

VORMERKUNG, BESLAG EN DE NOTARIS

*Bescherming van kopers van registergoederen bij
inschrijving van de koop*



Naam: Stefan Veenenberg
Opleiding: Juridische Hogeschool Avans - Fontys, Tilburg
Studentnummer: 2039535
Periode: September 2014 – Januari 2015

Opdrachtgever:
Notariskantoor mr. J.A. Kool
Slotlaan 68, 3701 GP Zeist

Begeleiding:
De heer mr. J.A. Kool Afstudeermentor
Mevrouw mr. N.H.P.G Sommers Eerste docent
De heer mr. B.C.M. Hooijdonk Tweede docent

Plaats en datum verschijning:
Nieuwegein, 12 januari 2015

VORMERKUNG, BESLAG EN DE NOTARIS

*Bescherming van kopers van registergoederen bij
inschrijving van de koop*

Naam: Stefan Veenenberg
Opleiding: Juridische Hogeschool Avans - Fontys, Tilburg
Studentnummer: 2039535
Periode: September 2014 – Januari 2015

Opdrachtgever:
Notariskantoor mr. J.A. Kool
Slotlaan 68, 3701 GP Zeist

Begeleiding:
De heer mr. J.A. Kool Afstudeermentor
Mevrouw mr. N.H.P.G Sommers Eerste docent
De heer mr. B.C.M. Hooijdonk Tweede docent

Plaats en datum verschijning:
Nieuwegein, 12 januari 2015

Voorwoord

Met trots presenteer ik u hierbij mijn afstudeerscriptie. Het onderwerp is *Vormerkung, beslag en de notaris*. Het afstuderen is de laatste fase van de opleiding HBO-Rechten en deze scriptie kan beschouwd worden als de kers op de taart van mijn studieloopbaan die in september 2010 is begonnen aan de Juridische Hogeschool te 's-Hertogenbosch.

Mijn afstudeerperiode heb ik doorgebracht bij notariskantoor mr. J.A. Kool te Zeist. De aanleiding voor het verrichten van dit onderzoek is dat in de praktijk is gebleken dat toepassing van de *Vormerkung* voor problemen kan zorgen, waardoor de status van de *Vormerkung* binnen het notariaat onduidelijk is. Dit zorgt ervoor dat het voor de (kandidaat-)notaris lastig is om te adviseren al dan niet gebruik te maken van de *Vormerkung*. Mij is gevraagd onderzoek te doen naar de factoren die van invloed kunnen zijn op het advies van de (kandidaat-)notaris om de koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers, zodat inzichtelijk wordt in welke praktijksituaties het inschrijven van de koopovereenkomst nuttig en/of noodzakelijk kan zijn teneinde de overdracht van een registergoed voor kopers zoveel mogelijk zonder (financieel) nadelige gevolgen te laten plaatsvinden. Met deze informatie kan mr. J.A. Kool zijn cliënten weloverwogen adviseren. De *Vormerkung* staat bekend als een redelijk complex en lastig juridisch vraagstuk. De materie is vrij technisch van aard. De problemen die zich na inschrijving van de koop kunnen openbaren zijn vrij hypothetisch. De kans dat een schuldeiser van de verkoper derdenbeslag zal leggen op de koopsom is klein. Mocht eenmaal beslag worden gelegd op de koopsom onder de koper, dan kunnen de gevolgen voor de koper omvangrijk zijn.

Graag wil ik een aantal mensen in het bijzonder bedanken voor hun hulp bij de totstandkoming van deze scriptie. Als eerste wil ik de heer mr. J.A. Kool, mijn afstudeermentor, bedanken. De heer mr. J.A. Kool heeft mij de kans geboden onderzoek te doen binnen het notariaat, waarna ik vervolgens dit complexe vraagstuk heb kunnen uitwerken. Bovendien heeft de heer mr. J.A. Kool mij gedurende het onderzoek voorzien van nuttige adviezen. Daarnaast heeft de heer mr. J.A. Kool de documenten die ik gedurende het onderzoek heb laten zien voorzien van commentaar, waardoor deze scriptie de diepgang heeft gekregen die ik had beoogd.

