

Reactie KNB op consultatie ambtelijk voorontwerp voor een wetsvoorstel tot verbetering van de werking van de Vormerkung bij beslag

1. Inleiding

De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) heeft kennis genomen van het ambtelijke voorontwerp voor het wetsvoorstel tot verbetering van de werking van de Vormerkung bij beslag (hierna: het voorontwerp). Zij maakt graag gebruik van de geboden mogelijkheid om in de consultatieronde van het wetsvoorstel haar visie op de voorgestelde regeling te geven.

De in 2003 ingevoerde mogelijkheid om de koop van een registergoed in de openbare registers in te schrijven, strekt ertoe de koper te beschermen, in die zin dat zijn recht op levering wordt geëffectueerd.

De Vormerkung beschermt de koper onder andere tegen een beslag op het registergoed dat na de inschrijving van de koop wordt ingeschreven (een zogenaamd posterieur beslag). De beschermende werking van de Vormerkung tegen zo'n posterieur beslag wordt evenwel gefrustreerd indien een crediteur van de verkoper na de Vormerkung derdenbeslag onder de koper legt. Het voorontwerp beoogt hiervoor een oplossing te bieden. De KNB acht dit terecht. Frustratie van de levering ten behoeve van één enkele crediteur schaadt de belangen van de andere betrokkenen. Immers, als niet wordt geleverd, komt de met de transactie gemoeide geldsom niet vrij.

In haar reactie op het voorontwerp neemt de KNB als uitgangspunt dat aanpassing van de regeling van de Vormerkung met als doel dat een posterieur derdenbeslag onder de koper de levering niet in de weg staat, niet mag resulteren in een onevenredig zware belasting voor de koper en het rechtsverkeer. Immers, volgens de concept Memorie van Toelichting wordt jaarlijks in nog geen 25 gevallen na een Vormerkung derdenbeslag onder de koper gelegd. Een tweede uitgangspunt is dat aanpassing van de Vormerkungsregeling niet tot onduidelijkheden en uitvoeringsproblemen voor de transporterende notaris mag leiden.

Een neveneffect van de huidige regeling van de Vormerkung is, dat posterieure beslagleggers op het registergoed de facto worden achtergesteld bij anterieure beslagleggers. De KNB deelt de in de concept Memorie van Toelichting verwoorde opvatting dat het invoeren van een regeling die bewerkstelligt dat de posterieure beslagleggers een gelijke positie innemen als de anterieure beslagleggers, niet wenselijk is, alleen al omdat dit een vrij ingrijpende wetswijziging zou vergen.

2. De voorgestelde wijziging van art. 475h Rv

In het voorgestelde art. 475h lid 3 Rv wordt bepaald dat een betaling door een derde-beslagene aan de notaris ten behoeve van de overdracht van een registergoed niet kan worden ingeroepen tegen de beslaglegger, voor zover dit beslag is gelegd nadat de koop van het registergoed is ingeschreven in de openbare registers.

Deze regeling impliceert dat de koper ondanks het derdenbeslag de koopsom onder de notaris kan storten, waardoor een derdenbeslag onder de koper niet langer aan levering aan de koper in de weg staat. De KNB juicht deze regeling, die een belemmering voor effectuering van kopers recht op levering wegneemt, toe. De KNB plaatst bij de voorgestelde bepaling een tweetal kanttekeningen.

In art. 475 h lid 3 Rv nieuw wordt bepaald dat een in weerwil van het beslag door de derde-beslagene gedane betaling aan de notaris ten behoeve van de overdracht van een registergoed tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen, *voor zover* dit beslag is gelegd nadat de koop is ingeschreven. De KNB stelt voor de woorden 'voor zover' te vervangen door: 'indien'.

In de concept Memorie van Toelichting, artikelsgewijze toelichting, p. 12, wordt opgemerkt dat de koper in zijn op grond van art. 476a Rv af te leggen verklaring kan verklaren dat hij niets meer aan de geëxecuteerde verschuldigd is omdat hij reeds aan de notaris heeft betaald. Los van het feit of dit juist is (men kan zich afvragen of de vordering van de verkoper op de koper al tenietgaat door

