



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Onvoldoende aanduiding van vordering in hypotheekakte: door rectificatie heelbare nietigheid?

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2012). Onvoldoende aanduiding van vordering in hypotheekakte: door rectificatie heelbare nietigheid? *Jbn: Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2012(5), 8-10. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3245419>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3245419>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Onvoldoende aanduiding van vordering in hypotheekakte; door rectificatie heelbare nietigheid?

Publicatie: Juridische Berichten voor het Notariaat
Aflevering: 2012/5
Vindplaats: 2012/28
Publicatiedatum: 01 mei 2012
Auteurs: P.C. van Es

Samenvatting

In deze bijdrage wordt - naar aanleiding van een rechtbankuitspraak over de verbetering van een hypotheekakte - ingegaan op de werking en het toepassingsbereik van het proces-verbaal van verbetering als bedoeld in artikel 45 lid 2 Wna.

Tekst

1. Inleiding

Rechtbank Zwolle-Lelystad heeft op 1 juni 2011, LJN BR2794, «JOR» 2011/378 m.nt. B.A. Schuijling, uitspraak gedaan over de geldigheid van een hypotheekakte ten aanzien waarvan de notaris een procesverbaal van verbetering had opgesteld als bedoeld in artikel 45 lid 2 Wna. Voor zover hier van belang, komen de feiten op het volgende neer. Op 5 maart 2004 werd voor notaris S. een hypotheekakte verleden waarin G.L.M. Ummels als hypotheekgever verklaarde (tweede) hypotheek te verlenen op zijn woonhuis ten behoeve van 'B.V. Rechtskundig Advies- en Incassobureau v/h Beekman' (hierna: 'Beekman'), als hypotheeknemer. De akte bevatte de volgende passage, waarin overduidelijk één of meer woorden ontbreken tussen de door mij in het citaat onderstreepte woorden 'van' en 'voor':

“De verschenen persoon onder A. [‘hypotheekgever’; toevoeging auteur] genoemd verklaarde, ter uitvoering van voormelde overeenkomst, 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 geldleningen, verleende en/of alsnog te verlenen kredieten in rekeningcourant, tegenwoordige en/of toekomstige borgstellingen, dan wel uit welke anderen hoofde ook, voortvloeiende uit kredietverlening.”

Op 6 oktober 2009 riep de derde hypotheekhouder Endendijk (die voornemens was tot executie over te gaan) de nietigheid in van de hypotheekakte van 5 maart 2004. Hij voerde hierbij aan dat door het ontbreken van de aanduiding van de debiteur, uit de akte niet kon worden opgemaakt tot zekerheid van welke schuld de hypotheek was gevestigd, zoals voorgeschreven in artikel 3:260 lid 1 BW.

Notaris S. heeft vervolgens - ook op 6 oktober 2009 - op voet van artikel 45 lid 2 Wna een proces-verbaal van verbetering opgemaakt. Hierin vermeldt hij dat zijn op 5 maart 2004 opgemaakte akte een kennelijke misslag bevat; waar in de hiervoor geciteerde tekst staat: 'enzovoorts van voor enzovoorts', behoort te staan: 'enzovoorts van *hem*, voor enzovoorts'. De vraag die partijen verdeeld houdt, is of de hypotheekakte - na de verbetering op 6 oktober 2009 - rechtsgeldig is.

2. De reikwijdte van de rectificatiemogelijkheid van artikel 45 lid 2 Wna

Het proces-verbaal van verbetering is een noviteit van de Wet op het notarisambt zoals deze op 1 oktober 1999 in werking is getreden; de oude wet kende deze figuur niet. Volgens de wettekst zijn de herstelmogelijkheden beperkt tot

kennelijke schrijffouten en kennelijke misslagen. De parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 40*) zegt hierover het volgende:

“Met het woord ‘kennelijk’ wordt aangegeven dat het objectief duidelijk moet zijn dat het om een schrijffout of een misslag gaat. Door de verbetering mag de akte dus geen andere inhoud krijgen.”

