

Reactie op het Ontwerp wetsvoorstel ter Verbetering van de executoriale verkoop van onroerende zaken

In verband met de door het Ministerie van Justitie opengestelde internetconsultatie inzake het Ontwerp van wet “*Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek in verband met het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken*” (hierna: het Ontwerp) geven wij hieronder onze reactie.

Algemeen

Onze algemene indruk is, dat het ontwerp op een goede stap is in de richting die het ministerie blijkens de bijbehorende Memorie van Toelichting (MvT) voorstaat: “het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale veiling van onroerende zaken, mede gericht op voorkoming van fraude in de vastgoedsector”. Wij verwachten dat de voorgestelde maatregelen vrijwel allemaal gaan bijdragen aan een hogere opbrengst, hetgeen het belang dient van alle bij de veiling betrokken partijen.

Met name de mogelijkheid biedingen ook via internet te laten verlopen, de ruimere mogelijkheden inzake het ontruimingsbeding en het bezichtigingsbeding gaan een positieve bijdrage leveren aan de opbrengsten van internetveilingen.

Daarbij past de kanttekening dat naar onze mening de lage opbrengsten op executieveilingen thans niet alleen worden veroorzaakt door de geringe *belangstelling* van particuliere kopers, maar ook door de omstandigheid dat slechts weinig particulieren voldoende financiële middelen beschikbaar hebben om *tevoren* te kunnen garanderen dat zij de koopsom kunnen betalen. Een bewijs van goeدهheid kan door weinig particulieren worden overlegd. Een ontbindende voorwaarde financiering is evenmin mogelijk bij een executieveiling. Daarvoor biedt het wetsvoorstel geen oplossing, wat overigens ook eenvoudig is te regelen. Wellicht ligt daar een mogelijkheid voor professionele financiers; mogelijk kunnen zij - wetende dat de koper later veel minder risico loopt dan thans het geval is - op de regelgeving inspelen met nieuwe ‘producten’, waarmee een koper de kans geboden wordt biedingen tot een bepaald bedrag uit te brengen.

Inhoudelijke opmerkingen

1. Artikel 516

De verlenging van de termijn kan in veel gevallen nuttig zijn, nu dat meer tijd en ruimte geeft om een andere oplossing te zoeken (bijvoorbeeld via herfinanciering of onderhandse verkoop). Anderzijds is ons niet bekend dat deze termijn in praktijk problemen geeft. Daar waar de executant behoefte voelt aan het instellen van een langere termijn, geeft de huidige regeling daar alle vrijheid voor. Men kan zich afvragen of het nuttig is deze flexibiliteit weg te nemen.

2. Artikel 517 lid 3 (nieuw)

Hier wordt bepaald dat het risico voor beschadiging of tenietgaan niet eerder op de koper kan overgaan dan op het tijdstip van inschrijving van het proces-verbaal. Dat zal een koper als positief ervaren, zodat een hogere opbrengst gerealiseerd kan worden.

De MvT meldt over dit punt (onder het kopje 'Algemeen') dat 'wordt bepaald dat de beschadiging en het tenietgaan van het geveilde registergoed vanaf het moment van gunning tot het moment van inschrijving in het openbare register voor risico van de executant zijn'. Wij vragen ons af waarop deze redenering berust? Op welke wijze en op welke grond gaat het risico op het moment van gunning over van de eigenaar naar de executant? Volgens ons blijft - zonder aanvullende wettelijke bepaling - het risico bij de eigenaar (tenzij de executant het registergoed in beheer heeft genomen).

De bepaling inzake het tijdstip van risico-overgang past gevoelsmatig zeker bij de praktijk: het is in de huidige regeling wonderlijk dat de koper risico draagt over een zaak waarover hij niet de beschikking heeft. Anderzijds zal deze nieuwe regeling niet kunnen voorkomen dat een gefrustreerde hypotheekgever / bewoner zaken verwijdert of schade aanricht in het pand na de gunning. Evenmin geeft het een oplossing voor andere schade feiten (bijvoorbeeld brand door kortsluiting) die plaatsvinden tussen gunning en levering. De koper zal - zonder afwijkende wettelijke regeling - ondanks die schade moeten afnemen, nu door de gunning de koopovereenkomst tot stand is gekomen en de AVVE 2006 bepalen dat levering plaatsvindt in de feitelijke toestand waarin het zich op het moment van aflevering blijkt te bevinden. De koper doet er - tenzij inderdaad het risico bij de executant komt te liggen, hetgeen wij zoals gezegd betwijfelen - dus toch goed aan direct na gunning een verzekering af te sluiten, waarbij echter niet kan worden volstaan met een 'gewone' opstalverzekering. De verzekeraar van de koper zal zich immers – in geval van schade in de periode tussen gunning en levering – op het standpunt kunnen stellen dat het risico nog bij de eigenaar (niet de koper of de executant!) ligt, zodat niet hoeft te worden uitgekeerd. De eigenaar biedt veelal geen of weinig verhaal. Heeft hij al een opstalverzekering afgesloten, dan komt de uitkering niet aan koper toe. Het door het Ontwerp beoogde doel wordt derhalve op dit punt niet bereikt. De hypotheekhouder heeft veelal wel een pandrecht op de uitkering van de opstalverzekering van de hypotheekgever, maar daarmee is de koper zonder aanvullende regeling in de wet of de veilingvoorwaarden niet gebaat.

