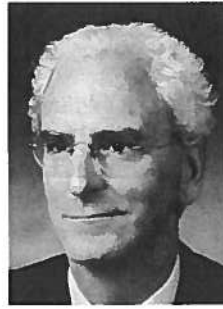


# De Vormerkung “kaltgestellt”?

## Een tweede arrest over derdenbeslag onder de koper na Vormerkung

(n.a.v. HR 12 juli 2013, ECLI:HR:2013:BZ9959)



Prof. mr. H.W. Heyman\* Prof. mr. S.E. Bartels\*\*

### 1. Inleiding

In zijn arrest van 8 oktober 2010 besliste de Hoge Raad dat de bescherming door de Vormerkung tegen beslagen door schuldeisers van de verkoper zich niet uitstrekt tot het derdenbeslag onder de koper op de vordering van de verkoper tot betaling van de koopprijs.<sup>1</sup> De vraag die toen resteerde was: treft een dergelijk beslag (i) de volledige koopprijs of (ii) alleen het gedeelte dat niet nodig is voor voldoening van de hypotheek en beslagen die dateren van vóór de Vormerkung, hierna aan te duiden als het surplus?

In het eerste geval kan de koopprijs niet naar de notaris worden overgemaakt, waardoor de uitvoering van de koopovereenkomst stagneert en deze zal moeten worden ontbonden. De verkoper zal dan tevens de boete verbeuren, aangezien het beslag als oorzaak van de ontbinding in zijn risicosfeer valt. Ontbinding van de koop heeft weliswaar tot gevolg dat daarmee de vordering van de verkoper waarop het beslag rust verdwijnt – waardoor dit beslag als het ware zijn eigen object vernietigt – maar met de koopovereenkomst vervalt ook de Vormerkung en daarmee tevens de achterstelling van het posterieure beslag bij de anterieure beslagen op het vastgoed. Het nut van het derdenbeslag, dat zelf dus niet tot verhaal kan leiden, is dus dat (het effect van) de Vormerkung wordt weggepoetst waardoor de schuldeiser zich weer normaal op het vastgoed kan verhalen.

In het tweede geval zal het derdenbeslag – door de rechter of door partijen in overleg – kunnen worden opgeheven als er voldoende garantie wordt geboden voor het verhaal door de beslaglegger op het surplus dat zich onder de notaris bevindt. De koopovereenkomst kan dan verder normaal worden afgewikkeld. Nadeel is dat de oneigenlijke achterstelling van de posterieure beslaglegger in stand blijft, voordeel dat het uiteindelijke doel van de Vormerkung – zij het met enige complicatie en vertraging – overeind blijft. In de eerste benadering is dat niet het geval. Van de werking van de Vormerkung blijft niets over. Weliswaar is ook dan uitvoering van de koop soms nog wel mogelijk, maar niet dankzij (eerder ondanks) de Vormerkung. De vraag was dus: welke benadering is geldend recht?

De eerste benadering werd verdedigd door Broekveldt met als voornaamste argument dat het toch niet zo kan zijn dat de wetgever door introductie van de Vormerkung terloops zonder behoorlijke argu-

mentatie tevens de wettelijke rangorde van verhaalzoekende schuldeisers heeft willen doorbreken.<sup>2</sup> Wij kozen na een uitvoerige analyse voor de tweede oplossing. Tegenover het argument van Broekveldt stelden wij dat het toch ook niet goed denkbaar is dat de wetgever bedoeld kan hebben om met de ene hand een beschermingsregeling te bieden en die tegelijk met de andere hand weer weg te nemen door de beslaglegger er op te wijzen<sup>3</sup> dat hij door derdenbeslag onder de koper te leggen de hele regeling eenvoudig kan frustreren. Wij kwamen tot de conclusie dat de achterstelling van de posterieure bij de anterieure beslaglegger inderdaad een ongewenste en onbedoelde bijwerking is van de Vormerkung die door de wetgever moet worden opgelost, maar dat die constatering niet betekent dat naar geldend recht aan de door de wet beoogde bescherming tegen beslag het effect kan worden ontnomen.<sup>4</sup> In zijn op 12 juli van dit jaar gewezen arrest heeft de Hoge Raad die laatste benadering, die door de feitenrechters was gevolgd, echter verworpen door te beslissen dat de opheffing door het hof van het derdenbeslag onder de koper op de (enkele) grond dat anders de bescherming door de Vormerkung zou worden gefrustreerd berust op een onjuiste rechtsopvatting.

