotheekhouder kan voorbijgaan aan de rechten die in de tussentijd geldig door derden zijn verkregen op het goed. Deze rechten zullen moeten worden geëerbiedigd (vgl. art. 3:58 lid 3 BW). Bovendien werkt de inschrijving van een verbetering in de openbare registers op de voet van art. 42 Kadasterwet als zodanig niet terug, zodat derden mogelijk worden beschermd door art. 3:24-26 BW (Parl. Gesch. Kadasterwet, p. 183; zie ook W. Snijders, 'Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren', *WPNR* 6547 (2003), p. 700-702). Doordat in de onderhavige zaak de rectificatie zonder succes is gebleken, kon de rechtbank de vraag naar bekrachtiging onbeantwoord laten (r.o. 4.8). Echter, voor Beekman zou het niet veel hebben uitgemaakt. Ook indien het tweede recht

van hypotheek zou zijn bekrachtigd, had hij niet voorbij mogen gaan aan het tussentijds gevestigde derde hypotheekrecht van Endendijk.

B.A. Schuijling

379

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
21 juni 2011, zaaknr. HD 200.059.934, LJN
BQ9257
(mr. Van Sandick, mr. Schaick, mr. Groen)

Surseance van betaling. Niet-ontvankelijkheid ex art. 299 Fw wordt niet geheeld door beëindiging schuldsanering tijdens procedure in eerste aanleg.

[Fw art. 299 lid 2]

Op grond van art. 299 lid 2 Fw kunnen rechtsvorderingen die voldoening van een vordering uit de boedel ten doel hebben, gedurende de toepassing van de schuldsaneringsregeling ook tegen de schuldenaar op geen andere wijze worden ingesteld dan door aanmelding ter verificatie. Appellante heeft dan ook – terecht – niet gegriefd tegen de constatering van de kantonrechter dat zij in haar vordering in eerste aanleg niet kon worden ontvangen voor zover die vordering betrekking had op vorderingen die vóór 27 maart 2007 (inwerkingtreding schuldsaneringsregeling) waren ontstaan. Appellante gaat ervan uit dat zij in dit hoger beroep alsnog in die vordering kan worden ontvangen omdat lopende de procedure in eerste aanleg de schuldsaneringsregeling is beëindigd. Omdat de schuldsanering bij gebrek aan baten niet is omgezet in een faillissement, is verificatie van de vorderingen tegen geïntimeerde niet langer aan de orde. De niet-ontvankelijkheid van de vordering van appellante wordt niet geheeld doordat de schuldsaneringsregeling lopende de procedure in eerste aanleg – met werking ex nunc – is geëindigd en appellante haar vordering tegen geïntimeerde niet langer ter verificatie moet of zelfs kan indienen. Hoewel de andersluidende opvatting van appellante op het eerste gezicht praktisch lijkt, pleit daartegen dat de schuldenaar die op een moment dat op hem de schuldsaneringsregeling van toepassing is, in strijd met art. 299 lid 2 Fw in een civielrechtelijke procedure wordt betrokken, de niet-ontvankelijkheid kan invoeren en geen reden heeft om in-

houdelijk verweer te voeren en daar kosten voor te maken. Als hij er rekening mee zou moeten houden dat lopende de civielrechtelijke procedure de schuldsaneringsregeling eindigt en de niet-ontvankelijkheid daardoor wordt geheeld, zou dat anders komen te liggen. Het zou de schuldenaar dwingen om zekerheidshalve toch – soms omvangrijke – kosten te maken teneinde inhoudelijk verweer te kunnen voeren, bij gebreke waarvan hij het risico zou lopen dat hij het recht om de excepties van art. 128 lid 3 Rv aan te voeren, een derde in vrijwaring op te roepen of een eis in reconventie in te stellen verspeelt, en zelfs dat een of meer instanties verloren gaan. Een dergelijk systeem is om proceseconomische redenen onwenselijk en lijkt ook te kunnen leiden tot chicanes.

