

# Bedrijfsjuridische berichten

## Inhoud

- Afl. 9** 2 mei 2013  
**Aansprakelijkheidsrecht/Ondernemingsrecht**
- 23 Aansprakelijkheidsrecht van Shell voor olie lekkage (s) in Nigeria  
*Mr. D.J.A. van den Berg en mr. I.E. Reimert / 73*
- Bank- en effectenrecht/Ondernemingsrecht**
- 24 Rechtsbescherming tegen de onteigening van SNS – een juridische streptease  
*Mr. M.J. van Pomeran / 78*
- Aansprakelijkheidsrecht**
- 25 Hof van Justitie opent deur voor forumshoppen bij negatieve verklaring voor recht in onrechtmatige daadzaken  
*Mr. J.S. Kooij / 83*
- Technologie, media en telecom**
- 26 Verwerking van persoonsgegevens door cessionaris van aanbieders van telecommunicatienetwerken of –diensten  
*Mr. S.E. Perridon / 87*
- Faillissementsrecht**
- 27 Hypotheekakte als executoriale titel? Rabobank/Visser revisited  
*Mr. J.A. Stal / 89*

Zie inhoud van deze uitgave ook op:  
[www.kluwernavigator.nl](http://www.kluwernavigator.nl)

 Kluwer N **IGATOR**

 **MVW**  
media voor vak & wetenschap

## Colofon

**Bedrijfsjuridische berichten (Bb)** verstrekt elke twee weken bondig en toegankelijk door deskundigen geselecteerde rechtsinformatie. Bb begeleidt opiniërend en voor de praktijk raadgevend de continue stroom aan juridisch nieuws op de terreinen die in het colofon zijn genoemd.

### Hoofdredacteur

*Prof. mr. T.H.D. Struycken (teun.struycken@nautadutilh.com)*

### Redactie

**Aansprakelijkheidsrecht:** *mr. S. Franken (stijn.franken@nautadutilh.com), NautaDutilh*

**Arbeidsrecht:** *mr. D.J. Rutgers*

*(Dirkjan.Rutgers@posch.com, Rutgers Posch Visée Endedijk N.V., Amsterdam)*  
**Bank- en effectenrecht:** *prof. mr. D. Busch (d.busch@jur.ru.nl), Instituut voor Financieel Recht (IFR), Radboud Universiteit Nijmegen*

**Goederen- en faillissementsrecht:** *prof. mr. T.H.D. Struycken*

*(teun.struycken@nautadutilh.com), NautaDutilh, Amsterdam, Universiteit Utrecht*

**Contractenrecht:** *Vacature*

**Intellectuele eigendom:** *mr. M.J. Odink (michiel.odink@bakermckenzie.com), Baker & McKenzie, Amsterdam*

**Mededingings- en orderingsrecht:** *mr. L.E.J. Korsten*

*(Leon.Korsten@dlapiper.com), DLA Piper, Amsterdam*

**Ondernemingsrecht:** *mr. H. Koster (h.koster@law.eur.nl),*

*Erasmus Universiteit Rotterdam*

**Technologie, media en telecom:** *mr. R. Westerdijk*

*(reinoud.westerdijk@kvdl.nl), Kennedy Van der Laan, Amsterdam*

**Verzekeringsrecht:** *mr. Chr.H. van Dijk (chris.van.dijk@kvdl.nl),*

*Kennedy Van der Laan, Amsterdam*

### Medewerkers

**Aansprakelijkheidsrecht:** *mr. M. Franke, (merel.franke@deterink.com), Deterink Advocaten*

**Arbeidsrecht:** *mr. E.M. Hoogeveen, (marita.Hoogeveen@dlapiper.com)*

*DLA Piper, Amsterdam*

**Faillissementsrecht:** *mr. Barbara F.H. Rumora-Scheltema,*

*(barbara.rumora-scheltema@nautadutilh.com), NautaDutilh, Amsterdam*

**Huurrecht:** *mr. R.A. Veldman (merijn.veldman@kvdl.nl), Kennedy Van der Laan, Amsterdam.*

**Ondernemingsrecht:** *mr. M. Mussche, (maarten.mussche@debrauw.com)*

*De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam*

**Technologie, media en telecom:** *mr. M.I. Robichon-Lindenkamp*

*(robichon@solv.nl), SOLVAdvocaten, Amsterdam*

### Redactiesecretaris

*Paul Hunink, Uitgeef- en redactie bureau Kader 57, Deventer  
tel. 0570-644464, e-mail: p.hunink@kader57.nl*