In deze bijdrage bespreken wij de betekenis van het arrest voor de beslaglegger, de koper en de wetgever. Aangezien wij in onze eerdere publicaties al uitvoerig op de consequenties van de thans door de Hoge Raad aanvaarde opvatting zijn ingegaan, zullen wij ons commentaar thans beperkt houden onder verwijzing naar hetgeen wij eerder schreven.

\* Emeritus hoogleraar notarieel en burgerlijk recht te Utrecht en oud-notaris te Rotterdam.

\*\* Hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen en lid van het dagelijks bestuur van het Onderzoekcentrum voor Onderneming & Recht (OO&R).  
([S.Bartels@jur.ru.nl](mailto:S.Bartels@jur.ru.nl))

1. *NJ* 2012/211 (Van den Berg/Bernhard), m.nt. Jac. Hijma en A.I.M. van Mierlo, *JOR* 2010/333, m.nt. S.E. Bartels.
2. L.P. Broekveldt, *Vormerkung, beslag, rangorde en de notaris*, *Ars Notariatus* 144, Deventer 2010.
3. *Kamerstukken II* 1992/1993, 23 095, nr. 3, p. 10; *Kamerstukken II* 2000/2001, 23 095, nr. 10, p. 30.
4. H.W. Heyman en S.E. Bartels, *De bescherming van de Vormerkung naar geldend en naar wenselijk recht*, *NTBR* 2011/26. Zie ook ons boek, *Vastgoedtransacties; koop*, Den Haag 2012.

## 2. Het arrest

De casus is – iets vereenvoudigd – als volgt. V heeft een vastgoed verkocht aan K, dat voordat de koopovereenkomst werd ingeschreven in de openbare registers op grond van art. 7:3 lid 1 BW (Vormerkung) was 'bezwaard' met een hypotheek en twee beslagen. Na de Vormerkung worden nog twee beslagen gelegd. Een van deze posterieure beslagleggers (B) legt tevens derdenbeslag onder de koper en onder de notaris. K verzoekt in kort geding opheffing van het onder hem gelegde derdenbeslag. De voorzieningenrechter beslist dat het beslag niet in de weg staat aan storting van de koopsom onder de notaris mits wordt voldaan aan een aantal voorwaarden die de strekking hebben om het verhaal van B op het surplus veilig te stellen. In hoger beroep ziet het hof dit als een (geclausuleerde) opheffing van het beslag en bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter. Het hof overwoog daarbij (voor zover hier van belang) dat handhaving van het beslag de afwikkeling van de koopovereenkomst onmogelijk zou maken, waardoor afbreuk zou worden gedaan aan de door de Vormerkung beoogde bescherming van de koper. Indien door een dergelijk beslag een patstelling ontstaat die aan levering in de weg staat, moet volgens het hof het belang van de koper bij levering prevaleren boven het belang van de schuldeiser van de verkoper bij handhaving van het beslag. Het hof voegde daar nog aan toe dat afweging van het belang van de koper tegen dat van de beslaglegger er toe kan leiden dat het beslag moet worden opgeheven voor zover dit aan levering in de weg staat.

