

alsnog tot de woonruimte worden gerekend.<sup>7</sup>

Hoewel in lagere rechtspraak in het verleden een contractuele scheiding tussen de verwarming en het gehuurde kennelijk is toegestaan, lijkt de A-G het hiermee niet eens te zijn. De Hoge Raad is op de mogelijkheid van een contractuele afscheiding niet ingegaan in zijn arrest. Er kan dan ook niet met zekerheid worden gesteld in hoeverre de Hoge Raad de signalering van de A-G volgt.

Hoewel de verhuurder bij een contractuele afscheiding alsnog riskeert dat de WKO-installatie kwalificeert als een onroerende aanheerigheid, is het opnemen van een contractuele afscheiding naar onze mening vooralsnog de beste mogelijkheid om discussie zoveel mogelijk te voorkomen. Dit totdat de wetgever actie onderneemt om de onduidelijkheid zoveel mogelijk weg te nemen. Bij een contractuele scheiding kan in elk geval worden betoogd dat zowel de exploitant, als de verhuurder en de huurder een scheiding hebben *beoogd* waardoor de huurder niet twee keer betaalt voor de kapitaals- en onderhoudskosten.

### Slotsom

De *Acantus*-zaak roept veel vragen op voor een derde-leverancier die kapitaals- en onderhoudskosten bij de verbruiker/huurder in rekening wil brengen. Wij menen evenwel dat de *Acantus*-zaak geen impact heeft op ESCo-constructies, aangezien de levering van warmte door een derde-leverancier onder het regime van de Warmtewet valt.

Hoewel een rechter zou kunnen oordelen dat een WKO-installatie ook bij een ESCo-constructie kwalificeert als een onroerende aanheerigheid, schatten wij de kansen van de verbruiker/huurder om met succes schade te verhalen op de derde-leverancier of verhuurder niet al te hoog in. Om discussies zoveel mogelijk te voorkomen is het raadzaam om contractueel vast te leggen dat partijen hebben *beoogd* om de WKO-installatie door een derde te laten exploiteren en de verhuurder daarbuiten te houden. Om definitief uitsluitsel te kunnen geven over vragen en onduidelijkheden die uit de *Acantus*-zaak naar voren komen is de wetgever echter aan zet.

Hierbij zou kunnen worden gedacht aan wetgeving waaruit de mogelijkheid volgt voor een verhuurder om de kapitaals- en onderhoudskosten van een WKO-installatie wel via de servicekosten in rekening te brengen. Daarbij kan ter verduidelijking tevens expliciet de mogelijkheid worden opgenomen voor een derde-leverancier om deze kosten bij de huurder in rekening te brengen, indien de derde-leverancier, verhuurder en huurder dit zijn overeengekomen.

1. HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:61.
2. Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/204; Rb. Groningen 18 februari 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BL4949, r.o. 6.1.1, *JHV* 2010/78.
3. Rb. Haarlem 29 maart 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW0583.
4. Hof Den Haag 16 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1541.
5. Rb. Noord-Nederland 10 juli 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3499.
6. HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:61, r.o. 3.1.2.
7. HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:61, r.o. 3.4.
8. Respectievelijk artikel 6:203 BW, artikel 6:212 BW en artikel 6:248 lid 2 BW.
9. Respectievelijk artikel 6:203 BW, artikel 6:212 BW en artikel 7:257 BW.

## Notarieel recht



**André van Huffelen**  
Tabellio notarieel vastgoedadvies

### Positieve/negatieve hypotheekverklaring: adequaat alternatief of schijnzekerheid?

#### Inleiding

Wanneer iemand een geldlening verstrekt aan een ander, zal hij het geleende bedrag op enig moment terug

willen krijgen. Meestal wordt een geldlening vastgelegd in een (onderhandse) overeenkomst van geldlening. Daarin worden onder meer afspraken over rentebetalingen en aflossingen gemaakt. Een aspect dat bij geldleningen ook aan de orde komt, is of er een bepaalde zekerheid voor de terugbetaling van de lening wordt gegeven en, zo ja, welke. Dat kan bijvoorbeeld een hypotheek op een registergoed zijn. In de praktijk wordt ook wel met een positieve/negatieve hypotheekverklaring gewerkt. In deze bijdrage ga ik nader op een dergelijke hypotheekverklaring in.

