

OVERBRUGGINGSHYPOTHEEK, INHOUD EN AANDACHTSPUNTEN



A.H. (André) van Huffelen

Eigenaar *Tabellio* notarieel vastgoedadvies en redacteur van dit tijdschrift

1. Inleiding

In de notariële praktijk worden we regelmatig geconfronteerd met een overbruggingshypotheek. In dit artikel leg ik uit wat hier precies mee bedoeld wordt en hoe een en ander in de praktijk werkt. Ook besteed ik aandacht aan het feit dat de notaris in de knel kan komen als hij niet tijdig op de hoogte wordt gesteld van een overbruggingshypotheek en hoe de overdracht van het desbetreffende onderpand daarmee onder druk kan komen te staan. Ten slotte ga ik in op de problematiek die speelt in het geval dat de koopovereenkomst van de bestaande woning is ingeschreven in de openbare registers (*Vormerkung*) en de verkoper daarop een overbruggingshypotheek wil vestigen.

2. Wat is een overbruggingshypotheek?

Het eenvoudigste kan dit worden duidelijk gemaakt aan de hand van een voorbeeld. Veronderstel dat X eigenaar is van een woning (hierna: *de bestaande woning*). X besluit op een gegeven moment een andere woning (hierna: *de nieuwe woning*) van Y voor een koopprijs van € 500.000 te kopen. De overdracht van de nieuwe woning vindt plaats op 1 augustus. De bestaande woning verkoopt X aan Z voor een koopprijs van € 400.000. De overdracht van de bestaande woning is op 1 november. Op de bestaande woning rust een hypotheek met een restschuld van € 250.000. De netto-verkoopopbrengst (hierna: *het saldo*) is daarmee € 150.000.¹ Als X deze opbrengst in de nieuwe woning steekt, heeft hij voor het verschil een hypothecaire financiering van € 350.000 nodig.²

Als X eerst de bestaande woning aan Z zou overdragen, heeft hij het verkoopsaldo ter beschikking bij de overdracht van de nieuwe woning. Het restant kan hij voldoen door middel van de nieuwe hypothecaire geldlening. Vaak is het echter zo dat eerst de nieuwe woning wordt verkregen en pas daarna de bestaande woning van eigenaar wisselt.

In die situatie heeft X nog niet de beschikking over het saldo, althans niet 'in contanten'. Dit bedrag zit dan immers nog in de (nog niet overgedragen) bestaande woning. X zal de periode tussen de beide overdrachten dan ook financieel moeten overbruggen. Meestal sluit X in zo'n situatie een overbruggingslening af. Een externe financier (overigens vrijwel altijd dezelfde als degene die de hypothecaire financiering op de nieuwe woning verstrekt) verstrekt dan tijdelijk het benodigde bedrag (het saldo) met de afspraak dat deze overbruggingslening wordt afgelost bij de overdracht van de bestaande woning. Dan incasseert X immers de netto-verkoopopbrengst van Z. Anders gezegd, de financier verstrekt een voorschot omdat de overwaarde van de bestaande woning nog niet is vrijgekomen. Een overbruggingslening kan daarom alleen aan de orde zijn als er sprake is van een overwaarde op de bestaande woning.

In het algemeen, uitzonderingen daargelaten,³ zal de financier zekerheid willen hebben voor de terugbetaling van de overbruggingslening. Vaak wordt er daarom een (tweede) hypothecaire zekerheid gevestigd op de bestaande woning en niet zelden ook op de nieuwe woning. Er is dan sprake van een overbruggingshypotheek tot zekerheid voor de terugbetaling van de overbruggingslening voor het saldo.

Een overbruggingslening beslaat dus meestal een relatief korte periode. Bij de meeste geldverstrekkers geldt de regel dat de hoogte van de overbruggingslening maximaal 90% bedraagt van het getaxeerde bedrag van de bestaande woning minus de openstaande restschuld. Sommige geldverstrekkers zijn slechts bereid een overbruggingslening voor zes maanden te verstrekken. De maximale looptijd is vrijwel altijd twee jaar. Op het moment van overdracht van de bestaande woning wordt met de verkoopopbrengst de overbruggingslening direct in één keer boetevrij afgelost. Een overbruggingslening (of -krediet) kan daarom worden gekwalificeerd als een kortdurende, aflossingsvrije lening. De geldlener betaalt uitsluitend hypotheekrente. Die rente is in beginsel gewoon aftrekbaar voor de inkomstenbelasting.

