

MONOGRAFIEËN BW

# B12b Hypotheek

Prof. mr. W.G. Huijgen

*Zevende druk*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

## VOORWOORD

Dit deeltje in de reeks Monografieën Nieuw BW is een logisch vervolg op Mon. Nieuw BW B-11 (Molenaar). Zoveel mogelijk zal voor de algemene bepalingen voor zekerheidsrechten naar deze monografie verwezen worden. Voor een goed samenhangend geheel en ter wille van de leesbaarheid zal een enkele herhaling van het eerder geschrevene niet te vermijden zijn.

Hypotheek wordt in het spraakgebruik veelal vereenzelvigd met de geldlening, waaraan deze verbonden is. Die samenhang en ook afhankelijkheid maken het onvermijdelijk het hypotheekrecht niet als een abstracte figuur te behandelen los van de verbintenissen die er door mochten worden versterkt.

Hypotheek heeft een extra accent gekregen, doordat dit recht voor velen een beladen begrip is geworden.

Hypotheek opent deuren van woningen, die anders niet bereikbaar zouden zijn geweest. In tijden van voorspoed leek hier vrijwel geen belemmering te bestaan. Doch het zilveren dak, zoals de hypotheek wel werd genoemd, verloor afgelopen jaren zijn glans en werd voor menigeen een loden last, niet alleen voor de aanvankelijk gelukkige eigenaren, maar ook voor hypotheekbanken en andere financiers, die daarvoor stroppenpotten moesten aanspreken in een omvang, welke nimmer voorstelbaar was geweest.

Het hierna volgende zal trachten de rechten en plichten, voetangels en klemmen, zowel voor schuldenaren als voor hypotheekhouders te belichten alsof het nieuwe recht reeds gelding had en het huidige BW oud is.

De omvang van dit boekje liet niet toe alle onderwerpen, welke het hypotheekrecht raken, breedvoerig en diepgaand te belichten. Daarvoor kan de lezer bij de andere delen van deze reeks terecht.

Arnhem, november 1985

W. Heuff

### ***Bij de zesde druk***

Inmiddels is wetsvoorstel 33484 inzake het transparanter en voor breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken op 1 januari 2015 in werking getreden. Dit heeft geleid tot een aanzienlijke wijziging van het recht van hypotheek, met name wat betreft de hypothecaire executie. Een nieuwe druk van deze monografie was dan ook gewenst in die zin dat het oude recht met betrekking tot de hypothecaire executie uit dit boek kon worden geschrapt en het vernieuwde recht op grond van voornoemd wetsvoorstel als het geldende recht kon worden gepresenteerd.

Daarnaast is inmiddels anderhalf jaar ervaring opgedaan met het nieuwe recht inzake de hypothecaire executie. Dit heeft geresulteerd in een aantal rechterlijke uitspraken, bijvoorbeeld op het gebied van de vraag wanneer een hypotheekhouder bij de veiling van woningen het huurbeding nu wel of niet behoeft in te roepen. Meer algemeen gezegd was een nieuwe druk wenselijk om ook jurisprudentie en literatuur van de afgelopen jaren te verwerken in deze nieuwe druk zodat die weer geheel up to date is.

De gebruiker van deze monografie mag er van uitgaan dat alle belangrijke ontwikkelingen rond hypotheek tot 1 juli 2016 in deze nieuwe druk zijn verwerkt.

Tot slot dank ik mevrouw H. Dekker, student-assistent bij de afdeling Notarieel recht, voor haar werkzaamheden bij het voorbereiden van deze nieuwe druk van de monografie over hypotheek.

Leiden, juni 2016

W.G. Huijgen

### ***Bij de zevende druk***

Sinds het verschijnen van de zesde druk van deze Monografie BW inzake hypotheek in 2016 was een nieuwe druk wenselijk. Daarvoor bestonden verschillende redenen. Allereerst had de wettelijke regeling van het hypotheekrecht in de 'sliptestream' van de vernieuwing van de wettelijke regeling van de hypothecaire executie nog een zekere verdere wijziging ondergaan per 1 januari 2019 (*Stb.* 2018, 228), toen art. 3:267a BW werd gewijzigd en een nieuw art. 550 Rv in de wet werd opgenomen. Verder werpt de invoering van de nieuwe Omgevingswet per 1 januari 2024 ook voor enkele aspecten van het hypotheekrecht en de hypothecaire executie haar schaduw vooruit. Voor zover in dit verband relevant worden die wettelijke bepalingen uit de Omgevingswet hier kort gesignaleerd.

Meer in het algemeen gesproken was deze monografie er na zeven jaren aan toe dat alle relevante jurisprudentie en literatuur op het gebied van het hypotheekrecht van de laatste jaren een plaats kregen in een nieuwe druk van dit werk, zodat het boek weer volledig actueel is. De gebruiker van deze monografie mag ervan uitgaan dat alle belangrijke ontwikkelingen rond dit zekerheidsrecht tot 1 juli 2023 in deze zevende druk zijn verwerkt.

Graag sluit ik af met mevrouw R. Mulder, student-assistent bij de afdeling Notarieel recht, te bedanken voor haar werkzaamheden bij het voorbereiden van deze nieuwe druk van dit boek inzake het hypotheekrecht.

