

De 'Vormerkung' een doorkruising van het Nederlandse verhaalsrecht?



J.F. Vanhommerig

Enschede, januari 2007

De 'Vormerkung' een doorkruising van het Nederlandse verhaalsrecht?



Afstudeerscriptie van:
J.F. Vanhommerig
S0140538

Aan:
Radboud Universiteit Nijmegen
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Masteropleiding Nederlands recht

Onder begeleiding van:
Mr L. Timmerman

Enschede, januari 2007



bron: www.heijkoop-partners.nl

Voorwoord

Naast het volgen van de (deeltijd)studie Nederlands recht ben ik gerechtsdeurwaarder in Enschede. In het kader van mijn beroepsuitoefening heb ik dagelijks te maken met het incasseren van geldvorderingen ondermeer door het ten uitvoerleggen van vonnissen en andere executoriale titels. Zo werd ik na 1 september 2003 bij het leggen van beslag op onroerende zaken geconfronteerd met een ingeschreven koopovereenkomst in de openbare registers, als bedoeld in artikel 7:3 BW.

Na een eerste lezing van artikel 7:3 BW vraag je je af of je de schuldeiser wel moet adviseren om beslag te leggen op de onroerende zaak of dat er naar andere mogelijkheden gezocht dient te worden om de vordering van de schuldeiser te verhalen op -het vermogen van- de schuldenaar.

De eventuele problematiek en de gevolgen van artikel 7:3 BW met betrekking tot het beslag- en executierecht, heeft mij doen besluiten dit nader te bestuderen en te onderzoeken. Bovendien was bij het ontstaan van het idee over deze scriptie nog nauwelijks literatuur voorhanden over dit onderwerp.

Zoals gebruikelijk in een voorwoord, en daarom niet minder gemeend, wil ik de heer Steven Bartels bedanken voor zijn begeleiden tot het formuleren van de onderzoeksvraag. Ook wil ik Liesbeth Timmerman bedanken voor haar begeleiding en haar heldere commentaar. Als "last but not least" wil ik Tirza Boxman bedanken voor haar nimmer aflatende steun en peptalks.

Tot slot, zal ik in deze scriptie voornamelijk een theoretische beschouwing weergeven, waarbij ik zo mogelijk even op de praktijk en de praktische invulling zal ingaan.

Inhoudsopgave

VOORWOORD	4
INHOUDSOPGAVE	5
INLEIDING	6
PLAN VAN AANPAK.....	8
1. 'VORMERKUNG'	10
1.1 AANVULLING VAN TITEL 7.1 BW (KOOP EN RUIL).....	10
1.1.1 <i>Artikel 7:2 BW "vormvereiste" en "bedenktijd"</i>	11
1.1.2 <i>Artikel 7:3 BW 'Vormerkung'</i>	13
<i>OORSPRONG VAN DE NEDERLANDSE 'VORMERKUNG'</i>	13
1.2 DE WERKING VAN DE 'VORMERKUNG'.....	17
1.2.1 <i>Vormerkung een beslagverbod?</i>	19
2. BESLAG OP DE ONROERENDE ZAAK EN DE 'VORMERKUNG'	21
2.1 BESLAG OP ONROERENDE ZAKEN.....	21
2.1.1 <i>Formaliteiten en reikwijdte beslag op onroerende zaken</i>	22
2.1.2 <i>Verhaalsbeslag en beslag tot levering</i>	24
<i>VERHAALSBSLAG</i>	24
<i>BESLAG TOT LEVERING</i>	24
2.2 EFFECT VAN HET BESLAG OP ONROERENDE ZAKEN.....	25
2.2.1 <i>Blokkerende werking</i>	26
2.2.2 <i>Verdeling verkoopopbrengst</i>	27
2.2.3 <i>Bijkomend psychologisch effect</i>	29
2.3 'VORMERKUNG' EN BESLAG.....	29
2.3.1 <i>'Vormerkung' en verhaalsbeslag</i>	30
2.3.2 <i>'Vormerkung' en beslag tot levering</i>	31
3. ALTERNATIEVEN VOOR SCHULDEISERS	33
3.1 DERDENBESLAG.....	33
3.1.1 <i>Derdenbeslag onder de koper</i>	33
3.1.2 <i>Derdenbeslag onder de notaris</i>	35
<i>KWALITEITSREKENING EN HET DERDENBESLAG</i>	35
<i>ZORGPLICHT NOTARIS EN HET DERDENBESLAG</i>	36
3.2 WAARDE EN EFFECT DERDENBESLAG.....	37
4. CONCLUSIE	39
4.1 BESLAG EN DE 'VORMERKUNG'.....	39
4.1.1 <i>Beslag onroerende zaken zonder 'Vormerkung'</i>	40
4.1.2 <i>Beslag onroerende zaken na een 'Vormerkung'</i>	40
4.2 DERDENBESLAG.....	41
4.2.1 <i>Derdenbeslag onder de koper</i>	42
4.2.2 <i>Derdenbeslag onder notaris</i>	43
4.3 ANTWOORD OP DE VRAAGSTELLING.....	43
BRONNEN	45
<i>Literatuur</i>	45
<i>Artikelen/Memo's</i>	46
<i>Jurisprudentie</i>	47
<i>Internetbronnen</i>	48

INLEIDING

Indien een schuldenaar zijn vordering niet voldoet aan zijn schuldeiser, dan komt de schuldeiser verhaal toe op zijn schuldenaar, althans op diens vermogen¹. Heel vroeger kon de schuldeiser verhaal nemen op de persoon van de schuldenaar, door deze voor hem te laten werken, maar dit is -gelet op de afschaffing van de slavernij- niet meer toegestaan. Het verhaalsrecht op goederen is in het Nederlandse recht te vinden in de artikelen 3:276 BW en volgende, zijnde titel 10 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. In het Nederlandse verhaalsrecht geldt als hoofdregel dat de schuldeiser zijn (geld)vordering op alle goederen -zaken en vermogensrechten- van zijn schuldenaar kan verhalen. Het verhalen van een vordering op het vermogen van de schuldenaar wordt veelal bewerkstelligd door middel van beslag en executie(verkoop). Merendeel van de gelegde beslagen zijn beslag op het inkomen, beslag op de inboedel of inventaris en beslag op de woning of een bedrijfspand van de schuldenaar. De mogelijkheden om beslag te leggen zijn niet ongelimiteerd, vanwege een aantal wettelijke beperkingen en/of beslagverboden².

Over het algemeen worden bij een beslag alleen de belangen van de schuldenaar getroffen en beïnvloed. Maar het komt ook voor dat door een beslaglegging tevens belangen (en goederen) van derden worden getroffen³. Zo zou je kunnen denken aan de situatie waarbij een derde als koper van een huis (onroerende zaak) kan worden benadeeld doordat hij op het moment van de overdracht wordt geconfronteerd met een beslag op dat huis, dat is gelegd door een schuldeiser van de verkoper. Vanwege dit beslag kan de eigendomsoverdracht vertraging oplopen en in het ergste geval kan de koopovereenkomst worden ontbonden. De verkopende partij kan immers niet meer conform de overeenkomst, dus vrij van

¹ Artikel 3:276 BW.

² Voor een korte behandeling omtrent beslagverboden ten aanzien van onroerende zaken, zie paragraaf 1.2.1.

³ Het arrest van de hoge raad van 25 januari 1991, NJ 1992, 172 (Van Berkel/Tribosa) is hier een klassiek voorbeeld van.

hypothec en beslag, leveren aan de koper. De verkoper zal in dat geval toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van een verbintenis uit de koopovereenkomst, hetgeen de verkoper verplicht om de schade te vergoeden die de koper daardoor lijdt⁴.

Voor de koper van een huis in het laatste voorbeeld is sinds 1 september 2003 een beschermingsbepaling opgenomen in artikel 7:3 BW, waarbij de mogelijkheid aan de koper wordt geboden om de koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers⁵. Bij de inschrijving in het openbare register wordt de aard van de stukken, de dag, het uur en de minuut (het tijdstip) van de inschrijving vermeld. Door de inschrijving van de koopovereenkomst van een onroerende zaak in de openbare registers wordt getracht de koper in financiële zin te beschermen tegen feiten die zich tussen het tot stand komen van de koopovereenkomst en de levering kunnen voordoen. Aldus artikel 7:3 lid 3 sub f BW zal de koper die de koopovereenkomst heeft ingeschreven in het openbare register in beginsel bij de levering niet meer gehinderd kunnen worden door een nadien gelegd beslag⁶.

Zo zal een gelegd beslag, na de inschrijving van de koopovereenkomst, in beginsel geen blokkerende werking hebben ten opzichte van de koper die tot inschrijving van de koopovereenkomst is overgegaan⁷. Met andere woorden indien een beslag geen werking (of effect) heeft -en mogelijk als vexatoir⁸ beschouwd dient te worden,- door de enkele inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers, dat deze inschrijvingsmogelijkheid wellicht beschouwd dient te worden

⁴ Artikel 6:74 BW "Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar (verkoper) de schade die de schuldeiser (koper) daardoor lijdt te vergoeden, (...)".

⁵ In de openbare registers kunnen slechts feiten worden ingeschreven die nadrukkelijk in de wet zijn opgenomen, waaronder ook de koopovereenkomst aangaande een register goed. De feiten die kunnen en in sommige gevallen moeten worden ingeschreven zijn feiten die voor de rechtstoestand van het registergoed van belang zijn. Hierbij moet men denken aan het inschrijven van rechtshandelingen die de rechtstoestand van het registergoed wijzigen, zoals overdracht, vestigen van beperkte rechten en beslagen. Tevens kunnen ook ingestelde of in te stellen rechtsoverdrachten en rechterlijke uitspraken welke betrekking hebben op een bepaald registergoed worden ingeschreven.

⁶ Artikel 7:3 lid 3 sub f BW: "Tegen de koper wiens koop is ingeschreven kunnen niet worden ingeroepen: (...)

f. een executoriaal of conservatoir beslag waarvan het proces-verbaal na de inschrijving van de koop is ingeschreven; (...)"

⁷ De blokkerende werking van een beslag wordt besproken in paragraaf 2.2.1.

⁸ Onder vexatoir dient te worden verstaan het bewust en moedwillig financieel kwelen en knevelen van de schuldenaar.

als een beslagverbod. Zou dat het geval zijn, dan dient de inschrijving van de koopovereenkomst als een beperking op de hoofdregel van artikel 3:276 BW beschouwd te worden. Deze mogelijke beperking heeft tot gevolg dat een deel van het vermogen, in casu het huis, van de schuldenaar voor de schuldeiser niet meer te beschouwen is als een verhaalsobject.

In dat geval, als het inschrijven van een koopovereenkomst aangaande een onroerende zaak, zijnde een registergoed, het Nederlandse verhaalsrecht doorkruist (lees: beperkt), dienen schuldeisers te bezien welke alternatieven hen nog resten om zich te verhalen op het vermogen van de schuldenaar.

Op basis van algemene literatuur, de memorie van toelichting alsmede de bijbehorende kamerstukken omtrent de artikelen 7:2 en 7:3 BW en het beslag- en executierecht, zal worden onderzocht of de inschrijving van de koopovereenkomst van een onroerende zaak een doorkruising c.q. beperking is op de hoofdregel van het Nederlandse verhaalsrecht? Om deze hoofdvraag te beantwoorden, dienen de navolgende subvragen te worden beantwoord.

- 1a. Leidt de inschrijving van de koopovereenkomst van een onroerende zaak tot een beslagverbod?
- 1b. Zo nee, wat is dan de waarde en het effect van een gelegd beslag, nadat de koopovereenkomst is ingeschreven in de openbare registers?
2. Kan de schuldeiser van de verkoper derdenbeslag leggen onder de koper en/of de notaris, en zo ja wat is daarvan de waarde en het effect van een derdenbeslag.

