

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65006>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-23 and may be subject to change.

|                         |   |
|-------------------------|---|
| <b>Publicatie</b>       | WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie  |
| <b>Uitgever</b>         | Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie  |
| <b>Jaargang</b>         | 135   |
| <b>Publicatiedatum</b>  | 27-11-2004  |
| <b>Afleveringnummer</b> | 6600  |
| <b>Titel</b>            | De Vormerkung en de gelijke behandeling van schuldeisers  |
| <b>Auteurs</b>          | Mr. S.E. Bartels, Universitair hoofddocent aan de Radboud Universiteit Nijmegen; Prof. mr. H.W. Heyman, Hoogleraar notarieel recht aan de Universiteit Utrecht.   |
| <b>Samenvatting</b>     | De op 1 september 2003 in werking getreden regeling van "Vormerkung" van koop van registergoederen (art. 7:3 BW) wordt met name bezien in het licht van het beslagrecht. Daarnaast wordt ook een aantal principiële bezwaren gemaakt tegen de regeling als zodanig, zoals het ontbreken van duidelijkheid omtrent het rechtskarakter van de "Vormerkung". |
| <b>Trefwoorden</b>      | Faillissement<br>Hypotheekgat<br>Koop registergoederen<br>Vormerkung  |
| <b>Paginanummers</b>    | 938-941   |
| <b>Rubriek</b>          | Artikel   |



WPNR 2004(6600) De Vormerkung en de gelijke behandeling van schuldeisers

# De Vormerkung en de gelijke behandeling van schuldeisers

## I Een casus, en nog één

A verkocht een woning aan B. De koopovereenkomst is ingeschreven in de openbare registers op grond van art. 7:3 BW. Na de inschrijving van de overeenkomst doch voor de levering, ging A failliet. B vordert thans nakoming door de curator onder verwijzing naar art. 7:3 lid 3 sub g: het faillissement kan niet aan de koper worden tegengeworpen. De curator ziet zich echter geconfronteerd met een dilemma: de koopprijs die B moet betalen volstaat niet om de schuld van de failliete verkoper aan zijn hypotheekbank te voldoen. Om de zaak vrij van hypotheek te kunnen leveren aan B moet het restant - het 'hypotheekgat' - worden bijgepast uit A's vermogen. De curator vraagt zich af of hij hiertoe gehouden is. De koopprijs die A en B overeenkwamen is een reële marktprijs, zodat vernietiging van de overeenkomst op grond van de actio pauliana niet aan de orde is.

Een variant op de zo-even uiteengezette casus doet zich voor wanneer de koopovereenkomst die A en B met elkaar sloten het beding bevat dat de verkoper vóór de levering de in de tuin aanwezige olietank zal verwijderen. Wederom kan de curator van A voor de vraag geplaatst worden of de Vormerkung hem verplicht de overeenkomst A-B volledig na te komen, ook als dit meebrengt dat hij kosten moet maken.

## II Kleine geschiedenis van de Vormerkung

Op 1 september 2003 is niet alleen de veelbekritiseerde bedenktijd bij de woningkoop door consumenten ingevoerd (art. 7:2 BW), maar ook de zogenoemde Vormerkung (art. 7:3 BW). Het betreft de mogelijkheid om de koop van een registergoed in te schrijven in de openbare registers, waardoor het recht van de koper 'versterkt' wordt. Risico's die de koper normaal gesproken loopt in de periode tussen de totstandkoming van de koop en de levering, bedreigen de koper die zijn koop heeft ingeschreven niet. Daarbij moet onder meer worden gedacht aan een vervreemding door de verkoper aan een tweede koper en het faillissement van de verkoper. [\[noot:1\]](#)

Waarom is het wenselijk dat het recht op nakoming van deze schuldeiser (in belangrijke mate) kan worden veiliggesteld? Wat rechtvaardigt - met andere woorden - de bescherming van het relatieve recht van de koper van een registergoed? Hoe verhoudt de bescherming zich tot de gedachte van gelijkheid van schuldeisers (art. 3:277 BW)?