Leiden, juni 2023

W.G. Huijgen

# INHOUDSOPGAVE

**Voorwoord** / V

**Lijst van afkortingen** / IX

**Lijst van verkort aangehaalde literatuur** / XI

## HOOFDSTUK I

**Geschiedenis, karakter en maatschappelijke betekenis van het hypotheekrecht** / 1

- 1 Geschiedenis / 1
- 1A Nieuwe wet inzake hypothecaire executie / 2
- 2 Karakter van het hypotheekrecht / 4
- 3 Maatschappelijke betekenis / 6
- 4 Vergelijking met buitenlands recht en Europese ontwikkelingen / 11
- 4.1 Europese ontwikkelingen / 12

## HOOFDSTUK II

**Vereisten voor vestiging van hypotheek** / 17

- 5 Algemeen / 17
- 6 Goederen vatbaar voor hypotheek / 18
- 6.1 Hypotheek op aandeel in een registergoed / 21
- 7 Vorderingen waarvoor hypotheek wordt gevestigd / 22
- 8 Verlening bij notariële akte / 24
- 9 Inhoud van de hypotheekakte / 26
- 9.1 Verplichte gegevens / 27
- 9.2 Overige bedingen / 29
- 10 Bevoegdheid van de hypotheekgever / 30
- 10.1 Beperkingen inzake beschikkingsbevoegdheid / 31
- 10.2 Beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van gemeenschappelijk goed / 34
- 11 Inschrijving van de hypotheekakte / 34
- 12 Rang van de hypotheek / 35
- 12.1 Enige bijzondere regels / 35
- 12.2 Art. 505 Rv / 36
- 12.3 Hypotheek, voorrecht, beperkt recht en retentierecht e.d. / 38
- 12A Rechtsvergelijkende opmerkingen / 40

HOOFDSTUK III

**Rechten en verplichtingen van hypotheekgever en hypotheekhouder / 41**

- 13 De hypotheekbedingen / 41
- 14 Het hulpzakenbeding / 42
- 15 Het huurbeding / 43
- 15.1 Inhoud van het beding / 44
- 15.2 Inroeping van het huurbeding / 45
- 15.3 Het recht op huur- en pachtpenningen / 47
- 15.4 Nadere voorwaarden ten aanzien van huur of pacht / 47
- 15.5 Werking van het huurbeding / 50
- 15.6 Pachtbeding / 51
- 16 Het beding inzake niet-verandering / 51
- 17 Het beding van niet-wegneming / 52
- 18 Het beheersbeding / 53
- 19 Het ontruimingsbeding / 53
- 20 Overige verplichtingen van de hypotheekgever / 54
- 21 Bepalingen uit hoofde van de geldlening / 56
- 22 Overgang van hypotheek / 57
- 22A Rechtsvergelijkende opmerkingen / 60

HOOFDSTUK IV

**Executie en einde van hypotheek / 63**

- 23 Aanleiding tot parate executie / 63
- 24 Formaliteiten ter inleiding en voorbereiding van de executie / 66
- 25 Executie / 69
- 26 Verdeling van de opbrengst van de executie / 73
- 27 Gevolgen van de executie voor de koper / 77
- 28 Gevolgen van de executie voor derden / 80
- 29 Tenietgaan van hypotheek / 82
- 30 Vermenging en afstand van verhypothekerde beperkte rechten / 85
- 31 Doorhaling van de inschrijving / 86
- 32 Rechtsvergelijkende opmerkingen / 88

**Trefwoordenregister / 91**

**Artikelenregister / 103**

**Jurisprudentieregister / 109**

**Monografieën BW / 113**

## HOOFDSTUK I

# Geschiedenis, karakter en maatschappelijke betekenis van het hypotheekrecht

### 1 Geschiedenis

Het recht van hypotheek heeft een zeer lange geschiedenis met wortels die teruggaan tot in de oudheid. Reeds het woord 'hypotheek', dat van Griekse oorsprong is en 'onderplaatsing' of 'onderzetting' betekent, geeft dat aan. Het Romeinse recht kende al de zogenoemde hypotheca, die een vorm van verpanding was. Bij deze vorm van verpanding ging niet de eigendom of het bezit op de schuldeiser over, maar bleef de zaak onder de schuldenaar, terwijl die zaak bezwaard was met een zakelijk recht.

Zie over de geschiedenis van het recht van hypotheek: *Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI 2020/19-21* en nr. 243. Zie voorts Van Nierop 1937, p. 1 e.v.

Het begrip 'onderzetting' komen wij ook in het oud-Hollandse recht tegen. Men onderscheidde toen de algemene onderzetting en de bijzondere onderzetting. De bijzondere onderzetting werd op zijn beurt onderscheiden in die ten aanzien van roerende zaken respectievelijk ten aanzien van onroerende zaken. De laatste vorm werd ook wel hypotheek genoemd.

Door middel van een hypotheekrecht werd een hoge preferentie bedongen ten aanzien van de opbrengst bij executoriale verkoop van het verbonden goed. Deze preferentie moest slechts wijken indien de veertigste penning (een fiscale heffing) niet was betaald. In geval van meerdere onderzettingen gold de regel dat het oudste recht voor ging.

Verder kende men ook toen reeds het verbod van toe-eigening van het hypothecair verbonden goed, de eigenmachtige verkoop door de hypotheekhouder, zij het na verkregen toestemming van de rechter, en het beginsel van zaaksgevolg in die zin dat de hypotheek behouden bleef, ook al kwam het goed in handen van een ander. Zie hierover: *Inleydinge tot de Hollandsche rechts-geleertheit* van Hugo de Groot, uitgegeven door Simon van Groenewegen van der Maade, 1727, p. 246 e.v.

Ook in het oude Burgerlijk Wetboek van 1838 kwam het begrip 'onderzetting' nog voor. Dit begrip trof men aan als kopje van de twintigste titel van Boek III BW (oud) en in art. 1208 BW (oud). Met de invoering van het toenmalige Burgerlijk Wetboek in 1838 werd het hypotheekrecht sterk gemoderniseerd. Alle wettelijke hypotheeken kwamen toen te vervallen, zodat uitsluitend uitdrukkelijk bedongen hypotheeken konden bestaan.

In Frankrijk en België kent men nog steeds wettelijke hypotheeken d.w.z. hypotheekrechten die niet voortvloeien uit een rechtshandeling tussen hypotheekhouder en hypotheekgever, maar gelden uit hoofde van de wet, bijvoorbeeld indien men bepaalde belastingschulden heeft.