Plan van aanpak

Om tot een beantwoording te komen van deze subvragen en hoofdvraag, zal in hoofdstuk 1 allereerst een uiteenzetting worden gegeven van de nieuwe bepalingen van titel 7.1 BW inzake de koop van onroerende zaken en enige grensoverschrijdende achtergrond informatie. Daarna zal in hoofdstuk 2 worden ingegaan op de gevolgen van deze nieuwe bepalingen in titel 7.1 BW en het beslag op onroerende zaken. Voorts zal in hoofdstuk 3 worden bekeken welke

alternatieve mogelijkheden de schuldeiser tot zijn beschikking heeft en wat de waarde en het effect zijn van die alternatieven.

In het laatste hoofdstuk, hoofdstuk 4, zal een antwoord gegeven worden op de subvragen en op de hoofdvraag van deze scriptie.

1. 'VORMERKUNG'

De in het inleidende hoofdstuk geformuleerde onderzoeksvraag en subvragen hebben voornamelijk betrekking op de per 1 september 2003 ingevoerde artikelen 7:2 en 7:3 BW⁹ en de gevolgen daarvan met betrekking tot het verhaalsrecht van de schuldeisers van de verkopende partij.

Voordat echter antwoord gegeven kan worden op de geformuleerde vragen, zal in dit hoofdstuk allereerst enig inzicht verschaft worden over de ingevoerde en aanvullende artikelen van titel 7.1 BW (koop en ruil).

1.1 Aanvulling van titel 7.1 BW (koop en ruil)

Bij de invoering van het wetsontwerp 23 095 is titel 7.1 (koop en ruil) van het Burgerlijk Wetboek aangevuld met ondermeer de artikelen 7:2 BW en 7:3 BW.

Na een periode van ruim 10 jaar is uiteindelijk op 1 september 2003 wetsontwerp 23 095 ingevoerd en van kracht geworden¹⁰. Een belangrijk onderdeel van deze aanvulling op het Burgerlijk Wetboek is ondermeer artikel 7:3 BW, waarbij in de mogelijkheid is voorzien tot het inschrijven van de koopovereenkomst, die betrekking heeft op de koop en verkoop van een registergoed, in de openbare registers¹¹. Het doel van het inschrijven van de koopovereenkomst is dat de koper voor een beperkte duur beschermd wordt tegen eventuele wanprestatie van de verkoper. Daarnaast dient het de koper te beschermen tegen de schuldeisers van de verkoper, die op de inmiddels verkochte, maar nog niet geleverde, zaak beslag zouden kunnen leggen.

⁹ Deze vormden onderdeel van wetsontwerp 23 095.

¹⁰ Het eerste voorstel tot wet is omstreeks 16 april 1993 aangeboden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

¹¹ Onder openbare registers dient in deze bijdrage worden verstaan de Dienst voor het Kadaster.

1.1.1 Artikel 7:2 BW "vormvereiste" en "bedenktijd"

In deze paragraaf zal ik artikel 7:2 BW, voorzover relevant puntsgewijs bespreken en toelichten.

In artikel 7:2 lid 1 BW is ondermeer bepaald dat:

de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan wordt, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, schriftelijk aangegaan.

De koopovereenkomst van een voor bewoning bestemde onroerende zaak, die door een consument wordt gekocht kan dus slechts uitsluitend schriftelijk worden aangegaan¹². Het bereiken van mondelinge overeenstemming levert derhalve nog geen rechtsgeldige koopovereenkomst op, wel kan het bereiken van mondelinge overeenstemming in bijzondere gevallen, waarbij gedacht kan worden aan situaties als in het arrest Plas/Valburg¹³, er toe leiden dat partijen gehouden zijn om de precontractuele fase af te sluiten met ondertekening van een schriftelijke koopovereenkomst¹⁴.

Door het stellen van een vormvoorschrift voor het aangaan van een koopovereenkomst dient (meer) duidelijkheid gecreëerd te worden over de vraag of er daadwerkelijk wilsovereenstemming is bereikt en waarover wilsovereenstemming is bereikt tussen de verkoper en de koper. Dit vormvoorschrift dient om de consumentkoper een extra bescherming te bieden. Bovendien heeft de koper nu een schriftelijk stuk in handen, waarmee hij zonodig een deskundige voor advies kan raadplegen.

¹² Onder consument wordt verstaan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

¹³ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723. Zie ook HR 18 april 1969, NJ 1969, 336 Gem. Katwijk/De Vroom q.q.

¹⁴ Aldus Van Velten in WPNR 6613 en 6636, jaargang 136, 2005, een beschouwing na een vijftal uitspraken van verschillende rechters. In deze twee bijdragen geeft Van Velten aan een groot voorstander te zijn van een strikte uitleg van artikel 7:2 BW, waarbij slechts in zeer uitzonderlijke gevallen een beroep gedaan kan worden op precontractuele verplichtingen die uitmonden in een veroordeling tot dooronderhandelen of het ondertekenen van een koopcontract.

In de kamerstukken betreffende de behandeling van artikel 7:2 BW is aangegeven dat het vormvereiste van toepassing is op de koop van een onroerende zaak die bestemd is voor bewoning. Is een onroerende zaak ten tijde van het aangaan van de koopovereenkomst in gebruik voor andere doeleinden, zoals de uitoefening van een vrij beroep, dan dient aan de hand van de feitelijke omstandigheden te worden bepaald of de zaak tot woning bestemd/geschikt is zonder ingrijpende verbouwing¹⁵. Van essentieel belang voor de toepassing van het vormvereiste is dus de feitelijke situatie ten tijde van de totstandkoming van de koopovereenkomst. Zo is voor het aangaan van de koopovereenkomst met betrekking tot een bedrijfspand, gekocht door een consumentkoper, die verbouwd zal worden tot een woning, geen vormvoorschrift van toepassing¹⁶. Tevens is het vormvoorschrift niet van toepassing op de koop van woonboten en woonwagens -die eveneens woondoeleinden kunnen hebben- vanwege het roerende karakter daarvan¹⁷.

Voorts is in artikel 7:2 lid 2 BW bepaald dat:

de tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de koper ter hand worden gesteld, (...). Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de koper het recht de koop te ontbinden.(...)

Naast het schriftelijkheidsvereiste, zoals vermeld in lid 1, heeft de consumentkoper gedurende drie dagen, na het ter hand stellen van de schriftelijke koopovereenkomst, de mogelijkheid om zonder opgaaf van reden de overeenkomst te ontbinden. Deze drie dagen termijn wordt ook wel de bedenktijd genoemd. Deze bedenktijd is bedoeld voor de koper om een overhaaste koopbeslissing te herstellen, maar ook om een deskundige te raadplegen.

Op deze zogenaamde bedenktijd is de Algemene Termijnenwet van toepassing. Dit houdt kort gezegd in dat indien de drie dagen termijn eindigt op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag, deze termijn zodanig wordt verlengd tot en met de eerstvolgende dag die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag is. Ook wordt de bedenktijd van drie dagen zodanig verlengd dat in die bedenktijd ten minste twee dagen voorkomen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn.

¹⁵ MvA, kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 12.

¹⁶ MvA, kamerstukken I 2002/03, 23 095, nr 38a, p. 8-9 en MvA, kamerstukken I 2001/02, nr. 178b, p. 15.

¹⁷ MvA, kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 8.

Daarnaast is in lid 2 van artikel 7:2 BW bepaald dat indien de koper in de bedenktijd van drie dagen de overeenkomst heeft ontbonden en in geval

(...) binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde zaak of hetzelfde bestanddeel daarvan opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.

1.1.2 Artikel 7:3 BW 'Vormerkung'

De mogelijkheid tot het inschrijven van de koopovereenkomst in de openbare registers ter bescherming van de belangen van de koper vormt een belangrijk onderdeel van mijn onderzoeksvraag en subvragen. De mogelijkheid tot het inschrijven van de koopovereenkomst in de openbare registers is nader geregeld en vastgelegd in artikel 7:3 BW. Deze inschrijving van de koopovereenkomst wordt, zoals zal worden beschreven in de navolgende paragraaf, veelal aangehaald met de term 'Vormerkung'.

Allereerst zal in deze paragraaf worden ingegaan op de oorsprong en aanleiding van deze beschermingsmogelijkheid. Daarna zal, voorzover relevant, artikel 7:3 BW puntsgewijs worden behandeld.

OORSPRONG VAN DE NEDERLANDSE 'VORMERKUNG'

Het inschrijven van de koopovereenkomst met een beoogd rechtsgevolg om kopers van registergoederen in een bepaalde mate te beschermen, is voornamelijk op aandringen van consumentenorganisaties (onder andere de Consumentenbond en Vereniging Eigen Huis) in het leven geroepen. Daarnaast hebben de eerste

bijdragen van Van Velten¹⁸ en Kleijn¹⁹, over het beschermen van kopers van onroerende zaken, geleid tot de invoering van het huidige artikel 7:3 BW²⁰.

Mede in het licht van het arrest Baarns beslag²¹, zijn Van Velten en Kleijn het er over eens dat de koper de nodige bescherming geboden moest worden tegen ondermeer de schuldeisers (beslagleggers op de onroerende zaak) van de verkoper. Van Velten en Kleijn hebben, in 1985, in hun preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap en de vereniging voor het Bouwrecht met de titel "Bescherming van kopers van woningen" ondermeer gekeken naar de beschermingsmogelijkheden voor de koper zoals dit al bestond in voormalig West-Duitsland, België, Frankrijk en Groot-Brittannië. In deze landen bestaat al een mogelijkheid om de koper van een onroerende zaak in zekere zin te beschermen tegen aanspraken van derden ten laste van de verkoper.

In België en Frankrijk gaat in beginsel bij het sluiten van de koopovereenkomst tussen partijen ook de eigendom over van de ene op de andere partij. Pas na publicatie van de notariële koopakte in de openbare onroerend goedregisters wordt de verkrijger beschermd tegen aanspraken van derden op de onroerende zaak.

De geraadpleegde deskundige namens Groot-Brittannië gaf te kennen dat in die delen waar de grond geregistreerd is, zijnde voornamelijk Engeland en Wales, de

¹⁸ Prof. Mr A.A. van Velten, Bescherming van kopers van woningen, preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht, 1985, p. 61-65. Prof. Mr A.A. van Velten, Kopers en economische eigenaars van onroerend goed, dissertatie Amsterdam 1982, Deventer 1982.

¹⁹ Prof. Mr W.M. Kleijn, Bescherming van kopers van woningen, preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht, 1985, p. 57-60.

²⁰ Van Velten en Kleijn worden door Mr L.P. Broekveldt, in zijn artikel 'Koop registergoed, 'Vormerkung'en beslag, WPNR 6600 en 6601, december 2004, aangehaald als de Nederlandse geestelijke vaders van de Vormerkung.

²¹ HR 30-01-1981, NJ 1982, 56, dit arrest komt nog nader aan de orde in paragraaf 2.2. In de casus van dit arrest had de Ontvanger beslag gelegd op een onroerende zaak en dit beslag laten inschrijven in de openbare registers, nog voordat de akte van overdracht was verleden. Hierdoor kon de vervreemding niet meer aan de Ontvanger, als beslaglegger, tegengeworpen worden. Doordat de notaris niet voldoende adequaat de openbare registers heeft geraadpleegd, heeft de verkrijger het eigendom van een onroerende zaak verkregen, welk eigendom was belast met een beslag van de Ontvanger ten laste van de vervreemder. Ondanks het feit dat het beslag ten laste van de vervreemder was gelegd, kon het aan de verkrijger van de onroerende zaak worden tegengeworpen. De verkrijger heeft, vanwege deze nalatige fout van de notaris, de vordering waarvoor het beslag was gelegd moeten voldoen, teneinde executiemaatregelen van de Ontvanger te voorkomen.

eigendom (“interest in Land”) overgaat door publicatie van de akte van overdracht in de openbare onroerend goedregisters. Voorafgaand aan de publicatie wordt een koopovereenkomst opgesteld. Deze koopovereenkomst wordt niet door partijen zelf, maar door een solicitor of lawyer opgesteld²². Ter bescherming van de rechten van de kopende partij in de periode na het tot stand komen van de overeenkomst en de publicatie van de overdrachtsakte in de openbare onroerend goedregisters, kent het Engelse recht de “priority notice”. De “priority notice” is de registratie van de koopovereenkomst in de daarvoor bestemde openbare registers voorafgaand aan de definitieve publicatie van de akte van overdracht. Hierdoor wordt de koper beschermd tegen conflicterende rechten en rechten van derden²³.