Al in een zaak die nog speelde onder de werking van de oude notariswet, heeft de Hoge Raad een belangrijke uitspraak gedaan over het nieuwe artikel 45 lid 2 Wna. Het ging in dit arrest (5 oktober 2001, *NJ 2002, 410*) om een testament waarvan de eerste zin luidde: ‘Heden zesentwintig april verscheen voor mij...’. Een jaartal ontbrak en men zou dus uit artikel 985 BW (oud) jo. artikel 26 Wet op het Notarisambt (oud) kunnen afleiden dat het testament authenticiteit miste en dat de daarin opgenomen rechtshandeling nietig was. De Hoge Raad wilde deze vergaande consequentie echter niet verbinden aan het ontbreken van de datum. Hij overwoog - onder verwijzing naar het toen nog niet ingevoerde artikel 4.3.5.14 (artikel 4:109 BW) - dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat het ontbreken van de vermelding van plaats, jaar, maand of dag in de akte waarbij een uiterste wil is verleden, leidt tot vernietigbaarheid van de uiterste wil (r.o. 3.8). Vervolgens leest men in r.o. 3.9:

“Daarbij zal evenwel hebben te gelden dat geen beroep op deze vernietigingsgrond kan worden gedaan, indien op andere wijze dan uit het testament zelf met de in een geval als dit vereiste hoge mate van zekerheid komt vast te staan in welk jaar het testament is verleden.”

Dit oordeel van de Hoge Raad wordt voorafgegaan door een algemene overweging die van betekenis is voor de vraag naar de reikwijdte van artikel 45 lid 2 Wna:

“In de eerste plaats is van belang dat het geheel achterwege laten van de vermelding van het jaar waarin de akte is verleden, moet worden aangemerkt als een kennelijke misslag, van de notaris, die deze misslag, zou de huidige wet op het Notarisambt van toepassing zijn geweest, op eenvoudige wijze op de voet van art. 45 lid 2 zou hebben kunnen verbeteren.”

Door een proces-verbaal van verbetering kan derhalve aan een akte die authenticiteit mist (artikel 40 lid 4 Wna) alsnog authenticiteit worden verleend. Als gevolg daarvan kan de in die akte vervatte nietige of

- bij een uiterste wilsbeschikking - vernietigbare rechtshandeling alsnog geldig worden. In principe is het derhalve niet uitgesloten dat de nietige hypotheekverlening door het proces-verbaal van verbetering geldig is geworden, maar voor een succesvolle rectificatie geldt als voorwaarde dat de akte door het proces-verbaal van verbetering geen andere inhoud heeft gekregen. Zoals hierna in de volgende paragraaf zal worden besproken, kon deze hobbel in het onderhavige geval volgens de rechtbank niet genomen worden. De uitspraak past hiermee in een rijtje andere uitspraken waarin grenzen worden gesteld aan de mogelijkheden om vergissingen van een notaris te herstellen met een proces-verbaal van verbetering. Te noemen vallen Hof Amsterdam 27 april 2010, LJN BN4100 (over het herstel van een royementsakte die per abuis op meer dan één hypotheekrecht betrekking had) en Hof Amsterdam 3 mei 2011, LJN BQ4751 (over het in een uiterste wilsbeschikking bij vergissing uitsluiten van de wilsrechten van artikel 4:19 en 4:20 BW, in plaats van die van artikel 4:21 en 4:22 BW).

3. Wijziging van de inhoud van de akte

Beekman stelt zich in de procedure op het standpunt dat het woordje ‘hem’ in de akte is weggefallen en dat de akte door toevoeging hiervan de inhoud krijgt ‘die deze akte zonder die toevoeging op het eerste gezicht lijkt te moeten hebben’. Van een inhoudelijke wijziging van de akte zou daarom geen sprake zijn. Endendijk voert echter aan dat een hypotheek ook gevestigd kan worden voor de schuld van een ander dan de hypotheekgever. Het achteraf invullen van de naam van de debiteur bepaalt aldus de inhoud van de akte. De rechtbank sluit zich aan bij de redenering van Endendijk. Ten aanzien van de toevoeging overweegt zij in r.o. 4.5:

“Door die toevoeging wordt de geldschuld waarvoor de hypotheek werd gevestigd op andere wijze aangeduid dan oorspronkelijk het geval was.”

De rechtbank liet in haar oordeelsvorming meewegen dat het in het onderhavige geval niet geheel denkbeeldig was dat er een hypotheek was verleend tot zekerheid voor voldoening van een andere schuld dan die van de hypotheekgever. In dit verband is het volgende van belang. Nadat Endendijk (als derde hypotheekhouder) Beekman (als tweede hypotheekhouder) had aangezegd dat hij tot executie wilde overgaan, heeft Beekman een overnemingsexploot doen uitbrengen. In dit exploot van 11 september 2009 staat dat Beekman de executie van Endendijk wil overnemen om te komen tot verhaal van haar vordering op Van Gils (zijnde de echtgenote van G.L.M. Ummels). Op 30 december 2009 wordt vervolgens een herstelexploot uitgebracht waarin te lezen valt dat de executie zal geschieden om te komen tot verhaal van de vorderingen op G.L.M. Ummels in plaats van op Van Gils. Door Van Gils in het oorspronkelijke overnemingsexploot als debiteur aan te duiden, heeft Beekman Endendijk het verweer dat mogelijke sprake was van een derdenhypotheek, op een presenteerblaadje aangeboden.