In de parlementaire geschiedenis wordt de volgende inhoudelijke motivering gegeven:

*'Bescherming van het belang van de koper bij werkelijke nakoming is gerechtvaardigd gelet op de – niet alleen in financieel opzicht – veelal grote betekenis voor de koper van een registergoed. Men denke bij voorbeeld aan de consument die in een (wellicht krappe) markt erin is geslaagd, een hem passende woning te kopen teneinde te kunnen voorzien in zijn eigen behoefte aan woonruimte. Ook kan worden gedacht aan de koper die reeds op de afwikkeling van de koop is vooruitgelopen, bij voorbeeld door omtrent de onroerende zaak te contracteren met derden (aanneming van werk, huur etc.). Voorts is de onderhavige bescherming ook daarom op haar plaats, omdat met het vervullen van de vereisten voor levering van een registergoed in de praktijk niet zelden enige maanden gemoeid zijn. De kans dat zich gedurende deze periode derden aandienen met aanspraken op het registergoed die gaan boven die van de koper, is bepaald niet denkbeeldig.'* [\[noot:2\]](#)

Het komt er dus, samengevat, op neer dat het recht op werkelijke nakoming moet worden beschermd omdat daar voor de koper grote belangen mee gemoeid kunnen zijn. [\[noot:3\]](#) In aanvulling op de door de minister gegeven voorbeelden kan nog worden opgemerkt dat vastgoedtransacties veelal een ketting vormen: A verkocht zijn woning aan B, en B verkocht zijn woning aan C. Het is voor B van het grootste belang dat A nakomt, omdat B gehouden is zijn eigen woning aan C over te dragen.

Het is echter opvallend dat in de parlementaire geschiedenis niet wordt gerefereerd aan de gevolgen van deze nieuwe rechtsfiguur voor het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. Opvallend, omdat bij de parlementaire behandeling van de Invoeringswet Boek 3 introductie van de Vormerkung nog van de hand werd gewezen en onomwonden werd gesteld:

*'Juist is dat de koper (...) niet (...) in zijn recht op nakoming wordt beschermd. Dit is echter in zoverre gerechtvaardigd dat er klemmende redenen moeten zijn om ter bescherming van de belangen van de koper - die vóór de levering nog slechts een persoonlijk recht heeft - het beginsel van gelijkheid van alle schuldeisers te doorbreken. Zodanige redenen zijn vooralsnog niet aanwezig.'* [\[noot:4\]](#)

*'De Vormerkung heeft - daar kan men niet omheen - gevolgen voor de paritas creditorum. Er wordt een uitzondering gemaakt op de regel dat schuldeisers met een vorderingsrecht uit een overeenkomst (voor faillissement) gesloten met de failliet, moeten afwachten of de curator bereid is de overeenkomst na te komen. Indien de curator besluit de overeenkomst niet na te*

*komen, heeft de wederpartij normaliter slechts een concurrente vordering (vgl. art. 37 en 26 Fw). Met de introductie van de Vormerkung zijn de kaarten anders komen te liggen. De curator van de verkoper is verplicht mee te werken aan levering aan de koper;[noot:5] daardoor heeft de koper (in beginsel) geen last van het faillissement van zijn wederpartij. De gevolgen van de Vormerkung voor de paritas creditorum vallen echter over het algemeen mee, omdat bij vastgoedtransacties in de regel gelijk wordt overgestoken. Dat wil zeggen dat de koopprijs in het vermogen van de verkoper komt, gelijktijdig met de overdracht van het onroerend goed aan de koper. Aangenomen dat de koopprijs reëel is, is weliswaar sprake van een wijziging van de samenstelling van het vermogen van de verkoper, maar het verhaalsvermogen van de verkoper wordt per saldo niet kleiner.[noot:6] Andere schuldeisers ondervinden dan ook nauwelijks (of geen) schade van de Vormerkung.*

### **III Moet de curator het hypotheekgat vullen?**

Wordt dat nu anders als op het verkochte goed een hypotheekrecht rust en de vordering van de hypotheekhouder de koopprijs overtreft? Mocht de curator gehouden zijn tot meer dan alleen leveren – en wel tot volledige uitvoering van de overeenkomst, desnoods ten laste van de boedel – dan heeft de Vormerkung (potentieel) wel degelijk een fikse inbreuk op het uitgangspunt van gelijke behandeling van schuldeisers tot gevolg. Zowel de koper als de hypotheekhouder zouden in het door ons geschetste casuspositie aanmerkelijk beter af zijn dan voor de invoering van de Vormerkung het geval was, ten koste van de andere schuldeisers van de failliet. Een cijfervoorbeeld kan dit verhelderen. Stel dat A een woning voor