¹ Bijkomende kosten, zoals bijv. de courtage van de verkopend makelaar, royementskosten etc. laat ik gemakshalve buiten beschouwing.

² Ook nu laat ik bijkomende kosten, zoals de overdrachtsbelasting, notaris- en kadasterkosten, afsluitprovisie etc. buiten beschouwing. Het gaat om het principe.

³ Bijv. wanneer de overbruggingslening een relatief laag bedrag betreft.

Niet voor een onbeperkte periode, maar – onder voorwaarden – voor maximaal drie jaar. Daarbij moet bedacht worden dat het rentepercentage over het algemeen een stuk hoger is dan de reguliere hypotheekrente. De bank heeft immers een hoger risico. De verkoop/overdracht van de bestaande woning moet immers wel doorgaan. Bovendien heeft de geldlener tijdelijk hogere maandelijkse woonlasten. Hij heeft nu immers te maken met drie hypothecaire leningen: de nieuwe hypotheek op de nieuwe woning, de huidige hypotheek op de bestaande woning én de overbruggingshypotheek. Ten slotte loopt hij het risico, in het ook wel voorkomende scenario dat de bestaande woning nog niet is verkocht op het moment dat de nieuwe woning moet worden afgenomen, dat de verkoopopbrengst van de bestaande woning lager is dan ingecalculleerd.

3. Toestemming eerste hypotheekhouder

Stel dat X op zijn bestaande woning een hypothecaire financiering heeft lopen bij financier 1. Voor de nieuwe woning besluit hij een lening aan te gaan bij financier 2. Omdat de bestaande woning pas wordt overgedragen na de verkrijging van de nieuwe woning, regelt X bij financier 2 tevens een overbruggingslening. Die verlangt daar een tweede hypotheek voor op de bestaande woning.

Tot aan de overdracht is de bestaande woning dan ook belast met een eerste hypotheek ten gunste van financier 1 en een tweede ten behoeve van financier 2. Bedacht moet worden dat financier 1 daarvoor toestemming moet verlenen. Vrijwel iedere financier bepaalt namelijk in zijn toepasselijke algemene hypotheekvoorwaarden dat de geldlener het onderpand niet zonder uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van de financier verder met hypotheek mag bezwaren op straffe van het opeisen van de lening. Verwacht mag worden dat ook de notaris, die de overbruggingshypotheek verzorgt, daar alert op zal zijn en serieus zal overwegen zijn medewerking te weigeren als cliënt niet wil dat die toestemming wordt gevraagd of als de toestemming niet wordt verleend of nog niet beschikbaar is.⁴

4. Informeren van de collega-notaris

Ik borduur nog even voort op het in paragraaf 1 gegeven voorbeeld. Laten we ervan uitgaan dat X eerst de nieuwe woning afneemt bij notaris A en drie maanden later de, al een half jaar geleden verkochte, bestaande woning overdraagt bij notaris B. Bij notaris A wordt tevens een overbruggingshypotheek op de bestaande woning gevestigd. Conform de voorschriften heeft notaris B bij de ontvangst van het getekende koopcontract een eerste kadastrale en hypothecaire inzage gedaan. Daarbij constateerde hij dat de bestaande woning eigendom is van X en dat deze woning belast is met (alleen) een hypotheek ten gunste van financier 1. De overbruggingshypotheek was nog niet zichtbaar om de eenvoudige reden dat die op dat moment nog niet gevestigd was.

Een notaris dient bij een overdracht normaliter (minimaal) drie keer ten aanzien van de onroerende zaak te onderzoeken en dan steeds zowel “kadastraal” als “hypothecair”. Het gaat daarbij om een zogenaamde eerste inzage (direct na de ontvangst van het koopcontract bij het openen van het dossier), een herrecherche (kort vóór het passeren van de leveringsakte) en een narecherche (de dag na het inschrijven van de leveringsakte in de openbare registers).⁵

Wanneer notaris B zich aan dit voorschrift houdt en hij niet door X op de hoogte wordt gesteld van het feit dat tussentijds de overbruggingshypotheek op de bestaande woning is gevestigd, ontstaat er een vervelende situatie. Notaris B zal de overbruggingshypotheek dan immers pas signaleren bij de herrecherche. De kort daarna geplande overdracht van de bestaande woning zal dan niet kunnen doorgaan. Notaris B beschikt immers niet over een aflosnota en een ondertekende royementsvolmacht van financier 2. Een buitengewoon onverkwikkelijke situatie voor alle betrokkenen.⁶