Bovendien wil ik mevrouw mr. B. Beneden (kandidaat-notaris) bedanken, alsmede mevrouw I. van Ginkel, mevrouw Y. van Brummelen-Bergveld en mevrouw drs. L.J.G. Ducquesnoy voor de prettige werksfeer waarin ik mijn onderzoek heb kunnen verrichten. Naast de medewerkers van notariskantoor mr. J.A. Kool wil ik mijn afstudeerbegeleiders van de Juridische Hogeschool bedanken, te weten mevrouw mr. N.H.P.G. Sommers (eerste afstudeerbegeleider) en de heer mr. B.C.M. Hooijdonk (tweede afstudeerbegeleider). Mevrouw mr. N.H.P.G. Sommers heeft mij gedurende het onderzoek, met name bij het opstellen van het onderzoeksplan, van nuttige adviezen voorzien. Daarnaast was zij verantwoordelijk voor de algehele begeleiding vanuit mijn opleiding gedurende mijn afstudeerperiode.

Verder wil ik mevrouw R. Ramcharan, een goede vriendin van mij, in het bijzonder bedanken voor de nuttige adviezen die zij mij heeft gegeven gedurende het onderzoek. Zij heeft mij geïnspireerd om af te studeren binnen het notariaat en onderzoek te verrichten naar de *Vormerkung*. Tot slot wil ik mijn moeder Tonnie bedanken voor het nalezen van deze scriptie.

Stefan Veenenberg

Nieuwegein, 12 januari 2015.

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	
Samenvatting.....	
1. Inleiding	8
1.1. Onderzoeksaanleiding en probleembeschrijving.....	8
1.2. Centrale vraag.....	9
1.3. Deelvragen	9
1.4. Doelstelling.....	9
1.5. Methoden en technieken	9
1.6. Leeswijzer	11
2. De ratio en strekking van de Vormerkung	12
2.1. Achtergronden en geschiedenis	12
2.2. Wet koop onroerende zaken.....	13
2.2.1. Schriftelijkheidsvereiste	13
2.2.2. Bedenktijd.....	14
2.2.3. Vormerkung	14
2.3. Conclusie	20
3. Evaluatie van de Vormerkung	21
3.1. De Vormerkung in de praktijk	21
3.1.1. Beslag en rangorde van schuldeisers	21
3.1.2. Beslag op de koopsom en reikwijdte van de Vormerkung	22
3.1.3. Beslag op de koopsom onder de koper en/of de notaris	23
3.1.4. Beslag en verdeling van schuldeisers	25
3.1.5. Beslag op de koopsom en verlot van de voorzieningenrechter	25
3.2. Ervaringen uit het notariaat.....	27
3.3. Conclusie	28
4. Bescherming die de Vormerkung (nog) kan bieden.....	29
4.1. Vormerkung en Wet voorkeursrecht gemeenten.....	29
4.2. Vormerkung en dubbele verkoop van registergoederen	30
4.3. Vormerkung en het voor levering voldoen van de (volledige) koopsom	30
4.4. Vormerkung en de Baarns Beslag-procedure	31
4.5. Conclusie	31

5. De notaris in beeld	32
5.1. De notaris en verdeling/uitkering van de koopsom.....	32
5.2. De notaris en zijn rol/positie bij beslaglegging	35
5.3. Conclusie	36
6. Advisering Vormerkung onder huidig recht	37
6.1. Huidige adviespraktijk.....	37
6.2. Beschouwing op de adviespraktijk.....	38
6.3. De huidige adviespraktijk getoetst	39
6.4. Conclusie	43
7. Advisering Vormerkung naar toekomstig recht.....	44
7.1. Het Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung	44
7.2. Afwegingen die aan het wetsvoorstel ten grondslag liggen.....	46
7.3. Visie van de KNB	47
7.4. Advisering naar toekomstig recht en de gevolgen voor de koper	47
7.5. Conclusie	48
8. Conclusies en aanbevelingen	49
8.1. Conclusies.....	49
8.2. Aanbevelingen.....	51
Evaluatie en vervolgonderzoek	
Literatuurlijst	

Lijst van afkortingen

art.	Artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
d.d.	De dato
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad
jo.	Juncto
Kadw	Kadasterwet
KBvG	Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
mr.	Meester (in de rechten)
MvT	Memorie van toelichting
nr.	Nummer
NVM	Nederlandse Vereniging van Makelaars
p.	Pagina
Prof.	Professor
Rb.	Rechtbank
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Stb.	Staatsblad
t/m	Tot en met
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
Wna	Wet op het notarisambt
Wvg	Wet voorkeursrecht gemeenten