#### Zekerheid

Om een schuldeiser een sterke (verhaals)positie, ook jegens andere crediteuren, te geven is het vestigen van een hypotheek de aangewezen weg. Een hypotheekhouder heeft immers

het recht van parate executie (art. 3:268 BW). Mocht de schuldenaar in verzuim raken, dan heeft de hypotheekhouder het recht om de verbonden onroerende zaak, via een notaris, in het openbaar te verkopen. Aan het vestigen van een hypotheek zitten echter ook nadelen, vooral van financiële aard. Partijen moeten namelijk verplicht naar de notaris voor een hypotheekakte en dat kost natuurlijk geld. Daarnaast moet een hypotheekakte worden ingeschreven in het Kadaster. Er komen dus ook kadaasterkosten om de hoek kijken.

Sommige partijen hikken tegen de met een hypotheek gemoeide kosten aan. Gezien de onderlinge band of persoonlijke relatie dan wel gelet op de hoogte van het bedrag of de korte looptijd van de lening, vinden zij het niet altijd nodig om een harde zeker-

heid in de vorm van een hypotheek af te spreken. Bovendien is door de verplichte inschrijving van de hypotheek in de openbare registers de kredietrelatie voor derden kenbaar. Partijen vinden dat niet altijd gewenst. Wat zij dan nog wel eens doen is het overeenkomen van een positieve/negatieve hypotheekverklaring. In familieverhoudingen of tussen groepsvennootschappen komt dat nogal eens voor. Ook banken nemen in het algemeen in hun financieringsdocumentatie of algemene voorwaarden een dergelijke hypotheekverklaring op, zeker als het niet-hypothecair gedekte vorderingen betreft.

Een ander geval waarbij wel met een hypotheekverklaring wordt gewerkt heeft een fiscale achtergrond. In de praktijk wordt er wel gebruik van gemaakt bij het oplossen van geschillen met de Belastingdienst ten aanzien van zekerheden in geval van leningen die zijn verstrekt door een vennootschap aan een aandeelhouder. De verklaring kan ertoe dienen om te voorkomen dat er sprake is van een (belaste) uitdeling aan de aandeelhouder. Nu de Belastingdienst in een dergelijke situatie meestal niet de voorwaarde stelt dat er sprake moet zijn van een volmacht tot hypotheekverlening, kan desgewenst worden gewerkt met een onderhandse akte, die eventueel wel ter registratie kan worden aangeboden.

Ten slotte wordt wel van een positieve/negatieve hypotheekverklaring gebruikgemaakt om daarmee te bewerkstelligen dat een vervolgens als uitvloeisel daarvan gevestigde hypotheek op een later tijdstip beter bestand is tegen een poging van de schuldeisers van de hypotheekgever om de hypotheek te vernietigen met de actio pauliana.

Keerzijde voor de schuldenaar is dat het ontvangen van een geldlening zonder daarvoor zakelijke zekerheid in ruil te geven in beginsel een hoger rentepercentage rechtvaardigt.

#### **Positieve/negatieve hypotheekverklaring**

Wat houdt een dergelijke verklaring in? Zoals de benaming al aangeeft, zitten er twee kanten aan een dergelijke verklaring. In de eerste plaats ver-

plicht de debiteur zich tegenover de crediteur om alsnog een daadwerkelijke hypotheek op een onroerende zaak (en corresponderende pandrechten op andere goederen) te vestigen, wanneer de crediteur daarom vraagt. Dat is het 'positieve' element. Daarnaast verbindt de debiteur zich jegens de crediteur om geen andere hypotheeken op de betreffende onroerende zaak te vestigen of deze te verkopen. Althans niet zonder de crediteur daarvan op te hoogte te brengen en zonder diens toestemming. Dit is de 'negatieve' kant van de verklaring. Omdat ook het niet vervreemden zonder toestemming van de crediteur onder het verbod valt, wordt ook wel gesproken van een negatieve vervreemdingsverklaring.