Tevens gold vanaf toen het specialiteitsvereiste, hetgeen wil zeggen dat de akte waarbij hypotheek wordt gevestigd steeds een bijzondere opgave en omschrijving moet bevatten van het te bezwaren registergoed. Zie in dit verband art. 1219 BW (oud).

In de loop van de negentiende eeuw heeft men nog geprobeerd het hypotheekrecht verder te moderniseren en te verbeteren. Zo werd in 1860 een wetsontwerp ingediend ten aanzien van: 'De wijze van overdracht van onroerende zaken en daarmee in verband staande verbeteringen van het hypothecaire stelsel', welk wetsontwerp echter nadien is ingetrokken. Ook later zijn nog pogingen gewaagd tot verbetering van het hypothecaire stelsel, doch dit heeft niet tot resultaat geleid.

Eerst bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht in 1992 is een aantal verbeteringen in het hypotheekrecht doorgevoerd waarover al eerder was geadviseerd. In dit verband moge met name genoemd worden het werk van de toenmalige staatscommissie inzake de herziening van de Nederlandse burgerlijke wetgeving van 1929 dat ook voorstellen tot verbetering van het hypotheekrecht bevatte.

### **1A      Nieuwe wet inzake hypothecaire executie**

De regering heeft in november 2012 een wetsvoorstel (*Kamerstukken* 33484) ingediend dat zowel strekt tot wijziging van een aantal bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering als van enkele bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek betreffende het recht van hypotheek. Dit wetsvoorstel heeft kracht van wet gekregen op 1 januari 2015 (*Stb.* 2014, 352). Nadien is de nieuwe regelgeving inzake hypothecaire executie nog eens in beperkte mate aangepast per 1 januari 2019 (*Stb.* 2018, 228), met name wat betreft art. 3:267a BW en art. 550 Rv. De ratio van al deze nieuwe regelgeving is om de executorialie verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder transparanter en voor een breder publiek toegankelijk te maken. De vernieuwde wettelijke regeling wordt hierna in hoofdstuk III wat betreft de gewijzigde hypotheekbedingen en in hoofdstuk IV wat betreft de wijzigingen met betrekking tot de executorialie verkoop door de hypotheekhouder diepgaander besproken. In dit nummer worden in vogelvlucht de voornaamste wijzigingen ten gevolge van de nieuwe regeling geschetst.

Wat betreft de wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek moet met name worden gewezen op aanpassingen van art. 3:264 BW inzake het huurbeding, art. 3:267 BW inzake het beheers- en ontruimingsbeding en het toevoegen van een nieuw art. 3:267a BW dat een bezichtigingsplicht voor de eigenaar en gebruikers van een executorial te verkopen woning kent. De regeling van het huurbeding in art. 3:264 BW is zodanig geworden dat een hypotheekhouder in beginsel vóór de veiling voortaan het huurbeding moet invoeren indien er sprake is van de executorialie verkoop van een woning, tenzij er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat:

- de verkoopopbrengst in verhuurde staat hoger is dan in onverhuurde staat; of
- de opbrengst voldoende is om alle hypotheekhouders die zich op een huurbeding kunnen beroepen te voldoen; of

- niemand aanspraak kan maken op een huurovereenkomst ten aanzien van de hypothecair verbonden woning.

Aandacht verdient nog dat het huurbeding niet hoeft te worden ingeroepen in geval van een onderhandse verkoop. Verder is de ontruimingstermijn als bedoeld in art. 3:264 lid 6 BW die de rechter aan een huurder kan bieden beperkt van voorheen ten hoogste één jaar tot zes maanden.

Art. 3:267 BW is geheel opnieuw vormgegeven. De kern van het vernieuwde art. 3:267 BW houdt in dat de hypotheekhouder zowel voor het in beheer nemen als het onder zich nemen van de onroerende zaak voortaan dient te beschikken over een machtiging van de voorzieningenrechter. Verder kunnen zowel het beheers- als het ontruimingsbeding tegen eenieder die zich in het huis bevindt worden ingeroepen, tenzij het een huurder betreft, omdat daarvoor de speciale regeling van het huurbeding geldt.

Voorts is een nieuw art. 3:267a BW ingevoegd waarin ten aanzien van tot woning bestemde onroerende zaken wordt vastgelegd dat de hypotheekgever alsmede eenieder die zich in die woning bevindt, verplicht is te dulden dat de kennisgevingen tot openbare verkoop aan die woning worden aangebracht en bovendien die woning door belangstellenden moet kunnen worden bezichtigd. Aangezien op grond van jurisprudentie na 1 januari 2015 onzeker was geworden of bezichting van een bij executoriale verkoop te vervreemden pand door de hypotheekhouder tegen de zin van de eigenaar/bewoner mogelijk was, is art. 267a lid 3 alsook art. 550 Rv nadien per 1 januari 2019 nog eens aangepast.

Wat betreft art. 3:268 BW verdient nog opmerking dat de onderhandse verkoop als bedoeld in het tweede lid voortaan ook mogelijk is voor degene die een executoriaal beslag heeft gelegd op de desbetreffende onroerende zaak. Tegelijk met het verzoek tot onderhandse verkoop kan de ontruiming van de woning worden verzocht.

Ten slotte is geregeld dat de notaris voortaan processueel bevoegd is ten aanzien van:

- een verzoek tot onderhandse verkoop als bedoeld in art. 3:268 lid 2 BW;
- een verzoek tot inroeping van zowel het beheers- als het ontruimingsbeding als bedoeld in art. 3:267 BW;
- de goedkeuringsverklaring voor uitbetaling op grond van art. 3:270 lid 3 BW;
- de verklaring van tenietgaan van hypotheken etc. als bedoeld in art. 3:273 lid 2 BW.

Wat betreft de vernieuwing van enkele bepalingen betreffende de hypothecaire executie in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering valt nog op het volgende te wijzen.

