

Reactie op het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 7 BW en van het WBRv teneinde de werking van de inschrijving van de koop van een registergoed in de openbare registers te verbeteren.

Het Ministerie van Veiligheid en Justitie heeft bovengenoemd wetsvoorstel gepubliceerd en opengesteld voor consultatie. Graag maak ik daarvan gebruik.

Inleidende opmerkingen

Het wetsvoorstel regelt dat na een onder de koper gelegd derdenbeslag door een schuldeiser van verkoper, de koper de koopsom bevrijdend kan betalen aan de notaris. Deze regel is nieuw in ons recht. Er wordt een belangrijke inbreuk gemaakt op de sinds lang bestaande regel dat een betaling door een beslagene geen werking heeft tegenover de beslaglegger. Het systeem wordt dus doorbroken, gewijzigd, ten gunste van één partij, de koper.

Verbeterd het wetsvoorstel de Vormerkung? Uitsluitend de positie van de koper wordt gemakkelijker. Wel geheel ten koste van de positie van de notaris. Schuldeisers van verkoper zullen na invoering geen derdenbeslag meer leggen onder de koper, dat beslag treft immers geen doel meer. Zij zullen uitsluitend nog derdenbeslag leggen onder de notaris. Het gaat hier om schuldeisers die op de onroerende zaak een posterieur verhaalsbeslag hebben gelegd, en ter verzekering van hun rechten aanvullend nog een derdenbeslag onder de notaris leggen. Daar derdenbeslag onder de koper geen effect meer sorteert, na de invoering, zal vaker derdenbeslag onder de notaris worden gelegd.

De notaris wordt door de wetgever door de nieuwe regel in de rechtstreekse vuurlinie gezet van hypotheekhouders, anterieure beslagleggers, posterieure beslagleggers, beslagleggers onder de notaris, koper en verkoper. De notaris die niets met de problemen van verkoper en zijn schuldeisers van doen heeft, niet bij uitstek deskundig is op het gebied van het beslag- en executierecht, wel met zijn zakelijke en privévermogen volledig aansprakelijk is voor foutloze afwikkeling van de belangen van alle betrokkenen, moet de problemen maar oplossen. Dat is het feitelijk gevolg van dit wetsvoorstel. De extra kosten, tijd en procedures die daarmee gepaard gaan, kan hij bij niemand in rekening brengen. Als hij dat probeert, maakt hij grote kans op bijkomende (klacht)procedures over zijn declaratie. Dat is het hedendaagse zwartepietenspel. De consument is hiervan zeer doordrongen. De consument is vrijwel steeds de sterkste partij, hij hoeft alleen te klagen, heeft weinig te verliezen (zeker als er een rechtsbijstandverzekering is) en draagt geen aansprakelijkheidsrisico.

Het werkelijke doel van het wetsvoorstel zou moeten zijn: het pijnpunt uit de Vormerkung verwijderen. Pijnpunt is dat de Vormerkung zorgt voor verstoring van het uitgangspunt van de gelijkheid van schuldeisers (paritas creditorum). De Vormerkung zelf betekende al een breuk met een oud en uitgebalanceerd systeem van voorrangrechten, preferenties enz. Om de gebleken ongewenste gevolgen van de Vormerkung nu te repareren, wordt wederom ingebroken in een bestaand systeem (namelijk dat betaling straks kwijtend kan plaatsvinden ondanks een beslag). Zo raken we dus steeds verder van huis.

Het hiervoor bedoelde pijnpunt oplossen poogt het wetsvoorstel niet eens. Maar dat pijnpunt is wel de oorzaak van de nu gewenste verbetering van de Vormerkung.