### Bedrijfsjuridische berichten is een uitgave van

*Kluwer Juridische Uitgevers, Postbus 23, 7400 GA Deventer.*

*Uitgever: Henk Verbeek, e-mail: hverbeek@kluwer.nl*

**Abonnementen:** per jaar voor 26 afleveringen € 410,00 incl. band, bijbehorend register, BTW en verzendkosten. Losse nummers € 22,50. Voor online abonnementen, zie <[www.kluwer.nl/shop](http://www.kluwer.nl/shop)>.

Zie ook: Algemene Voorwaarden.

**Abonnementenadministratie:** voor vragen kunt u contact opnemen via <[www.kluwer.nl/klantenservice](http://www.kluwer.nl/klantenservice)>.

**Gebruik persoonsgegevens:** zie: Algemene Voorwaarden. Standaardpublicatievoorwaarden: de Standaardpublicatievoorwaarden kunt u vinden via <[www.kluwer.nl/overkluwer](http://www.kluwer.nl/overkluwer)> onder 'Auteurs' in het document 'Standaardpublicatievoorwaarden'.

**Leveringsvoorwaarden (ALV):** de Algemene Voorwaarden kunt u vinden via <[www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl)> in de voetregel onder 'Algemene Voorwaarden'.

**Disclaimer:** de disclaimer kunt u vinden via <[www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl)> in de voetregel onder 'Disclaimer'.

### Citeerwijze

*Bb 2013/... (afkorting tijdschrift, jaartal/publicatienummer).*

ISSN 0922-0852

# Hypotheekakte als executoriale titel? Rabobank/Visser revisited

27

## 1. Inleiding

In de huidige financieel-economische crisis gebeurt het maar al te vaak: verstrekkers van hypothecaire financieringen worden na executoriale verkoop van de tot zekerheid verhypothekerde onroerende zaak met een restvordering op de debiteur/hypotheekgever geconfronteerd. Als hypotheekhouder heeft de financier geen executoriale titel nodig: hij heeft het recht van parate executie (art. 3:248 BW). Voor de restantvordering (na uitwinning van het hypotheekrecht) zal de financier verhaal op het overige vermogen van de schuldenaar zoeken. Daarvoor geldt het recht van parate executie niet meer en zal hij over een executoriale titel dienen te beschikken. De grosse van een notariële hypotheekakte is in beginsel zo'n executoriale titel (art. 430 Rv). De vraag is of deze na uitwinning van het hypotheekrecht nog als executoriale titel voor de restvordering kan en mag dienen. Het voordeel is evident: het scheelt een aparte procedure ter verkrijging (van een grosse) van een vonnis.

In het verleden is de vraag al eens aan de Hoge Raad voorgelegd (HR 26 juni 1992, *NJ* 1993/449, m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Visser*)). Het antwoord op de vraag luidde – uitgaande van de specifieke tekst van de hypotheekakte – ontkennend.

Sinds 1 juli 2012 bestaat de mogelijkheid aan de Hoge Raad rechtsvragen voor te leggen, die de Hoge Raad bij wijze van prejudiciële beslissing beantwoordt (art. 392 e.v. Rv). De allereerste prejudiciële vraag luidt, kort gezegd: geldt de grosse van een notariële hypotheekakte als executoriale titel voor de restvordering na uitwinning van het hypotheekrecht? De Hoge Raad heeft de vraag in zijn prejudiciële beslissing van 8 februari 2013 (wederom) ontkennend beantwoord, uitgaande van de specifieke tekst van de hypotheekakte (*LJN* BY4889, *NJ* 2013/123, m.nt. H.J. Snijders (*ING Bank/Donselaar*)).