Samenvatting

Deze scriptie behandelt de rechtsfiguur van de Vormerkung en beschrijft op welke wijze door de (kandidaat-)notaris in praktijksituaties geadviseerd kan worden inzake de Vormerkung. Aanleiding voor het schrijven van deze scriptie is dat toepassing van de Vormerkung in de praktijk voor problemen kan zorgen. Voor notariskantoor mr. J.A. Kool is het onduidelijk in welke praktijksituaties inschrijving van de koop nuttig en/of noodzakelijk kan zijn. Het doel van dit onderzoek is dat notariskantoor mr. J.A. Kool kopers van registergoederen weloverwogen kan adviseren inzake de Vormerkung. De vraag die daarbij centraal staat is: *'Welke factoren kunnen van invloed zijn op het advies van de (kandidaat-)notaris om de koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers en in welke gevallen is inschrijving van de koopovereenkomst nuttig en/of noodzakelijk teneinde de overdracht van een registergoed voor kopers zoveel mogelijk zonder (financieel) nadelige gevolgen te laten plaatsvinden?'*

De Vormerkung zorgt ervoor dat een posterieur verhaalsbeslag op een registergoed niet meer tegen een koper ingeroepen kan worden. Een schuldeiser van de verkoper zal, teneinde zijn vordering alsnog te kunnen effectueren, derdenbeslag leggen op de koopsom. Inschrijving van de koop zorgt ervoor dat de naam van de koper openbaar wordt, waardoor een schuldeiser van de verkoper doeltreffend beslag kan leggen op de koopsom onder de koper. Het gevolg hiervan is dat de koper de koopsom niet meer onder de notaris kan storten, waardoor de levering van het registergoed wordt gefrustreerd. Dit zal uiteindelijk leiden tot ontbinding van de koop. Geconcludeerd kan worden dat de mogelijkheid tot het leggen van beslag op de koopsom onder de koper van invloed is op het advies van de (kandidaat-)notaris om af te zien van de mogelijkheid om de koop in te schrijven. Een koper is gebaat bij een overdracht zonder problemen tegen zo min mogelijk kosten. Inschrijving van de koop is een notariële handeling die een koper geld kost, terwijl het effect van die handeling discutabel is. Inschrijving van de koop kan ervoor zorgen dat een koper mogelijk in een slechtere positie wordt gebracht dan in geval waarin de koop niet was ingeschreven in de openbare registers.

Ondanks het risico dat een schuldeiser van de verkoper mogelijk beslag kan leggen op de koopsom onder de koper, kan toepassing van de Vormerkung onder huidig recht in een aantal praktijksituaties nuttig en/of noodzakelijk zijn. Inschrijving van de koop kan ervoor zorgen dat een voorkeursrecht op grond van de *Wet voorkeursrecht gemeenten* niet ingeroepen kan worden. Verder is inschrijving van de koop zinvol in situaties waarin het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW en de bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW niet van toepassing zijn. Daarnaast is inschrijving van de koop van toegevoegde waarde indien een koper de koopsom (gedeeltelijk) voor levering in de macht van de verkoper heeft gebracht. Bovendien is inschrijving van de koop zinvol indien de Baarns Beslag-procedure van toepassing is. In geval een koper verlangt dat namens hem de koop wordt ingeschreven, dan verdient het aanbeveling om de voorwaarde te hanteren dat de notaris niet aansprakelijk gehouden kan worden voor de gevolgen die zich openbaren.

De wetgever werkt momenteel aan het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung*. Dit wetsvoorstel voorziet in verbetering van de werking van de Vormerkung bij conservatoir- en executoriaal beslag. De koper zal na invoering van het wetsvoorstel de mogelijkheid krijgen om, in weerwil van een beslag op de koopsom onder de koper, de koopsom onder de notaris te storten. Hierdoor kan een (kandidaat-)notaris naar toekomstig recht zonder twijfel adviseren om gebruik te maken van de mogelijkheid om de koop in te schrijven.

1. Inleiding

In het eerste hoofdstuk zal de aanleiding voor het schrijven van deze scriptie worden besproken, waarna vervolgens de centrale vraagstelling aan bod zal komen. De centrale vraagstelling zal toegelicht worden aan de hand van deelvragen. Tevens zal de doelstelling besproken worden, waarna wordt stilgestaan bij de methoden en technieken van onderzoek. Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een leeswijzer.