Meer algemene opmerkingen

In een ruimere context, meer inzoomend op de aard van de Vormerkung, merk ik op dat de Vormerkung zelf, net als het onderhavige wetsvoorstel, is bedoeld om de positie van de (consument)koper te versterken. De MvT noemt de consumentenbescherming als reden van het wetsvoorstel. De consumentenbescherming heeft zeer sterk de aandacht van de wetgever. Zeer veel wet- en regelgeving zijn de afgelopen decennia aangepast aan de bescherming van de consument. Vrijwel alle algemene voorwaarden van verkoop en van dienstverlening, klachtenregelingen, tuchtreghs, enzovoorts, zijn aangepast aan de bescherming van de consument. Ook het onderhavige wetsvoorstel zelf is een direct gevolg van een uitspraak van de HR van 12-07-2013. Door die uitspraak wordt de positie van de koper bij wie derdenbeslag is gelegd bemoeilijkt. De snelheid waarmee gehandeld wordt is opvallend.

Dit alles ondanks de vraag of er wel zoveel behoefte is aan de Vormerkung. Er wordt maar weinig gebruik van gemaakt, deels vanwege de (overigens geringe) kosten, deels omdat kopers het ingewikkeld vinden. Voor zover mij bekend werd destijds de afwezigheid van de Vormerkung niet gevoeld als een maatschappelijke misstand.

De consument verkeert in de uitverkoren positie vrijwel als enige verantwoordelijk te worden gehouden voor economische groei. Maar uit alle onderzoeken blijkt dat een economie en welvaart uitsluitend worden opgebouwd binnen een democratische rechtsorde, met juridische garanties van -, en in evenwicht gebrachte belangen van alle betrokkenen. Ook de Wereldbank heeft dat vastgesteld in een onderzoek van 2005. De zwakkere heeft zeker recht op bescherming, maar de vraag is of de (consument)koper door alle aandacht van de wetgever, die ook weer blijkt uit het onderhavige wetsvoorstel, nog wel de zwakkere is.

Technische opmerkingen

Het is de vraag of het directe doel van het wetsvoorstel, dat is volgens de inleiding en paragraaf 3.1 van de MvT: de eigendomsoverdracht aan de koper doorgang te laten vinden, wordt gerealiseerd.

De juridische uitwerking van het wetsvoorstel houdt in dat een derdenbeslag onder de koper geen doel meer treft, daar de koper ondanks het onder hem gelegde derdenbeslag bevrijdend kan betalen aan de notaris (nieuw artikel 475h lid 3 Rv) . De slotalinea van de MvT zegt dat een derde (de koper neem ik aan) niet meer wordt geconfronteerd met een beslag op de koopsom onder de koper. De beslaglegger zal zich moeten wenden tot de notaris, aldus de MvT. Daarnaast geeft het wetsvoorstel aanvullende regels die beogen te voorkomen dat partijen kort voor het transport van notaris wisselen (nieuw art 7:3 leden 4 en 6 BW) . Er worden *at random* nieuwe rechtsregels bedacht uitsluitend om een vooraf bepaald resultaat te bereiken. Regels die oude en goed doordachte rechtssystemen doorbreken.

Over het overschotidee

De notarissen krijgen na invoering van dit wetsvoorstel vaker te maken met onder hen gelegd derdenbeslag door posterieure beslagleggers op het registergoed. De cruciale vraag is welk deel van de koopsom dit derdenbeslag onder de notaris omvat. Over het antwoord bestaat in de literatuur en het notariaat veel verwarring. Zeker is dat het beslag omvat het bedrag dat de notaris verschuldigd is aan de verkoper. Maar is dat de gehele koopsom of slechts het overschot (surplus) dat resteert nadat de notaris de hypotheekhouders en anterieure beslagleggers heeft voldaan. De MvT bij het wetsvoorstel zegt over deze rechtsvraag weinig en laat het antwoord in het midden. Voor definitieve beantwoording van deze rechtsvraag is nodig óf een wettelijke bepaling óf een uitspraak van de Hoge Raad.

De MvT zegt dat de literatuur in overwegende mate zou kiezen voor het overschotidee. De notaris, op wie volgens vaste rechtspraak een zwaarwegende zorgplicht rust, en die persoonlijk aansprakelijk is voor elke schade, heeft uiteindelijk weinig aan een mening die in de literatuur in overwegende mate wordt aangehangen.