In cassatie voert de beslaglegger aan dat deze beslissing strijdt met de strikte uitleg die de Hoge Raad in zijn arrest van 8 oktober 2010 heeft gegeven aan art. 7:3 BW. De Hoge Raad acht in navolging van de conclusie van de A-G Rank-Berenschot het cassatiemiddel gegrond en geeft de beslaglegger gelijk. De motivering bevat niet veel meer dan een samenvatting van de kernoverweging van het arrest van 2010. Toch blijkt uit dit arrest – meer dan uit dat van 2010 – dat opheffing van een derdenbeslag onder de koper in de gegeven omstandigheden op zichzelf niet is uitgesloten, maar dat dit alleen niet kan worden gemotiveerd met het (enkele) argument dat anders afbreuk zou worden gedaan aan de werking van de Vormerkung. Nodig is een afweging van de belangen van de koper tegen die van de beslaglegger, waarbij niet het belang van de koper reeds moet prevaleren vanwege de Vormerkung. De A-G geeft dit in haar conclusie duidelijk aan in par. 2.8, waar zij schrijft:

“Indien het hof heeft aangenomen dat het enkele gegeven dat het derdenbeslag onder verweerdere [kopers, HH/SB] de levering van het registergoed feitelijke onmogelijk maakt, reeds voldoende grond is voor opheffing van het onder verweerdere gelegde derdenbeslag, dan is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het hof is uitgegaan van een juiste rechts-

opvatting, en het hof derhalve mede de verhaalsbelangen van eiser [de beslaglegger, HH/SB] in aanmerking heeft genomen, is het oordeel van het hof in elk geval onvoldoende gemotiveerd.”

Het hof heeft wel overwogen dat een dergelijke belangenafweging kan meebrengen dat het beslag moet worden opgeheven, maar het heeft die afweging niet gemaakt, althans die teveel in de sleutel van de Vormerkung geplaatst.

Duidelijk is dat de bedoelde belangenafweging juist geheel los moet staan van de Vormerkung. Hiermee wordt onomwonden gekozen voor de onder 1 genoemde benadering van Broekveldt. Uitgangspunt dient volgens de A-G te zijn

“dat de bescherming van de koper in zijn belang bij daadwerkelijke nakoming van de koopovereenkomst niet ten koste dient te gaan van het recht van een schuldeiser van de verkoper om zijn vordering overeenkomstig haar rang uit het vermogen van de verkoper voldaan te krijgen”.<sup>5</sup>

Dat doel wordt niet bereikt door een beslag onder de notaris aangezien dat volgens de A-G beperkt is tot het surplus.<sup>6</sup>

Het arrest legt hiermee een ernstig manco in de regeling van Vormerkung bloot. De wetstoepasser wordt gedwongen een keuze te maken uit twee kwaden: (i) terzijdestelling van door de wetgever beoogde bescherming van de koper of (ii) aanvaarding van door de wetgever niet beoogde benadeling van schuldeisers van de verkoper. Dat voor het eerste wordt gekozen valt op zichzelf te billijken – je moet nu eenmaal iets kiezen – maar wij houden er moeite mee dat die keuze wordt gebaseerd op de wetsgeschiedenis. Dat de wetgever bij zijn regeling van de Vormerkung diezelfde keuze (bewust) zo zou hebben gemaakt en daarmee (bewust) zijn eigen regeling zou hebben willen ondergraven, blijft voor ons uitermate onwaarschijnlijk. Aannemelijker lijkt dat de wetgever de problematiek niet voldoende heeft doordacht en de consequentie van zijn opmerking dat de verhaalzoekende schuldeiser van de verkoper door de Vormerkung niet wordt benadeeld, omdat hij beslag kan leggen onder de koper en de notaris, niet heeft overzien. Nu de minister in zijn brief van 20 december 2011 naar aanleiding van de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken heeft aangegeven het onderhavige probleem te zullen

5. Conclusie onder 2.7.

6. Conclusie onder 2.5. Dit is een niet onbelangrijke constatering aangezien volgens Broekveldt ook het beslag onder de notaris de volledige koopprijs treft, *Ars Notariatus* 144, Deventer 2010, par. 8.3.1. De Hoge Raad hoefde zich hierover niet uit te spreken.

oplossen, wordt het tijd dat deze belofte wordt ingelost.<sup>7</sup> Wij zien het recente arrest als een aansporing daartoe.<sup>8</sup>