*Linberg Park BV te Molenschot, gemeente Gilze en Rijen,
appellante,
advocaat: mr. G.J.M. Philipsen,
tegen
R. Bisschops te Molenschot, gemeente Gilze en Rijen,
geïntimeerde.*

(...; red.)

4. De beoordeling

4.1. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

i. In verband met de verhuur in de periode 2006 tot en met 2008 van een staanplaats op haar camping en het verbruik van gas, water en elektra, heeft Linberg bij inleidende dagvaarding betaling gevorderd van € 4.480,77, vermeerderd met wettelijke rente vanaf 19 juli 2008, en met buitengerechtigde kosten, een en ander tot maximaal € 5.000.

ii. De vordering is bij verstekvonnis van 28 januari 2009 toegewezen. Bisschops is veroordeeld in de proceskosten.

iii. Bij dagvaarding van 27 maart 2009 heeft Bisschops verzet gedaan en de vordering van Linberg betwist, stellende – kort gezegd – dat de vordering van Linberg ten onrechte niet is gespecificeerd en onvoldoende aannemelijk is, mede omdat hij een groot aantal facturen van Linberg à contant had voldaan.

iv. Bij conclusie van antwoord in oppositie heeft Linberg haar vordering gespecificeerd.

v. Bij conclusie van repliek in oppositie heeft Bisschops aangevoerd dat sinds 27 maart 2007 de schuldsaneringsregeling op hem van toepassing is

en dat de vordering van Linberg dient te worden afgewezen voor zover deze betrekking heeft op facturen die voor 27 maart 2007 opeisbaar zijn geworden. Betalingen die Bisschops in verband met de facturen van Linberg heeft voldaan, zouden eerst moeten worden toegerekend aan de facturen die ná 27 maart 2007 zijn uitgebracht, met als gevolg dat de vordering van Linberg geheel zou moeten worden afgewezen.

vi. De kantonrechter heeft bij het vonnis waarvan beroep het verstekvonnis van 28 januari 2009 vernietigd. Zij heeft overwogen (rov.2.7) – kort gezegd – dat de toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling sedert 27 maart 2007 had moeten leiden tot een niet-ontvankelijkverklaring van Linberg voor zover het haar vorderingen tot 27 maart 2007 betreft. Zij heeft Bisschops ontheven van de bij het verstekvonnis tegen hem uitgesproken veroordeling, de vordering van Linberg toegewezen voor zover het schulden van Bisschops betreft die na 27 maart 2007 zijn ontstaan – zijnde een bedrag van € 1.053,47 –, te vermeerderen met incassokosten à € 150 en wettelijke rente vanaf 14 januari 2009 en de vordering van Linberg voor het overige afgewezen. De proceskosten zijn gecompenseerd.

4.2. De grief van Linberg is gericht tegen het feit dat de kantonrechter haar vordering gedeeltelijk heeft afgewezen op de grond dat het desbetreffende deel van die vordering “onder de werking van de schuldsanering van Bisschops viel”. Ter toelichting stelt Linberg dat Bisschops in eerste aanleg bewust heeft nagelaten te melden dat de schuldsaneringsregeling ten aanzien van Bisschops op 20 mei 2009 tussentijds is beëindigd op de grond – kort gezegd – dat Bisschops niet had voldaan aan zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen.

4.3. Uit de stukken die Linberg bij haar memorie van grieven in het geding heeft gebracht, blijkt dat de rechtbank Breda op grond van art. 350 lid 3 sub c en d Fw bij vonnis van 20 mei 2009 heeft bepaald dat de schuldsaneringsregeling ten aanzien van Bisschops eindigt op het moment dat haar uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Er is geen schone lei verleend en bij gebrek aan voldoende baten is de schuldsanering niet omgezet in faillissement. Bij arrest van 22 oktober 2009 heeft dit hof Bisschops in zijn hoger beroep tegen het vonnis van 20 mei 2009 niet-ontvankelijk verklaard.