De MvT stelt dat ook de AG bij het arrest HR 12-07-2013 het overschotidee is toegedaan. Ik lees dat niet in o.v. 2.5 van de conclusie van de AG (daar bespreekt de AG slechts de procedure bij een geclausuleerde opheffing van het beslag).

De notaris kan vooral niets met bedoeld criterium "in overwegende mate", omdat de andere mening die stelt dat de notaris de *gehele* koopsom houdt voor verkoper, met sterke argumenten wordt bepleit.

In zijn dissertatie Derdenbeslag en met name in zijn 'Vormerkung, beslag, rangorde en de notaris' (Ars Notariatus, 144) stelt L.P Broekveldt dat het overschotidee onjuist is en het beslag de gehele koopsom omvat, met inachtneming van de positie van preferente crediteuren (bijvoorbeeld de hypotheekhouder).

Ook de HR lijkt hiervoor te kiezen. In het door Broekveldt genoemde arrest ABN AMRO/Notaris X van 06.02.2009, zegt de HR dat de posterieure beslagschuldeisers van verkoper de mogelijkheid hebben om derdenbeslag te leggen onder de koper of de notaris op de koopprijs om te bereiken dat zij in de opbrengst van het verkochte kunnen delen en daarmee een juist evenwicht wordt gevonden tussen de anterieure en posterieure beslagschuldeisers. Ook de MvT bij het wetsvoorstel tot invoering van de Vormerkung noemt deze optie.

Ook noemt Broekveldt de conclusie van Vranken bij het arrest HR 23.06.1995, NJ 1996, 566, waarin Vranken zegt dat het verzoek van beslagschuldenaar B aan derde-beslagene C tot rechtstreekse betaling aan B's schuldeiser D, niet bestand is tegen een derdenbeslag gelegd door schuldeiser A onder C. "Het zou anders wel erg gemakkelijk zijn om met behulp van louter obligatoire afspraken met enkele crediteuren de beslagmogelijkheden van andere crediteuren voor eens en voor al te frustreren. Het zou leiden tot een veelheid louter obligatoir bepaalde voorrangssituaties van crediteuren jegens elkaar. Dat is niet het systeem van het Nederlandse recht. Het aantal voorrangsposities is beperkt en zorgvuldig afgebakend. Een louter obligatoire bevoegdheid om gelden ten behoeve van bepaalde crediteuren te bestemmen behoort daartoe niet."

Broekveldt stelt dat op grond van de regel van gebondenheid (nemo plusregul in het beslagrecht) dat de door Vranken bedoelde obligatoire afspraken wel mogelijk zijn, maar pas derdenbeslagproof zijn als (in het voorbeeld) schuldeiser D een direct vorderingsrecht tot betaling heeft jegens derdenbeslagene C, zodanig dat C de gelden niet meer verschuldigd is aan B maar uitsluitend nog aan D. Dit zou moeten zijn vastgelegd liefst in de vorm van derdenbedingen. Dan is het vorderingsrecht van D omgezet in een vordering op alleen C. C is dan niets meer verschuldigd aan B.

Heel kort samengevat is de stelling bij de verwerping van het overschotidee: al wat de notaris betaalt voor de verkoper, aan derden, houdt de notaris vóór de betaling voor de verkoper, indien de verkoper ten gevolge van die betaling wordt gekweten.

Het is uiteraard niet uitgesloten dat de Hoge Raad toch anders zal beslissen, maar de argumenten van Broekveldt zijn zodanig dat een zorgvuldig handelend notaris ze niet kan negeren. De notaris die betaalt in weerwil van het beslag riskeert nogmaals te moeten betalen aan de beslaglegger. Met alle ernstige gevolgen van dien. Het lijkt me dat ook de notariële bewaringspositie in het gedrang kan komen. Wordt die negatief, dan heeft de notaris, naast de procedure tegen de posterieure beslagschuldeiser, er nog een tweede procedure bij: bij de Kamer voor het notariaat, op aangifte door het Bureau Financieel Toezicht (BFT). Bepaald geen benijdenswaardige positie, die van de notaris.