Wij keren nog even terug naar het arrest voor een niet onaardige toegift. De uitspraak van de Hoge Raad heeft de beslaglegger namelijk uiteindelijk geen baat gebracht. Na het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis van de voorzieningenrechter heeft overeenkomstig die uitspraak levering en betaling plaatsgehad. Daardoor is de vordering van de verkoper waarop het beslag rustte teniet gegaan. Ondanks de vernietiging van het opheffingsvonnis kon het beslag nu niet meer herleven, omdat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagobject die intreden tussen de opheffing van het beslag en de vernietiging van het opheffingsvonnis volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad moeten worden geëerbiedigd.<sup>9</sup> De gedane zaak (levering en betaling) nam dus ondanks het arrest geen keer. De vernietiging van de opheffingsuitspraken van rechtbank en hof had alleen tot gevolg dat de koper alsnog werd veroordeeld in de proceskosten. Voor het onderwerp van deze bijdrage is het niet relevant, maar niet zonder belang is dat de rechtspraak over vernietiging en herleving van beslag die tot heden betrekking had op beslag op onroerende zaken ook van toepassing is op beslag op vorderingen.

### 3. Advies aan de beslaglegger

In welke gevallen heeft het nu zin voor een schuldeiser van de verkoper om derdenbeslag te leggen onder de koper? Dat is alleen het geval als daardoor de feitelijke achterstelling als posterieure beslaglegger op het vastgoed ten opzichte van anterieure beslagleggers kan worden weggewerkt. Dat doet zich alleen voor als het surplus onvoldoende is en tevens aan ten minste een van de vordering(en) van de anterieure beslaglegger(s) geen hogere rang toekomt dan aan de vordering van de posterieure beslaglegger indien een executieopbrengst zou moeten worden verdeeld. Voor nadere onderbouwing en uitwerking verwijzen wij naar onze eerdere publicaties.<sup>10</sup> Als aan die voorwaarden niet is voldaan brengt het wegwerken van de Vormerkung de posterieure beslaglegger immers geen enkel voordeel. In dat geval levert het leggen van beslag, dat zelf niet tot verhaal kan leiden, misbruik van bevoegdheid op en zal het moeten worden opgeheven. Het onderhavige arrest en zeker de conclusie van de A-G maken nog eens duidelijk dat dan de ratio aan het beslag ontvalt. Het vertragen of zelfs onmogelijk maken van de afwikkeling van de koop is dan onrechtmatig en zal de beslaglegger schadeplichtig (kunnen) maken jegens de koper en/of de verkoper. Wij denken aan het geval dat het beslag ertoe leidt dat de verkoper niet tijdig kan leveren en daardoor de boete verbeurt, dat de verkoper niet tijdig een ander door hem gekocht vastgoed kan afnemen, dat de koper zijn oude huis moet verlaten terwijl hij het nieuw aangekochte nog niet kan betrekken, dat zijn hypotheekofferte verloopt etc.

Het rauwelijks leggen van derdenbeslag is dus niet aan te bevelen. Is wel aanleiding voor een derdenbeslag onder de koper dan zal het verstandig zijn om tevens beslag op het vastgoed te leggen om te kunnen waarmaken dat het derdenbeslag dient om dat post-Vormerkungsbeslag op het vastgoed van zijn achterstelling te ontdoen. Beslag onder de notaris is dan niet nodig, immers deze zal toch geen koopsom ontvangen. In het geval er geen reden is voor een beslag onder de koper zal wel beslag moeten worden gelegd onder de notaris om verhaal te kunnen nemen op het surplus van de koopsom.<sup>11</sup>

### 4. Advies aan de koper en verkoper

De bescherming van de Vormerkung tegen beslag is lang niet in alle gevallen waardeloos geworden. Niet kan dus worden gezegd dat de Hoge Raad de Vormerkung geheel heeft 'kaltgestellt'. Onder 3 is al aangegeven onder welke omstandigheden het beslag onder de koper in elk geval moet worden opgeheven. Zo behoudt de Vormerkung in het meest voorkomende geval dat het verkochte vastgoed alleen is bezwaard met een eerder gevestigde hypotheek haar normale werking met betrekking tot een later gelegd beslag. Het wegpoetsen van de Vormerkung via derdenbeslag onder de koper levert dan immers niets op. Wij zagen dat dit ook in een aantal andere situaties het geval is. Maar ook als die zich niet voordoen en de beslaglegger op zichzelf wel degelijk belang heeft bij zijn beslag, kan het zijn dat het belang van de koper zwaarder weegt. Die weging is voorbehouden aan de rechter.<sup>12</sup>