Het gaat hier dus niet om een concrete zekerheid, maar om een contractuele afspraak tussen partijen. Zou de debiteur de onroerende zaak toch verkopen of met een hypotheek bezwaren, dan vist de crediteur in principe achter het net. Ook bij een faillissement van de schuldenaar heeft de crediteur slechts de positie van een concurrent schuldeiser.

Wordt er al de toevlucht tot een positieve/negatieve hypotheekverklaring genomen, dan is het zaak dat een dergelijke verklaring met zorg wordt opgesteld. Daarbij kan worden gedacht aan het opnemen van een substantiële boete bij overtreding van de afspraken. Eventueel kan daarnaast een onherroepelijke volmacht aan de crediteur worden verleend om daadwerkelijk een hypotheek te vestigen, wanneer deze de tijd daarvoor rijp acht. In het laatste geval is echter ook een gang naar de notaris nodig, nu de wet voorschrijft dat een dergelijke volmacht slechts bij een authentieke (notariële) akte kan worden verleend (art. 3:260 lid 3 BW).

Nu gebeurt het in de praktijk wel dat een debiteur die zich door middel van een positieve/negatieve hypotheekverklaring jegens zijn crediteur verbonden heeft, in weerwil daarvan toch overgaat tot het vervreemden van het potentiële onderpand of tot het verhypothekeren daarvan ten gunste van een andere crediteur. Dat hij daarmee in strijd handelt met de afspraken richting de 'eerste' crediteur is evident. Het tast zijn beschikkingsbe-

voegdheid echter niet aan. Bovendien heeft een hypotheekverklaring geen werking jegens derden. Gaat het om een verkoop en levering en de desbetreffende crediteur komt daar niet vóór de overdracht en/of de uitbetaling van de verkoopopbrengst door de notaris achter (zodat hij geen kans heeft beslag op het 'onderpand' of onder de notaris te leggen), dan komt hij in een weinig benijdenswaardige positie. Hij zal dan op een andere manier moeten proberen zijn vordering te incasseren en de boete, als die in de hypotheekverklaring is opgenomen, op zijn wanpresterende schuldenaar moeten zien te verhalen.

Zou de bij de overdracht betrokken notaris weet hebben van het bestaan van de hypotheekverklaring, dan liggen de kaarten enigszins anders.<sup>1</sup> Het zou mooi zijn wanneer een hypotheekverklaring kon worden ingeschreven in de openbare registers, maar dat behoort niet tot de mogelijkheden. Een hypotheekverklaring sec is namelijk geen inschrijfbaar feit (art. 3:17 BW). De kans is dus aanzienlijk dat de notaris niet bekend is met de hypotheekverklaring. Bij een hypothecaire recherche komt de verklaring niet naar boven en de kwaadwillende verkoper-schuldenaar zal hem op het bestaan ervan niet attenderen. De notaris zal in een dergelijk geval de netto-verkoopopbrengst dan ook aan de verkoper uitkeren. Bij het vestigen van een hypotheek in strijd met een hypotheekverklaring geldt het vorenstaande eveneens. De schuldenaar kan dat immers vrijelijk doen, althans als het gaat om een eerste hypotheek op een nog niet belast onderpand. Zou de betreffende onroerende zaak al wel belast zijn met hypotheek, dan ligt het anders. Niet omdat het bestaan van de hypotheekverklaring een blokkade zou opwerpen, maar wel omdat de notaris in dat geval een toestemmingsverklaring van de eerdere hypotheekhouder(s) voor het vestigen van de extra hypotheek in zijn dossier zal moeten hebben. Ik mag ten minste aannemen dat een notaris het gelet op de tuchtspraak wel uit zijn hoofd zal laten om zonder die toestemming een akte waarbij een volgende hypotheek wordt gevestigd te passeren.<sup>2</sup> Dat een notaris daarmee in een lastige spagaat terecht kan komen, is iets anders. Hij zal immers of het niet aanwezig zijn

van de toestemming moeten negeren of de crediteur die alsnog een hypotheek wil moeten teleurstellen. Ook als de notaris wel bekend is met de hypotheekverklaring zal hij een keuze moeten maken. Hij komt dan immers onmiskenbaar voor de vraag te staan of hij de van hem gevraagde dienstverlening moet weigeren of opschorten. Hij belandt daarmee midden in de ‘Novitaris-problematiek’.<sup>3</sup>