1.1: Onderzoeksaanleiding en probleembeschrijving

Op 1 september 2003 is de *Wet koop onroerende zaken* in werking getreden. Onderdeel hiervan is de mogelijkheid voor kopers van registergoederen om de koop in te schrijven in de openbare registers. Deze mogelijkheid is bekend als de Vormerkung.¹ Het primaire doel van de Vormerkung is het beschermen van het recht van de koper op nakoming van de levering van het registergoed. Dit doel wordt bereikt doordat rechtsfeiten na inschrijving van de koop niet meer tegen de koper ingeroepen kunnen worden. Deze rechtsfeiten zijn onder andere een vervreemding of bezwaring na inschrijving van de koop, een onderbewindstelling van de verkoper, een verhaalsbeslag op het registergoed en een faillissement van de verkoper.² In de praktijk is gebleken dat kopers van registergoederen onvoldoende worden beschermd. Een schuldeiser van de verkoper kan na Vormerkung beslag leggen op de koopsom onder de koper. Dit is mogelijk doordat inschrijving van de koop ervoor zorgt dat de naam van de koper openbaar wordt. Een schuldeiser van de verkoper kan vervolgens doeltreffend beslag leggen op de koopsom die de koper onder de notaris moet storten. Een gevolg van dit beslag is dat het storten van de koopsom onder de notaris wordt verhinderd. De verkoper zal vervolgens levering van het registergoed opschorten. Uiteindelijk zal dit leiden tot ontbinding van de koop, waardoor er geen eigendomsoverdracht van het registergoed kan plaatsvinden. Ontbinding heeft tot gevolg dat partijen worden verlost van de door de ontbinding getroffen verbintenissen. Daarnaast zal door ontbinding van de koop het beslag ter zake van de koopsom zichzelf opheffen. De koopsomvordering komt als beslagobject te vervallen. Ontbinding heeft verder tot gevolg dat de inschrijving die aan de ontbonden koop ten grondslag heeft gelegen is komen te vervallen.

Doordat een koper na toepassing van de Vormerkung mogelijk kan worden geconfronteerd met een beslag op de koopsom onder de koper, is de status van de Vormerkung binnen het notariaat onduidelijk. Notariskantoor mr. J.A. Kool vraagt zich door de problemen die zich voordoen betreffende de werking van de Vormerkung af in welke praktijksituaties inschrijving van de koop nog nuttig en/of noodzakelijk kan zijn. Een koper zal er baat bij hebben dat de overdracht van een registergoed zonder problemen verloopt tegen zo min mogelijk kosten. De Vormerkung kan in theorie wel de koper beschermen tegen rechtsfeiten die levering van een registergoed kunnen blokkeren, maar in de praktijk blijkt dat het risico aanwezig is dat een koper zal worden geconfronteerd met een beslag op de koopsom. Naar aanleiding van deze problematiek adviseert notariskantoor mr. J.A. Kool kopers af te zien van de mogelijkheid om de koop in te schrijven in de openbare registers. Inschrijving van de koop is een notariële handeling die een koper geld kost, terwijl het twijfelachtig is of de koper na inschrijving van de koop een sterkere positie jegens de verkoper krijgt. Toepassing van de Vormerkung kan tot gevolg hebben dat de koper mogelijk in een slechtere positie komt te

¹ De Vormerkung is geregeld in art. 7:3 BW.

² *Kamerstukken II 1992/93*, 23 095, nr. 3, p. 5.

verkeren dan dat dit het geval zou zijn geweest indien de koper had afgezien van inschrijving van de koop.

Om inzichtelijk te krijgen wat de toegevoegde waarde van de Vormerkung is voor kopers en het notariaat, wil notariskantoor mr. J.A. Kool dat onderzoek wordt gedaan naar praktijksituaties waarin inschrijving van de koop nuttig en/of noodzakelijk kan zijn. Hierdoor wordt inzichtelijk in welke praktijksituaties de Vormerkung geadviseerd kan worden.

1.2: Centrale vraag

De centrale vraag bij dit onderzoek luidt:

'Welke factoren kunnen van invloed zijn op het advies van de (kandidaat-)notaris om de koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers en in welke gevallen is inschrijving van de koopovereenkomst nuttig en/of noodzakelijk teneinde de overdracht van een registergoed voor kopers zoveel mogelijk zonder (financieel) nadelige gevolgen te laten plaatsvinden?'

1.3: Deelvragen

Bij het beantwoorden van de centrale vraag zal gebruik worden gemaakt van deelvragen. Deze deelvragen zijn:

- Wat is de ratio van de Vormerkung?
- Welke bescherming biedt de Vormerkung kopers van registergoederen in theorie?
- Welke problemen rondom de bescherming van kopers van registergoederen openbaren zich in de praktijk?
- In welke praktijksituaties biedt de Vormerkung kopers van registergoederen wel voldoende bescherming?
- Hoe zal de (kandidaat-)notaris cliënten moeten adviseren inzake de Vormerkung?
- Wat houdt het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* in?
- Welke invloed heeft het *Wetsvoorstel verbeterde werking* Vormerkung op het advies van de (kandidaat-)notaris betreffende de Vormerkung?