Als het beslag niet wordt opgeheven, zou de koper nog kunnen overwegen om het faillissement van de verkoper uit te lokken. Dan vervallen alle beslagen, terwijl het de Vormerkung wel beschermt tegen faillissement van de verkoper (art. 7:3 lid 3 sub g BW). De ongelijkheid tussen de beslagleggers vervalt (daarmee) eveneens.<sup>13</sup>

Ook is denkbaar dat de hypotheekhouder tot executie besluit en op verzoek van de verkoper of op zijn eigen verzoek onderhands via art. 3:268 lid 2 BW verkoopt aan de oorspronkelijke koper. Als die bereid is (ongeveer) de eerder met de verkoper

7. Van de vele aanbevelingen ter verbetering van de Wet koop onroerende zaken (2003) is dit het enige punt dat de minister bereid is aan te pakken. Zie *Kamerstukken II* 2011/2012, 32 320, nr. 2.

8. Zie Keirse/Van Oostrom e.a., *Rapportage Wet Koop onroerende zaken; de evaluatie*, WODC, Den Haag 2010 en voor een kritische reactie op de brief van de minister S.E. Bartels, De Minister van Veiligheid en Vormerkung, *NTBR* 2012/27.

9. De relevante arresten worden door de Hoge Raad vermeld.

10. Zie vooral ons artikel in *NTBR* 2011/26, par. 4.3.

11. HR 6 februari 2009, *NJ* 2009/344, *LJN* BG5850.

12. Art. 705 Rv en conclusie A-G onder 2.8.

13. Zie ons artikel in *NTBR* 2011/26, par. 4.3 en de conclusie van de A-G onder 2.7.

overeengekomen prijs te betalen, is er een goede kans dat die hoger zal zijn dan de verwachte veilingopbrengst, zodat alle betrokken daarbij belang hebben.

Al met al zijn er ook na het arrest van 2013 – ook in de situatie dat er anterieure beslagen zijn en de bescherming door de Vormerkung door het beslag onder de koper vervalt – voor de koper nog een aantal kansen dat hij het gekochte vastgoed toch zal kunnen verkrijgen. In die zin is de uitspraak minder dramatisch dan zij op het eerste gezicht lijkt, ook al wordt daardoor een flinke bres geslagen in de werking van de Vormerkung. Deze bres is naar onze mening evenmin als het onderscheid tussen anterieure en posterieure beslagleggers door de wetgever bedoeld.

##### 5. Advies aan de wetgever

De Hoge Raad confronteert ons met een recente wettelijke bescherming van de koper van vastgoed waaraan vanwege een onvoorzien manco een belangrijk deel van haar werking wordt ontnomen. De regeling leidt daardoor bovendien tot ingewikkelde en kostbare juridische problemen, extra belasting van het gerechtelijk apparaat en een – zeker in dit tijdsgewricht – onwenselijke belemmering van het vastgoedverkeer. Zo maakt de regeling het in bepaalde gevallen noodzakelijk dat behalve beslag op het vastgoed tevens beslagen worden gelegd onder de koper en de notaris en kan zij – zoals wij zagen – zelfs een prikkel opleveren om het faillissement van de verkoper uit te lokken. Behalve uit een oogpunt van kostbare juridische complicaties is het ook onwenselijk dat de koper wordt betrokken in de financiële perikelen van zijn verkoper. Voor beide partijen is dat gênant en het vertroebelt de contractuele relatie. Alleen al daarom dient dat zo veel mogelijk te worden vermeden. Ten slotte hebben we geconstateerd dat het niet doorgaan of de vertraging van de afwikkeling van de koop voor beide partijen tot schade kan leiden, ook niet iets waarop we in een toch al moeizame vastgoedmarkt zitten te wachten. Men zou nog kunnen denken: laten partijen dan afspreken dat geen Vormerkung zal plaatshebben of dat deze niet zal beschermen tegen beslag. Als het gaat om de koop van een woning door een particuliere koper is dat echter geen geldig beding (art. 7:3 lid 1 BW).