€ 350.000,- heeft verkocht aan B. De door een hypotheekrecht gedekte vordering van de hypotheekhouder op A beloopt € 400.000,- . De hypotheekhouder kan kiezen tussen royement geven tegen aflossing van € 350.000,- (de koopprijs) of executeren, waarbij de opbrengst naar verwachting lager zal uitvallen. De restant-vordering van de hypotheekhouder op A van € 50.000,- (of meer bij een lagere executie-opbrengst) is een concurrente vordering. Een curator die zich door de Vormerkung verplicht voelt het hypotheekgat uit de boedel te voldoen, ‘bevoordeelt’ dus de hypotheekhouder voor ten minste € 50.000,-.

Naar onze mening is de curator echter *niet* verplicht om het hypotheekgat te dichten. De koper kan ‘slechts’ nakoming van de leveringsverplichting afdwingen, niet meer dan dat. Dit standpunt is gebaseerd op de gedachte dat de Vormerkung ertoe strekt te voorkomen dat de koper in een slechtere positie belandt door het faillissement van de verkoper. Een *verbetering* van de positie van de koper (en de hypotheekhouder!) ten opzichte van de situatie vóór faillissement is niet beoogd.[noot:7] Om te beoordelen waartoe de curator gehouden is, moet daarom worden gezien wat de koper buiten faillissement zou hebben kunnen afdwingen. Vóór faillissement zou A niet vrij van hypotheek kunnen leveren als hij niet in staat is uit eigen middelen het hypotheekgat te vullen. De koper kan hiertegen betrekkelijk weinig doen. Hij kan weliswaar nakoming vorderen en zelfs reële executie, maar dat zou de zaak niet kunnen bevrijden van het hypotheekrecht, omdat de hypotheekhouder kan weigeren de hypotheek door te halen zolang hij niet volledig is voldaan.[noot:8] En zolang het hypotheekrecht van de verkoper niet van de zaak af gaat, zal het transport geen doorgang vinden. De notaris zal niet willen passeren en de koper zal (doorgaans) niet kunnen betalen omdat *zijn* financier geen genoegen neemt met een tweede hypotheekrecht.

Ter zijde merken wij op dat de koper de hypotheekhouder mogelijk kan dwingen om royement te geven, ondanks dat de laatste niet volledig zal kunnen worden voldaan. Als de hypotheekhouder weigert zal hij immers op korte termijn moeten executeren, hetgeen zelden

een betere opbrengst oplevert. Onder omstandigheden zal een weigering van de hypotheekhouder daarom misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW opleveren. Overigens valt te verwachten dat de hypotheekhouder wel zal meewerken als dat gunstig voor hem is.

Door de inschrijving van de koopovereenkomst wordt de situatie niet anders, ook niet als de verkoper failliet gaat. Als de koopprijs niet volstaat om de hypotheekhouder (van de verkoper) te voldoen, hoeft de curator niet uit de boedel bij te passen. De koper kan er dan natuurlijk voor kiezen de koopovereenkomst te ontbinden. Met de kopersbescherming van art. 7:3 lid 3 BW heeft dit echter niets van doen.

Tijdens praktijkcursussen is ons gebleken dat ook verdedigd wordt dat de curator überhaupt niet gedwongen kan worden de hypotheek af te lossen, dus ook niet voorzover die de koopprijs niet te boven gaat. Als dat waar is, is art. 7:3 BW een dode letter! De koper betaalt aan de notaris onder de (stilzwijgende) conditie dat deze daaruit de hypotheekhouder voldoet. De hypotheekhouder zegt roeyement toe onder de voorwaarde dat hij 'zijn deel' van de koopsom ontvangt. De notaris zal willen weten of hij de hypotheekhouder mag betalen zonder het risico te lopen door de curator te worden besprongen met de eis tot afdracht van de volledige koopprijs aan de boedel. Kortom, als de hypotheekhouder niet wordt betaald gaat de hele transactie niet door. Een redelijke uitleg van art. 7:3 BW brengt onzes inziens mee dat de notaris de koopprijs kan aanwenden ter voldoening van de hypotheekhouder. Een ander oordeel zou de kopersbescherming van art. 7:3 lid 3 sub g BW illusoir maken.[\[noot:9\]](#)