Allereerst mag de aankondiging van executieveiling voortaan geschieden op een website. Daarbij zullen ook de veilingvoorwaarden moeten worden bekendgemaakt via die website, zoals blijkt uit art. 516 en 517 Rv.

De openbare executoriale verkoop kan zowel via internet als gelijktijdig door middel van internet en een veiling in de veilingzaal plaatsvinden via een algemeen toegankelijke website. Daarbij wordt vereist dat die website is ingericht met passende technische maatregelen om de betrouwbaarheid en veiligheid van de veiling te waarborgen; zie art. 519 Rv. Voorts is nog van belang dat in het nieuwe art. 524a Rv wordt geëist dat, wanneer sprake is van een tot bewoning bestemde onroerende zaak, aan de veilingkoper slechts bepaalde kosten en heffingen in rekening mogen worden gebracht die in dat artikel worden opgesomd. Het gaat dan met name om de verschuldigde overdrachtsbelasting of omzetbelasting, het honorarium van de notaris, het kadastrale recht en de kadastrale recherche en ten slotte



de kosten van ontruiming. Vóór de veiling zal aan de koper een indicatie van die kosten moeten worden verschaft. Verder is art. 525 Rv zodanig gewijzigd dat ook onbekende personen die zonder enig recht van de geveilde woning gebruikmaken, tot ontruiming kunnen worden gedwongen. Ten slotte is met betrekking tot te veilen woningen bepaald dat het risico eerst voor de koper is vanaf het tijdstip van inschrijving van de akte van gunning in de openbare registers. Zie art. 525 lid 4 Rv.

## 2 Karakter van het hypotheekrecht

Art. 3:227 lid 1 BW geeft een omschrijving van de rechten van pand en hypotheek. Het hypotheekrecht is een beperkt recht, strekkende om op de daaraan onderworpen registergoederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. Het recht kan derhalve op alle registergoederen worden gevestigd. Hieronder vallen derhalve ook te boek gestelde zeeschepen en binnenvaartschepen (zie daarover art. 8:202 BW e.v. en art. 8:792 BW e.v.), alsmede luchtvaartuigen (zie daarover art. 8:1310 BW e.v.).

Uit de bovenstaande omschrijving vloeit reeds een aantal kenmerken van het hypotheekrecht voort. Zo volgt uit het feit dat het hypotheekrecht een beperkt recht is, dat het is afgeleid uit een meer omvattend recht dat met dit beperkte recht is bezwaard. Het meer omvattende recht zal veelal een eigendomsrecht zijn, maar kan op zijn beurt ook een ander beperkt recht zijn, zoals erfpacht. In het laatste geval is slechts het erfpachtrecht bezwaard met het hypotheekrecht en derhalve niet de bloot-eigendom. Zie over het begrip 'beperkt recht': Mollema 2013. Zij meent – kort gezegd – dat een beperkt recht weliswaar is afgeleid uit een meer omvattend recht, maar een eigensoortige inhoud kan hebben.

Op grond van het vorenstaande wordt ook duidelijk dat het recht van hypotheek geen zakelijk recht is, omdat het niet slechts op zaken in de zin van art. 3:2 BW kan worden gevestigd, doch op alle registergoederen. Onder de registergoederen valt ook een aantal vermogensrechten, zoals het voormelde recht van erfpacht. Ook andere vermogensrechten kunnen worden bezwaard met hypotheek, zoals een recht van vruchtgebruik of een appartementsrecht. In dit licht bezien is het begrijpelijk dat het hypotheekrecht in Boek 3 wordt geregeld.

Met name bij vestiging van een hypotheekrecht op een recht van erfpacht of opstal zal de financier aandacht moeten besteden aan de van kracht zijnde erfpacht- respectievelijk opstalvoorwaarden. In dit verband rijst ook de vraag of de notaris die betrokken is bij de vestiging van het hypotheekrecht de financier over dergelijke voorwaarden dient te informeren, speciaal in het geval dat de bloot-eigenaar een niet-overheidslichaam is (zgn. particuliere erfpacht). Zie daarover F.A.N. van Rooijen & R.A. Bol, *WPNR* 2009/6814, p. 802 e.v.

Uit de omschrijving van het hypotheekrecht in art. 3:227 lid 1 BW vloeit ook nog voort dat het hypotheekrecht een zekerheidsrecht is. Immers, het recht strekt tot verhaal van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers indien de tijdige voldoening van de schuld door de debiteur achterwege blijft. Dit verhaalsrecht van de schuldeiser krijgt bij het hypotheekrecht met name vorm door het recht van parate executie zoals geregeld in art. 3:268 BW en de hoge voorrang die voortvloeit uit het recht van hypotheek. Zie over dit laatste art. 3:278 lid 1 en art. 3:279 BW.

Naast de kenmerken die voortvloeien uit de wettelijke omschrijving van het hypotheekrecht in art. 3:227 lid 1 BW heeft het recht van hypotheek nog een aantal andere kenmerken. Deze kenmerken zijn met name:

- Het hypotheekrecht is een goederenrechtelijk recht met alle kenmerken van dien. Zo is het als goederenrechtelijk recht een absoluut recht, hetgeen betekent dat het in beginsel

jegens ieder kan worden ingeroepen, en blijft het op het verbonden goed rusten, ook al wordt dit overgedragen (zaaksgevolg).

- Het hypotheekrecht is een afhankelijk recht, dat wil zeggen dat het zodanig aan een ander (vorderings)recht is verbonden dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan en in beginsel steeds het lot deelt van het recht waaraan het is verbonden. Zie hierover art. 3:7 en 3:82 BW.

