

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Omissie van een ontbonden vennootschap: de doorhaling van een hypothecaire inschrijving

1. Inleiding

De kans bestaat dat (het bestuur van) een ontbonden vennootschap tevens ex-hypothekhouder niet signaleert dat de hypothecaire inschrijving niet is doorgehaald ondanks de volledige inning van haar vordering.¹ Deze situatie kan zich voordoen omdat de hypothecaire inschrijving in de Basisregistratie Kadaster (hierna: het kadaster) niet vanzelf met het aflossen van de lening verdwijnt. Hierna bespreek ik de situatie waarin het kadaster ten onrechte de hypothecaire inschrijving vermeldt, terwijl het hypotheekrecht vervallen is en de vennootschap (ex-hypothekhouder) blijkens de inschrijving in het handelsregister is opgehouden te bestaan.

Indien het onroerend goed waarop het hypotheekrecht rustte wordt verkocht, ontstaat behoefte aan het doorhalen van de hypothecaire inschrijving. De verkoper kan het onroerend goed namelijk niet 'vrij van hypotheek' (lees: vrij van hypothecaire inschrijving) leveren en heeft belang bij doorhaling van deze inschrijving (hierna ook: roeyement). Indien de ex-hypothekhouder niet langer bestaat, komt de vraag op of de Kamer van Koophandel (hierna: KVK) bereid zal zijn over te gaan tot inschrijving van de vennootschap in liquidatie in het handelsregister. De KVK zal dat niet doen (zoals zij soms doet bij turboliquidatie), omdat er geen aantoonbare bate is.

Er zijn verschillende routes te bewandelen om tot roeyement te komen als de vennootschap is opgehouden te bestaan. Een belanghebbende kan:

- (i) een verzoek indienen bij de rechter (eventueel voorzieningenrechter) ex art. 3:29 jo. art. 3:274 lid 3 BW tot ambtshalve doorhaling van de hypothecaire inschrijving (par. 2);
- (ii) een verklaring voor recht vorderen ex art. 2:19 lid 5 BW dat de vennootschap in liquidatie – dus ter afwikkeling van haar vermogen (in de zin van rechten en verplichtingen) – voortbestaat (par. 3);

- (iii) een verzoek indienen bij de rechtbank tot 'herleving' van de vennootschap ex art. 2:23c lid 1 BW (par. 4).

Aan deze drie routes kleeft het nadeel van een verplichte procesvertegenwoordiger en de met de procedure gepaard gaande kosten en tijd. Bij deze routes geldt, met uitzondering van de kort gedingroute, het nadeel van de lange duur voordat het verzoek in behandeling wordt genomen waardoor schade kan ontstaan als gevolg van het niet of niet tijdig 'vrij van hypotheek' kunnen leveren van het onroerend goed. Ik vraag mij af op welke wijze(n) de omissie voorkomen dan wel eerder geconstateerd kan worden (par. 5). Tot slot volgt de beknopte samenvatting.

2. Verklaring van waardeloosheid door de (voorzieningen)rechter

Het eerste lid van art. 3:274 BW bepaalt dat wanneer een hypotheek is tenietgegaan, de schuldeiser verplicht is aan de rechthebbende op het bezwaarde goed bij authentieke akte een verklaring af te geven dat het hypotheekrecht vervallen is. Weigert de 'schuldeiser' – in casu de ontbonden vennootschap die haar vordering volledig heeft geïnd en die wegens het ontbreken van baten is opgehouden te bestaan – een schriftelijke verklaring van waardeloosheid af te geven, dan kan hij door iedere onmiddellijk belanghebbende worden gedagvaard (art. 3:274 lid 3 jo. art. 3:29 lid 1 BW). Een niet langer bestaande vennootschap kan worden gedagvaard ex art. 54 lid 3 Rv jo. art. 995 Rv, want haar procespersoonlijkheid blijft (zelfs na haar beëindiging) bestaan.