#### **IV Komen de kosten van verwijdering van de tank voor rekening van de boedel?**

Thans valt nog te oordelen over de verplichting tot verwijdering van de olietank. Moet de curator de overeenkomst volledig nakomen en de tank op zijn kosten laten verwijderen? Bij het beantwoorden van deze vraag moet voor ogen worden gehouden dat de koopprijs is afgestemd op de inhoud van de gehele overeenkomst, dus mede op de verplichting de tank te verwijderen. De curator kan zich naar wij menen niet met recht op het standpunt stellen dat hij alleen hoeft te leveren als de koper de volle mep (dat is: de oorspronkelijk overeengekomen koopprijs) betaalt. Hij zou dan het evenwicht tussen de prestaties van de verkoper en de koper verstoren of de effectiviteit van de Vormerkung ernstig schaden. Kortom, de curator moet ofwel de olietank verwijderen ofwel meewerken aan levering tegen een lagere koopprijs.

Als de curator en de koper het eens zijn over de kosten van verwijdering, kan de koper - langs de weg van koopprijsvermindering[\[noot:10\]](#) of verrekening[\[noot:11\]](#) - de levering van het onroerend goed afdwingen tegen een lagere dan de oorspronkelijk overeengekomen prijs. Moeilijker ligt het als de betrokkenen het niet snel eens worden over de 'schade' die het gevolg is van de (aangekondigde) tekortkoming in de nakoming. Bij dit alles moet bedacht worden dat er enige tijdsdruk kan bestaan in verband met de vervaltermijn van art. 7:3 lid 4 BW: als niet binnen zes maanden na de inschrijving is geleverd, verliest de Vormerkung haar kracht.[\[noot:12\]](#) Wij menen dat de betrokkenheid van de notaris hier voor verlichting kan zorgen. Indien de curator en de koper niet tijdig tot overeenstemming geraken, kan de levering plaatsvinden als de betrokkenen ermee instemmen dat het omstreden bedrag voorlopig onder de notaris blijft. De notaris is niet bevoegd de levering te laten plaatsvinden en een deel van de koopsom op eigen initiatief vast te houden. Wij menen echter dat de redelijkheid de curator gebiedt mee te werken aan een dergelijke regeling. Als hij weigert ermee in te stemmen, kan de koper e.e.a. via een kort geding afdwingen.

## Conclusie

In een markt waarin de prijzen dalen, laten zich eenvoudig situaties denken waarin de Vormerkung de koper niet helpt. De curator is gehouden tot levering. Bovendien is hij verplicht eraan mee te werken dat de koopprijs wordt aangewend voor de voldoening van de hypotheekhouder. De inbreuk op de gelijke behandeling van schuldeisers gaat echter niet zover dat aan *alle* contractvoorwaarden moet worden voldaan. Verplichtingen van de verkoper/ curator die het bedrag van de koopprijs te boven gaan, blijven voor rekening van de koper, althans daarvoor kan hij slechts concurrent opkomen in het faillissement. Wil hij dat niet dan moet hij de koop ontbinden. Buiten faillissement is het niet anders. Ook daar loopt de koper in dit soort situaties een verhaalsrisico voor verplichtingen van de verkoper die niet tegen de koopprijs kunnen worden 'weggestreep't'.

[1]

De gedachte om de koper te beschermen door middel van een Vormerkung is in Nederland ontwikkeld door A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed* (diss.), Deventer 1982, p. 37 e.v. en 85 e.v.. Zie ook de preadviezen van W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, preadviezen voor de KNB 1985. In ons omringende landen bestaat een vergelijkbaar systeem van kopersbescherming al langer.

[2]

Nota naar aanleiding van het eindverslag, TK 1995-1996, 23 095, nr. 8, p. 10.

[3]

Niet iedereen is enthousiast over de invoering van de Vormerkung. Zeer kritisch is bijvoorbeeld W.G. Huijgen, *Bouwrecht* 2002, p. 1005-1006 en 1008.

[4]

MvA II Inv. Boek 3, p. 1080-1081. Zie ook W. Snijders, *Botsende rechten op levering van één zelfde goed*, in: *Wetgevende geschriften; selectie uit de werken van W. Snijders*, Deventer 1995, p. 103 e.v. en H.W. Heyman, *RM Themis* 1986, p. 240.