het storten van de koopprijs op de derdenrekening van de notaris), kan het zich ook voordoen dat de koper zijn verklaring moet afleggen op een moment dat hij de koopsom nog niet onder de notaris heeft gestort. De KNB stelt daarom voor om in de Memorie van Toelichting tot uitdrukking te brengen dat de derde-beslagene die, in het in art. 475h lid 3 Rv. nieuw bedoelde geval, na het afleggen van de in art. 476a Rv bedoelde verklaring, de koopprijs op de derdenrekening van de notaris stort, deze betaling tegen de beslaglegger kan inroepen. Ook het formulier waarin de derde-beslagene de in art. 476a Rv bedoelde verklaring dient af te leggen, zou aan de wijziging van art. 475h Rv dienen te worden aangepast, zodat er bij de derde-beslagene geen misverstanden kunnen ontstaan over in welke situatie hij, na het afleggen van de verklaring wel, en in welke situatie hij niet bevrijdend aan de notaris kan betalen.

3. De voorgestelde wijziging van art. 7:3 BW

3.1 Inhoud van de voorgestelde regeling

De voorgestelde wijziging van art. 7:3 BW strekt ertoe om de crediteur van de verkoper, voor wie het leggen van derdenbeslag onder de koper op grond van art. 475h lid 3 nieuw Rv niet het gewenste effect heeft, de weg te wijzen naar de notaris die de leveringsakte zal passeren. Hij kan zodoende effectief beslag leggen onder de notaris op het surplus van de koopsom.

De KNB is van mening dat de voorgestelde wijziging van art. 7:3 BW disproportioneel is, onvoldoende rekening houdt met de belangen van partijen, leidt tot uitvoeringsproblemen voor de notaris, en enige lacunes bevat. Zij wijst de voorgestelde wijziging van art. 7:3 BW daarom af.

De voorgestelde wijziging van art. 7:3 BW bevat de volgende componenten:

I. In de koopovereenkomst dient de transporterende notaris te zijn aangewezen (concept MvT, p. 7, 10-11).

II. De inschrijving van de koop vermeldt de aanwijzing van deze notaris (concept MvT, p. 10).

III. De Vormerkung verliest de in art. 7 lid 3 BW omschreven beschermende werking met terugwerkende kracht indien de levering door tussenkomst van de in de koop aangewezen notaris (dan wel zijn waarnemer of opvolger) niet binnen zes maanden na de inschrijving heeft plaatsgevonden, tenzij voldaan is aan het bepaalde in lid 6 nieuw.

IV. Volgens lid 6 nieuw kunnen partijen na de Vormerkung in een notariële of onderhandse akte overeenkomen dat de leveringsakte wordt verleden door een andere notaris, dan die aangewezen in de koopakte, indien de nieuw gekozen notaris deze akte in de openbare registers laat inschrijven, zulks door middel van een notariële verklaring, opgemaakt bij notariële akte, dit met inachtneming van het bepaalde in art. 26, 37 en 37a Kadasterwet (vergelijk concept MvT, p. 10-11).

V. Inschrijving van de akte waarin partijen de wijziging van notaris zijn overeengekomen vindt slechts plaats indien (a) onder deze akte een ondertekende en gedateerde verklaring van de nieuw aangewezen notaris is opgenomen, die zijn naam, voornamen, standplaats en kwaliteit bevat, alsmede de verklaring dat partijen, in afwijking van de eerder ingeschreven koop, deze notaris hebben aangewezen, en (b) deze akte niet later dan op de zevende dag voor de dag waarop de akte van levering is verleden, in de openbare registers is ingeschreven.

3.2 Enkele punten van kritiek

Zonder te streven naar volledigheid komen hieronder een aantal knelpunten in de diverse componenten van de voorgestelde regeling aan bod.

3.2.1 Notariskeuze in schriftelijke koopovereenkomst

Uit art. 7:3 lid 4 BW nieuw vloeit voort dat partijen in de koopovereenkomst al een notaris dienen te kiezen. In de huidige praktijk hebben partijen bij de mondelinge overeenstemming over de koop lang nog niet altijd een notaris uitgekozen, laat staan dat deze notaris de opdracht heeft aanvaard. Wanneer het gaat om de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak door een

'consument', zodat het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 BW geldt, leidt invoering van lid 4 nieuw ertoe dat de totstandkoming van de koop vertraging kan oplopen. Immers, om de koop in te kunnen schrijven moet de koopovereenkomst de transporterende notaris vermelden. Een vertraging in de totstandkoming van de koop is noch in het belang van de koper, noch in het belang van de verkoper. Gaat het om een vormvrije koop, dan leidt invoering van lid 4 nieuw tot vertraging van het opmaken van koopakte, en daarmee tot vertraging van de inschrijving van de koop, in gevallen waarin partijen bij het sluiten van de koop nog geen overeenstemming hebben bereikt over de in te schakelen notaris. Ook dit belemmert het rechtsverkeer.