1. Ik beperk mij (tenzij anders vermeld) tot besloten en naamloze vennootschappen die vrijwillig – al dan niet via turboliquidatie – zijn ontbonden. Het verzuim om de hypothecaire inschrijving door te laten halen kan zich echter ook voordoen bij andere rechtspersonen en bij andere wijzen van ontbinding, zoals een ontbinding van rechtswege (na faillietverklaring) of de ontbinding door de Kamer van Koophandel.

De rechter zal dan moeten onderzoeken of een vordering dan wel meerdere vorderingen, waarvoor ooit het hypotheekrecht dekking bood, niet langer bestaat/bestaan. Het enkele feit dat de vennootschap geregistreerd staat als vennootschap die is opgehouden te bestaan, kan daarop duiden. Een feitelijke dan wel een formele vereffenaar mag het immers tot zijn primaire taak rekenen alle (bekende) vorderingen volledig te innen. Maar de vordering kan ook over het hoofd zijn gezien of destijds als oninbaar zijn beschouwd.

Dat de schuld, tot zekerheid waarvan het hypotheekrecht is gevestigd, misschien toch nog niet is afgelost, noopte de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam in 2016 ertoe om voorwaarden te stellen aan haar verklaring dat de hypothecaire inschrijving waardeloos is.

Het gaat in deze zaak om een gedagvaarde, 26 jaar geleden ontbonden, stichting waarvan de voormalig vereffenaar inmiddels is overleden. De stichting verschijnt niet, waardoor voldaan was aan het vereiste dat de verklaring van waardeeloosheid niet namens de stichting is afgegeven. Als gevolg van deze 'weigering' kan de voorzieningenrechter ex art. 3:29 lid 1 jo. art. 3:274 lid 3 BW de hypothecaire inschrijving ambtshalve waardeloos verklaren. De verkopers/eisers zijn volgens de rechter aan te merken als onmiddellijk belanghebbenden. Zij hebben een spoedeisend belang omdat zij een contractuele boete van 10% van de koopsom zullen verbeuren aan de koper indien hun woning niet op een bepaald tijdstip 'vrij van hypotheek' aan de koper geleverd kan worden. De levering van de woning kan echter niet plaatsvinden omdat de notaris, belast met het transport, zich op het standpunt stelt dat het hypotheekrecht nog bestaat. Het vonnis is vanwege het spoedeisende belang uitvoerbaar bij voorraad verklaard en bevat de machtiging² aan de bewaarder van het kadaster over te gaan tot doorhaling van de waardeeloze hypothecaire inschrijving.

Aan de voorwaarden, die de voorzieningenrechter aan haar waardeeloosverklaring stelde, kon echter pas *na* de doorhaling van de hypothecaire inschrijving worden voldaan. Het ging om de volgende twee voorwaarden:

- (i) van de koopsom moet een bedrag van € 30.000 afgezonderd worden en achterblijven op de derdenrekening van de met het transport van de woning belaste notaris;
- (ii) eisers moeten met bekwame spoed een oproeping in een representatief dagblad plaatsen. Die oproeping moet een mededeling bevatten, inhoudende dat degenen die 'uit

hoofde van het onderhavige hypotheekrecht' rechten willen doen gelden ten aanzien van het bedrag van € 30.000, zich binnen een maand na oproeping moeten melden bij de advocaat van eisers. Het bedrag van € 30.000 mag pas worden uitgekeerd nadat daarover tussen betrokkenen overeenstemming is bereikt dan wel nadat de rechter daarover heeft beslist.³

Op deze wijze heeft de rechter iets wat lijkt op een verzetrecht gecreëerd. Ik betwijfel het nut ervan. Het vonnis vermeldt niets over de aanleiding voor het stellen van deze voorwaarden, zoals het eventuele bestaan van een tweede of derde hypotheek. Het is dan uitsluitend de ontbonden vennootschap/kredietverstrekker die rechten kan laten gelden uit hoofde van het hypotheekrecht en die vennootschap geeft juist 'niet thuis' als het gaat om het afgeven van de verklaring dat het hypotheekrecht teniet is gegaan. Met het stellen van de voorwaarden wordt ook niet meer zicht geboden op het antwoord op de vraag of de vordering al dan niet volledig door de vennootschap is geïnd dan wel of de verplichting tot doorhaling ten tijde van de feitelijke of formele vereffening over het hoofd is gezien.