Hoe kan een dergelijke situatie worden voorkomen? Primair ligt het op de weg van X om notaris B mededeling te doen van het feit dat op de bestaande woning een extra hypotheek is of zal worden gevestigd. Die weet er dan (hopelijk) tijdig van en heeft bovendien de tijd om bij financier 2 de aflosnota en royementsvolmacht op te vragen. Van de notaris kan en hoeft niet verwacht te worden dat hij om de zoveel tijd recheckt om na te gaan of er wellicht nog mutaties zijn opgetreden, hoewel bij een lange periode tussen het tekenen van het koopcontract en de overdracht een tussentijdse recherche geen kwaad kan. Ik adviseer notarissen om die reden dan ook om in hun ontvangstbevestiging van het koopcontract aan de verkoper er uitdrukkelijk op te attenderen dat hij (de verkoper) de notaris tijdig en volledig moet informeren als hij van plan is om een overbruggingshypotheek af te sluiten.⁷ Ook kan de financier hier zelf de vinger aan de pols houden en, na opgave van de betrokken notaris door X, de notaris, die de overdracht verzorgt van de bestaande woning, uit eigen beweging informeren over de af te lossen overbruggingslening. In de praktijk zie ik dat overigens maar zelden gebeuren.

Verder pleit ik ervoor dat notarissen onderling collegialiteit tonen. Opnieuw aanhakend bij het hiervoor gegeven voorbeeld zou notaris A zijn collega (notaris B), die te zijner tijd de bestaande woning zal overdragen, kunnen

5 Zie art. 11 lid 1 van de ‘Verordening beroeps- en gedragsregels 2011’ van de KNB en het ‘Reglement recherchen registersgoederen’ van de KNB van 14 juli 2010.

6 Dat dit geen theoretische kwestie is, blijkt bijvoorbeeld uit Kamer voor het notariaat Amsterdam 11 februari 2014, ECLI:NL:TNOAMS:2014:4, waarbij deze problematiek zich in volle omvang voordeed. In die zaak werd geoordeeld dat de notaris op juiste wijze aan haar rechercheplicht had voldaan en dat het juist op de weg van de klaagster (de verkopster in casu) had gelegen om de notaris te informeren over de gevestigde overbruggingshypotheek.

7 Vanzelfsprekend legt de notaris daarbij uit wat het risico is wanneer de verkoper daar geen gehoor aan geeft.

4 Zie HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831 (Novitaris) en Hof Amsterdam 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1120. Mogelijk genuanceerder Hof Amsterdam 25 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2128.

informereren over het feit dat op de bestaande woning een overbruggingshypotheek is gevestigd. Niet uit te sluiten valt immers dat de cliënt in kwestie vergeet dit te doen. Ik heb er zelf een gewoonte van gemaakt om dit te doen onder verstrekking van de relevante gegevens.

Nu zou men zich kunnen afvragen of notaris A hiermee in strijd handelt met zijn geheimhoudingsplicht (art. 22 Wna in verband met art. 49 Wna). Het ambtsgeheim van de notaris is onmisbaar om een vertrouwensrelatie tussen de notaris en de cliënt te creëren.⁸ Ik meen dat er bij het informeren van een collega in deze context geen sprake is van een schending van de geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht ziet op zaken die vertrouwelijk aan een notaris ter kennis zijn gebracht. Het gaat hier om een hypotheek, die slechts tot stand kan komen door een inschrijving in de door iedereen te raadplegen openbare registers.⁹ Zodra deze stukken zijn gepubliceerd en de inhoud daarvan voor iedereen waarneembaar is, kan niet meer van een vertrouwelijk karakter worden gesproken. Van toevertrouwen aan de notaris van daarin opgenomen informatie is dan geen sprake meer.¹⁰ Het is bovendien evident dat een dergelijke collegiale melding bij uitstek in het belang is van de cliënt in kwestie. Verder is dit dilemma voor notaris A eenvoudig op te lossen door met de cliënt te bespreken dat hij voornemens is, in het belang van een soepele overdracht van de bestaande woning straks, notaris B over de overbruggingshypotheek te informeren. Ik kan mij niet voorstellen dat er een cliënt is die daar bezwaar tegen zal hebben, maar mocht dat bij wijze van uitzondering toch het geval zijn, dan is het risico dat pas bij de herrecherche de overbruggingshypotheek aan het licht komt en de overdracht dus niet door kan gaan voor hem.