1.4: Doelstelling

De doelstelling van dit onderzoek luidt:

'Op 12 januari 2015 ga ik een onderzoeksrapport opleveren over factoren die van invloed kunnen zijn op het advies van de (kandidaat-)notaris om de koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers teneinde de overdracht zoveel mogelijk zeker te stellen. Met deze informatie kan mr. J.A. Kool weloverwogen adviseren in welke gevallen inschrijving van de koopovereenkomst nuttig en/of noodzakelijk is om de overdracht van een registergoed voor kopers zoveel mogelijk zonder (financieel) nadelige gevolgen te laten plaatsvinden'.

1.5: Methoden en technieken

Een praktijkgericht juridisch onderzoek kent zowel theoretische- als praktische elementen. Voor het onderzoek naar de theorie is een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek een verantwoorde onderzoeksstrategie. Bronnen zullen worden geselecteerd op basis van bruikbaarheid waarbij zal worden gelet op betrouwbaarheid. Na een grondige analyse zal

uit deze bronnen relevante informatie worden geput om antwoord te kunnen geven op de deelvragen. Een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek zal met name toegepast worden bij deelvraag 1, 2, 3 en 6. Dit zijn hoofdzakelijk beschrijvende deelvragen waarbij een stevige juridische basis gelegd zal moeten worden alvorens het praktijkonderzoek te kunnen verrichten. Daarbij moet de opmerking worden gemaakt dat deelvraag 3 zowel beschrijvende- als praktische elementen bevat, zodat bij beantwoording van deze deelvraag niet slechts kan worden volstaan met een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Het houden van praktijkonderzoek is hierbij tevens noodzakelijk. Daarnaast zal een praktijkonderzoek worden verricht bij beantwoording van de deelvragen 4, 5 en 7. Er zal een kwalitatief onderzoek uitgevoerd worden. Hierbij zal gebruik gemaakt worden van de onderzoeksstrategie *survey*. Bij een *survey* zal praktische informatie worden verkregen door middel van het houden van interviews. Voor een *survey* is gekozen, omdat hiermee achterhaald kan worden welke ervaringen notarissen hebben met de rechtsfiguur van de Vormerkung en advisering hieromtrent. Naast het houden van een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek en het hanteren van een *survey*, zal bij de beantwoording van deelvraag 3 gebruik worden gemaakt van de onderzoeksstrategie *casestudy*. Bij een *casestudy* zal informatie worden verkregen door middel van het uitvoeren van dossieronderzoek. In casu zal worden onderzocht welke knelpunten zich in het verleden hebben voorgedaan binnen notariskantoor mr. J.A. Kool met betrekking tot de rechtsfiguur van de Vormerkung en advisering hieromtrent. Bij het uitvoeren van een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek zal gebruik gemaakt worden van de onderzoeksmethode *inhoudsanalyse*. Allereerst zal het juridisch kader uitvoerig geanalyseerd worden, zodat inzichtelijk wordt wat de rechtsgevolgen zijn van het al dan niet inschrijven van de koop in de openbare registers. Vervolgens zal literatuuronderzoek worden verricht. De onderzoeksmethode *inhoudsanalyse* zal met name worden toegepast bij de deelvragen 1, 2, 3 en 6. Daarnaast zal bij deelvraag 3 tevens van de onderzoeksmethode *interview* gebruik worden gemaakt. Deze onderzoeksmethode zal ook toegepast worden bij het beantwoorden van de deelvragen 4, 5 en 7. Ter verkrijging van informatie uit de praktijk zullen tijdens het onderzoek gesprekken worden gevoerd met de (kandidaat-)notaris binnen notariskantoor mr. J.A. Kool. Daarnaast zullen ook externe partijen worden benaderd. Om te achterhalen welke ervaringen notariskantoren hebben met betrekking tot de Vormerkung en advisering hieromtrent zal aan diverse Nederlandse notariskantoren een vragenlijst worden gestuurd.³ Verder zal contact opgenomen worden met de KNB om te achterhalen waarom de KNB voorstander is van de Vormerkung.⁴ Tevens zal een telefonisch interview gehouden worden met de heer mr. J. Nijenhuis.⁵ Bovendien zullen wetgevingsjuristen van het Ministerie van Justitie worden benaderd om achtergrondinformatie te verkrijgen over het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung*.⁶

³ De vragenlijst die is verzonden aan notariskantoren is te vinden in bijlage 1. Deze vragenlijst is aan 20 notariskantoren (verspreid over het land) verstuurd. De respons was matig. Slechts één notariskantoor heeft de vragenlijst ingevuld geretourneerd. Vervolgens hebben de geselecteerde notariskantoren een reminder ontvangen met het verzoek de vragenlijst alsnog in te vullen, maar dit heeft niet het gehoopte resultaat opgeleverd.