Het zijn van afhankelijk recht wordt met een oudere terminologie ook wel weergegeven door te spreken van een accessoir recht. Ten aanzien van de rechtsgevolgen van het zijn van afhankelijk recht bestaat juist bij het hypotheekrecht een aantal nuanceringen. Zo kan hypotheek worden gevestigd voor toekomstige vorderingen. Zie art. 3:231 lid 1 BW. Ten tijde van de vestiging van het hypotheekrecht bestaat het vorderingsrecht dan nog niet. In dit verband moet met name gewezen worden op de bankhypotheek. Deze rechtsfiguur wordt hierna nog besproken. Maar typisch aan deze hypotheekvorm is dat men hypotheek vestigt voor eventueel reeds bestaande alsmede in de toekomst nog te ontstane vorderingen die de bank mocht verkrijgen op de debiteur. Uiteraard zal het wel steeds noodzakelijk zijn dat de vordering bestaat op het tijdstip waarop de schuldeiser zich wil verhalen.

Voor de akte houdende vestiging van de hypotheek is voldoende dat de vordering op enigerlei wijze wordt aangeduid dan wel dat de akte een omschrijving bevat van de feiten aan de hand waarvan de vordering zal kunnen worden bepaald. Zie hierover art. 3:260 lid 1 BW.

- Met het kenmerk van afhankelijkheid van het recht van hypotheek hangt samen een tweede kenmerk, te weten dat hypotheek ook een nevenrecht is. Hieruit vloeit voort dat bij overgang van de vordering waaraan de hypotheek is verbonden, ook de nevenrechten van pand en hypotheek in beginsel automatisch overgaan op de nieuwe schuldeiser. Die schuldeiser krijgt op deze wijze eveneens de bevoegdheid om ter zake van de vordering en de nevenrechten bestaande executoriale titels ten uitvoer te leggen. Zie hierover art. 6:142 lid 1 BW. Bij gedeeltelijke overgang van de vordering zullen de nevenrechten ook slechts voor hetzelfde breukdeel overgaan, tenzij anders is overeengekomen. Zie T-M, *Parl. Gesch.* 6, p. 528 en Rb. Gelderland 28 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5725.
- Het recht van hypotheek is een ondeelbaar recht. Uit dit kenmerk vloeit voort dat de voldoening van een gedeelte van de schuld geen invloed heeft op het recht van hypotheek als zodanig. Dit geldt zelfs wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld. Zie in dit verband art. 3:230 BW alsmede S.E. Bartels & L. Timmerman, *NTBR* 2006, p. 94 e.v. alsmede Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019, p. 606 e.v.
- Het recht van hypotheek is zelf een registergoed. Het hypotheekrecht is immers een vermogensrecht dat slechts kan worden gevestigd door inschrijving in daartoe bestemde openbare registers als bedoeld in art. 3:16 BW. Zie hierover art. 3:10 BW.

Zie voor een meer uitvoerige bespreking van de algemene kenmerken van de rechten van pand en hypotheek: Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek (Mon. BW nr. B11)* 2013, Stein 2004, p. 23 e.v. alsmede Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019, p. 606 e.v.

### 3 **Maatschappelijke betekenis**

De mogelijkheid van hypothecaire financiering fungeert als een motor voor de economische ontwikkeling van ons land. Zowel voor het bedrijfsleven als voor de particulier is de mogelijkheid van het lenen van gelden onder hypothecair verband cruciaal voor de verdere ontwikkeling. Wat betreft het bedrijfsleven geldt dit voor alle sectoren, dat wil zeggen zowel voor de agrarische sector, de industrie als de dienstverlenende sector voor zover deze beschikken over registergoederen die voorwerp van hypothecaire zekerheid kunnen zijn.

Ook in de vervoerssector speelt hypothecaire financiering een voorname rol. Men denke aan de mogelijkheid tot het laten bouwen en verbouwen van zowel zee- als binnenvaartschepen. Voor zover deze schepen te boek gesteld zijn in het scheepsregister zijn het registergoederen die zich lenen voor het vestigen van zogenoemde scheepshypotheek. Zie hierover verder W. Verhoeven, in: *Feestbundel NVvH*, p. 245 e.v., R.J.C. Flach, *Scheepsvoorrechten: aard en omvang van de op schepen rustende voorrechten* (diss. Groningen) 2001 en *Asser/Japikse 8-II\** 2012/73-109.

Ook vliegtuigen vergen enorme investeringen die mede mogelijk gemaakt worden door financieringsmogelijkheden die voortvloeien uit het kunnen verkrijgen van hypothecaire geldleningen. Overigens speelt niet alleen hypotheek in dit verband een rol maar is ook leasing bij luchtvaartuigen een middel waarlangs financiering voor de uitbreiding van de luchtvloot kan worden verkregen. De vliegtuigindustrie is regelmatig zelf betrokken bij de leasemaatschappijen op dit gebied. Zie in dit verband I.H.P.H. Diederiks-Verschoor, in: *Feestbundel NVvH*, p. 181 e.v. alsmede F.A. van Bakelen in dezelfde bundel, p. 207 e.v.

De grote rol van hypothecaire kredietverschaffing in verband met de mogelijkheid van het kunnen verkrijgen van een eigen woning is alom bekend. Na de oorlog is steeds een speerpunt van overheidsbeleid geweest het bevorderen van het eigen woningbezit. Dit zou nooit van de grond hebben kunnen komen zonder de door de overheid gestimuleerde praktijk van hypothecaire financiering die werd aangegaan in verband met de verwerving dan wel verbouwing van eigen woningen.

Het belangrijkste instrument dat de overheid al vele decennia heeft ingezet in verband met bevordering van het eigen woningbezit is de regel van de fiscale aftrekbaarheid van de betaalde hypotheekrente. Voor hypotheekleningen die vanaf 1 januari 2013 worden afgesloten gelden nieuwe regels met betrekking tot die fiscale aftrek van de hypotheekrente. Deze regels zijn een belangrijke stap in de richting van een verdere beperking van de eigenwoningschulden. Voortaan is het verplicht om ten minste annuïtair en in ten hoogste dertig jaar volledig af te lossen. Een aflossingsvrije hypotheek geeft geen recht meer op hypotheekrenteaftrek. De levenhypotheek komt met ingang van 1 januari 2013 niet langer in aanmerking voor renteaftrek.