In een recente zaak heeft de enig bestuurder/aandeelhouder (eiser sub 1) – die notabene zelf verantwoordelijk was voor het niet laten royeren – tezamen met zijn echtgenote en dochter de door hem ontbonden vennootschap gedagvaard.

Eiser sub 1 en zijn echtgenote (hierna ook: de ouders) willen een hypothecaire lening afsluiten, maar de bank weigert de lening te verstrekken, omdat uit het kadaster blijkt dat een hypotheekrecht rust op hun woning. De ouders hadden het bedrag van die lening willen doorlenen aan hun dochter. Zij zijn een kort geding gestart omdat zij met spoed de verklaring van de voorzieningenrechter nodig hebben dat de hypothecaire inschrijving ten aanzien van hun woning waardeeloos is. Hun dochter zal namelijk een contractuele boete van € 30.000 verbeuren als zij de door haar gekochte (andere) woning niet afneemt.

De voorzieningenrechter overweegt in r.o. 2.2 in samenhang met r.o. 3.2 dat het niet mogelijk is de

2. De rechter kan bepalen dat zijn of haar uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte (art. 3:300 BW).
3. Rb. Rotterdam 14 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10100.

ontbonden vennootschap – of eiseres sub 1, zijnde de enig bestuurder als vereffenaar van rechtswege namens haar – een verklaring van waardeloosheid van het hypotheekrecht te vragen, omdat een vennootschap is gedagvaard die vanaf het tijdstip van haar ontbinding niet meer bestaat. Hij verklaart de vordering van de eisers, voor zover gericht tegen de ontbonden vennootschap, daardoor niet-ontvankelijk. Eisers worden wel aangemerkt als onmiddellijk belanghebbenden in de zin van art. 3:29 lid 1 BW. Nu eisers aan de hand van de jaarrekening en liquidatiebalans konden aantonen dat op het tijdstip van ontbinding de hypothecaire lening volledig was afbetaald en het bestuur tot de conclusie is gekomen dat er op de datum van ontbinding geen baten meer aanwezig waren, is volgens de voorzieningenrechter voldoende vast komen te staan dat het hypotheekrecht van de ontbonden vennootschap teniet is gegaan en dat de inschrijving daarvan dus waardeloos is.⁴ De rechter verzoekt eisers in verband met het bepaalde in art. 3:29 lid 4 BW af te zien van hoger beroep waardoor er geen rechtsmiddel tegen dit vonnis openstaat en het vonnis per vonnisdatum in kracht van gewijsde gaat. De voorzieningenrechter verklaart de hypothecaire inschrijving ten behoeve van de vennootschap waardeloos in de zin van art. 3:29 BW en het vonnis uitvoerbaar bij voorraad. Eiser sub 1 wordt veroordeeld in de proceskosten (circa € 1.300).

Had eiser sub 1, in zijn hoedanigheid van vereffenaar van rechtswege, de in kort geding gedagvaarde vennootschap rechtsgeldig kunnen vertegenwoordigen? Ik denk het wel, want er viel nog ‘iets’ af te wikkelen en dus te vereffenen: de administratieve handeling door de bewaarder van het kadaster op instigatie van de door de vereffenaar in de arm genomen notaris. Wat hiervan zij, het gewenste praktische resultaat kon eenvoudig via de Boek 3 BW-route worden bereikt door de vennootschap als niet bestaand/weigerachtig te kwalificeren. Deze route biedt snel uitkomst, mits stukken kunnen worden overgelegd waaruit blijkt dat de schuld aan de vennootschap volledig is voldaan.⁵