⁴ Ter verkrijging van informatie is contact gezocht met de KNB. Daartoe is een vragenlijst opgesteld die niet geretourneerd is. Bovendien is geprobeerd een telefonisch interview te houden. Helaas heeft dit weinig opgeleverd.

⁵ Het telefonisch interview met de heer Mr. J. Nijenhuis heeft plaatsgevonden op 21 november 2014. Bevindingen zijn gebruikt bij de totstandkoming van paragraaf 6.2.

⁶ Gepoogd is een interview te houden met wetgevingsjuristen inzake het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung*. Helaas heeft dit weinig opgeleverd, aangezien geen informatie naar buiten mag worden gebracht ten aanzien van dit wetsvoorstel. Reden hiervoor is dat het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* nog geen definitieve status heeft.

1.6: Leeswijzer

Deze scriptie is verdeeld in hoofdstukken waarin antwoord zal worden gegeven op de deelvragen die zijn opgesteld (zie paragraaf 1.3). Na beantwoording van deze deelvragen zal antwoord kunnen worden gegeven op de centrale vraag. Aanvankelijk was het de bedoeling om elke deelvraag te behandelen in een afgebakend hoofdstuk.

Gaandeweg het uitschrijven van dit onderzoek is besloten hiervan af te zien en de eerste- en tweede deelvraag, alsmede de zesde- en zevende deelvraag, gezamenlijk te behandelen. De onderzoeksresultaten kunnen hierdoor kernachtiger geformuleerd worden. Daarnaast is een extra hoofdstuk toegevoegd waarin de rol en positie van de notaris zal worden beschreven. De rol en positie van de notaris zijn van invloed op de adviespraktijk.

Hieronder volgt een korte hoofdstukindeling waarbij zal worden aangegeven op welke deelvragen per hoofdstuk antwoord zal worden gegeven.

Hoofdstuk 2: De ratio en strekking van de Vormerkung

In het tweede hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de deelvragen:

- Wat is de ratio van de Vormerkung?
- Welke bescherming biedt de Vormerkung kopers van registergoederen in theorie?

Hoofdstuk 3: Evaluatie van de Vormerkung

In het derde hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de deelvraag:

- Welke problemen rondom de bescherming van kopers van registergoederen openbaren zich in de praktijk?

Hoofdstuk 4: Bescherming die de Vormerkung (nog) kan bieden

In het vierde hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de deelvraag:

- In welke praktijksituaties biedt de Vormerkung kopers van registergoederen wel voldoende bescherming?

Hoofdstuk 5: De notaris in beeld

Hoofdstuk 6: Advisering Vormerkung onder huidig recht

In het zesde hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de deelvraag:

- Hoe zal de (kandidaat-)notaris cliënten moeten adviseren inzake de Vormerkung?

Hoofdstuk 7: Advisering Vormerkung naar toekomstig recht

In het zevende hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de deelvraag:

- Wat houdt het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* in?
- Welke invloed heeft het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* op het advies van de (kandidaat-)notaris betreffende de Vormerkung?

2. De ratio en strekking van de Vormerkung

In het tweede hoofdstuk zal aandacht worden geschonken aan de achtergronden, geschiedenis, betekenis en werking van de Vormerkung. Gekozen is voor een integrale benadering waarbij de Vormerkung wordt behandeld als onderdeel van de *Wet koop onroerende zaken*. Onderwerpen zoals 'Wat is Vormerkung?', 'Wat was voor de wetgever aanleiding voor invoering van de Vormerkung?' en 'Waartoe strekt de Vormerkung?' zullen in dit hoofdstuk worden behandeld.