Kortom: er moet nu echt wat gedaan worden. Duidelijk is waar de pijn zit: de wetgever zal de verstoring van de rangorde tussen de verhaal zoekende schuldeisers van de verkoper moeten opheffen. Maar hoe doe je dat met instandhouding van de bescherming van de Vormerkung?

Wij zien daarvoor eigenlijk maar één echte oplossing: de koop wordt afgewikkeld als ware het een executieverkoop met rangregeling, zuivering e tutti quanti. De notaris zal in de praktijk in overleg met partijen trachten tot een onderhandse rangregeling te komen, zoals ook nu gebruikelijk is bij een executoriale verkoop. Lukt dat niet dan moet de rangrege-

ling door de rechter worden vastgesteld. De bestaande wettelijke regeling voor executie kan (analogisch) van toepassing worden verklaard. Dat lijkt op het eerste gezicht een zware ingreep in het beslagrecht, maar bij nader inzien valt dat mee, omdat ook naar geldend recht verhaal zoekende schuldeisers genoe-gen moeten nemen met de verdeling, ieder naar zijn rang, van een marktconforme koopprijs. Het vasthouden aan hypotheeken en beslagen levert in zo'n situatie misbruik van bevoegdheid op. Dat geldt zowel voor beslagleggers als voor hypotheekhouders.<sup>14</sup>

Vindt de wetgever dit toch te ver gaan, dan resteren alleen minder fraaie oplossingen die in feite neerkomen op een keuze tussen de hiervoor onder 1 genoemde twee benaderingen:

1. De wetgever kan zich aansluiten bij de weg die de Hoge Raad thans is ingeslagen en de bescherming van de Vormerkung beperken tot de situatie waarbij zich geen verstoring van de rangorde tussen anterieure en posterieure beslagen voordoet. Als de wet dat bepaalt, is de omweg via het beslag onder de koper niet meer nodig. Ook beslag onder de notaris is dan overbodig, het beslag op het vastgoed wordt niet door de Vormerkung getroffen en heeft zijn normale werking. Ten opzichte van de thans ontstane situatie zou dit in elk geval een belangrijke vereenvoudiging betekenen en kostbare juridische acties onnodig maken. Wetstechnisch lijkt het een betrekkelijk eenvoudige en niet erg ingrijpende operatie.
2. Een andere oplossing zou zijn dat de wet bepaalt dat Vormerkung ook beschermt tegen een beslag onder de koper en dat de posterieure beslaglegger alleen verhaal heeft op het surplus. Ter vermijding van de noodzaak van beslagen onder de koper en de notaris dient tevens te worden bepaald dat het posterieure beslag op het vastgoed van rechtswege wordt omgezet in een beslag op de koopprijs. Nadeel is dat de ongelijkheid tussen de schuldeisers van de verkoper dan moet worden geaccepteerd.

Het vorenstaande bevat niet meer dan suggesties voor mogelijke oplossingen met als doel om een verdere gedachtewisseling daarover op gang te brengen. Over de uiteindelijke wenselijkheid en haalbaarheid zal dieper moeten worden nagedacht dan in het bestek van deze bijdrage mogelijk is.

14. Zie ons artikel in *NTBR* 2011/26, par. 7. Men kan zich hierbij nog afvragen of deze oplossing beperkt moet blijven tot het geval waarin de Vormerkung leidt tot verstoring van de rangorde van anterieure en posterieure beslagleggers. Denkbaar is ook dat elke onderhandse verkoop van een registergoed dat bezwaard is met één of meer hypotheeken en/of beslagen op die wijze wordt afgewikkeld. Aan de Vormerkung als bescherming tegen beslag zou dan geen behoefte meer bestaan.