3. Verklaring voor recht dat de vennootschap in liquidatie voortbestaat (art. 2:19 lid 5 BW)

Bevestigt de rechter ingevolge art. 2:19 lid 5 BW dat de vennootschap in liquidatie voortbestaat omdat er nog ‘iets’ af te wikkelen is, dan kan deze beschikking na bijvoorbeeld de toepassing van turboliquidatie een *overkill* aan verplichtingen meebrengen.⁶ Het gaat de verzoeker immers louter om de erkenning dat een vereffenaar bevoegd is de ontbonden vennootschap te vertegenwoordigen voor wat betreft:

- (i) het afleggen van de verklaring namens de vennootschap in liquidatie, inhoudende dat de schuld ten behoeve waarvan het hypotheekrecht strekt volledig is voldaan, en
- (ii) het overleggen van de bewijsstukken aan de met het opmaken van de roeyementsakte belaste notaris.

Na controle van met name deze stukken zal de notaris in staat zijn de roeyementakte op te stellen en daarmee de bewaarder van het kadaster te machtigen tot doorhaling.

4. Verzoek tot het ‘herleven’ van de vennootschap (art. 2:23c lid 1 BW)

Het *overkill*-argument doet zich niet voor bij de 23c-weg, omdat de rechter kan verklaren dat de vennootschap uitsluitend ‘herleeft’ met het oog op het bewerkstelligen van de doorhaling van de hypothecaire inschrijving. De toepassing van art. 2:23c lid 1 BW ligt echter op het eerste gezicht niet voor de hand. In de eerste plaats omdat deze route, evenals die van art. 2:19 lid 5 BW, veel tijd in beslag neemt en kostbaar is. In de tweede plaats omdat de belanghebbende bij het roeyement niet voldoet aan de eisen die gesteld worden aan een 23c-verzoeker: zij is geen schuldeiser die gerechtigd is tot het overschot.⁷ Dat een belanghebbende bij herleving – in casu dus de verkoper van een onroerend goed – schade dreigt te lijden als gevolg van het verzuim om de hypothecaire inschrijving te doen doorhalen, maakt haar nog niet bevoegd om een 23c-verzoek in te dienen omdat in de meeste gevallen de vereffening niet zal zijn geëindigd met een surplus.

4. Rb. Midden-Nederland 25 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2005, r.o. 3.4.
5. Zoals de meest recente jaarrekening. Zie Rb. Gelderland 18 april 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:2496.
6. Denk bijvoorbeeld bij turboliquidatie aan het opstellen en deponeren van een rekening en verantwoording (art. 2:23b BW) en de verplichting het faillissement van de ontbonden vennootschap aan te vragen (art. 2:23a lid 4 BW). Dit is anders indien de rechter de gerechtelijk vereffenaar ex art. 2:23a lid 3 BW het bevel geeft zich te beperken tot het bewerkstelligen van de doorhaling van de hypothecaire inschrijving.
7. Veel rechters lezen art. 2:23c lid 1 BW mijns inziens verkeerd: een 23c-verzoek kan worden ingediend door (i) een schuldeiser die achteraf opkomt terwijl de vereffening is geëindigd met een surplus, (ii) een saldogerechtigde die achteraf opkomt tegen de verdeling van het surplus en (iii) door een belanghebbende die van mening is dat de ontbonden vennootschap nog een bate of een potentiële bate heeft. Zie voor een andere lezing (met weglating van het geursiveerde) bijvoorbeeld: Hof Den Bosch 19 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1875, r.o. 4.9.2 en Hof Den Bosch 2 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:718, r.o. 2.4.2 (onderstreping van het woordje ‘of’).