De vraag rijst hoe moet worden gehandeld in gevallen waarin er wel een schriftelijk koopcontract is, maar daarin geen notariskeuze is gedaan. De notariskeuze kan volgens de KNB niet als essentieel element van de koop van een onroerende zaak worden aangemerkt; een koop zonder notariskeuze is dus wel een koop, maar deze koop is volgens art. 7:3 lid 4 BW nieuw niet inschrijfbaar. Kan in dergelijke gevallen een tweede overeenkomst worden gesloten, die vervolgens, samen met de koopovereenkomst, ter inschrijving kan worden aangeboden? De concept Memorie van Toelichting laat zich hier niet over uit. En hoe wordt omgegaan met koopcontracten die zijn opgesteld net voordat de nieuwe regeling in werking is getreden?

3.2.2 Wat indien een niet-ingeschreven notaris de leveringsakte passeert?

Volgens art. 7:3 lid 4 BW nieuw verliest de inschrijving van de koop de beschermende werking met terugwerkende kracht indien het (register-)goed niet binnen zes maanden na de inschrijving aan de koper is geleverd door (lees: met tussenkomst van) de notaris die is aangewezen in de koopakte, dan wel diens waarnemer of opvolger. In dat geval wordt bovendien de koop niet geacht kenbaar te zijn door raadpleging van de openbare registers.

Uit deze bepaling, noch uit de concept Memorie van Toelichting blijkt wat rechtens is indien een andere dan de ingeschreven notaris de leveringsakte heeft verleden (de vraag of een niet-ingeschreven notaris zijn medewerking mag verlenen aan het passeren van de leveringsakte, komt hieronder aan de orde). Ontbeert de Vormerkung dan in het geheel de beschermende werking, omschreven in art. 7:3 lid 3 BW? Of beschermt de Vormerkung in dat geval slechts niet tegen een na de Vormerkung gelegd beslag op het registergoed? Wat is rechtens indien in deze situatie de koper ingevolge art. 475 h lid 3 Rv nieuw ondanks een posterieur onder hem gelegd derdenbeslag de koopsom onder de notaris heeft gestort? Ook de eerste zin van het nieuwe lid 6, die opent met 'in afwijking van het vierde lid' maakt niet duidelijk wat de sanctie is op niet-naleving van lid 4 nieuw BW.

3.2.3 Effecten van beknottig van de vrije notariskeuze

Er kunnen voor een cliënt redenen zijn om op zijn aanvankelijke notariskeuze terug te komen, en een cliënt dient daarom de vrijheid te hebben van notaris te wisselen. De voorgestelde regeling beknott de vrije notariskeuze van de partijen bij een ingeschreven koopovereenkomst. Immers, voor een verandering van notaris na de inschrijving van de koop is een nadere, schriftelijke overeenkomst tussen partijen nodig, een notariële verklaring van de nieuwe notaris omtrent de wilsovereenstemming tussen verkoper en koper omtrent de verandering van notaris, en een inschrijving van de akte 'wijziging notaris' en de notariële verklaring in de openbare registers. De kosten hiervan zullen voor rekening van (een van de) partijen komen, en zullen in de praktijk een barrière vormen om van notaris te wisselen. Bovendien is de mogelijkheid om na de Vormerkung van notaris te wisselen in tijd gelimiteerd: er dienen minimaal zeven dagen te liggen tussen de inschrijving van de notariswijziging en de dag waarop de leveringsakte is (of: wordt?) verleden. De beknottig van de vrijheid om van notaris te wisselen, en de kosten die hieraan verbonden zijn, staan niet in verhouding tot het beoogde doel: bescherming van crediteuren van de verkoper die na de Vormerkung derdenbeslag onder de notaris willen leggen.

Daarnaast is naar de huidige stand van de tuchtrechtelijke jurisprudentie onduidelijk wat de positie van de notaris is. Dient een nieuwe notaris die na inschrijving van de koop door partijen wordt

benaderd om de leveringsakte te passeren dienst te weigeren indien de keuze voor deze notaris niet of niet-tijdig in de openbare registers is ingeschreven?