2.1: Achtergronden en geschiedenis

Op 30 januari 1981 heeft de Hoge Raad inzake het *Baarns Beslag* een belangrijk arrest gewezen voor het notariaat waarin het handelen van een notaris ter discussie stond. In deze casus heeft een schuldeiser vóór het verlijden van de akte van levering beslag laten leggen op een onroerende zaak. Dit beslag is ingeschreven in de openbare registers ná het verlijden van de akte van levering, doch vóór verwerking van de akte van levering in de openbare registers. Het gevolg hiervan was dat de verkoop van de onroerende zaak niet aan de beslaglegger kon worden tegengeworpen. Doordat de notaris (kort voor het verlijden van de akte van levering) onvoldoende heeft gerechercheerd op hypotheek en beslagen, is de koper eigenaar geworden van een onroerende zaak waar een beslag op rust. De notaris is direct na het verlijden van de akte van levering overgegaan tot uitbetaling van de koopsom die door de koper onder de notaris was gestort. De koper heeft, ter voorkoming van executiemaatregelen, de vordering die aan het beslag ten grondslag lag voldaan.⁷ Naar aanleiding van deze problematiek pleitten de rechtsgeleerden Kleijn en Van Velten voor betere bescherming van (consument)kopers van onroerende zaken tegen schuldeisers van de verkoper.⁸ In 1985 hebben Kleijn en Van Velten in hun preadvies voor de *Koninklijke Notariële Broederschap*⁹ en de *Vereniging voor het Bouwrecht* gekeken naar de beschermingsmogelijkheden voor kopers van registergoederen in het buitenland. Hierbij is met name onderzoek gedaan naar de beschermingsmogelijkheden in Duitsland (Vormerkung) en het Verenigd Koninkrijk (Priority Notice).¹⁰ Kleijn en Van Velten bepleitten in hun preadvies kopers van onroerende zaken te beschermen tegen wanprestatie¹¹ van de koper, maar eveneens tegen schuldeisers van de verkoper die verhaalsbeslag kunnen leggen op de verkochte (maar nog niet geleverde) onroerende zaak. Daarnaast zouden kopers volgens Van Velten ook beschermd moeten worden tegen een faillissement van de verkoper. Kleijn zag hier echter niets in.¹² Mede op aandringen van consumentenorganisaties zoals de *Consumentenbond* en *Vereniging Eigen Huis*, alsmede de Raad voor Onroerende Zaken¹³, bouwde de wetgever aan een regeling naar voorbeeld van de eerder besproken Priority Notice en Vormerkung.

⁷ HR 30 januari 1981, LJN AG4140.

⁸ Prof. W.M. Kleijn was emeritus hoogleraar *Burgerlijk- en Notarieel Recht* aan de Universiteit Leiden. Prof. A.A. Van Velten was tussen 1979 en 2003 werkzaam als notaris te Amsterdam. Daarnaast was hij tot 2009 als bijzonder hoogleraar verbonden aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

⁹ Thans Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

¹⁰ Kleijn & Van Velten 1985, p. 57-65.

¹¹ Wanprestatie uit hoofde van art. 6:74 BW is een gevolg van dubbele verkoop van een registergoed. Een registergoed wordt een tweede keer verkocht en vervolgens daadwerkelijk geleverd, waardoor de verkoper het recht op daadwerkelijke levering jegens de eerste koper niet nakomt.

¹² Kleijn & Van Velten 1985, p. 60/61.

¹³ De Raad voor Onroerende zaken is een verbond waarin beleggingsinstellingen, projectontwikkelaars, bouwondernemers en makelaars met elkaar samenwerken.

De wetgever was van oordeel dat bescherming van het belang van de koper op daadwerkelijke nakoming van de koopovereenkomst gerechtvaardigd is. Levering van een registergoed is van grote betekenis voor de koper, aangezien hier grote financiële belangen mee gemoeid zijn. Daarnaast heeft een koper ten tijde van een krappe woningmarkt er belang bij om snel passende woonruimte te vinden. Daarbij kan het enkele maanden duren voordat de levering van een registergoed is voltooid, waardoor de kans bestaat dat in de tussenliggende periode derden zich aandienen met aanspraken op het registergoed die gaan boven het recht op daadwerkelijke levering van het registergoed aan de koper.¹⁴ De wetgever wilde met de invoering van de Vormerkung niet zover gaan dat aan inschrijving van de koop volledige zakelijke werking zou worden toegekend. De gekozen wijze van bescherming zou dan niet evenredig zijn met het doel, namelijk het beschermen van het recht van de koper op daadwerkelijke levering van het registergoed. In geval volledige zakelijke werking aan inschrijving van de koop zou worden toegekend, dan zouden de gerechtvaardigde belangen van schuldeisers meer worden beperkt dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken.¹⁵

2.2: Wet koop onroerende zaken

Op 1 september 2003 is de *Wet koop onroerende zaken* in werking getreden.¹⁶ Sindsdien geldt dat de koop van een woning door een consument uitsluitend schriftelijk aangegaan kan worden (zie paragraaf 2.2.1). Tevens komt een consument bij de koop van een woning een bedenktijd toe waarbinnen de aanvaarding van het aanbod door de koper teruggetrokken kan worden (zie paragraaf 2.2.2). Daarnaast kan een koper de koop inschrijven in de openbare registers, zodat het recht op daadwerkelijke levering van het gekochte registergoed verzekerd wordt (zie paragraaf 2.2.3).