De Gedragscode Hypothecaire Financieringen bepaalt verder dat de omvang van de eigenwoningschuld voortaan maximaal 102% van de waarde van de woning mag bedragen. Dit wordt stapsgewijs verder afgebouwd en in 2018 mag een lening voor de aanschaf van de eigen woning niet hoger zijn dan 100% van de waarde van de eigen woning. Zie hierover verder J.A.M. Klinkert-Cino, *FBN* 2013/4, p. 3 e.v. en *FBN* 2013/6, p. 8 e.v.

Daarnaast kent ons land ter stimulering van het eigenwoningbezit sedert jaren het instrument van de Nationale Hypotheekgarantie, waardoor veelal het bedrag van de volledige koopsom voor een woning door de koper bij wijze van hypothecaire geldlening kan worden verkregen. In verband hiermee is in 1993 opgericht de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen, gevestigd te Zoetermeer die – onder bepaalde voorwaarden, waaronder de voldoening van een borgstellingsprovisie aan de stichting – borg staat bij het afsluiten van hypothecaire geldleningen jegens de desbetreffende hypotheekbank. Dit laatste resulteert erin

dat bij een mogelijke executie van het desbetreffende onderpand een eventueel tekort aan verkoopopbrengst wordt bijgesteld door de genoemde stichting, indien aan de voorwaarden van de Nationale Hypotheekgarantie is voldaan. De mogelijkheid om voor de nationale hypotheekgarantie in aanmerking te komen is gekoppeld aan een maximumbedrag. Inmiddels ligt dit bedrag op € 245.000. Omdat de betrokken bank meer zekerheid heeft dat bij een eventuele executie een mogelijk tekort wordt aangezuiverd door de voormelde stichting, betekent de toepasselijkheid van deze garantieregeling over het algemeen ook een lagere rente voor de betrokken debiteur.

Een hypotheekrecht verschaft de hypothecaire crediteur slechts zekerheid indien hij zeker weet dat zijn recht op een bepaald registergoed perfect tot stand gekomen is en bovendien in beginsel hoogste in rang is bij een eventuele executie. Op grond van het vorenstaande is er een duidelijke relatie tussen de ruime mogelijkheid tot het verkrijgen van hypothecaire financieringen en een goede kadastrale en hypothecaire boekhouding ten aanzien van registergoederen.

Het belang van een goede kadastrale en hypothecaire boekhouding voor de verkrijging en financiering van onroerende zaken is wel gebleken bij de economische ontwikkeling van de voormalige Oostblok landen alsmede bij de ontwikkeling van derdewereldlanden. Een dergelijke gedegen grondboekhouding ontbreekt daar vaak ten enenmale, hetgeen een goede economische ontwikkeling, waarbij (buitenlandse) investeerders bereid zijn gelden uit te lenen onder hypothecair verband, in de weg staat.

Van groot belang voor hypothecaire zekerheid is dat bij een eventuele executie de hypotheek in beginsel hoogste in rang is ten aanzien van de opbrengst van het hypothecair verbonden onroerend goed. Hier kunnen problemen rijzen wanneer het recht van het desbetreffende land wettelijke voorrechten of soms wettelijke hypotheekrechten kent die in rang gaan boven de door partijen gevestigde hypotheek. Voorbeelden van landen die nog wettelijke hypotheeken kennen die soms in rang komen vóór de door partijen gevestigde hypotheek zijn o.a. België en Frankrijk.

Heeft de hypothecaire financiering van onroerende zaken na de Tweede Wereldoorlog doorgaans een enorme groei gekend, dan is dat beeld volledig veranderd sinds de economische crisis van 2008. Die economische crisis begon trouwens met het faillissement van twee grote Amerikaanse hypotheekbanken. De recessie is dan ook veroorzaakt door – min of meer wereldwijd – overmatige kredietverstrekking door banken aan zowel bedrijven als particulieren. Doordat banken vanaf 2008 in financiële problemen raakten, moest de verstrekking van hypothecair krediet sterk aan banden worden gelegd. De volgende cijfers spreken wat dat betreft voor Nederland voor zich.

Onder meer doordat de verstrekking van hypothecair krediet aan banden is gelegd en door de economische recessie steeds meer mensen werkloos werden, zijn bovendien de prijzen voor woningen gaan dalen. Een en ander heeft erin geresulteerd dat sedert september 2008 de gemiddelde prijs voor een woning ongeveer 20% is gedaald, en het aantal verkochte woningen met meer dan 40% per jaar. Enkele jaren geleden werd geschat dat ongeveer een derde van de huizenbezitters zogenaamd 'onder water staat'. Hiermee is bedoeld dat de waarde van de hypothecair verbonden onroerende zaak lager is dan de daarop rustende hypothecaire schuld. Inmiddels is het aantal gevallen van 'onder water staan' gedaald tot 1,4 miljoen eigenaren van dergelijke woningen (zie persbericht CBS 29 oktober 2015). Deze problematiek leidt tot grote maatschappelijke problemen. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan het aspect dat het de facto onmogelijk is om te verhuizen, tenzij de bank bereid is de resterende schuld van de eerste woning mee te financieren bij de tweede woning. Daarnaast is het feit dat een hypotheekschuld groter is dan de waarde van de desbetreffende woning een ernstig probleem bij echtscheiding en overlijden. Immers, bij een echtscheiding valt er slechts een schuld te 'verdelen' en bij overlijden dient men erop bedacht te zijn om de nalatenschap beneficiair te aanvaarden dan wel te verwerpen omdat de betrokken erfgenamen anders in feite slechts de 'restschuld' erven. Zie over het vorenstaande *Het Financieele Dagblad* van 6 mei 2013, p. 1-3 alsmede de brief van de Minister voor Wonen en Rijksdienst aan de

voorzitter van de Tweede Kamer de dato 28 maart 2013 in antwoord op Kamervragen, te vinden in *Kamerstukken II* 2012/13, 29453, nr. 285 en 294.