In het oude West-Duitsland, nu Duitsland, gaat de eigendom van een onroerende zaak over door inschrijving van de overdrachtsakte in de openbare registers. De koopovereenkomst die veelal leidt tot de eigendomsoverdracht is in grote mate gebonden aan vormvoorschriften. In het Duitse recht bestaat net als in het Nederlandse recht een grote mate van contractsvrijheid, doch deze contractsvrijheid wordt beperkt door wettelijke vormvoorschriften. In Duitsland dient zowel de koopovereenkomst aangaande een onroerende zaak als de overdrachtsakte opgesteld te worden door een notaris. Ter bescherming van de belangen van de koper van een onroerende zaak, kan een aantekening gemaakt worden in het openbare register door de notaris. Hierdoor wordt de koper beschermd tegen aanspraken en zakelijke rechten ten aanzien van de onroerende zaak, die zich voordoen na het maken van de aantekening. Deze aantekening wordt in Duitsland aangeduid met de term ‘Vormerkung’.

Als we de verschillende beschermingsmogelijkheden vergelijken, dan valt op dat in al die landen de bescherming slechts geldt indien er een publicatie in de openbare registers heeft plaats gevonden. Van Velten en Kleijn concluderen beide dat de koper van een onroerende zaak beschermt dient te worden tegen aanspraken van derden op de onroerende zaak, die ontstaan of zich voordoen na

²² Solicitor is een juridisch adviseur die adviseert en contracten opstelt. Een solicitor kan ook een advocaat of jurist zijn, maar dit is niet altijd het geval.

²³ Registratie van koopovereenkomsten aangaande geregistreeerde grond vindt plaats in de openbare onroerend goedregisters. Registratie van koopovereenkomsten aangaande niet-geregistreeerde grond vindt plaats in een ander openbaar register, te weten “Land Charges Registry”.

het tot stand komen van de koopovereenkomst, door een aantekening c.q. publicatie in de openbare registers van de koopovereenkomst. Deze voorstellen, van Van Velten en Kleijn, die een grote gelijkenis vertonen met de Engelse 'priority notice' en de Duitse 'Vormerkung' is wellicht een gevolg van de vergelijkbare systematiek in Nederland, Duitsland en Groot-Brittannië voor wat betreft het verkrijgen van het eigendom van een onroerende zaak.

Wel verschillen Van Velten en Kleijn op een klein onderdeel van mening ten aanzien van de mate van bescherming van de koper van de onroerende zaak. Van Velten is namelijk van mening dat de koper ook beschermd dient te worden tegen een na de koopovereenkomst ingetreden faillissement van de verkoper²⁴. Kleijn daarentegen is geen voorstander van deze beschermingsmogelijkheid. Kleijn geeft daarbij aan dat door het inschrijven van de koopovereenkomst het niet wenselijk is dat er een separatistpositie kan ontstaan in het faillissement. Immers uit de koopovereenkomst vloeit slechts een obligatoire aanspraak²⁵.

In de literatuur en in mindere mate de kamerstukken aangaande wetsontwerp 23 095 wordt het beschermingsmechanisme van het inschrijven van de koopovereenkomst in de registers aangeduid met de term 'Vormerkung'. Mijns inziens komt dit doordat het eerste ingediende wetsontwerp veel gelijkenissen vertoont, maar ook dat er veel vergelijkingen worden gemaakt met de Duitse 'Vormerkung'. Zo verwijst en vergelijkt de minister in de memorie van toelichting, op artikel 7:3 BW, ondermeer dat eventuele zakenrechtelijke gevolgen -net als bij de Duitse 'Vormerkung'- niet voortvloeien uit de aard van de openbaarmaking van die overeenkomst in de registers, maar dat het gaat om een werking die uitdrukkelijk in de wet aan die overeenkomst, na openbaarmaking, moet worden toegekend²⁶.

²⁴ Onder faillissement dient tevens te worden verstaan de Wettelijke Schuldsanering Natuurlijke Personen.

²⁵ Artikel 7:3 lid 3 sub g BW biedt de koper een aanzienlijke beschermingsmogelijkheid, ingeval de verkoper voor de levering faillieert. De koper zal -bij een rechtsgeldig gemaakte 'Vormerkung'- niet in de onzekere situatie belanden dat hij maar dient af te wachten of de curator bereid is de wederkerige overeenkomst uit te voeren. Om aanspraak te kunnen maken op het ingeschreven recht op levering, is het wel van cruciaal belang dat de inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers is voltooid -daags- voor het uitspreken van het faillissement van de verkoper, aldus artikel 35 Fw. Gelet op de bescherming die de koper aldus toekomt, na het maken van een 'Vormerkung', verkrijgt deze een nagenoeg separatisten positie in het faillissement.

²⁶ MvT, kamerstukken II 1992/1993, 23 095, nr. 3 (herdruk), p.8, pt. 6, welk standpunt wordt herhaald in MvA, kamerstukken II, 1995/1996, 23 095, nr. 8. p. 11.

1.2 De werking van de 'Vormerkung'

In artikel 7:3 BW is bepaald dat de koopovereenkomst van een registergoed kan worden ingeschreven in de openbare registers. Hiermee wordt in beginsel een bescherming voor de koper in het leven geroepen, die er in het kort op neer komt dat de koper van een registergoed, die de koopovereenkomst heeft laten inschrijven, wordt beschermd tegen derden die zich na de inschrijving van de koopovereenkomst, maar voor de levering, een recht verwerven. Tevens dient de mogelijkheid tot het inschrijven van de koopovereenkomst te voorkomen dat zich een situatie kan voordoen, die voorheen de koper ten nadele zou komen. Hierbij kan men denken aan een tussentijdse vervreemding en levering aan een ander, aan verhuring of verpachting, aan beslaglegging en zelfs aan faillissement²⁷.

Vergelijkend met artikel 7:2 BW heeft artikel 7:3 BW een ruimer toepassingsbereik. Zo is het inschrijven van de koopovereenkomst, in tegenstelling tot het verplichte vormvoorschrift van artikel 7:2 BW, niet slechts voorbehouden voor consumenten. Een ieder kan, desgewenst, van deze beschermingsmogelijkheid gebruik maken.

Daarnaast wordt in artikel 7:2 BW slechts gesproken over een voor bewoning bestemde onroerende zaak, terwijl artikel 7:3 BW hier de mogelijkheid biedt om tot inschrijving bij het openbare register over te gaan van iedere koopovereenkomst die betrekking heeft op een registergoed. Dus naast koopovereenkomsten met betrekking tot de voor bewoning bestemde onroerende zaken kunnen ook koopovereenkomsten aangaande de koop en verkoop van overige registergoederen, zoals luchtvaartuigen en te boek gestelde schepen, worden ingeschreven in de openbare registers²⁸.

Met de mogelijkheid tot inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers, wordt bedoeld dat een verkregen persoonlijk recht op levering -dat voortvloeit uit de schriftelijke koopovereenkomst- kan worden gepubliceerd. De

²⁷ In beginsel kan een failliet, na datum faillissement, geen leveringshandelingen meer verrichten.

²⁸ De koopovereenkomst van toekomstige goederen is niet inschrijfbaar. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat artikel 3:97 BW de levering van toekomstige registergoederen nadrukkelijk uitsluit.

koper die slechts een relatief recht heeft op zijn verkoper, namelijk recht op levering, verkrijgt door de publicatie (lees: inschrijving in de openbare registers) een relatief recht met zakelijk gevolg, dat enige gelijkenissen vertoont met een absoluut recht. Het relatieve recht op levering verkrijgt namelijk door de inschrijving in de openbare registers 'als het ware' een absoluut ofwel goederenrechtelijk karakter²⁹. Het goederenrechtelijke karakter van de 'Vormerkung', met het doel om de koper bescherming te beiden, worden in lid 3 van artikel 7:3 BW nauwkeurig beschreven en omljnd.

Zo is in artikel 7:3 lid 3 BW ondermeer bepaalt dat:

- Tegen de koper wiens koop is ingeschreven kunnen niet worden ingeroepen:
- a. een na de inschrijving van die koop tot stand gekomen vervreemding of bezwaring door de verkoper, tenzij deze vervreemding of bezwaring voortvloeit uit een eerder ingeschreven koop (...)
 - d. een na de inschrijving van de koop tot stand gekomen verhuring of verpachting; (...)
 - f. een executoriaal of conservatoir beslag waarvan het proces-verbaal na de inschrijving van de koop is ingeschreven;
 - g. een faillissement (...) van de verkoper (...), uitgesproken na de dag waarop de koop is ingeschreven.

Artikel 7:3 BW, waarbij de mogelijkheid wordt geboden tot inschrijven van de koopovereenkomst in de openbare registers, maakt mijns inziens een inbreuk in de huidige systematiek van het Burgerlijk Wetboek, althans voor wat betreft het onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten. De wetgever heeft zich deze inbreuk eveneens gerealiseerd, zij was aanvankelijk geen voorstander van de 'Vormerkung', doch het bescherming van de (financiële) belangen van de koper heeft de doorslag gegeven.

Om de rechtsgevolgen (de zakelijke werking) van de 'Vormerkung' enigszins aan banden te leggen, zijn er door de wetgever enige voorwaarden gesteld aan de 'Vormerkung'. Zo heeft de wetgever bepaald dat inschrijven van de koopovereenkomst een uiterste 'houdbaarheidsdatum' heeft van maximaal zes maanden. Indien het registergoed niet binnen zes maanden na inschrijving van de koop is geleverd aan de koper, dan vervalt de werking van de 'Vormerkung' met terugwerkende kracht. Indien de termijn van zes maanden is verstreken en

²⁹ Zoals de minister ook al heeft aangegeven in de Memorie van Toelichting (MvT, kamerstukken II 1992/1993, nr 3 (herdruk), p. 8, pt 6) is er nadrukkelijk geen sprake van een transformatie of omzetting van een relatief recht naar een absoluut recht.

er is niet geleverd aan de koper, dan is het de verkoper en de koper niet meer toegestaan om gedurende een periode van zes maanden een (nieuwe) koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers.

1.2.1 Vormerkung een beslagverbod?

Bij een eerste lezing van artikel 7:3 BW zou afgeleid kunnen worden dat deze bepaling een mogelijke beperking is op het verhaalsrecht van de schuldenaar, zoals neergelegd in artikel 3:276 BW. Zou dat het geval zijn, dan dient artikel 7:3 BW beschouwd te worden als een beslagverbod, die vergelijkbaar is met een aantal beslagverboden, zoals opgenomen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering³⁰.

In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is ten aanzien van onroerende zaken maar één verbod om beslag te leggen opgenomen, namelijk het verbod om beslag te leggen op onroerende zaken die bestemd zijn voor de openbare dienst. Dit beslagverbod, dat stamt uit 1815, komt voort uit de wens van de wetgever dat de (centrale en lagere) overheid bij de uitvoering van hun wettelijke taken niet belemmerd mogen worden door aanspraken van burgers. Een beslag is slechts uitgesloten in zoverre het met beslag bedreigde goed noodzakelijk is voor een goed functioneren van het overheidsapparaat.

Een eenduidige uitleg over “goederen bestemd voor de openbare dienst” wordt echter niet gegeven door de wetgever. Het enkele feit dat de goederen toebehoren aan de overheid is niet beslissend voor het predikaat: “bestemd voor de openbare dienst”. Zo heeft de overheid gronden, woningen, fabrieken en tal van andere goederen in haar bezit die niet allemaal bestemd zijn de uitoefening van de aan haar wettelijk opgedragen taken. Daarnaast bestaat uiteraard de mogelijkheid dat goederen van anderen dan de overheid, zoals openbare lichamen, ook voor de openbare dienst bestemd zijn. Er zijn geen, althans geen bekende en gepubliceerde, uitspraken of arresten van de rechterlijke macht, die als geschil hebben een beslag op onroerende zaken en de uitleg van het beslagverbod³¹.