Een eenvoudig praktijkvoorbeeld

Verkoper V verkoopt een woning aan koper K voor een koopsom van € 200.000. De koopovereenkomst is door notaris N ingeschreven (Vormerkung). Op de woning rust een hypotheekschuld bij bank H van € 150.000, een anterieur conservatoir beslag van schuldeiser A-ant voor een geclaimd bedrag van € 50.000, en een posterieur conservatoir beslag van schuldeiser B-post voor een geclaimd bedrag van € 50.000.

Beslagschuldeiser B-post legt ook conservatoir derdenbeslag onder notaris N voor alles wat N verschuldigd is aan verkoper V.

Notaris N is verplicht ogv art 476a lid 1 Rv binnen vier weken na het beslag een schriftelijke verklaring te doen aan derdenbeslagschuldeiser B-post van al hetgeen is getroffen door het derdenbeslag. De notaris moet nu een afweging maken: wat is hij verschuldigd aan de verkoper, de gehele koopsom (€ 200.000) of het overschot (in casu nihil). Ingeval de notaris verklaart slechts het overschot van de koopsom (nihil) verschuldigd te worden aan de verkoper, zal hij zich nader moeten motiveren.

Daarbij komt nog dat bij een conservatoir beslag de beslaglegger pas na het executoriaal worden van het beslag de verklaring kan betwisten of laten aanvullen. Potentieel een zeer lange onzekere situatie dus voor de betrokken notaris. Die periode kan jaren duren. Feitelijk kan de notaris gedurende die periode niets betalen, op risico nogmaals te moeten betalen (art 6:33 BW).

Maar, de Beslagsyllabus adviseert toch Voorzieningenrechtters om een posterieure beslagschuldeiser verlot tot derdenbeslag onder de notaris te verlenen voor het deel van de

koopsom dat niet moet worden aangewend voor de betaling van de hypotheekhouders en anterieure beslagleggers. Dan is de notaris toch veilig? Volgens Broekveldt wordt met een dergelijke beperkende beschikking inbreuk gemaakt op het fundamentele beginsel van de paritas creditorum. Hij geeft posterieure derdenbeslagleggers in overweging tegen een zodanige beperkende beschikking in beroep te gaan (dit kan volgens art 700 lid 2 Rv). Ook hiermee dient de notaris rekening te houden. Of hij zich kan disculperen is de vraag.

Per saldo betekenen de bovengenoemde rechtsregels dat de notaris de levering pas kan laten doorgaan als hij vóór de levering met alle schuldeisers van verkoper overeenstemming heeft bereikt over de verdeling van de koopsom.

Ook de notariële beroepsregel Reglement Royeren van de KNB, (ook) mede ingevoerd ter bescherming van de consument, stelt dat de notaris pas mag meewerken aan de levering als alle hypotheekhouders en (anterieure en posterieure) beslagleggers volmacht hebben verleend voor doorhaling van hun hypotheek en beslagen.

(Soms wordt gesteld dat een doorhalingsvolmacht van de posterieure beslaglegger niet nodig zou zijn, omdat dat beslag vexatoir is. De notaris die onroerend goed levert zonder doorhalingsvolmacht van de posterieure beslaglegger zal na de levering die posterieure beslaglegger in een procedure moeten betrekken tot doorhaling van dat beslag. Die notaris maakt zich daarmee tot partij in de problematiek van verkoper. Ook schendt hij het Reglement Royeren en handelt dus tuchtrechtelijk laakbaar. Tuchtrechtprocedures zijn tegenwoordig de opmaat voor civielrechtelijke procedures. Bovendien weet de notaris niet met welke argumenten de posterieure beslaglegger zal komen en hoe lang de procedure zal lopen. Een route die elke notaris daarom moet vermijden. Ook het BFT zal bij een dergelijke handelwijze grote vraagtekens zetten en de notaris verwijten maken.)