## 2. Feiten

Wat was het geval? Rabobank heeft bij onderhandse akte een geldlening verstrekt. Tezelfdertijd hebben Rabobank en de geldnemer als hypotheeknemer respectievelijk hypotheekgever een notariële hypotheekakte laten verlijden. De voor de prejudiciële vraag relevante bepaling daaruit luidt:

“De comparanten onder A genoemd [hypotheekgever/debiteur van de geldlening, toevoeging JS] verklaren, ter uitvoering van voormelde overeenkomst aan de bank hypotheek te verlenen tot het hierna te noemen bedrag op het hierna te noemen onderpand, tot zekerheid voor

de betaling van al hetgeen de bank blijkens haar administratie van de comparanten onder A genoemd, zowel van hen samen als van ieder van hen afzonderlijk, 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 geldleningen, verleende en/of alsnog te verlenen kredieten in rekening-courant, tegenwoordige en/of toekomstige borgstellingen, dan wel uit welken anderen hoofde ook.

(...)

Bewijskracht bankadministratie

De administratie van de bank strekt tot volledig bewijs, behoudens tegenbewijs, van het door de debiteur aan de bank verschuldigde.”

Rabobank heeft de verhypothekerde onroerende zaak executoriaal verkocht. Na executie resteerde een vordering op de debiteur. Vervolgens heeft Rabobank een deurwaarder verzocht op basis van de grosse van de hypotheekakte ter incasso van de restantvordering verdere executiemaatregelen te nemen op overige aan de debiteur toebehorende goederen. De deurwaarder meende dat de grosse van de akte geen basis voor executie biedt. Hij heeft zijn bedenkingen in een zogenaamd deurwaardersrenvooi (art. 438 lid 4 Rv) aan de Voorzieningenrechter Utrecht voorgelegd. Deze heeft aan de Hoge Raad de volgende prejudiciële vraag gesteld (Rb. Utrecht (vzr.) 3 augustus 2012, *JOR* 2012/310, m.nt. Steneker):

“Levert de grosse van een tussen partijen opgemaakte notariële hypotheekakte tevens een executoriale titel op in de zin van artikel 430 Rv, voor de na uitwinning van het hypotheekrecht overgebleven restantvorderingen uit hoofde van de overeenkomsten van geldlening die ten tijde van het verlijden van de hypotheekakte reeds bestonden?”

## 3. Hoge Raad

De Hoge Raad stelt bij de beantwoording van de prejudiciële vraag voorop, dat de aan hem voorgelegde vraag voortvloeit uit verschil van inzicht over de uitleg van het arrest *Rabobank/Visser*. Hij onderscheidt enerzijds het standpunt van de deurwaarder, die meent dat de rechtsverhouding tussen partijen in de akte zelf moet zijn omschreven. De rechten en plichten zouden in de akte zodanig moeten zijn omschreven dat duidelijk is, voor welke vorderingen de executie plaatsvindt. Anderzijds onderkent de Raad het standpunt van Rabobank inhoudende dat de akte ziet op de ten tijde van het verlijden daarvan reeds bestaande vorderingen uit hoofde van geldlening die, vooral in combinatie met de daarin eveneens opgenomen 'boekenclausule' (bepaling over de bewijskracht van de bankadministratie), in de akte voldoende zijn omschreven. De Hoge Raad con-

<sup>1</sup> Mr. J.A. Stal is advocaat bij Cleber N.V. te Amsterdam.

stateert bovendien dat de inhoud van de hypotheekakte in het arrest *Rabobank/Visser* gelijk is aan die in deze prejudiciële vraag.

In het arrest *Rabobank/Visser* oordeelde de Hoge Raad, voor zover van belang:

“Aan de grosse van een authentieke akte komt slechts executoriale kracht toe met betrekking tot op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven vorderingen alsmede met betrekking tot toekomstige vorderingen, die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding.”