Om te voorkomen dat in de toekomst opnieuw de situatie zou kunnen ontstaan dat kopers van woningen meer geld lenen dan de waarde van de verhypothekerde woning bedraagt, zal het in de nabije toekomst slechts mogelijk zijn een bedrag te lenen tot de waarde van die woning. Daarnaast is de zogenoemde aflossingsvrije hypotheek fiscaal in de ban gedaan en dient in beginsel iedere hypothecaire geldlening binnen dertig jaar te worden afgelost. Het vorenstaande betekent een aanzienlijke vermindering ten opzichte van de vroegere praktijk waarbij hypothecaire geldleningen voorkwamen tot 125 of soms zelfs 130% van de waarde van de woning in het economisch verkeer. Zie W.M. Klein, *JBN* 2007/13.

Om enig inzicht te geven in de groei van het aantal bestaande hypothecaire geldleningen, hun totale bedrag en het gemiddelde hypothecair geleende bedrag is hierna een overzicht opgenomen. Vanaf 2001 luiden de bedragen in de twee laatste kolommen in euro's.

	<i>aantal</i>	<i>bedrag x 1 mln.</i>	<i>gem. hyp. bedrag</i>
1977	197 200	22 300	113 000
1978	203 600	27 000	133 000
1979	152 500	20 900	137 000
1980	131 100	17 700	135 000
1981	93 000	11 800	127 000
1982	99 000	12 100	123 000
1993	303 000	46 498	153 000
1994	384 000	60 054	156 000
1995	350 000	57 047	163 000
1996	470 000	82 871	176 000
1997	537 000	106 459	198 000
1998	577 000	132 294	229 000
1999	665 000	171 958	259 000
2000	478 453	61 977	175 654
2001	458 533	66 161	195 659
2002	478 093	74 704	210 207
2003	521 097	89 134	216 619
2004	499 463	92 418	229 623
2005	560 894	114 135	247 804
2006	533 765	119 872	267 048
2007	467 791	115 179	246 220
2008	388 610	97 964	252 088
2009	264 862	65 234	246 297
2010	254 323	65 680	258 256
2011	242 717	62 467	257 368
2012	199 914	46 645	233 325
2013	169 992	36 700	243 811
2014	222 711	48 550	247 394
2015	253 214	62 057	254 266
2019	393 223	109 875	331 067

	<i>aantal</i>	<i>bedrag x 1 mln.</i>	<i>gem. hyp. bedrag</i>
2020	476 011	138 956	362 018
2021	515 164	163 180	412 792
2022	461 851	154 114	463 393

Bron: Kadaster

Vanaf begin 2005 is de wijziging op de Kadasterwet die het mogelijk maakt stukken elektronisch aan te leveren doorgevoerd. Web-Elan is het systeem waarmee men na formele aanmelding bij het kadaster elektronisch stukken kan aanleveren. Het verschil in aantal hypotheekstukken volgens Elan en T-systems (voor 2004) zit hem in het feit dat bij T-systems de doorhalingen en beslagen niet mee zijn genomen. Bij Elan is dit wel het geval.

Hiervoor zijn verder in de eerste, tweede en derde kolom voor de jaren 1977 tot en met 2012 vermeld respectievelijk de aantallen inschrijvingen, de totale hypotheekbedragen en de gemiddelde hypotheekbedragen per inschrijving voor woonhuizen en combinaties woonhuis/bedrijfspan van het Centraal Bureau voor de Statistiek respectievelijk – vanaf 2000 – afkomstig van het kadaster.

Zoals uit het overzicht blijkt, was er in het begin van de jaren tachtig een slechte markt-situatie voor onroerend goed. Het aantal gevestigde hypotheeken liep toen terug ten opzichte van voorgaande jaren en tevens kan worden vermeld dat in 1982 een maximaal aantal executieveilingen werd gehouden, te weten 5517, terwijl dat aantal in 1983 5204 bedroeg. Daarna daalde het aantal executieveilingen geleidelijk tot 620 in 1991. De cijfers over de periode 1993-1999 laten een enorme groei zien in het aantal hypotheeken, mede ten gevolge van een krachtige stijging van de vastgoedmarkt, zowel wat betreft de prijzen als wat betreft het aantal transacties. Daarna daalt in het begin van de 21<sup>e</sup> eeuw het aantal verstrekte hypotheeken kortstondig om vervolgens in de periode 2002-2007 weer sterk te groeien. Sedert het begin van de economische crisis in 2008 loopt zowel het aantal verstrekte hypotheeken als het gemiddelde hypotheekbedrag sterk terug. Sinds 2014 is het aantal hypothecaire geldleningen en het gemiddelde hypotheekbedrag weer aan het toenemen.

Ten slotte is opmerkelijk dat het aantal executieveilingen sedert de crisis van 2008 aanvankelijk fors opliep, maar de laatste jaren sterk is gedaald. Dit laatste wordt waarschijnlijk veroorzaakt door de slechte opbrengsten op de veiling. Financiers proberen het registergoed dan onderhands – bijvoorbeeld met gebruikmaking van een volmacht van de hypotheekgever – te verkopen of wachten betere tijden af.