³⁰ Ondermeer in de artikelen 436 (703), 447 en 448 Rv.

³¹ Wel heeft de rechterlijke macht zich in de navolgende uitspraken uitgelaten omtrent goederen bestemd voor de openbare dienst, voor wat betreft vermogensrechten (banksaldi) en roerende zaken (kantoorinventaris, archiefstellingen en de complete automatisering):

Bij een onroerende zaak bestemd voor de openbare dienst moet men mijns inziens ondermeer denken aan het gemeentehuis en een energiecentrale.

Bij een nadere bestudering en lezing van artikel 7:3 BW zal duidelijk worden dat het inschrijven van de koopovereenkomst in de openbare registers geen beslagverbod is. De wetgever heeft in de memorie van toelichting op dit artikel nadrukkelijk aangegeven dat de inschrijving van de koopovereenkomst niet een beslagverbod inhoudt, waarbij de wetgever opmerkt dat -met het oog op het verlopen van de termijn van zes maanden- het voor een schuldeiser weldegelijk zinvol kan zijn om beslag te leggen op de onroerende zaak³²

De beperkte 'houdbaarheidsduur' van de inschrijving van de koopovereenkomst laat dus de mogelijkheid onverlet voor schuldeisers van de verkopende partij om, ondanks een 'Vormerkung', beslag te leggen op de betreffende onroerende zaak³³.

Rb. Amsterdam 24-02-1999, NJ 1999, 622, Pres. Rb. Rotterdam 14-05-1998, KG 1998, 251, Vzng. Rb. Den Haag 07-07-2003, KG 2003, 170 en Pres. Rb. Zwolle 27-03-2000, KG 2000, 163.

³² MvT, kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3 p.10, pt. 12.

³³ Zie voor een nadere uitwerking paragraaf 2.3.

2. BESLAG OP DE ONROERENDE ZAAK EN DE 'VORMERKUNG'

Voordat in zal worden gegaan op de –gewenste en ongewenste- effecten van de 'Vormerkung' ten opzichte van een beslag op dezelfde onroerende zaak, zal allereerst een beknopte algemene beschouwing worden gegeven over het beslag op onroerende zaken³⁴.

Ten aanzien van het beslag op onroerende zaken kan onderscheidt worden gemaakt tussen conservatoir en executoriaal. Voor het leggen van een conservatoir (bewarend) beslag, dient de beslaglegger te beschikken over een verlot van de voorzieningenrechter. Het conservatoire beslag ziet er op toe dat de schuldeiser eventuele vermogensbestanddelen van de schuldenaar veilig kan stellen, zodat de schuldeiser, nadat de schuldenaar is veroordeeld tot betaling, zich daarop kan verhalen³⁵. Het executoriale beslag is dat beslag dat gelegd wordt, nadat er een executoriale titel is verkregen of uitgevaardigd ten laste van de schuldenaar³⁶.

2.1 Beslag op onroerende zaken

Zoals uit de hoofdregel van het verhaalsrecht op goederen, artikel 3:276 BW, blijkt mag in beginsel alleen beslag gelegd worden op goederen van de schuldenaar. Zo dient, voordat beslag gelegd kan worden op een onroerende zaak, vastgesteld te worden of de schuldenaar eigenaar/rechthebbende is van een onroerende zaak.

³⁴ De uitleg van het begrip onroerend (art. 3:3 lid 1 BW), heeft in de loop der jaren de nodige jurisprudentie opgeleverd, waaruit als belangrijk criterium is geformuleerd dat het bouwsel naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven (HR 13 juni 1975, NJ 1975, 509 (Amercentrale), HR 23 februari 1994, NJ 1995, 465 (Onroerende windmolens) en HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 97 (Portacabin)).

³⁵ Artikelen 700 en volgende Rv.

³⁶ Artikel 430 Rv.

Het vaststellen van de eigendomspretenties is bij onroerende zaken vele malen eenvoudiger dan bij roerende zaken³⁷. De rechtstoestand van een onroerende zaak wordt geacht te zijn geregistreerd bij het kadaster als openbaar register voor onroerende zaken. Zo zal een ieder die afgaat en vertrouwt op de feiten zoals deze zijn ingeschreven bij de openbare registers en hier op anticipeert, in beginsel worden beschermd tegen feiten en/of rechtstoestanden die niet zijn ingeschreven, aldus artikel 3:24, 3:25 en 3:26 BW³⁸.

Is eenmaal vastgesteld of de schuldenaar rechthebbende is van de een onroerende zaak³⁹ of rechthebbende is van een zelfstandig beperkt recht⁴⁰ die op een onroerende zaak rust, zoals vruchtgebruik en recht van erfpacht, dan dient beoordeeld te worden of beslag mogelijk is⁴¹.

2.1.1 Formaliteiten en reikwijdte beslag op onroerende zaken

Voordat een deurwaarder tot executoriaal beslag op een onroerende zaak kan overgaan, dient allereerst de executoriale titel, veelal een rechterlijk vonnis, aan de schuldenaar door middel van een exploit te zijn betekend. Tevens dient in beginsel, voorafgaand aan een beslag op onroerende zaken, aan de schuldenaar bevel te worden gedaan om binnen twee dagen nadien aan de executoriale titel te voldoen, aldus 502 Rv⁴². Gedurende deze beveltermijn van twee dagen heeft de

³⁷ Ten opzichte van onroerende zaken spelen bij roerende zaken ondermeer de factoren van titel 3.5 BW, waaronder bezitter en houder van een zaak, een belangrijkere en doorslaggevende rol.

³⁸ Het openbare register (waaronder het kadaster) is gebaseerd op een 'negatief stelsel'. Dit betekent dat de feitelijke toestand kan afwijken van de toestand zoals deze is geregistreerd.

³⁹ Indien de schuldenaar geen rechthebbende is van de gehele onroerende zaak, maar slechts rechthebbende is van een aandeel (mede-eigendom), dan is beslag mogelijk, doch in beginsel slechts op het aandeel in een onroerende zaak van de schuldenaar.

⁴⁰ Op afhankelijke beperkte rechten, zoals hypotheek en erfdiensbaarheid, kan geen beslag gelegd worden. De reden dat deze afhankelijke rechten niet voor beslag vatbaar zijn is gelegen in het feit dat deze afhankelijke rechten niet als zodanig zelfstandig overdraagbaar zijn (Artikelen 437 Rv).

⁴¹ In beginsel is een beslag toegestaan, tenzij er een wettelijk beslagverbod geldt. Zie paragraaf 1.2.1. voor een korte beschouwing op beslagverboden ten aanzien van onroerende zaken.

⁴² Op deze beveltermijn is de Algemene Termijnenwet van toepassing.

schuldenaar de mogelijkheid om (alsnog) te voldoen aan de inhoud van die executoriale titel⁴³.

Het beslag op een onroerende zaken wordt gelegd door middel van een proces-verbaal opgemaakt door een deurwaarder. Dit proces-verbaal dient aan verschillende vereisten te voldoen, waaronder het nauwkeurig omschrijven van het object dat in beslag genomen dient te worden⁴⁴.

Bij een beslag op onroerende zaken geldt als constitutief vereiste dat het proces-verbaal, gelet op aard van de beslagen zaak, ingevolge artikel 505 Rv altijd dient te worden ingeschreven in het openbare register.

Een (verhaals)beslag op een onroerende zaak omvat tevens de bestanddelen van die onroerende zaak, zoals de vruchten (natuurlijke en burgerlijke vruchten⁴⁵), beplanting en de aan de grond verbonden rechten, zoals een melkquotum en eventuele mestrechten. De bepaling van artikel 507 Rv was bij de invoering voornamelijk gericht op onroerende zaken met een agrarisch karakter, maar door de algemene bewoording van het artikel heeft deze tevens werking voor alle onroerende zaken. Zo zal in het geval dat beslagen onroerende zaak is verhuurd of verpacht én het beslag aan die huurder of pachter is betekend (bekend gemaakt), dan omvat het beslag op de onroerende zaak tevens de nog verschuldigde en toekomstige huur- of pachttermijnen. Eveneens vallen onder het beslag op de onroerende zaak de vorderingen van de eigenaar van de zaak cq schuldenaar, die na het inschrijven van het beslag in de openbare registers in de plaats zijn getreden van die zaak⁴⁶.

⁴³ Ingeval van een conservatoir beslag gelden deze vereiste uiteraard niet, art. 702 lid 2 Rv.

⁴⁴ De vereisten voor het proces-verbaal zijn opgenomen in de artikelen 45 en 504 Rv.

⁴⁵ Een natuurlijke vrucht is bijvoorbeeld een geoogste appel, uit de beslagen boomgaard. Een burgerlijke vrucht is bijvoorbeeld de huurpenningen of de canon van de in erfpacht gegeven erven.

⁴⁶ Vergelijk 455a Rv. Hierbij dient gedacht te worden aan verzekeringsuitkeringen en ook de (ver)koopprijs.

2.1.2 Verhaalsbeslag en beslag tot levering⁴⁷

De wet kent twee verschillende vormen van executies, namelijk de verhaalsexecutie en de reële executie. Beide vormen van executies hebben met betrekking tot onroerende zaken hun eigen beslagvariant, namelijk verhaalsbeslag en beslag tot levering. In de hoofdlijn en de formaliteiten verschillen deze beslagvarianten niet of nauwelijks van elkaar. Het verschil is wel te vinden in de uitwerking en het beoogde doel van het beslag.

VERHAALSBSESLAG

Zoals de naam al doet vermoeden is een verhaalsbeslag bedoeld voor schuldeisers die hun (geldelijke) vordering wensen te verhalen op het vermogen van de schuldenaar. Verhaalsbeslagen zijn in de praktijk de meest gelegde beslagen.

Het verhalen van een vordering op een vermogensbestanddeel geschied veelal door middel van een beslag, waarna vervolgens, bij verdere non-betaling van de schuldenaar, de verdere executie -een executoriale verkoop- zal plaats vinden. De opbrengst van zo'n executie(verkoop) strekt dan in mindering op de vordering van de schuldeiser(s)⁴⁸.

Een tijdig gelegd en ingeschreven beslag op een onroerende zaak zal in beginsel altijd leiden tot een zekerheidstelling voor de vordering van een schuldeiser⁴⁹.

BESLAG TOT LEVERING

Het beslag tot levering⁵⁰ werd en wordt gebruikt bij de gevallen waar een partij zijn recht (op levering) veilig wil stellen, namelijk door het leggen van een

⁴⁷ In artikel 7:3 lid 3 sub a en f BW maakt de wetgever ten aanzien van de Vormerkung ook het onderscheid tussen de verhaalsbeslagen (sub f) en de beslagen tot afgifte (sub a).

⁴⁸ Artikel 3:277 en volgende BW, alsmede de artikelen 551 tot en met 553 Rv.

⁴⁹ H. Stein in *Incidenten bij de afwikkeling van de verkoop en overdracht* 1998, p. 62.

⁵⁰ NB: Het beslag tot levering ten aanzien van een onroerende zaak is altijd een conservatoir beslag, dit gelet op artikel 3:301 BW. Bij roerende zaken kent men naast de conservatoire variant ook een executoriale variant (artikel 491 en volgende Rv).

leveringsbeslag kan een levering aan een derde worden geblokkeerd⁵¹. Hierbij kan men denken aan de situatie dat een verkoper een onroerende zaak meerdere malen verkocht heeft aan verschillende kopers. Echter nu het om één zaak gaat, kan de verkoper deze dus ook maar één keer leveren, terwijl er twee of meer rechten op levering op die ene zaak rusten. Hier botsen dus twee of meer rechten ten aanzien van de levering van één zaak, met betrekking tot twee of meer botsende rechten op levering, is in artikel 3:298 BW bepaald dat het oudste recht voor het jongere recht op levering gaat.