3.2.4 Koppeling overeenkomst notariswijziging aan inschrijving van deze overeenkomst

Volgens lid 6 nieuw, eerste zin, is de mogelijkheid voor verkoper en koper om overeen te komen van notaris te wisselen, gekoppeld aan de inschrijving van deze overeenkomst door de nieuwe notaris. Dit lijkt niet juist; de mogelijkheid over een notariswisseling een overeenkomst te sluiten, staat los van het effect van inschrijving van deze overeenkomst.

3.2.5 Inschrijving van de overeenkomst over de wisseling van notaris

Volgens lid 6 nieuw, eerste zin, is het de notaris die de overeenkomst over de wisseling van notaris laat inschrijven. De notaris zal deze overeenkomst (of een andere inschrijfbaar rechtshandeling) echter alleen ter inschrijving aanbieden, indien een partij bij de overeenkomst hem daartoe opdracht geeft. Of moet het ter inschrijving aanbieden als een zelfstandige verplichting van de notaris worden gezien? Dit zou niet passen in het huidige systeem. Ook komt in de voorgestelde tekst noch de toelichting tot uitdrukking dat de keuze van partijen om een andere notaris in te schakelen, alleen effect sorteert indien tussen partijen en deze nieuwe notaris een overeenkomst van opdracht tot stand komt.

De tweede zin van lid 6 nieuw bepaalt dat inschrijving van de daar bedoelde akte alleen plaatsvindt indien de akte aan een aantal vereisten voldoet. Een van deze vereisten is dat de akte niet later dan op de zevende dag voor de dag waarop de akte van levering is (of: wordt?) verleden, in de openbare registers is ingeschreven. Het is duidelijk aan de bewaarder van de openbare registers om te checken of aan deze vereisten is voldaan. Maar hoe kan de bewaarder checken of de akte 'wijziging notaris' tijdig ter inschrijving wordt aangeboden? Op het moment van aanbieding van de akte 'wijziging notaris' ligt het tijdstip van het aanbieden van de leveringsakte immers nog in de toekomst. Gaat het hier om de in de koopovereenkomst vermelde leveringsdatum? Dit is lang niet altijd de dag waarop de levering daadwerkelijk plaatsvindt. Partijen kunnen na het sluiten van de koop een nieuwe leveringsdatum afspreken; ook de tekst van het koopcontract biedt hen daartoe in de regel de ruimte. Of gaat het om de datum waarop de leveringsakte daadwerkelijk ter inschrijving wordt aangeboden? Maar in dat geval blijkt pas achteraf of de akte 'wijziging notaris' op tijd ter inschrijving is aangeboden.

En wat is rechtens indien de leveringsakte binnen de termijn van zeven dagen na inschrijving van de notariswijziging wordt gepasseerd: dient de bewaarder dan inschrijving van de leveringsakte te weigeren? Of vindt inschrijving plaats, maar biedt de Vormerkung dan achteraf gezien in het geheel geen bescherming tegen de in lid 3 genoemde situaties, of (een andere denkbare consequentie) beschermt de Vormerkung dan achteraf gezien niet tegen een posterieur beslag? Dient de notaris die binnen de termijn van lid 6 nieuw de opdracht krijgt de leveringsakte te verlijden, dienst te weigeren? De voorgestelde regeling en concept Memorie van Toelichting voorzien in de huidige opzet niet in een antwoord op deze vragen.

4. Conclusie

Met de voorgestelde wijziging van art. 475h Rv wordt de beschermende werking van de Vormerkung tegen een posterieur beslag verbeterd. Immers, het voorgestelde art. 475h lid 3 Rv leidt ertoe dat een posterieur derdenbeslag onder de koper de levering niet frustreert. De KNB ondersteunt deze uitbreiding van de beschermende werking van de Vormerkung.

De voorgestelde wijziging van art. 7:3 BW schiet daarentegen in de ogen van de KNB haar doel voorbij. Zij kan leiden tot vertraging van de totstandkoming van de koop, werkt kostenverhogend, leidt tot uitvoeringsproblemen voor het notariaat, en bevat een aantal lacunes. Gezien het geringe aantal gevallen waarin thans na een Vormerkung derdenbeslag onder de koper respectievelijk de notaris wordt gelegd (minder dan respectievelijk 25 en 50 gevallen per jaar), is de voorgestelde

wijziging van art. 7:3 BW disproportioneel. De KNB adviseert de wetgever daarom de voorgestelde wijziging van art 7:3 BW niet in te voeren.

Den Haag, 9 mei 2014