Een geheel ander aspect bij de verstrekking van hypothecaire geldleningen is de vraag of daarbij bepaalde bevolkingsgroepen worden gediscrimineerd. Hiernaar is in het recente verleden onderzoek gedaan door de Commissie gelijke behandeling in 2006. Resultaten van dit onderzoek zijn te vinden in het rapport *Risicoselectie op grond van postcode en verblijfstatus*. Uit genoemd rapport blijkt dat hypothecaire financiers tot voor kort aan risicoselectie deden door indirect – bijvoorbeeld door weigering van hypothecaire financiering van goedkopere woningen – op grond van ras en nationaliteit onderscheid te maken. In dit verband verdient aandacht dat sommige bevolkingsgroepen vanwege hun godsdienstige overtuigingen toch al niet in aanmerking komen voor de gebruikelijke hypothecaire geldleningen omdat de sharia (islamitische plichtenleer) het betalen van rente verbiedt. Vanuit de juridische praktijk en de islamitische wereld is naar oplossingen voor deze problematiek gezocht. Bij die oplossingen moet men denken aan contracten waarbij de bewoner van de woning deze aanvankelijk huurt en later het recht heeft die woning te kopen. Betaling van de koopsom geschiedt in de vorm van (huur)termijnen. In feite is in die termijnen een rente-opslag begrepen. Dergelijk soort contracten zijn echter nogal eens problematisch, gelet op de regeling voor de huurkoop van onroerende zaken (afdeling 7.2B.2 BW). Zie hierover verder C.P. Hooft & N.E. Muller, 'Sharia-conforme woningfinanciering ontsluitend', *WPNR* 2008/6765, p. 624 e.v. en R.J. Tjittes, 'Islamitisch financieren in Nederland', *RMThemis* 2008/4, alsmede O. Salah, *Islamic Finance: Structuring Sukuk in the Netherlands*, Wolf Legal Publishers, 2010.

Het belang van hypothecaire financiering voor de verkrijging van de eigen woning lijkt met het vorenstaande voldoende te zijn aangegeven. De mogelijkheden tot het verkrijgen van financiering in het bedrijfsleven zijn ruimer dan alleen langs de weg van het verstrekken van hypotheek.

Juist voor bedrijven zijn nieuwe – en andersoortige – instrumenten ontwikkeld, zoals leasing. Men zie in dit verband bijvoorbeeld W.M. Kleijn c.s., *Leasing, Preadvies Nederlandse vereniging handelsrecht* 1989 en Van Hees e.a., *Vermogensrechtelijke aspecten van leasing* (Preadvies Vereniging voor burgerlijk recht) 1997 alsmede Van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (AN nr. 120)* 2018/17.3 e.v. Voor de leasing van luchtvaartuigen zie men: B.P. Honnebieer & B.J.H. Crans, *WPNR* 1999/6383 en *WPNR* 2000/6393.

Een andere maatschappelijke ontwikkeling die hier helaas moet worden gesignaleerd is het verschijnsel van de hypotheekfraude. In dergelijke gevallen gaat het om het verstrekken van – naar achteraf blijkt – te hoge hypothecaire financiering op grond van (veel) te hoge taxatierapporten van het betrokken onroerend goed alsmede eventuele andere valse stukken, zoals salarisinformatie ten aanzien van de debiteur e.d. Primair de banken en ook het notariaat dienen derhalve kritisch met de vorenbedoelde stukken om te gaan, indien die aan hen (moeten) worden overgelegd. Ook moet hier worden gesignaleerd dat bij het vestigen van een hypotheek met het uitsluitende doel om (toekomstige) schuldeisers te frustreren, en niet om zekerheid te verschaffen voor de terugbetaling van werkelijk bestaande vorderingen, die hypotheek als zijnde in strijd met de goede zeden (art. 3:40 BW) nietig kan zijn. Zie Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2820.

Een laatste actuele ontwikkeling vormt een beslissing van het HvJ EU die inhoudt dat Richtlijn 93/13/EEG – in ons recht in feite geïmplementeerd in afdeling 6.5.3 BW inzake Algemene voorwaarden – inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan in een procedure van hypothecaire uitwinning geen bezwaar kan worden gemaakt tegen het oneerlijke karakter van de aan de executoriale titel ten grondslag liggende contractuele beding. Dit geldt des te meer als de rechter die bevoegd is te oordelen over de oneerlijkheid van het desbetreffende contractuele beding geen voorlopige maatregelen, waaronder met name schorsing van de uitwinningprocedure, kan bevelen. Zo'n gang van zaken acht het HvJ EU in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel, omdat de woning van betrokkene dan al verkocht is vóór duidelijkheid in de procedure over de vermeende oneerlijkheid van het contractuele beding. Zie HvJ EU 14 maart 2013, *LJN* BZ5289, *NJ* 2013/374, m.nt. M.R. Mok.

Naar mijn mening zal deze beslissing voor het Nederlands hypotheekrecht niet tot ingrijpende gevolgen leiden. Daarvoor bestaan verschillende redenen. In de eerste plaats zal in een procedure waarin een declaratoire uitspraak betreffende de nietigheid van het oneerlijke beding wordt gevraagd tevens schorsing van de uitwinningprocedure kunnen worden verzocht. In de tweede plaats zal een hypotheekgever zich – los van het vorenstaande – in zo'n situatie veelal bijvoorbeeld in een executiegeschil (art. 438 Rv e.v.) kunnen verzetten tegen de executie op grond van misbruik van bevoegdheid. Van zulk misbruik kan sprake zijn op grond van een oneerlijk beding in de hypotheekakte dat zodanig is dat gezegd kan worden dat sprake is van onevenredigheid tussen het belang van de executant en dat van de geëxecuteerde. Vervolgens kan de voorzieningenrechter in het executiegeschil de executie schorsen. Vgl. art. 438 lid 2 Rv. Hierbij sluit in zekere zin aan de beslissing van de Rb. Amsterdam (vzr.) die oordeelde dat in een geval waarin een bank gebruik wilde maken van zijn recht van parate executie bij verzuim van de hypothecaire debiteur die bank misbruik maakte van zijn bevoegdheid als hij zich niet tot het uiterste inspande om tot een