5. Overbruggingshypotheek en Vormerkung

Nog één aspect wil ik belichten. Kan een overbruggingshypotheek worden gevestigd als de koop van de bestaande woning is ingeschreven in de openbare registers?

Zoals bekend, kan een koop van een registergoed, ongeacht de aard van het registergoed (grond, woning of bedrijfspand) en de hoedanigheid van de koper (consument of professional), worden ingeschreven in de openbare registers, de zogenaamde *Vormerkung* (art. 7:3 BW). Het doel van deze inschrijving is, kort gezegd, meer zekerheid te geven dat een beoogde overdracht daadwerkelijk doorgang vindt door de werking van aan de kant van verkoper mogelijk optredende calamiteiten te elimineren.¹¹

Daarbij valt te denken aan zaken als een na de inschrijving van de koop tot stand gekomen vervreemding of bezwaring door de verkoper, een na de inschrijving gelegd (executoriaal of conservatoir) beslag of een faillissement van de verkoper.¹² Tegen een koper wiens koop is ingeschreven kunnen dergelijke zaken niet worden ingeroepen.

Wanneer de koper van de bestaande woning de koop heeft laten inschrijven in de openbare registers en de verkoper wil daarna een overbruggingshypotheek vestigen, ontstaat er in theorie dus een probleem. Als op het moment van overdracht de overbruggingslening onverhoopt niet zou kunnen worden afgelost, kan de koper namelijk levering vrij van hypotheek afdwingen op basis van de bescherming die de *Vormerkung* hem biedt. De overbruggingshypotheekhouder zal dus het veld moeten ruimen, zij het dat de schuldverhouding in stand blijft.¹³ Het is daarom de vraag of een financier bij een ingeschreven koop nog wel bereid is een overbruggingsfinanciering te verstrekken. Het is immers niet zeker dat de overbruggingslening wordt afgelost bij de verkoop van de bestaande woning, terwijl het hypotheekrecht ter ziele zal gaan.

Is er een oplossing voor dit probleem? Ja, die is er. In de eerste plaats wordt wel aangenomen dat de koper van de bestaande woning, die ná de inschrijving van de koop toestemming verleent voor het vestigen van de overbruggingshypotheek, daarmee rechtsgeldig afstand doet van zijn alsdan verkregen beschermingsrechten uit hoofde van de *Vormerkung*. Hoewel daar bij mijn weten nog geen uitspraak van de rechter over is geweest, zijn Heyman & Bartels van mening dat dit zo werkt.¹⁴ Wat deze oplossing enigszins onzeker maakt, is dat gesteld zou kunnen worden dat er bij deze variant een bres wordt geslagen in de dwingendrechtelijke bescherming van de koper.¹⁵

Een andere en betere mogelijkheid is dat – in ons voorbeeld – X een (openbaar) pandrecht aan de overbruggingsfinancier verleent op de vordering tot betaling van (het na aflossing van de eerste hypotheekhouder resterende gedeelte van) de koopprijs. Daarbij moet dan tevens

¹² Art. 7:3 lid 3 BW.

¹³ Zie Rb. Zutphen 31 augustus 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX8117.

¹⁴ Zie H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Overbruggingshypotheek en Vormerkung', WPNR 2006/6654. Zij stellen dat men niet kan overeenkomen dat de koper een dwingendrechtelijk toegekende bescherming niet zal verkrijgen. Is die bescherming echter eenmaal verkregen, dan zou daar wel afstand van gedaan kunnen worden, omdat de beschermde daarover in alle vrijheid kan beslissen.

¹⁵ Deze bescherming geldt bij de koop van een tot woning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan door een consument-koper; zie art. 7:3 lid 1 laatste volzin BW. Vgl. A.L.M. Keirse e.a., *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. In dit rapport wordt tevens de suggestie gedaan om het via een rangwisseling (art. 3:262 BW) mogelijk te maken om een posterieure hypotheek van rang te laten wisselen met een ingeschreven koop. De huidige wettelijke regeling voorziet hier niet in, nu het moet gaan om twee hypotheeken of een hypotheek en een ander beperkt recht.