Beekman heeft nog op grond van andere stukken getracht de rechtbank ervan te overtuigen dat op

5 maart 2004 de bedoeling voorlag om een hypotheek te vestigen tot zekerheid voor de betaling van een schuld van G.L.M. Ummels aan Beekman, en niet tot zekerheid voor betaling van een schuld van Van Gils. De rechtbank oordeelt aan het slot van r.o. 4.5 echter als volgt:

“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.”

Deze overweging doet de vraag rijzen of de rechtbank anders zou hebben geoordeeld als er geen enkele aanleiding zou hebben bestaan te veronderstellen dat de hypotheek was gevestigd tot zekerheid voor de voldoening van een schuld van een derde, en Beekman op grond van onderliggende stukken kon aantonen dat de partijbedoeling erop was gericht een hypotheek te vestigen tot zekerheid voor de voldoening van een schuld van de hypotheekgever. Men zou dit uit de overweging kunnen afleiden, maar deze benadering lijkt mij onjuist. Naar mijn mening kan een procesverbaal van verbetering niet gebruikt worden om een bepaalde partijbedoeling die niet of op onjuiste wijze in een notariële akte terecht is gekomen, alsnog in de akte op te nemen. Rectificatie op grond van artikel 45 lid 2 Wna vereist immers dat objectief duidelijk is wat er in de akte had moeten staan. Daaraan wordt bij een nadere invulling van de akte met een slechts buiten de akte om kenbare partijbedoeling niet voldaan. Rechtsgeldige rectificatie door middel van een procesverbaal van verbetering zou in het onderhavige geval mijns inziens alleen mogelijk zijn geweest als uit de overige gegevens in de akte zonneklaar bleek dat de hypotheek tot zekerheid strekte voor de schuld van G.L.M. Ummels. In dat geval zou de akte echter al van begin af aan hebben voldaan aan het vereiste van artikel 3:260 lid 1 BW en zou de verbetering geen materiële gevolgen hebben.

4. Het procesverbaal van verbetering, de partijakte van rectificatie en bekrachtiging ex artikel 3:58 BW

Schuijling wijst er in zijn noot onder de uitspraak («JOR» 2011/378) terecht op dat partijen de lacune van het ontbreken van de aanduiding van de debiteur wel hadden kunnen invullen door een partij-akte van rectificatie. Een dergelijke rectificatie zou hebben kunnen leiden tot bekrachtiging van de oorspronkelijk nietige hypotheekverlening op grond van artikel 3:58 BW. Hierbij moet echter wel bedacht worden dat bekrachtiging zou zijn uitgebleven wanneer de partij-akte van rectificatie pas zou zijn verleden na het invoeren van de nietigheid van de akte van hypotheekverlening door Endendijk. Artikel 3:58 lid 1 BW stelt aan bekrachtiging immers het vereiste dat alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op een gebrek in een rechtshandeling hadden kunnen beroepen, in de tussen de handeling en de heling van het gebrek liggende tijdsruimte de handeling als geldig hebben aangemerkt. Daar komt bij dat Endendijk, bij het eventueel wel intreden van bekrachtiging, bescherming zou hebben kunnen ontnemen aan artikel 3:58 lid 3 BW: tussentijds door derden verkregen rechten worden geëerbiedigd.

Leidt een akte van verbetering ook tot bekrachtiging in de zin van artikel 3:58 BW, met alle daarbij geldende beperkingen van dien? Waaijer (Melis/Waaijer, *De Notariswet 2003*, p. 147-148) beantwoordt deze vraag in ontkennende zin. Hij ziet het verlijden van een akte van verbetering als een rechtsfiguur van eigen aard (zie in enigszins andere zin: L.C.A. Verstappen, *Preadvies KNB 2003*, p. 114-115). Dit betekent bijvoorbeeld dat het bij het

ontbreken van een jaartal in een uiterste wilsbeschikking, voor de werking van een procesverbaal van verbetering geen verschil maakt of een eventuele belanghebbende (zoals een versterferfgenaam) al dan niet voor het tijdstip van het opmaken van het proces-verbaal een beroep op de vernietigbaarheid heeft gedaan. Tegenover deze krachtige werking van een proces-verbaal van verbetering staat het feit dat het toepassingsbereik van de regeling van artikel 45 lid 2 Wna beperkt is, zoals ook uit de in deze bijdrage besproken uitspraak is gebleken.

Rechtbank Zwolle-Lelystad, 1 juni 2011, LJN BR2794, «JOR» 2011, 378 m.nt. B.A. Schuijling

P.C. van Es