Mocht het toch de bedoeling van de wetgever zijn dat het risico op moment van gunning overgaat op de *executant*, dan moet worden gerealiseerd dat dit - zonder afwijkende bepaling - ook geldt voor een executant met een relatief lage vordering en ook voor executerende *beslagleggers*. Deze beslagleggers hebben echter niet de mogelijkheid een woning in beheer te nemen of vervroegd te ontruimen (zoals een hypotheekhouder dat kan op grond van artikel 3:267 BW) om zo de risico's te beperken. Daarnaast heeft een beslaglegger vrijwel nooit (in tegenstelling tot hypotheekhouders) een pandrecht op een eventuele opstalverzekering.

Bij de artikelsgewijze toelichting meldt de MvT nog dat deze nieuwe risicoverdeling een stimulans zal zijn een onroerende zaak leeg op de veiling te brengen. De bank kan immers een pand ontruimd op de veiling aanbrengen. Een aandachtspunt hierbij is dat een bank daardoor feitelijk eerder tot ontruiming moet overgaan, waardoor de kosten oplopen. Voor een debiteur wordt het daarmee (nog) moeilijker van zijn recht op lossing gebruik te maken. Daarbij kan gedacht worden dat een debiteur veelal al geruime tijd de mogelijkheid heeft gehad zijn schulden in te lossen (en op dit punt niet al te veel compassie verdient) en dat lossing niet veel voorkomt. Dat laatste is juist, maar echt zeldzaam is het ook niet.

3. Artikel 519 a en 519 b (nieuw)

De mogelijkheid dat de veiling (ook) via internet plaatsvindt wordt van harte onderschreven. Reeds vele jaren hebben we ervaring met het veilen van goederen (ook onroerende zaken) via internet. Die ervaring leert dat zich veel meer bieders melden, dan bij veilingen in een

zittingzaal. De spanning van de zaal (die ook daar zeker aanwezig is) wordt vervangen door en/of aangevuld met de spanning van internet, waarbij men niet weet of er nog meer bidders zijn en zo ja, hoe veel het er zijn en wie het zijn. Steeds wordt de veiling met enkele minuten verlengd indien nog een bod wordt ontvangen. Dat zorgt er voor dat bidders steeds opnieuw de gelegenheid krijgen nogmaals een hoger bod te doen.

Daarnaast geeft internet de mogelijkheid dat bidders - via een op de website ingebouwde rekenmodule - steeds kunnen zien welk totaalbedrag (bod plus belastingen en kosten) door een nieuwe bieding verschuldigd wordt. Dat bevordert de transparantie.

Ook het feit dat de moderne techniek die internet biedt voorkomt dat zich nog geschillen voordoen over de vraag wie als eerste geboden danwel gemijnd heeft, is een voordeel te noemen.

Uiteraard moet de veiligheid goed gewaarborgd worden en moet de notaris zich - bijvoorbeeld middels een deskundigenrapport of audit van een extern adviseur - er ondubbelzinnig van kunnen vergewissen dat het biedproces ordelijk verloopt.

4. Artikel 519 c

Deze regelingen (identificatie en verklaring van goedgeheid) worden momenteel geregeld via de AVVE. Ons is niet bekend dat dat in praktijk problemen geeft. Wat is de reden dat dit nu in de wet wordt opgenomen?

Voor wat betreft de identificatieplicht geldt daarbij dat dit reeds in algemene regelingen is vastgelegd (WWft, Wet op het notarisambt). Niet helder is waarom dat in Rechtsvordering nogmaals expliciet moet worden geregeld?

Daarnaast menen wij dat de termijn van *“een werkdag voorafgaand aan de veiling”* te veel belemmeringen oproept. Niet zelden besluiten bidders op het laatste moment dat zij mee willen bieden. Het is voldoende als de notaris tevoren (dus voordat de biedingen beginnen, maar in theorie zelfs gedurende het biedproces) de bieder kan identificeren en zich kan overtuigen van diens goedgeheid.