De vereiste toestemming van een hypotheekhouder met een hogere rang is meteen ook de zwakte van een hypotheekverklaring. Zou de schuldeiser namelijk besluiten (op basis van het ‘positieve’ element van de hypotheekverklaring) dat de hypotheek daadwerkelijk gevestigd moet worden of de notaris op basis van een hem verleende onherroepelijke volmacht daar rechtstreeks opdracht toe geven, dan is het toch maar zeer de vraag of het wel daadwerkelijk tot een hypotheekvestiging komt. Weigert de eerdere hypotheekhouder namelijk toestemming voor een verdere bezwaring te geven, dan houdt het immers al gauw op. Er zal, gelet op vermelde tuchtrechtspraak, naar verwachting niet snel een notaris gevonden worden die dan desondanks bereid is de hypotheekakte te passeren.

Ondanks deze ‘veiligheidskleppen’ blijft het echter mogelijk dat een schuldenaar in strijd met de hypotheekverklaring de bewuste onroerende zaak overdraagt aan een derde of met hypotheek bezwaart ten gunste van een andere crediteur. Dat risico moet een crediteur zich goed realiseren en betekent naar mijn mening dat schuldeisers zeer terughoudend moeten zijn bij het aanvaarden van een positieve/negatieve hypotheekverklaring als ‘zekerheid’. Die zekerheid kan namelijk wel eens een schijnzekerheid blijken te zijn.

### Twee uitspraken

Vrij recent moest de rechtbank Noord-Holland in twee zaken beslissen waarbij een hypotheekverklaring aan de orde was.

De eerste zaak betrof een geval waarbij partijen in een akte van geldlening een negatieve vervreemdingsverklaring waren overeengekomen.<sup>4</sup> Op grond daarvan moest de geldnemer de geldgever direct informeren als hij zijn woning te koop zou aan-

bieden. Bij overtreding daarvan zou niet alleen de geldlening direct opeisbaar worden, maar zou de geldnemer ook een boete moeten betalen. Op een gegeven moment verkocht de geldnemer zijn woning toch in strijd met de afspraken en zonder de geldgever daarover te informeren. De rechter oordeelde dat daarom niet alleen de gehele geldlening moest worden terugbetaald, maar daarnaast dat de afgesproken boete moest worden betaald. De zorgvuldig opgestelde niet-vervreemdingsverklaring bewees de crediteur hier dus een goede dienst. Overigens staat daarmee nog niet vast dat de geldlening en de boete ook daadwerkelijk worden (terug)betaald. De geldnemer moet daartoe immers wel in staat zijn.

Dezelfde rechtbank moest oordelen in een zaak waarbij tussen twee partijen een positieve/negatieve hypotheekverklaring was overeengekomen.<sup>5</sup> Een partij had aan een B.V. van vader een bedrag van € 300 000 geleend, waarbij als ‘zekerheid’ een in een notariële akte opgenomen positieve/negatieve hypotheekverklaring werd afgesproken. Binnen een maand na het ondertekenen van de geldleningsovereenkomst droeg (de B.V. van) vader de betreffende onroerende zaak over aan een B.V. van zijn zoon. Door de overdracht werd de negatieve hypotheekverklaring overtreden. Enkele dagen na de levering werd de B.V. van vader ontbonden middels een turboliquidatie. De crediteur legde naar aanleiding daarvan conservatoir beslag op de onroerende zaak ten laste van de B.V. van de zoon. Hij beriep zich daarbij onder meer op HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084, stellende enerzijds dat de zoon (en diens B.V.) wist of behoorde te weten dat de B.V. van vader wanprestatie jegens hem pleegde en anderzijds dat de bijkomende omstandigheden moesten leiden tot aansprakelijkheid van de B.V. van de zoon. In een kortgedingprocedure vordert de B.V. van de zoon dat het beslag wordt opgeheven, maar de voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen. De voorzieningenrechter overwoog daarbij onder meer dat het vaste rechtspraak van de Hoge Raad is dat het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dat handelen een overeenkomst met een derde schendt op zichzelf