Zal de levering doorgang vinden?

De MvT meldt kortaf dat door de nieuwe rechtsregel de levering doorgang kan vinden. In de praktijk is dat echter zeer de vraag. Zoals gezegd moeten in het notariële dossier al vóór de levering de doorhalingsvolmachten van alle hypotheek- en beslagschuldeisers aanwezig zijn. Een vrijwel onmogelijke (en onbezoldigde) opdracht voor de notaris.

In het hiervoor gegeven voorbeeld zal beslagschuldeiser B-post geen doorhalingsvolmacht voor zijn posterieur og-beslag willen geven zonder betaling van een evenredig deel van de koopsom (in het voorbeeld € 25.000). Ook zal beslagschuldeiser B-post zonder die betaling geen volmacht willen geven voor opheffing van het derdenbeslag onder de notaris.

De anterieure og-beslagleggers op hun beurt zullen de volmacht voor doorhaling van het anterieure og-beslag slechts verlenen als zij volledig worden voldaan (in het voorbeeld € 50.000).

De notaris die zonder deze doorhalingsvolmachten levert, moet er ernstig rekening mee houden dat de posterieure beslagleggers hem aansprakelijk zullen stellen voor de betalingen aan de anterieure schuldeisers.

Gevolg is dat de notaris met jarenlange, uiterst ingewikkelde procedures te maken krijgt, waarbij hij wordt aangevallen door meerdere partijen. De kans dat de eisers/claimers zullen slagen is aanzienlijk. De notaris zit met de problemen. Het gevolg zal mede zijn een dubieuze

bewaringspositie, immers gelden van de derdengeldenrekeningen ten onrechte voldaan aan een partij. Het is daarbij opvallend hoe gemakkelijk het ministerie de (met het oog op consumentenbelangen) zo van belang geachte bewaringspositie uit het oog verliest als het gaat om behartiging van een andere categorie consumentenbelangen.

Ook het BFT zal toch met de wenkbrauwen fronsen bij de kennisneming van dit wetsvoorstel en de gevolgen daarvan voor de notaris.

Conclusie

Het wetsvoorstel geeft geen oplossing voor de verstoring van de paribas creditorumregel die een gevolg is van de Vormerkung. Er wordt een aantal nieuwe regels bedacht uitsluitend om één partij te gerieven. Verder wordt niemand wijzer van dit voorstel, integendeel.

Wel een oplossing zou zijn: wettelijk vastleggen dat de vorderingen van de anterieure en posterieure beslagleggers naar evenredigheid van ieders vordering dienen te worden voldaan, ongeacht de Vormerkung, behoudens wettelijk erkende voorrangrechten. Een afdoende regeling is door Broekveldt gegeven in § 8.4 van zijn 'Vormerkung, beslag, rangorde en de notaris'. Als de wetgever dat regelt is er ook geen reden meer voor derdenbeslag onder de koper.

Afsluiting

De notarissen krijgen op hun bord de problematiek van de verstoring van de paribas creditorum die een gevolg is van de Vormerkung. Zij worden door het wetsvoorstel gedwongen zich te verweren in aansprakelijkheidsprocedures middels kostbare, langlopende en stressgevende procedures, geheel voor eigen kosten en onbezoldigd, en zien zich gedwongen de rechter een antwoord te laten geven op vragen die de wetgever had behoren te beantwoorden.

De wetgever heeft de macht om met goede wetgeving ieders positie in de onderhavige casuïstiek helder vast te leggen en tegelijk het huidige probleem van de koper op te lossen. Omdat dit volgens de MvT veel wetgevingsarbeid vraagt, wordt een regeling gemaakt die slechts een klein deelprobleem oplost.

Mr. R.C.M. Schaap
notaris