Dit neemt niet weg dat de 23c-rechter een enkele keer de verzoeker de helpende hand heeft geboden. Het gaat om twee zeer oude⁸ uitspraken, een vrij oude uitspraak⁹ en twee meer recente uitspraken. Zo overwoog de rechtbank Noord-Holland in 2022 dat naar haar oordeel in dit geval de heropening van de vereffening met behulp van een *analoge toepassing* van art. 2:23c lid 1 BW kan worden bevolen waardoor de uitvoering van de administratieve royementshandeling mogelijk werd.¹⁰ Die beslissing loopt in de pas bij andere uitspraken.¹¹

5. Omissie voorkomen of eerder constateren

Voorkomen is beter dan genezen. In het kader van de vereffening zou de formele vereffenaar dan wel de bestuurder(s) als feitelijke vereffenaar(s) bij turboliquidatie standaard een controle kunnen uitvoeren in het kadaster of de vennootschap al dan niet betrokken is (geweest) bij een kadastrale inschrijving. Adviseert een notaris over het traject dat leidt tot ontbinding, dan zou hij – standaard – kunnen aanbieden uit te zoeken of er sprake is van een hypothecaire inschrijving. De KVK zou in de toelichting op haar formulier 17a en/of 17b de controle op een

waardeloze hypothecaire inschrijving onder de aandacht kunnen brengen.

Ik zie ook een reactieve rol weggelegd voor het kadaster. Het kadaster zou aan de KVK kunnen terugkoppelen dat in geval van een opgaaf van het ophouden te bestaan van een vennootschap en een hypothecaire inschrijving ten behoeve van haar, ‘iets vreemds aan de hand is’. Deze terugkoppeling geeft de KVK de mogelijkheid om contact te zoeken met degene die de opgaaf heeft gedaan. Op deze wijze is de KVK in staat maatregelen te treffen die ertoe strekken dat het handelsregister (en uiteindelijk ook het kadaster) juist en actueel is (art. 40 Hregw).

Samenvatting

In geval van een verzuimde doorhaling van een hypothecaire inschrijving ten behoeve van een ontbonden vennootschap kunnen belanghebbenden gebruikmaken van een Boek 3-route en van twee Boek 2-routes. In geval van een spoedeisend belang en het bestaan van stukken waaruit blijkt dat de vordering geheel is geïnd, heeft de Boek 3-kortgedingroute de voorkeur.

Mr. M.Y. Nethe*

* Verbonden aan de sectie Handelsrecht en Arbeidsrecht, Rijksuniversiteit Groningen.
(M.Y.Nethe@rug.nl)

8. Rb. Arnhem 6 november 1942, *NJ* 1943/335 en Rb. Den Haag 17 september 1947, *NJ* 1948/595. In beide zaken werd het verzoek gebaseerd op art. 56f K, de rechtsvoorganger van art. 2:23c lid 1 BW. In eerstgenoemde zaak werden verzoekers aangemerkt als schuldeisers en daarmee impliciet tot gerechtigden tot het surplus omdat zij door de niet-doorhaling schade zullen lijden. In de tweede zaak toetst de rechtbank alleen het belang van verzoeker. De voormalig vereffenaar, tevens bewaarder van de boeken, werd benoemd tot vereffenaar, maar uitsluitend om de doorhaling van de hypothecaire inschrijving te bewerkstelligen.
9. Rb. Dordrecht 24 juli 1991, ECLI:NL:RBDOR:1191:AC2164, *NJ* 1992/133, m.nt. J.M.M. Maeijer onder *NJ* 1992/132. Zie ook mijn *Ontbinding en vereffening*, 2013, p. 172-173 en p. 256-257.
10. Rb. Noord-Holland 13 juni 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:5089, r.o. 3.2. Zie ook Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13167, r.o. 2.2. De rechtbank benoemt de voormalig enig bestuurder tot vereffenaar.
11. Zo heeft de Hoge Raad overwogen dat een herleving ex art. 2:23c lid 1 BW eveneens mogelijk is als de afwikkelingshandeling niet leidt tot een vermeerdering van de boedel. Zie HR 26 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0214, *NJ* 1988/490 (*Van Heek*).