[5]

Zie TK 23 095, nr. 3 (MvT), sub 11. In TvI 2003, p. 125-127 heeft van Daal betoogd dat de curator niet verplicht is mee te werken aan levering. Dat standpunt is onzes inziens onjuist. Het zou de betekenis van art. 7:3 lid 3 sub g (bescherming van de koper tegen faillissement verkoper) volledig ondergraven. Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat art. 7:3 BW verplichtingen voor de curator met zich brengt. Zie ook H.B. Krans, *NbBW* 2003, p. 177. Ook kunnen wij ons niet vinden in de gedachte van J.J. van Hees dat *naast* de curator de verkoper zelf bevoegd blijft tot leveren. Zie J.J. van Hees, *Notaris en faillissement*, in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht*, preadvies KNB 1998, p. 103. De reden hiervoor is dat de zinsnede dat het faillissement niet aan de koper kan worden tegengeworpen niet betekent dat het faillissement in al zijn facetten moet worden weggedacht. Voorzover het de belangen van de koper niet schaadt, geldt gewoon het faillissementsrechtelijke regime.

[6]

Zie S.E. Bartels, WPNR 6212 (1996), p. 125-126 en H.B. Krans, NbBW 2003, p. 178.

[7]

In dit opzicht is het nuttig te wijzen op de verwantschap tussen de Vormerkung en het beslag. Zie A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer 2003, p. 107. Ook het beslag zou slechts moeten voorkomen dat latere beschikkingshandelingen leiden tot benadeling van de beslaglegger. Zie onze kritiek op HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18 (Ontvangers/Amro), NTBR 1998/7. p. 219 e.v.

[8]

Hier doet de goederenrechtelijke prioriteitsregel van zich spreken: aangezien het hypotheekrecht van eerdere datum is dan de inschrijving van de koopovereenkomst, heeft de hypotheekhouder een sterkere positie.

[9]

Zie meer algemeen over de verplichting van de notaris om uit de koopsom de hypothecaire schuldeiser te voldoen, H. Stein, *Hinderlijke schuldeisers*, in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht*, preadvies KNB 1998, p. 52-58, met verdere literatuurverwijzingen. Met Stein menen wij dat een derdenbeslag onder de notaris er niet toe zou mogen leiden dat de notaris de koopsom niet kan aanwenden ter voldoening van de hypothecaire schuldeiser. Hetzelfde moet gelden bij een faillissement van de vervreemder. Opmerkelijk is overigens dat in de literatuur over de Vormerkung doorgaans geheel buiten beschouwing blijft dat op de verkochte zaak vrijwel altijd een recht van hypotheek is gevestigd. Zo schrijft Van Hees, t.a.p., p. 103, over de betaling van de koopprijs na faillissement niets meer dan het volgende: ‘De bescherming van de verkrijger is (...) niet volledig. Zo zal hij er bij voorkeur voor zorg dienen te dragen dat de koopprijs in handen van de curator komt. Hij loopt anders het risico dat hij wordt genoodzaakt de koopprijs opnieuw – maar nu aan de curator – te voldoen.’ Als het goed is, voegen wij toe, helpt de notaris de koper hierbij een handje. Daarmee is echter nog niets gezegd over de aanwending van de koopprijs ter voldoening van de hypotheekhouder.

[10]

Grondslag van de prijsvermindering is hier de partiële ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming, zie art. 6:270 BW. Zie hierover onder meer Asser-Hijma 5-I, nr. 528 e.v.

[11]

Zie Asser-Hijma 5-I, nr. 536 over de verhouding tussen de prijsverminderingssactie en de verrekening van de verplichting tot betaling van de koopprijs met een schadevergoedingsvordering wegens wanprestatie. Vgl. ook art. 6:80 BW over de zogenoemde anticipatory breach.

[12]

Een opzettelijk treuzelende curator kan persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schade die het gevolg is van de termijnoverschrijding. De problematiek van termijnoverschrijding ten gevolge van talmen van de zijde van de verkoper (of diens curator) is te gecompliceerd om hier in de zijlijn te bespreken. Zie hierover bijvoorbeeld A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten*, p. 108-109.