niet onrechtmatig jegens die derde is. Van onrechtmatigheid is pas sprake als die aangesproken partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij door het sluiten van de overeenkomst wanprestatie pleegt jegens een derde en er bovendien sprake is van bijkomende omstandigheden die het aannemen van aansprakelijkheid rechtvaardigen. De voorzieningenrechter was van oordeel dat aan deze eis in deze zaak ruimschoots werd voldaan. De casus bevat, aldus het vonnis, serieuze aanwijzingen dat de zoon hier als adviseur van vader heeft geparticipeerd in een theaterstuk dat vader heeft opgevoerd om van de crediteur de lening te krijgen en dat – naar het zich laat aanzien met hulp van een slechts selectief kritische notaris, aldus de rechter – erin heeft geresulteerd dat de schuldeiser een flink deel van het voor zijn pensioen bestemde vermogen heeft uitgeleend met de zekerheid van een fopspeen. Dat zijn volgens de rechter omstandigheden die voldoende zijn om het beslag te handhaven.

### Resumé

Een positieve/negatieve hypotheekverklaring kan onder omstandigheden een passend alternatief zijn. Bijvoorbeeld in het hiervoor besproken geval van een geschil met de Belastingdienst. Of als partijen in een nauwe relatie tot elkaar staan en het om een kortlopende lening voor een niet al te hoog bedrag gaat en er voldoende zicht is op de financiële positie van de schuldenaar. Echte zekerheid verschafft een dergelijke verklaring de crediteur echter niet. In zakelijke verhoudingen en zeker bij substantiële bedragen en/of langlopende geldleningen moet een crediteur mijns inziens niet overgaan tot het op deze basis verstrekken van een geldlening en met een schijnzekerheid genoegen nemen. Het verdient absoluut de voorkeur om de afgesproken zekerheden direct te vestigen, desnoods voor eigen rekening.

Notarissen moeten zich bewust zijn van de beperkte waarde van een hypotheekverklaring. Een zorgvuldige *belebrung* is in dergelijke gevallen wel heel erg op zijn plaats. Notarissen moeten (van een rechter) niet het verwijt krijgen dat zij ‘selectief kritisch’ zijn. Verder moet een notaris zich ervoor hoeden dat hij zonder

daarvoor te waarschuwen faciliteert dat ‘fopspenen’ in het rechtsverkeer worden gecreëerd. Het lijkt mij niet verkeerd dat een notaris, wanneer hij de opdracht krijgt om een leveringsakte of een akte van geldlening met hypotheekstelling in een ‘particuliere setting’ op te stellen, voor de zekerheid toch even expliciet aan de koper/schuldenaar vraagt of hij niet in strijd handelt met een eerder afgegeven hypotheekverklaring. Als de schuldenaar daarop antwoordt dat dat niet het geval is, kan er bovendien een garantie van die strekking in de akte worden opgenomen.

- 
1. Vgl. voor de zorgplicht die in een dergelijke situatie op de notaris rust Rb. Gelderland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:850.
  2. Zie Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685, *JOR* 2012/86, m.nt. N.W.A. Tollenaar en Hof Amsterdam 15 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:112.
  3. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831 (*Novitaris*). Zie over dit arrest B.C.M. Waaijer, ‘Het arrest “De Novitaris”’: kompas voor de notaris bij botsende aanspraken’, *WPNR* 2015, afl. 7063; H.W. Heyman, ‘Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (*De Novitaris*)’, *WPNR* 2015, afl. 7067 en A.H. van Huffelen, ‘Ontwikkelingen na het Novitaris-arrest’, *De Notarisklerk* 2019, afl. 1560.
  4. Rb. Noord-Holland 31 maart 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3288.
  5. Rb. Noord-Holland 24 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:1607.