Ook het voorschrift dat verkoop via internet slechts kan plaatsvinden aan een bieder die tevoren een garantie of waarborgsom heeft overlegd, haalt de nodige flexibiliteit uit de regeling. Hoewel dit zeker niet dagelijks voorkomt, zijn er zeker bidders (met name professionele bidders) waarvan een notaris, al dan niet in overleg met de executant, kan zeggen dat die voldoende goedgeheid heeft om een bod te kunnen accepteren.

Overigens meldt de MvT op dit punt: ‘Pas op het moment dat iemand wil gaan bieden op een woning moet hij zich registreren’. Naar wij aannemen geldt dit niet alleen voor woningen, maar ook voor andere registergoederen.

5. Artikel 524a

We vragen ons af, of de in het voorgestelde artikel 524a opgenomen kostenregeling gewenst is, althans of de omstandigheid dat de kosten voor rekening van een (particuliere) veilingkoper komen, daadwerkelijk een drempel vormen om deel te nemen aan de veiling. Onderschreven wordt de mening dat het van groot belang is dat een koper tevoren helderheid heeft over de kosten die voor zijn rekening komen. Bidders laten daar uiteraard hun biedingen mede door bepalen. Men kan dan nog redeneren, dat als daar dan lagere biedingen uit voort vloeien, dit de huiseigenaar ten laste van wie de verkoop plaatsvindt

benadeelt, doch in beginsel is het resultaat uiteraard identiek, wanneer (zoals voorgesteld wordt) de nota bij de hypotheekhouder belandt: deze trekt dit uiteraard van zijn opbrengst af en achtervolgt – onder omstandigheden - de betreffende debiteur met een zoveel te hogere restschuld. We vragen ons af of regeling van de kostenverdeling daadwerkelijk het beoogde doel bevordert en niet elders nadelen (bijv. verstoring van de marktwerking in de executiepraktijk) teweeg brengt, zeker als de beoogde transparantie een kostenoverzicht omvat en iedere geïnteresseerde aldus de lengte van zijn polsstok van bepalen.

Ook van belang is de vraag of deze bepaling alleen heeft te gelden voor hypotheekhouders (zoals de tekst thans vermeldt) of ook voor executerende beslagleggers? Dat laatste lijkt formeel gezien meer logisch, maar materieel betekent dit benadeling van de positie van beslagleggers die veelal voor lagere bedragen en met meer onzekerheid over hun aandeel in de opbrengst executeren. En hoe moet de regeling luiden indien een beslaglegger de executie aanzegt, maar een hoger gerangschikte hypotheekhouder de executie overneemt?

Een puur formele opmerking: overdrachtsbelasting wordt hier uitgezonderd van het begrip 'kosten', terwijl dit formeel niet als kosten kan worden beschouwd.

Concluderend: deze bepaling beperkt de prettige flexibiliteit van de huidige regeling, zonder daarmee een duidelijk voordeel te behalen.

6. Artikel 525 derde lid (nieuw)

Een waardevolle bepaling, die de 'koudwatervrees' van veel kopers in kan dammen.

Strikt genomen gaat het om een 'afschrift' van het proces-verbaal. Dat is overigens in de huidige wettekst ook niet als zodanig vermeld.

7. Artikel 3:264

We hebben moeite met de gedachte dat de hypotheekhouder steeds verplicht is het huurbeding in te roepen. Er zijn situaties denkbaar, waarbij de aanwezigheid van een huurder niet ongunstig is of zelfs gunstig kan zijn (bijvoorbeeld indien sprake is van een beleggingspand). De nieuwe wettelijke bepaling geeft in dergelijke gevallen geen flexibiliteit meer.

De nieuwe bepaling zegt weliswaar dat de hypotheekhouder van het inroepen van het beding kan afzien indien hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat er geen andere personen dan de hypotheekgever en zijn gezinsleden aanwezig zijn, maar niet helder is waaruit die gegronde redenen kunnen bestaan? Is dat enkel het ingeschreven staan op een adres in de GBA zoals de MvT suggereert? In dat verband merken wij nog op dat het illusoir is te denken dat een hypotheekgever voldoet aan een verzoek van de hypotheekhouder om een afschrift uit de GBA te verstrekken (zoals de MvT oppert). Veelal werken hypotheekgevers op geen enkele wijze meer mee aan welk verzoek van de executant dan ook.

Is het niet voldoende te bepalen dat de koper ook steeds zelf bevoegd is het huurbeding in te roepen? Naast de hem in artikel 525 Rv geboden mogelijkheid tot ontruiming is een koper daarmee ook ruim beschermd.