Een nadeel van het beslag tot levering is dat het beoogde doel, veiligstellen van het recht op levering, op relatief eenvoudige wijze kan worden gefrustreerd ingeval er een verhaalsbeslag is of wordt gelegd en bij een ingetreden faillissement. Immers indien op een onroerende zaak een beslag tot levering is gelegd en nadien wordt een verhaalsbeslag gelegd, dan verandert het beslag tot levering van rechtswege tot een verhaalsbeslag. Dit verhaalsbeslag wordt dan mede geacht te strekken tot verhaal van een vordering tot vervangende schadevergoeding wegens het uitblijven van de levering⁵².

2.2 Effect van het beslag op onroerende zaken

De effectiviteit van een rechtsgeldig en adequaat gelegd en ingeschreven beslag op een onroerende zaak blijkt -mijns inziens- uit de casus van het arrest genaamd Baarns beslag⁵³. In die casus had de Ontvanger beslag gelegd op een onroerende zaak en dit beslag laten inschrijven in de openbare registers, een en ander nog voordat de akte van overdracht was verleden. Hierdoor kon de vervreemding niet meer aan de Ontvanger, als beslaglegger, tegengeworpen worden. Doordat de notaris niet voldoende adequaat de openbare registers heeft geraadpleegd, heeft de verkrijger het eigendom van een onroerende zaak verkregen, welk eigendom was belast met een beslag van de Ontvanger ten laste van de vervreemder. Ondanks het feit dat het beslag ten laste van de vervreemder was gelegd, kon het aan de verkrijger van de onroerende zaak worden tegengeworpen. De verkrijger heeft, vanwege deze nalatige fout van de notaris, de vordering waarvoor het

⁵¹ De blokkerende werking van een beslag wordt besproken in paragraaf 2.2.

⁵² Artikel 736 Rv.

⁵³ HR 30-01-1981, NJ 1982, 56. Zie tevens noot 21.

beslag was gelegd voldaan, teneinde executiemaatregelen van de Ontvanger te voorkomen.

2.2.1 Blokkerende werking

Door het inschrijven van het proces-verbaal van beslag op een onroerende zaak in het openbare register kan ondermeer een vervreemding tot stand gekomen na voornoemde inschrijving van het beslag niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen⁵⁴. Met andere woorden het beslag op een onroerende zaak heeft ten aanzien van die onroerende zaak een blokkerende werking voor de overdracht en het bezwaren van die zaak. Deze blokkerende werking van een beslag wordt aan de hand van verschillende theorieën enerzijds uitgelegd als relatieve beschikkingsonbevoegdheid van de beslagene (schuldenaar) en anderzijds als zaaksgevolg van het beslag⁵⁵. Deze twee theorieën leiden beiden tot de slotsom dat bij vervreemding van een beslagen onroerende zaak, in beginsel het beslag op de onroerende zaak blijft rusten⁵⁶.

Een beslag op een onroerende zaak heeft alleen een blokkerende werking, indien het beslag is ingeschreven voor het moment (lees: tijdstip) dat de akte van overdracht is verleden voor de notaris. Uit artikel 505 lid 3 Rv volgt dat het ten laste van de vervreemder gelegde beslag slechts dan werking heeft wanneer de akte van overdracht na het tijdstip van de inschrijving van het beslag wordt verleden. Is de overdrachtsakte daarvóór verleden en geschiedt de inschrijving van die akte de eerst volgende werkdag⁵⁷, dan kan het beslag de overdracht niet meer belemmeren⁵⁸. Uit artikel 505 Rv blijkt maar weer het belang van het publiciteitsbeginsel voor de zakenrechtelijke werking van absolute rechten.

⁵⁴ Artikel 505 lid 2 en 3 Rv.

⁵⁵ S.E. Bartels en H.W. Heyman, "Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslag goed", WPNR 6306 en 6307, geeft een fraaie uiteenzetting van beide theorieën.

⁵⁶ Indien een beslag na vervreemding op de onroerende zaak blijft rusten, dan leidt dit tot een uitbreiding van de verhaalsmogelijkheden voor de schuldeiser. Deze kan zich nu immers verhalen op het vermogen van de schuldenaar en op de beslagen onroerende zaak die aan een ander dan de schuldenaar toebehoort.

⁵⁷ Werkdag zijn die dagen waarop het kantoor van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers voor publiek is opengesteld.

⁵⁸ Uit artikel 505 Rv blijkt maar weer het belang van het publiciteitsbeginsel voor de zakenrechtelijke werking van het objectieve recht.

Indien de schuldenaar besluit zijn beslagen onroerende zaak -vrijwillig- te verkopen, dan zal de notaris, gelet op de op hem rustende zorgplicht⁵⁹, al het nodige verrichten om te bewerkstelligen dat de onroerende zaak vrij van hypotheek en beslagen wordt geleverd aan de koper. De notaris zal derhalve van een toereikende verkoopprijs de vorderingen van de hypotheekhouder(s) en de beslagleggers voldoen. In dit geval, waarbij de vordering van de beslaglegger volledig zal worden voldaan uit de verkoopopbrengst, zal het beslag zijn werking verliezen en kan de schuldeiser geen beroep meer doen op de blokkerende werking van het beslag.

Kan uit de verkoopopbrengst de vordering van de beslaglegger niet integraal worden voldaan, dan dient de schuldenaar, gelet op de blokkerende werking van het beslag, medewerking van de schuldeiser te hebben om de onroerende zaak te leveren vrij van beslag. Uitgaande van de situatie dat de schuldenaar een reële marktconforme verkoopprijs heeft bedongen voor de onroerende zaak, zullen -in de praktijk- de schuldenaar en de schuldeiser met elkaar onderhandelen om te bewerkstelligen dat de schuldeiser een (deel)betaling ontvangt en de schuldenaar de mogelijkheid krijgt om te leveren vrij van beslag. Zou de schuldeiser, bij een reële en marktconforme verkoopprijs, onder geen enkel beding medewerking verlenen aan de schuldenaar, dan handelt hij, mijns inziens, onrechtmatig (misbruik van recht) ten opzichte van de schuldenaar en mogelijk ook ten aanzien van de hypotheekhouder.

Om als schuldeiser onrechtmatig handelen te voorkomen, zou ik de schuldeiser – bij het niet kunnen bereiken van een akkoord met de schuldenaar- adviseren om de notaris te verzoeken om de verkoopopbrengst te verdelen met inachtneming van de wettelijke bepalingen aangaande de verdeling van de (executie)opbrengst⁶⁰

2.2.2 Verdeling verkoopopbrengst

Indien de verkoopprijs niet toereikend is om de vordering van schuldeisers -die de onroerende zaak bezwaard hebben met een recht van hypotheek en/of beslag- te voldoen en de verkoopprijs marktconform is, dan zal, de notaris, de verkoopprijs

⁵⁹ Voor een nadere uitwerking van de zorgplicht van de notaris, zie paragraaf 3.1.

⁶⁰ Titel 2.3.5 Rv en titel 3.10 BW.

dienen te verdelen over degene die aanspraak maken op die verkoopprijs⁶¹. Degene die aanspraak kunnen maken op die verkoopprijs, zijn degene die recht hadden op de betreffende onroerende zaak, hierbij dient men ondermeer te denken aan de hypotheekhouder(s) en de beslaglegger(s)⁶².

De verdeling van de opbrengst dient te geschieden aan de hand van een rangschikking, die in beginsel zal worden bepaald aan de hand van de aan de vordering verbonden voorrang⁶³. Zo zal, ingeval van een eenvoudige verdeling, van de opbrengst allereerst de vordering van de hypotheekhouder worden voldaan en vervolgens die van de beslaglegger op de betreffende onroerende zaak. Hetgeen daarna resteert van de opbrengst (restantopbrengst) komt in beginsel toe aan de schuldenaar. Echter op deze restant opbrengst kan vervolgens weer (derden)beslag gelegd worden door andere schuldeisers van de schuldenaar. Deze beslagleggers, van het derdenbeslag, delen echter niet mee in de oorspronkelijke opbrengst⁶⁴. Dit leidt er dus toe dat de beslaglegger op een geëxecuteerde of verkochte zaak een betere positie heeft op de opbrengst, dan degene die nadien (derden)beslag leggen op de (restant)opbrengst. Het beslag op een zaak schept dus prioriteit ten aanzien van de verdeling van de opbrengst van die zaak⁶⁵.

In de wet en de memorie van toelichting op artikel 7:3 BW wordt niet gesproken over de prioriteit tussen beslagleggers op een zaak ingeval van een beslag voor en een beslag na de 'Vormerkung'. Terwijl je zou kunnen redeneren dat de beslaglegger die voor de 'Vormerkung' beslag heeft gelegd een "sterker" recht heeft dan de beslaglegger die beslag heeft gelegd na de 'Vormerkung'. Eventuele aanvullende wetgeving of jurisprudentie naar aanleiding van

⁶¹ Voor de verdeling van de opbrengst van een onroerende zaak maakt het in beginsel niet uit of de schuldenaar vrijwillig heeft verkocht of dat de onroerende zaak –niet vrijwillig– is verkocht.

⁶² Ook gedacht dient te worden aan gerechtigden waarvan de rechten door zuivering vervallen en worden vervangen door een bevoorrechte waardevergoedingsaanspraak (art. 3:282 en art. 3:264 lid 7 BW).

⁶³ HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18 (Ontvangers/Amro) en HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 (Bank de Suez).

⁶⁴ Zie daarover de Parl. Gesch. Rv, blz 197 bij artikel 457 Rv:

"Beslag op de opbrengst kan slechts worden gelegd in de vorm van een derdenbeslag op de vordering die de geëxecuteerde heeft ter zake van zijn recht op het restant dat eventueel van de opbrengst overblijft, nadat de executant, de beperkt gerechtigden en de schuldeisers die beslag op het goed hebben gelegd, zijn voldaan."

⁶⁵ Artikel 551 Rv en de toelichting hierop van Van Mierlo in de "groene" Kluwer. Vergelijk artikel 480 Rv ten aanzien van de verdeling van de opbrengst bij roerende zaken.

rangregelingprocedures zullen in de toekomst nadere invulling geven aan deze onderlinge prioriteitsregel.

2.2.3 Bijkomend psychologisch effect

Naast de juridische effecten en gevolgen van een beslag, zoals het in zekere mate verkrijgen van een zekerheidstelling voor de geldvordering of een prioriteitspositie op de opbrengst, heeft een beslag (lees: executiemaatregel) ook een psychologisch effect op de schuldenaar. Namelijk bij een beslag op een onroerende zaak dient de beslaglegger, conform artikel 508 Rv, het executoriale beslag te betekenen (kenbaar te maken) aan de eventuele hypotheekhouder(s). De praktijk leert dat de hypotheekhouder vervolgens de schuldenaar aanschrijft en hem sommeert om zorg te dragen voor opheffing van het beslag, bij gebreke waarvan de hypotheekhouder zijn vordering ineens opeisbaar stelt en daarop volgend de executie ter hand kan nemen.

2.3 'Vormerkung' en beslag

Vanaf 1 september 2003 kan de koper bewerkstelligen dat, naast de levering, ook de koopovereenkomst wordt ingeschreven in de openbare registers. Hiermee wordt een 'Vormerkung' gemaakt op de betreffende onroerende zaak. Door -als koper- gebruik te maken van de mogelijkheid tot het maken van een 'Vormerkung' kan een beslag, althans de gevolgen van een beslag -zoals in de casus van het arrest van het Baarns beslag⁶⁶, in beginsel niet meer aan de verkrijger (koper) worden tegengeworpen⁶⁷. Zoals al reeds eerder aangegeven is het wel van wezenlijk belang dat er pas van de bescherming van de 'Vormerkung' kan worden genoten, indien deze eerder is ingeschreven dan bijvoorbeeld een beslag of een uitgesproken faillissement.

Zoals al reeds beschreven in paragraaf 1.2.1 leidt de 'Vormerkung' niet tot een beslagverbod en dus rest de vraag wat de waarde is van een beslag gelegd nadat er een 'Vormerkung' is gemaakt.