⁸ Melis/Waaijer, *De Notariswet*, 2012 (achtste druk), par. 12.2.

⁹ Zie de artikelen 3:89 en 3:98 BW.

¹⁰ Melis/Waaijer, *De Notariswet*, 2012 (achtste druk), par. 12.5.2.

¹¹ Terzijde: Ik verbaas mij erover dat in de praktijk relatief weinig gebruik van deze mogelijkheid wordt gemaakt. Makelaars attenderen niet altijd op deze mogelijkheid, zodat in het koopcontract de keuze wel/niet inschrijven niet wordt gemaakt, of vullen min of meer automatisch in dat de koop niet wordt ingeschreven. Ik adviseer om de mogelijkheid om de koop in te schrijven in dergelijke situaties nog eens expliciet onder de aandacht van partijen te brengen.

worden afgesproken dat het geldverkeer op de gebruikelijke manier plaatsvindt via de derdengeldenrekening van de notaris.¹⁶

In de praktijk wordt met een dergelijke verpanding gewerkt. Zo komt in de model-hypothekakte van Obvion bijv. de volgende passage voor:

“Inschrijving koop overbruggingsonderpand

*De koop, zoals bedoeld in de Koopovereenkomst de dato *, is ingeschreven op het kantoor van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers op * in register Hypotheken 4, deel *, nummer *.*

Voor zover geldnemer het hiervoor onder Overbruggingshypothek omschreven onderpand heeft verkocht en deze koop is ingeschreven in de openbare registers zoals bedoeld in artikel 7:3 Burgerlijk Wetboek, geeft geldnemer hierbij, tot meerdere zekerheid als hiervoor onder Overbruggingshypothek omschreven, in pand aan geldgever, die dit pandrecht aanvaardt:

- i) alle rechten, aanspraken en vorderingen die geldnemer heeft of te eniger tijd zal verkrijgen jegens de koper van bedoeld onderpand; en*
- ii) alle rechten, aanspraken en vorderingen die geldnemer heeft of te eniger tijd zal verkrijgen jegens de betrokken notaris tot betaling van de koopprijs van bedoeld onderpand.*

Geldnemer is tot deze verpanding bevoegd en op de vordering tot betaling van de koopprijs rust geen beperkt recht noch beslag. Zonder schriftelijke toestemming van geldgever is geldnemer niet bevoegd zijn genoemde be-

staande of toekomstige vorderingen ter zake de verkoop aan derden over te dragen respectievelijk te leveren of hierop een beperkt recht ten behoeve van een ander dan geldgever te vestigen.

Geldnemer verplicht zich hierbij jegens geldgever aan de betrokken notaris mededeling te doen van de onder ii) vermelde verpanding.

Geldgever blijft bovendien te allen tijde bevoegd de mededelingen van de onder i) en ii) vermelde verpandingen zelf te doen.”

6. Ten slotte

Aan de overbruggingshypothek zitten, zowel praktisch als juridisch, meer haken en ogen dan men op het eerste gezicht misschien zou verwachten.

In dit artikel heb ik enkele aandachtspunten de revue laten passeren. Ik heb daarbij met name laten zien dat het van groot belang is dat de notaris, die belast is met de overdracht van een pand waarop een overbruggingshypothek wordt gevestigd, tijdig op de hoogte raakt van het feit dat er sprake is van een overbruggingshypothek. Notarissen kunnen elkaar op dit punt van dienst zijn.

Verder heb ik aandacht besteed aan de vraag hoe de regeling van de *Vormerkung* zich verhoudt tot de gangbare praktijk van de overbruggingshypothek. Het vestigen van een pandrecht op de vordering tot betaling van de koopprijs lijkt de meest geëigende oplossing om beide rechtsfiguren niet met elkaar te laten conflicteren.

¹⁶ Heyman & Bartels 2006.

VOORINK ADVOCATEN

*het vaste advocatenkantoor van de
Bond van Medewerkers in het Notariaat*

wekelijks gratis telefonisch spreekuur voor leden : dinsdag 10.00 – 11.00 uur

Zaadmarkt 105 | Postbus 8 | 7200 AA Zutphen

T 0575 545455 | F 0575 543566 | E info@voorinkadvocaten.nl

www.voorinkadvocaten.nl