Omdat het oordeel in het arrest *Rabobank/Visser* een algemene strekking heeft voor zover het (standaard)akten betreft met een inhoud zoals hiervoor bij de feiten geciteerd, is er voor de Hoge Raad geen aanleiding in het kader van deze prejudiciële beslissing anders te oordelen dan in de zaak *Rabobank/Visser*. Dat betekent, dat de grosse van een hypotheekakte – buiten de bevoegdheid die het hypotheekrecht biedt om het verbonden goed uit te winnen – geen executoriale titel oplevert voor enige vordering waarop die akte doelt, derhalve ook niet voor vorderingen die ten tijde van het verlijden van de akte reeds bestonden maar daarin niet verdergaand zijn omschreven dan in de betreffende akte het geval was. De Hoge Raad onderbouwt dit standpunt met een verwijzing naar het verstrekkende en ingrijpende karakter van de executiebevoegdheid. De executiebevoegdheid op grond van de grosse van een notariële hypotheekakte is daarom alleen te aanvaarden indien de vordering waarvoor deze is verleend, met voldoende bepaaldheid in de titel is omschreven. De formulering in de (standaard)hypotheekakte zoals door Rabobank gebruikt, schiet daarvoor tekort. Het feit dat de debiteur een executiegeding aanhangig kan maken (art. 438 Rv) maakt een en ander niet anders.

De Hoge Raad beantwoordt de prejudiciële vraag als volgt:

“De grosse van de onderhavige tussen partijen opge maakte notariële hypotheekakte kan niet worden aangemerkt als een executoriale titel in de zin van art. 430 Rv voor de na uitwinning van het hypotheekrecht resterende vorderingen uit hoofde van de overeenkomsten van geldlening, ook niet voor zover die reeds bestonden ten tijde van het verlijden van de hypotheekakte.”

#### 4. Hypotheekakte als executoriale titel?

Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag maakt de Hoge Raad in ieder geval duidelijk welke grosse van een hypotheekakte in ieder geval *niet* kwalificeert als executoriale titel voor restantvorderingen na de uitwinning van het hypotheekrecht. Dat zijn de grossen van (standaard)hypotheekaktes, waarin slechts in algemene zin is bepaald voor welke vordering het hypotheekrecht wordt verstrekt. Wil de grosse van een hypotheekakte wel als executoriale titel

kwalificeren, dan dient volgens de Hoge Raad uit de akte te blijken van het bestaan van enige concrete vordering of enige concrete rechtsverhouding waaruit een vordering kan voortvloeien.

De vraag is derhalve wanneer voldoende van het bestaan van een concrete vordering of een concrete rechtsverhouding in de akte blijkt.

Naar aanleiding van het arrest *Rabobank/Visser* hebben verschillende banken hun (standaard)hypotheekakte aangepast. Die aanpassing betreft vooral de beschrijving van de vordering waarvoor het hypotheekrecht wordt verstrekt. Deze banken verwijzen uitdrukkelijk naar een bestaande, met datum aangeduide overeenkomst van geldlening. Zou dat een voldoende concrete blijk van bestaan zijn, waardoor de te executeren vordering met voldoende bepaaldheid wordt omschreven? Of dient om aan dit criterium te voldoen, de rechtsverhouding tussen partijen, inclusief de daaruit voortvloeiende rechten en plichten, in de akte zelf te zijn omschreven? Dit laatste standpunt wordt wel ingenomen door gerechtsdeurwaarders, ook in deze zaak. Deze laatste opvatting zou leiden tot het verstrekkende gevolg, dat de overeenkomst van geldlening zelf in de akte moet worden opgenomen.