⁶⁶ Zie noot 20.

⁶⁷ Aldus artikel 7:3 lid sub a en f BW.

2.3.1 'Vormerkung' en verhaalsbeslag

Een beslag dat wordt gelegd en wordt ingeschreven, nadat er een 'Vormerkung' is gemaakt, waarvan de maximale termijn⁶⁸ niet is verstreken, kan in beginsel blijkens artikel 7:3 lid 3 sub f BW niet aan de koper worden tegengeworpen. De blokkerende werking van het beslag kan dus niet meer ingevolge artikel 505 lid 2 Rv tegen de vervreemder (koper) worden ingeroepen.

Nu het beslag, in beginsel, geen blokkerende werking meer heeft, rest nog de vraag of het beslag dan wel enig waarde heeft of dat het beslag als vexatoir beschouwd dient te worden.

Mijns inziens is de waarde van het beslag gelegd nadat er een 'Vormerkung' is gemaakt te vinden in de prioriteitspositie die de beslaglegger verkrijgt op de verkoopopbrengst. Blijkens artikel 551 Rv scheidt een beslag op een zaak prioriteit ten aanzien van de opbrengst van die zaak. Hierdoor heeft de beslaglegger die beslag heeft gelegd op de zaak een betere positie op –een deel van- de opbrengst dan de schuldeisers die nadien (derden)beslag leggen op de opbrengst.

Ondanks een door de koper gemaakte 'Vormerkung' is het mijns inziens van belang dat een schuldeiser beslag legt op de onroerende zaak van de schuldenaar. Het beslag zal dan in beginsel geen blokkerende werking hebben ten opzichte van de koper die de 'Vormerkung' heeft gemaakt, maar het beslag levert de schuldeiser wel een bijzondere positie op ten aanzien van de verdeling van de opbrengst van de onroerende zaak na verkoop. Een beslag gelegd na de 'Vormerkung' is dus nadrukkelijk geen vexatoir beslag.

Ten aanzien van de bijzondere positie, prioriteitspositie, van de beslaglegger op de verkoopopbrengst maakt het voor de onderlinge prioriteit tussen beslagleggers -nog- niet uit of het beslag is gelegd voor of na de ingeschreven 'Vormerkung'. Hierbij gaat nog steeds de regel op dat beslag op een goed wel prioriteit schept, maar geen onderlinge voorrang bij de verdeling van de opbrengst.

⁶⁸ Zoals reeds beschreven in paragraaf 1.2 is de maximale duur van de 'Vormerkung' 6 maanden.

Bovendien bestaat de mogelijkheid dat de koper de maximale termijn van de 'Vormerkung' laat verstrijken, zou dat het geval zijn dan krijgt het beslag van rechtswege ook weer effect ten opzichte van de koper die gebaat was bij de inmiddels vervallen 'Vormerkung'. In de memorie van toelichting van artikel 7:3 BW geeft de wetgever aan het tevens zinvol te achten om ondanks een ingeschreven koopovereenkomst beslag te leggen op de onroerende zaak, voor die gevallen waarin de termijn verstrijkt zonder dat levering plaats vindt⁶⁹.

Na het verstrijken van de termijn waarbinnen de koper bescherming toekomt tegen ondermeer de beslaglegger, zal het beslag nu de beslaglegger weer volledig beschermen tegen eventuele vervreemdingen. Met andere woorden de blokkerende werking van artikel 505 lid 2 Rv herleeft.

Door het verstrijken van de termijn van de bescherming van de koper krachtens de 'Vormerkung', staat het de beslaglegger nu ook in beginsel weer vrij om -zonodig- tot executie (executoriale verkoop) van die onroerende zaak over te gaan.

2.3.2 'Vormerkung' en beslag tot levering

Het maken van een 'Vormerkung' en het leggen van een beslag tot levering beogen beide dat het persoonlijke recht op levering een zekere mate van bescherming verkrijgt. De wetgever heeft met de invoering van artikel 7:3 BW de belangen van de koper nog beter willen beschermen, nu dit kennelijk zonder de mogelijkheid van het maken van een 'Vormerkung' toch niet voldoende gewaarborgd was⁷⁰.

In artikel 7:3 lid 3 sub a en b BW is bepaald dat tegen de koper wiens koop is ingeschreven niet kan worden ingeroepen een na de gemaakte 'Vormerkung' tot stand gekomen vervreemding of bezwaring door de verkoper. "Dit tenzij deze vervreemding of bezwaring voortvloeit uit een eerder gemaakte 'Vormerkung' of plaatsvond uit hoofde van een recht op levering dat volgens artikel 3:298 BW voor gaat op die van de koper." Voorwaarde hierbij is wel dat de koper deze rechten op

⁶⁹ MvT, kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p.10, pt. 12.

⁷⁰ In vergelijking tot het beslag tot levering dat relatief eenvoudig gefrustreerd kan worden, zie paragraaf 2.1.2 "beslag tot levering".

het tijdstip van de inschrijving van de koop kende of behoorde te kennen, ondermeer door raadpleging van de openbare registers.

Het beoogde doel van een beslag tot levering kan op eenvoudige wijze worden gefrustreerd⁷¹. Bovendien zal een beslag tot levering veelal geen effect en waarde hebben indien het wordt gelegd nadat er een 'Vormerkung' is gemaakt.

In die gevallen waarin het beslag tot levering wordt gefrustreerd, verandert het beslag tot levering van rechtswege tot een verhaalsbeslag. Dit verhaalsbeslag wordt dan geacht te strekken tot verhaal van een vordering tot vervangende schadevergoeding wegens het in beginsel niet meer kunnen leveren van de onroerende zaak door de schuldenaar. Ingeval van "omzetting" van het beslag tot levering naar een verhaalsbeslag, verwijs ik naar de voorgaande paragraaf (paragraaf 2.3.1) voor de effecten en gevolgen van het beslag nadat er een 'Vormerkung' is gemaakt.

⁷¹ Zie voor een nadere toelichting paragraaf 2.1.2.

3. ALTERNATIEVEN VOOR SCHULDEISERS

Ingeval er een 'Vormerkung' is gemaakt ten aanzien van een onroerende zaak, dan blijkt uit de inschrijving van die koopovereenkomst de identiteit van de verkoper en de koper. Tevens zal door de 'Vormerkung' de overeengekomen koopprijs en - in veel gevallen - ook de aangewezen notaris bekend zijn. Naast het beslag op de onroerende zaak kan de schuldeiser (van de verkoper) nu ook trachten beslag te leggen op de aan de verkoper verschuldigde koopprijs. Hiervoor dient dan wel een derdenbeslag gelegd te worden onder diegene die een rol spelen bij de gehele transactie van de verkoop en levering van een onroerende zaak. Hierbij dient te worden gedacht aan de koper en de notaris.

3.1 Derdenbeslag

Derdenbeslag dient te worden gelegd onder een derde waarop de schuldenaar een vordering heeft of nog zal verkrijgen uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding. Aan de hand van de gegevens die blijken uit de ingeschreven koopovereenkomst en de gegevens uit de, in het openbare register, ingeschreven hypotheekakte(n) is het voor een schuldeiser eenvoudig te calculeren of het leggen van een derdenbeslag zinvol is.

3.1.1 Derdenbeslag onder de koper

Door het maken van de 'Vormerkung' is de identiteit van de kopende partij eenvoudig te achterhalen door raadpleging van de openbare registers en dus voor een ieder, waaronder ook de schuldeiser van de verkopende partij, kenbaar. Voor de schuldeisers van de verkopende partij van een onroerende zaak is het nu eenvoudig om beslag te leggen onder de kopende partij op al hetgeen de koper uit hoofde van de reeds bestaande rechtsverhouding aan de verkoper verschuldigd is en zal worden. In beginsel zal de koper door dit derdenbeslag niet meer bevrijdend kunnen betalen aan de verkoper.

Een belangrijke vraag voor de schuldeiser is of een beslag gelegd onder de koper van een onroerende zaak ten laste van de verkoper (als schuldenaar) wel doel treft. Dit nu de wetgever in artikel 7:26 lid 3 BW heeft bepaald dat bij de eigendomsoverdracht van een onroerende zaak de verschuldigde koopprijs -op het moment van het passeren (ondertekenen) van de akte van levering- uit de macht van de koper dient te zijn gebracht en pas na het voltooien van de overdracht in de macht van de verkoper behoeft te worden gebracht.

In een –niet gepubliceerd- arrest van 10 februari 2005 van het gerechtshof te Den Haag, rolnummer 0201097, waarbij een geheel andere casus aan de orde komt, geeft het gerechtshof wel indirect een antwoord op voormelde vraag⁷². Het gerechtshof oordeelt mijns inziens terecht dat op de notaris in beginsel een zorgplicht rust, die behelst dat de koper een onroerende zaak dient te verkrijgen zoals overeenkomen met de verkoper, zodat de notaris de vorderingen van de hypotheekhouder en de beslaglegger op de onroerende zaak af dient te houden van de bij hem gedeponeerde koopsom. Ondermeer door deze zorgplicht van de notaris behelst de vordering van de verkoper slechts het bedrag van de koopsom minus de vorderingen van de hypotheekhouder en de beslaglegger op de onroerende zaak⁷³. Gelet op de verplichting van de koper van de onroerende zaak om de koopprijs uit zijn macht te brengen, -in de praktijk- door overboeking op de kwaliteitsrekening van de notaris, strekt de zorgplicht die op de notaris rust mijns inziens tevens uit tot de koper, een zogenaamde “verlengde zorgplicht”.

De vraag of een beslag op de koopprijs onder de koper wel zinvol is, kan worden berekend aan de hand van de gegevens zoals die blijken uit de inschrijvingen in het openbare register, namelijk de (ver)koopprijs minus het geldelijke beloop van de hypotheekvordering en eventuele beslagen⁷⁴.

Een koper die met een onder hem gelegd beslag, ten laste van de verkoper, wordt geconfronteerd, doet er goed aan de notaris, die is of wordt belast met de

⁷² Welke uitspraak wordt aangehaald en besproken in WPNR 6617 van 9 april 2005, door Mr. C.A. Kraan.

⁷³ De beslaglegger op de zaak heeft een prioriteitspositie ten aanzien van de opbrengst van de verkochte zaak, zie voor een andere uitwerking paragraaf 2.2.2.

⁷⁴ Het derdenbeslag zal gelet op zijn aard geen blokkade opleveren voor de overdracht van die onroerende zaak en zal de koper dus niet hinderen in het genot van de door hem in eigendom verkregen zaak.

overdracht, voor het passeren van de akte van overdracht te informeren over het onder hem, de koper, gelegde beslag. Dit in verband met de op de koper rustende wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit het derdenbeslag. Aangezien de koper niet als juridisch deskundig mag worden beschouwd, rust mijns inziens op de (gerechts)deurwaarder een 'extra' informatieplicht, die voortvloeit uit de maatschappelijke taak van een (gerechts)deurwaarder.

3.1.2 Derdenbeslag onder de notaris

In het kader van de levering van een onroerende zaak zal, ingevolge artikel 7:26 lid 3 BW, de koopprijs worden overgemaakt op de rekening van de notaris door de verkoper. Na het verlijden van de overdrachtsakte bij de notaris en de inschrijving daarvan in de openbare registers is, behoudens bijzondere omstandigheden daargelaten, de juridische levering een feit. Daarop volgend zal de notaris met in achtname van ondermeer de op hem rustende zorgplicht de eventuele restant koopprijs doorstorten naar de verkopende partij. Immers de verkoper heeft na de levering een vordering, welke vordering behelst het bedrag van de verkoop minus de vordering van de hypotheekhouder(s) en de beslaglegger(s) op de onroerende zaak.