De MvT lijkt overigens te impliceren dat de huurder een zwaardere verantwoordelijkheid krijgt dan thans het geval is: van een huurder mag worden verwacht dat deze zich ervan vergewist dat de hypotheekgever toestemming heeft van de bank om de onroerende zaak

aan hem te verhuren, aldus de MvT. Voor zover wij weten is dit geen geldend recht. Het is overigens best een goed denkbare regeling, maar die moet dan niet alleen in de MvT worden vermeld, maar juist ook in de wet

Tot slot een suggestie: denkbaar is een regeling waarbij de hypotheekhouder in de gelegenheid wordt gesteld een 'anoniem' exploit uit te brengen aan het adres van het te veilen registergoed (vergelijkbaar met hetgeen bij krakers geschiedt) inhoudende het voornemen tot executie en ontruiming over te gaan, waarbij huurders een bepaalde redelijke termijn krijgen aan te tonen dat zij een huurovereenkomst hebben die niet strijdig is met het huurbeding of die met instemming van de hypotheekhouder is aangegaan.

8. Artikel 3:267a

Dit is een bepaling die vanuit het oogpunt van bevordering van een hoge opbrengst, van groot nut kan blijken te zijn. Anderzijds maakt deze bepaling forse inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de hypotheekgever en zijn gezin. De MvT meldt niets over de vraag in hoeverre hier een afweging is gemaakt tussen de (slechts) financiële belangen van de hypotheekhouder en de persoonlijke belangen van de hypotheekgever (die - zo erkennen wij - zeker ook een financieel belang heeft). We hebben het hier over een recht iemands woning te betreden en te bezichtigen, gedurende een periode dat de debiteur nog steeds een lossingsrecht heeft.

Daarnaast vragen wij ons af in hoeverre huurders (tegen wie al dan niet het huurbeding kan worden ingeroepen) ook moeten meewerken aan bezichtiging? Uit de nu voorgestelde tekst blijkt dat niet, maar het zou uit oogpunt van het verbeteren van opbrengst zeker nuttig zijn.

Terminologie en wettechnische kanttekeningen

De in het Ontwerp gebruikte terminologie is niet overal consistent. Een paar voorbeelden: Wordt in het nieuwe artikel 524a Rv (de kostenbepaling) in plaats van 'hypotheekhouder' niet bedoeld: 'executant'?

In de nieuwe ontruimingsbepaling (3:267 BW) wordt gesproken over de 'hypotheekgever en de zijnen'; in de nieuwe bepaling omtrent het huurbeding (3:264 BW) over de 'hypotheekgever en zijn gezinsleden'. Wordt hiermee niet hetzelfde bedoeld? In de MvT wordt op dit punt ook nog de term 'huisgenoten' gebezigd. Uniformiteit in de terminologie is wenselijk.

De executoriaal beslaglegger mag voortaan ook een verzoek indienen tot onderhandse verkoop. Een goede zaak, zowel gezien van uit de beslaglegger als vanuit de debiteur. De plaatsing van die bepaling in artikel 548 Rv doet wettechnisch gezien echter wel wat wonderlijk aan, nu dat de afdeling is die specifiek handelt over de executie door een hypotheekhouder.

Aanvullende overweging

Alhoewel dat de snelheid van het vervolg ongetwijfeld bedreigt, hebben we ons afgevraagd, of van de gelegenheid van dit wetsvoorstel niet gebruik gemaakt moet worden om ook de executieveiling van roerende zaken duidelijker te regelen, althans of ook de regeling van artikel 463 Rechtsvordering en daarmee gerelateerde bepalingen niet aan een "opfrisbeurt" toe zijn. Weliswaar redt de zeer uitgebreide tegenwoordige internet-veilingpraktijk zich in de meeste gevallen er wel mee, dat in feite artikel 3:251 BW wordt toegepast, doch dat zal niet in alle gevallen (kunnen) opgaan.

En ook waar een executieveiling van roerende zaken moet plaatshebben zijn de belangen van de desbetreffende debiteur ten laste van wie de veiling plaatsvindt evident en vergelijkbaar met die van de huiseigenaar wiens positie door het nu voorliggende voorstel dient te worden verbeterd.

Alle daarop betrekking hebbende overwegingen/motieven kunnen menen wij één op één gebruikt worden om te onderkennen, dat ook de positie van een (veelal) ondernemer ten laste van wie geveild moet worden duidelijk verbetering behoeft. Die verbetering heeft zich in de ongeveer afgelopen vijf jaar van internet-veilingpraktijk duidelijk bewezen, zodat een betere wettelijke regeling ons inziens gewenst is.

mr. Th.A. Ritsema / mw mr. E.M. Dutmer
notaris respectievelijk kandidaat-notaris bij Nysingh Advocaten - Notarissen N.V.
locatie Arnhem