Ik meen dat met de verwijzing in de hypotheekakte naar een bepaalde (onderhandse) geldleningsovereenkomst, kredietovereenkomst, borgstelling of welke andere rechtsverhouding dan ook, kan worden volstaan. Noch in het arrest *Rabobank/Visser*, noch in deze prejudiciële beslissing overweegt de Hoge Raad dat de vordering of de rechtsverhouding waaruit deze voortvloeit, in de akte dient te zijn 'opgenomen' (zie reeds HR 24 januari 1935, p. 498, m.nt. P. Scholten (*Geldersche Credietvereniging/Jonkers q.q.*)). Zij moeten worden 'omschreven', dan wel anderszins 'blijken'. Bovendien heeft de Hoge Raad in *Rabobank/Visser* overwogen dat indien in de akte een vordering of een rechtsverhouding (waaruit een vordering voortvloeit) is omschreven, *maar daarin niet de grootte van het verschuldigde bedrag is vermeld*, de grosse van de akte niettemin voor tenuitvoerlegging vatbaar is, wanneer deze de weg aangeeft langs welke op voor de schuldenaar bindende wijze de grootte van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld, behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs door de schuldenaar (zie wederom *Geldersche Credietvereniging/Jonkers q.q.*). Dat laatste verwijst naar de zogenaamde 'boekenclausule': voor de omvang van de vordering van de bank op de schuldenaar is bepalend de administratie van de bank, behoudens tegenbewijs. Deze clausule was zowel in de hypotheekakte inzake *Rabobank/Visser*, als in de onderhavige akte opgenomen. Het lijkt erop dat voldoende is, dat ten minste een aanknopingspunt wordt gegeven. Dat aanknopingspunt kan uiteraard goed een verwijzing naar een concrete overeenkomst van geldlening zijn. Zie ook Steneker in zijn noot onder Rb. Utrecht (vzr.) 3 augustus 2012, *JOR* 2012/310, nr. 9; terughoudender – maar mijns inziens niet gevolgd door de Hoge Raad – A-G Huydecoper in zijn conclusie voor de prejudiciële beslissing, nr. 13-18.

## 5. Prejudiciële vragen

Als gememoreerd, is deze uitspraak van de Hoge Raad de eerste prejudiciële beslissing van dit rechtscollege. Het betreft een nieuwe procesrechtelijke loot aan de stam van de Nederlandse (civiele) rechtspraak (art. 392 e.v. Rv). Een lagere rechter, waarbij het er niet toedoet of sprake is van een meervoudige kamer of een enkelvoudige kamer (waaronder begrepen de voorzieningenrechter), mag een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voorleggen. Het antwoord op de vraag dient rechtstreeks van belang te zijn voor de beslechting of beëindiging van meerdere soortgelijke geschillen. Nadat de zaak voor een prejudiciële beslissing is toegelaten tot de behandeling door de Hoge Raad, hebben betrokkenen (niet alleen de partijen in de onderliggende procedure, maar ook derden, zoals in dit geval de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders) het recht schriftelijke opmerkingen te maken. Vervolgens concludeert de procureur-generaal en geeft de Hoge Raad een beslissing in de vorm van een antwoord op de voorgelegde vraag. In de onderhavige zaak heeft de Hoge Raad zich ruimhartig getoond. Hij mag afzien van beantwoording, indien de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen (art. 393 lid 8 Rv). Aangezien de vraag al was beantwoord in het arrest *Rabobank/Visser* had de Hoge Raad ook van beantwoording af kunnen zien. Zie ook de noot van Ernste onder Rb. Utrecht (vzr.) 3 augustus 2012, *JBP* 2012/60.

Inmiddels zijn twee andere prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voorgelegd (Rb. Amsterdam (vzr.) 4 december 2012, *LJN* BY6220 en Rb. Oost-Brabant, 20 februari 2013, *LJN* BZ2201). Beide zijn van belang voor de zekerheden- en beslagpraktijk. De vragen hebben betrekking op het bewijsbeslag in andere dan IE-zaken (voor IE-zaken bestaat een wettelijke regeling in art. 1019b e.v. Rv) respectievelijk de reikwijdte van het 'opeisingsexploit' voor aan de bank verpande bodemzaken in een afkoelingsperiode (art. 241c Fw). Prejudiciële vragen en de stand van zaken daaromtrent zijn te raadplegen via [www.rechtspraak.nl/Organisatie/HogeRaad](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/HogeRaad), Over de Hoge Raad, Bijzondere taken HR en P-G.