KWALITEITSREKENING EN HET DERDENBESLAG

De koopprijs ten behoeve van de verkoper zal zich dus op enig moment bevinden op de bankrekening van de notaris. Ingevolge de wet op het notarisambt, artikel 25 Wn, is de notaris verplicht om een bijzondere rekening, de kwaliteitsrekening, aan te houden, voor die gelden die in verband met zijn hoedanigheid en zijn werkzaamheden aan hem worden toevertrouwd en als zodanig aan hem worden overgemaakt⁷⁵. Een bijzonderheid, aldus artikel 25 lid 3 Wn⁷⁶, aan deze rekening

⁷⁵ Het arrest van de hoge raad van 3 februari 1984, NJ 1984, 752, Slis Stroom, wordt beschouwd als een (nood)roep om wetgeving betreffende de kwaliteitsrekening. In dit arrest werd in het kader van een eigendomslevering geld overgemaakt op een door de notaris aangehouden (gewone) bankrekening. Na het verrichten van de overdrachtshandelingen, maar voordat de notaris tot uitbetaling aan de verkoper kon overgaan ging de notaris failliet. Na een discussie tussen de verkoper en de curator heeft de hoge raad uiteindelijk beslist dat het geld deel van het vermogen van de notaris is gaan uitmaken, nu er niet is gekozen voor storting van het bedrag op een afzonderlijke rekening ten name van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betreffende koper en verkoper.

ten opzichte van de gebruikelijke bankrekeningen is dat de gelden die zich op deze rekening bevinden in beginsel niet behoren tot het vermogen van de rekeninghouder, maar tot het vermogen van de gezamenlijke rechthebbenden. De notaris is slechts bevoegd tot het beheer en de beschikking over deze kwaliteitsrekening. Om nauwkeurig vast te stellen wie deze gezamenlijke rechthebbenden zijn dient de notaris van alle gelden die worden bij- en afgeschreven van deze kwaliteitsrekening een nauwgezette administratie te voeren⁷⁷. In artikel 25 lid 5 Wn is voorts bepaald dat niet zinvol is beslag te leggen onder de bankinstelling alwaar de kwaliteitsrekening wordt aangehouden, teneinde een aandeel van een rechthebbende in deze bijzondere rekening te beslaan.

Nu de notaris slechts bevoegd is tot het beheer en de beschikking over de kwaliteitsrekening, kan een rechtsgeldig beslag op gelden/tegoeden die zich op enig moment op de kwaliteitsrekening bevinden of zullen gaan bevinden gelegd te worden onder de notaris q.q.⁷⁸, of te wel de notaris in zijn hoedanigheid van beheerder van de kwaliteitsrekening(en).

ZORGPLICHT NOTARIS EN HET DERDENBESLAG

Net als bij het derdenbeslag onder de koper dient afgevraagd te worden of een beslag gelegd onder de notaris q.q. wel doel treft. Ook bij dit beslag geldt het uitgangspunt omtrent de zorgplicht van de notaris, zoals herhaald en toegepast door het gerechtshof te Den Haag.⁷⁹

Aldus het gerechtshof te Den Haag rust

(...)op een notaris voor wie een akte wordt verleden, een zwaarwegende zorgplicht (...) terzake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in die (JFV: leverings)akte opgenomen rechtshandelingen (HR 28 september 1990, NJ 1991, 473). Wordt met het oog op de levering van een onroerende zaak ter uitvoering van een koopovereenkomst een akte van levering verleden, terwijl de verkoper zich bij de koopovereenkomst jegens de koper heeft

⁷⁶ Vergelijk artikel 19 lid 3 Gdw.

⁷⁷ Aldus art 24 lid 3 Wn en de notariële administratieverordening.

⁷⁸ qualitate qua.

⁷⁹ Hof Den Haag, 10 februari 2005 (rolnummer 0201097), aangehaald en besproken door C.A. Kraan in WPNR 6617 van 9 april 2005, jaargang 136.

verbonden de verkochte zaak vrij van hypotheken en beslagen te leveren, dan vloeit uit de genoemde zorgplicht van de instrumenterende notaris niet alleen voort dat hij het nodige verricht om te bewerkstelligen dat de koper de verkochte onroerende zaak vrij van hypotheken en beslagen verwerft. (...)

Met in achtneming van deze zorgplicht

(...) zal slechts sprake zijn van een vordering van de verkoper ten laste van de notaris ten belope van de verminderde koopsom, dat wil zeggen de koopsom verminderd met de bedragen die met de voldoening van de betrokken hypotheekhouders en beslagleggers zijn gemoeid. (...)

Gelet op de zorgplicht van de notaris, die een praktische invulling geeft aan wettelijke rangregeling, zijnde de voorrangspositie van de hypotheek en de bijzondere (prioriteits)positie van de beslagleggers op de onroerende zaak, zal de vordering van de verkoper slechts het bedrag van de koopsom minus de vorderingen van de hypotheekhouder en de beslaglegger op de onroerende zaak, te weten de restant-koopsom⁸⁰

3.2 Waarde en effect derdenbeslag

Zoals hiervoor geschetst kan zowel derdenbeslag gelegd worden onder de koper als onder de notaris q.q. op de restant-koopsom waar de schuldenaar in beginsel aanspraak op kan maken.

Een beslag op de opbrengst kan slechts worden gelegd in de vorm van een derdenbeslag op de vordering die de schuldenaar heeft of verkrijgt ter zake van zijn recht op het restant dat eventueel van de opbrengst overblijft, zijnde de restant-koopsom⁸¹.

Wel zij opgemerkt dat aan een beslag gelegd onder een notaris q.q. een nadeel kleeft en dat is dat het beslag zeer eenvoudig gefrustreerd kan -worden door de schuldenaar. De schuldenaar kan, na overleg met de koper, besluiten om voor het opmaken en verlijden van de leveringsakte een andere notaris te benaderen. Hierdoor zal het gelegde derdenbeslag onder de notaris q.q. niet tot het gewenste

⁸⁰ Zie paragraaf 2.2.2.

⁸¹ Zie de Parl. Gesch. Rv, blz 197 bij artikel 457 Rv

effect leiden, immers de notaris q.q. zal nimmer gelden gaan beheren ten behoeve van de verkoper. In dat licht is het mijns inziens effectiever is om te allen tijde derdenbeslag te leggen onder de koper en daarnaast tevens onder de notaris q.q.

4. CONCLUSIE

Zoals we hiervoor hebben gezien dient het inschrijven van de koopovereenkomst ofwel het maken van een 'Vormerkung' bescherming te bieden aan de koper⁸². Met welke bescherming wordt beoogd dat de koper, na het sluiten van de overeenkomst en voor de levering, niet wordt geconfronteerd met een tussentijdse vervreemding door de verkoper ("dubbele verkoop") of een door een derde verworven recht, zoals een verhaalsbeslag, dat de eigendomsoverdracht kan verstoren of zelf blokkeren. Kortom het maken van de 'Vormerkung' dient de koper in financiële zin te beschermen tegen zijn verkoper en diens schuldeisers.

4.1 Beslag en de 'Vormerkung'

Een schuldeiser die zijn vordering wil verhalen op zijn schuldenaar heeft een aantal executiemiddelen tot zijn beschikking, zo kan de schuldeiser ondermeer beslag leggen op onroerende zaken die in eigendom toebehoren aan de schuldenaar.

Indien de schuldeiser kiest om beslag te leggen op de onroerende zaken van zijn schuldenaar, dan dient hij voor het verkrijgen van de benodigde gegevens – teneinde een beslag te kunnen leggen- het openbare register te raadplegen, waarmee de schuldeiser de huidige rechtstoestand van de onroerende zaak kan achterhalen. Bij het raadplegen van het openbare register kunnen zich een aantal situaties voordoen, gelet op het onderwerp van deze scriptie zullen de mogelijkheden worden beperkt tot de situaties dat er al dan niet of wel een 'Vormerkung' is gemaakt ten aanzien van de onroerende zaak.

⁸² Paragraaf 1.1 en 1.2.

4.1.1 Beslag onroerende zaken zonder 'Vormerkung'

In de situatie waarbij geen 'Vormerkung' is gemaakt, wordt de schuldeiser geadviseerd om –zo mogelijk- ten spoedigste beslag te leggen op de onroerende zaak van de schuldenaar, ongeacht of het hier een verhaalsbeslag of beslag tot levering betreft. Voor de effectiviteit van het beslag is het een constitutief vereiste dat een beslag op een onroerende zaak –zo spoedig mogelijk- wordt ingeschreven in de openbare registers. Namelijk het moment van inschrijven is bepalend voor blokkerende werking van het beslag, immers een beslag –aldus artikel 505 Rv- kan enkel worden ingeroepen tegen feiten, zoals vervreemding, bezwaring en verhuring, die ontstaan na het moment van inschrijving van het beslag in de openbare registers.

Zo is voor de onderlinge rangorde in beginsel niet doorslaggevend het moment van de beslaglegging (het opmaken van het proces-verbaal van beslag) of het ondertekenen van de koopovereenkomst, maar het tijdstip van inschrijving van deze stukken in de openbare registers.

4.1.2 Beslag onroerende zaken na een 'Vormerkung'

Ingeval de schuldeiser wel wordt geconfronteerd met een 'Vormerkung', is het gelet op de tekst van artikel 7:3 lid 3 sub f BW:

“Tegen de koper wiens koop is ingeschreven kunnen niet worden ingeroepen: (...) een executoriaal of conservatoir beslag waarvan het proces-verbaal na de inschrijving van de koop is ingeschreven”

op het eerste gezicht niet uitnodigend voor een schuldeiser om beslag te leggen op die onroerende zaak.

Nu de 'Vormerkung' niet een beslagverbod is, aldus de wetgever in de memorie van toelichting op artikel 7:3 BW is het voor de schuldeiser wel raadzaam om beslag te leggen op de onroerende zaak van de schuldenaar. Ten eerste is mijns inziens een belangrijke reden om ondanks een 'Vormerkung' beslag te leggen op de onroerende zaak van de schuldenaar -wetende dat het beslag in beginsel geen blokkerende werking zal hebben- is het verkrijgen van een prioriteitspositie ten aanzien van een aanspraak op de verkoopopbrengst. Blijkens artikel 551 Rv

schept een beslag op een zaak prioriteit ten aanzien van de opbrengst van die zaak. Hierdoor heeft de beslaglegger die beslag heeft gelegd op de zaak een betere positie op –een deel van- de opbrengst dan de schuldeisers die nadien (derden)beslag leggen op de (restant)opbrengst⁸³.

Ten aanzien van de bijzondere positie, prioriteitspositie, van de beslaglegger op de verkoopopbrengst maakt het voor de onderlinge prioriteit tussen beslagleggers -nog- niet uit of het beslag is gelegd voor of na de ingeschreven 'Vormerkung'. Hierbij gaat nog steeds de regel op dat beslag op een goed wel prioriteit schept, maar geen onderlinge voorrang bij de verdeling van de opbrengst.

Ten tweede is het zinvol voor de schuldeiser om beslag te leggen op de onroerende zaak van de schuldenaar, nu immers de mogelijkheid bestaat dat de koper de maximale termijn van de 'Vormerkung' laat verstrijken, waarna het beslag van rechtswege ook weer effect krijgt ten opzichte van de koper die gebaat was bij de inmiddels vervallen 'Vormerkung'. In de memorie van toelichting op artikel 7:3 BW acht de wetgever het nuttig om, ondanks een ingeschreven koopovereenkomst, beslag te leggen op de onroerende zaak, juist voor die gevallen waarin de termijn verstrijkt zonder dat levering plaats vindt⁸⁴.

Door het verstrijken van de termijn van de bescherming van de koper krachtens de 'Vormerkung', herleeft de blokkerende werking van artikel 505 lid 2 Rv en staat het de beslaglegger in beginsel tevens wederom vrij om -zonodig- tot executie (executoriale verkoop) van die onroerende zaak over te gaan.

4.2 Derdenbeslag

Naast het beslag op de onroerende zaak kan de schuldeiser van de verkoper ook (derden)beslag leggen onder de koper, die uit hoofde van de koopovereenkomst een koopprijs verschuldigd zal worden aan de verkoper. Nu in het kader van de levering van onroerende zaken de koopprijs door de koper veelal overgeboekt zal worden op een rekening van een notaris, ligt het voor de hand dat eveneens onder de notaris beslag gelegd kan worden op datgene dat de notaris op enig moment zal houden/beheren voor de schuldenaar.

⁸³ Zie paragraaf 2.2.2 en 2.3.1.

⁸⁴ MvT, kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p.10, pt. 12.

Een derdenbeslag, in vergelijking tot een beslag op een onroerende zaak, kan gelet op zijn aard geen blokkade opleveren met betrekking tot de levering van een onroerende zaak en dus zal de koper in beginsel niet worden gehinderd in het genot van de door hem in eigendom te verkrijgen zaak.

4.2.1 Derdenbeslag onder de koper

De koper zal uit hoofde van de reeds bestaande rechtsverhouding, de koopovereenkomst, een prestatie (de koopprijs) verschuldigd zijn of nog verschuldigd worden aan de verkoper (schuldenaar). Op deze prestatie die verschuldigd is of nog zal worden, kan beslag gelegd worden onder de koper, door de schuldeisers van de verkoper, als schuldenaar. Door dit beslag is het voor de koper in beginsel niet meer mogelijk om bevrijdend te presteren (betalen) aan de verkoper.

Nu de wetgever in artikel 7:26 lid 3 BW heeft bepaald dat bij de eigendomsoverdracht van een onroerende zaak de koopprijs, ten tijde van het passeren (ondertekenen) van de akte van levering, uit de macht van de koper dient te zijn gebracht en pas na het voltooien van de overdracht (het inschrijven van de akte van levering in de openbare registers) in de macht van de verkoper hoeft te worden gebracht. Rest voor de schuldeiser de vraag of een beslag gelegd onder de koper van een onroerende zaak -ten laste van de verkoper- op de koopprijs wel doel treft?

In de lijn van een -niet gepubliceerd- arrest van 10 februari 2005 van het gerechtshof te Den Haag, rolnummer 0201097, is ondermeer gelet op de verplichting van de koper van de onroerende zaak om de koopprijs uit zijn macht te brengen, -in de praktijk- door overboeking op de kwaliteitsrekening van de notaris, de koper belast met een zogenaamde "verlengde zorgplicht", die overeenkomt met de zorgplicht zoals deze op een notaris rust.

Het antwoord op de vraag of een beslag op de koopprijs onder de koper doel treft, kan worden berekend, namelijk de (ver)koopprijs minus het geldelijke beloop van de hypotheekvordering(en) en eventuele beslag(en)⁸⁵.

⁸⁵ Zie paragraaf 3.1.1.

4.2.2 Derdenbeslag onder notaris

Ingevolge de wet op het notarisambt is iedere notaris verplicht om een bijzondere rekening, de kwaliteitsrekening, aan te houden, voor die gelden die in verband met zijn hoedanigheid en zijn werkzaamheden aan hem worden toevertrouwd en als zodanig aan hem worden overgemaakt, waaronder de koopprijs van een onroerende zaak. Een bijzonderheid aan deze kwaliteitsrekening is dat de gelden die zich op deze rekening bevinden in beginsel niet behoren tot het vermogen van de rekeninghouder, de notaris is slechts bevoegd tot het beheer en de beschikking over deze kwaliteitsrekening. Teneinde beslag te leggen op tegoeden die zich bevinden op de kwaliteitsrekening, dient beslag gelegd te worden onder de notaris q.q., of te wel de notaris in zijn hoedanigheid van beheerder van de kwaliteitsrekening(en).

Net als bij het derdenbeslag onder de koper rijst de vraag of een beslag gelegd onder de notaris q.q. wel doel treft. Het antwoord op deze vraag dient gezocht te worden in de zorgplicht die rust op de notaris. Namelijk met in achtneming van deze zorgplicht zal op de notaris q.q. slechts sprake zijn van een vordering van de verkoper ten belope van de verminderde koopsom, dat wil zeggen de koopsom verminderd met de bedragen die met de voldoening van de betrokken hypotheekhouders en beslagleggers zijn gemoeid⁸⁶.

4.3 Antwoord op de vraagstelling

Gelet op de voormelde (deel)conclusies kan niet worden gesteld dat de 'Vormerkung' een beperking (of doorkruising) is op de hoofdregel van ons Nederlandse verhaalsrecht, artikel 3:276 BW. Sterker nog, mijns inziens, dient bij uitblijven van de betaling van de schuldenaar, een schuldeiser altijd beslag te leggen op de onroerende zaak van zijn schuldenaar. Daardoor zal de schuldeiser een bijzondere (prioriteits)positie verwerven bij de verdeling van de opbrengst van de onroerende zaak. Bij een derdenbeslag onder de koper of de notaris q.q. is slechts dat (restant)bedrag vatbaar voor het (derden)beslag dat resteert nadat van

⁸⁶ Zie paragraaf 3.1.2.

de koopsom de vorderingen van de hypotheekhouders en de beslaglegger op de onroerende zaak zijn voldaan.

Naast het daadwerkelijk executeren hebben executiemiddelen ook een zeker psychologische effect. Het is dus voor de schuldeiser van belang om de schuldenaar voldoende onder (juridische) druk te zetten om hem te bewegen om alsnog tot "vrijwillige" betaling over te gaan. Dit kan de schuldeiser doen door beslag te leggen op ondermeer de onroerende zaak. Maar indien er een 'Vormerkung' is gemaakt, dan zal dit veelal niet het gewenste effect opleveren bij de schuldenaar, derhalve luidt de aanbeveling dan om naast het beslag op de onroerende zaak eveneens beslag te leggen op de koopprijs onder de koper en de notaris q.q.

BRONNEN

Literatuur

R.L. Albersen-Dingemans, H. Stein e.a., Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1998.

F.M. Beijer e.a., Goederen- en faillissementsrecht, Ars Aequi Jurisprudentie 1987-2003, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2004.

A.V.T. de Bie en J. de Jong van Lier, Zeug geel 113 en andere vermogensrechtelijke arresten, ten behoeve van praktijk en studie, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000.

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel 1. Koop en ruil. Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001.

F.M.J. Jansen, Executie- en beslagrecht, Publiek en privaatrecht no. 32, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1980.

W.M. Kleyn en A.A. van Velten, Bescherming van kopers van woningen, Publicatie van de Notariële Broederschap 1985, Deventer, Kluwer, 1985.

J.H. Nieuwenhuis e.a., Burgerlijk wetboek, Tekst & Commentaar, Deventer, Kluwer, 2005.

H. Oudelaar e.a., Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Executie en Beslag, Deventer, Gouda Quint, 2001.

N.J. Polak, Faillissementsrecht, bewerkt door C.E. Polak, Deventer, Kluwer, 2002

H.G. Punt, Memo beslagrecht 2005, Deventer, Kluwer, 2005.

H.G. Punt, Memo beslagrecht 2006, Deventer, Kluwer, 2006.

W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, A. Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht, Deventer, Gouda Quint, 2001.

A.S. Rueb, Huurrechtmemo 2005, Deventer, Kluwer, 2005.

A.S. Rueb, Huurrechtmemo 2006, Deventer, Kluwer, 2006.

H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer, 2001.

P.A. Stein en A.S. Rueb, Compendium van het burgerlijk procesrecht, Deventer, Kluwer, 2003.

A. Steneker, Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, Serie Onderneming en recht deel 31, Deventer, Kluwer, 2005.

T.H.D Struycken (red.), Privaatrecht, Jurisprudentie en annotaties uit Ars Aequi 1957-2000, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2000.

A.A. van Velten, Koop van onroerende zaken, losdelig handboek Monografieën BW B65c, Deventer, Kluwer, 2005.

B. Wessels en M.Ph. van Sint Truiden, Faillissementswet, Tekst & Commentaar, Deventer, Kluwer, 1999.

Artikelen/Memo's

S.E. Bartels en H.W. Heyman, Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed (I), WPNR 6306, p. 192-196.

S.E. Bartels en H.W. Heyman, Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed (II, slot), WPNR 6307, p. 207-210.

L.P. Broekveldt, Koop registergoed, "Vormerkung" en beslag (I), WPNR 6600.

L.P. Broekveldt, Koop registergoed, "Vormerkung" en beslag (II, slot), WPNR 6601, p. 959-967.

J.J. Dammingh, De nieuwe wet 'Koop onroerende zaken' en de makelaar, met reactie van C.M.H. Vlaanderen en naschrift mr. J.J. Dammingh, Bouwrecht nr. 4 – april 2004, p.293-310.

J.J. Dammingh, Enkele opmerkingen over de Vormerkung (art. 7:3 BW), WPNR 6650, p. 25-33.

J.W.A Hockx, De voorrangsaantekening nader beschouwd, Reactie op "Enkele opmerkingen over de Vormerkung (art. 7:2 BW)" van mr J.J. Dammingh in WPNR (2006) 6650, met naschrift van J.J. Dammingh, WPNR 6664, p. 342-346

W.G. Huijgen, De reikwijdte van artikel 7:3 BW, WPNR 6637, p. 763-766.

J.R. Koenecke, De Vormerkung praktisch beschouwd, Reactie op de reactie van mr. J.W.A. Hockx en het naschrift inzake "De vooraantekening over de Vormerkung (art. 7:2 BW)" van mr J.J. Dammingh in WPNR (2006) 6664, met naschrift van J.J. Dammingh, WPNR 6671, p.465-466.

C.A. Kraan, De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, Derdenbeslag onder de notaris (I), WPNR 6608, p. 110-111.

C.A. Kraan, De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, Derdenbeslag onder de notaris (II, slot), WPNR 6609, p. 127-129.

LOVC (Landelijk overleg van voorzitters van de sectoren civiel van de rechtbanken), De beslagsyllabus, 5^e versie, januari 2005.

Ministerie van Justitie, Factsheet, Nieuwe regels voor koop onroerende zaken, Kopers van woningen beter beschermd, oktober 2005.

B.H.J. Roes, Reactie op "Enkele opmerkingen over de Vormerkung (art. 7:2 BW)" van mr J.J. Dammingh in WPNR (2006) 6650, met naschrift van J.J. Dammingh, WPNR 6671, p. 466.

H.C.F. Schoordijk, De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, Reactie op "Derdenbeslag onder de notaris" van mr. C.A. Kraan WPNR (2005) 6608-6609, met naschrift van mr. C.A. Kraan, WPNR 6617, p. 306-309.

A.A. van Velten, Rechtsvragenrubriek, Vormärkung o.g.v. de wet d.d. 5 juni 2003 tot aanvulling van titel 7.1 van nieuw BW, WPNR 6611, p. 174 (nogmaals gepubliceerd in WPNR 6614, p. 233-234.

A.A. van Velten, Eerste ervaringen met het vormvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW bij de consumentenkoop o.g., WPNR 6613, p. 197-198.

A.A. van Velten, Eerste ervaringen met het vormvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW bij de consumentenkoop o.g. (vervolg), WPNR 6636, p. 729-730.

Jurisprudentie

HR 18 april 1969, NJ 1969, 336 (Gem. Katwijk/De Vroom q.q.)

HR 13 juni 1975, NJ 1975, 509 (Amercentrale)

HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56 (Baarns beslag)

HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg)

HR 03 februari 1984, NJ 1984, 752 (Slis-Stroom)

HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18 (Ontvangers/Amro)

HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 (Banque de Suez)

HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 (Van Berkel/Tribosa)

HR 23 februari 1994, NJ 1995, 465 (Onroerende windmolens)

HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 97 (Portacabin)

Hof Den Haag 10 februari 2005, rolnummer 0201097

Rb. Amsterdam 24 februari 1999, NJ 1999, 622

Pres. Rb Rotterdam, 14 mei 1998, KG 1998, 251

Pres. Rb. Zwolle 27 maart 2000, KG 2000, 163

Vzngr. Rb. Den Haag 7 juli 2003, KG 2003, 170

Internetbronnen

De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap www.notarielestichting.nl

Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders
www.kbvg.nl

Koninklijke Notariële Broederschap
www.notaris.nl

Ministerie van Justitie
www.justitie.nl

Rechtspraak
www.rechtspraak.nl

Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR
www.wpnr.nl