2.2.1: Schriftelijkheidsvereiste

Het schriftelijkheidsvereiste is opgenomen in art. 7:2 lid 1 BW en luidt:

Art. 7:2 lid 1 BW

'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'.

Koper en verkoper sluiten een overeenkomst waarin bepaald is dat een registergoed in eigendom overgedragen wordt. Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod van de verkoper en de aanvaarding van dit aanbod door de koper.¹⁷ Een overeenkomst kan zowel mondeling als schriftelijk tot stand komen en is in beginsel vormvrij. Voor invoering van het schriftelijkheidsvereiste kon de koop van een woning mondeling tot stand komen. Dit kon wel eens tot problemen leiden, bijvoorbeeld als de koper in de veronderstelling was dat de koop tot stand was gekomen en de verkoper van oordeel was dat dit niet het geval was. Het kon vervolgens gebeuren dat de verkoper de woning opnieuw verkocht (en dit maal ook leverde) aan een derde, waardoor een geldige eigendomsoverdracht tussen de verkoper en de tweede koper tot stand is gekomen. De eerste koper, die dacht de woning geleverd te krijgen, kon vervolgens geen aanspraak meer maken op de woning.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p.10.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p.10.

¹⁶ Besluit 25 juni 2003, *Stb.* 2003, 272.

¹⁷ Zie art. 6:217 lid 1 BW

Om genoemde problemen te ondervangen en om de koper met het oudste recht op levering beter te beschermen, heeft de wetgever bepaald dat de koop van een woning na invoering van de *Wet koop onroerende zaken* op schriftelijke wijze dient te geschieden. Het schriftelijkheidsvereiste vormt een inbreuk op het beginsel dat contracten vormvrij tot stand kunnen komen. De wetgever beoogt met het schriftelijkheidsvereiste de rechtszekerheid tussen partijen te vergroten door een correcte wilsvorming tussen partijen te bevorderen.¹⁸ Het schriftelijkheidsvereiste moet een verkeerde voorstelling van zaken, met als gevolg een beroep op dwaling, voorkomen.

Tevens moet het schriftelijkheidsvereiste een consument bij de koop van een woning een sterkere positie geven. Doordat art. 7:2 lid 1 BW voorschrijft dat de koop van een woning schriftelijk tot stand moet komen, impliceert dit een (informele) bedenktijd voor de koper tussen het moment van onderhandeling en het tekenen van de koopovereenkomst. In deze periode heeft de koper de mogelijkheid om zich te laten bijstaan door een deskundige.¹⁹

2.2.2: Bedenktijd

In art. 7:2 lid 2 BW is een bedenktijd opgenomen. Deze bepaling luidt:

Art. 7:2 lid 2 BW:

'De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de koper ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de verkoper van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de koper het recht de koop te ontbinden. Komt, nadat de koper van dit recht gebruik gemaakt heeft, 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'.

De bedenktijd biedt de particuliere koper van een woning de mogelijkheid om zich, gedurende drie dagen na terhandstelling van de koopovereenkomst, te beraden over de koop. Doelen die de wetgever met de invoering van de bedenktijd heeft beoogd zijn het bieden van bescherming tegen agressieve verkooppraktijken (colportage), het bieden van de gelegenheid aan de particuliere koper om een overhaaste beslissing te herroepen en het bieden van een mogelijkheid aan de particuliere koper om nadere informatie in te winnen.²⁰ De wetgever heeft er bewust voor gekozen om de bedenktijd kort te houden teneinde de verkoper niet teveel te benadelen.²¹

2.2.3: Vormerkung

De Vormerkung is geregeld in art. 7:3 BW en biedt kopers van registergoederen de mogelijkheid de koop in te schrijven in de openbare registers.²² Aan inschrijving van de koop wordt gedurende een periode van zes maanden zakelijke werking verbonden. Deze zakelijke werking houdt in dat bepaalde rechtsfeiten (ten aanzien van het registergoed) binnen deze termijn niet tegen de koper ingeroepen kunnen worden. Door gebruik te maken van de Vormerkung wordt de naam van de koper ingeschreven in de openbare registers, waardoor het recht op levering ten aanzien van de koper (wiens naam is ingeschreven) wordt veiliggesteld.

¹⁸ Rapportage Wet koop onroerende zaken 2009, p. 10.

¹⁹ Rapportage Wet koop onroerende zaken 2009, p. 11.

²⁰ Van Velten 2013, p. 40.

²¹ Van Velten 2013, p. 38.

²² Wet van 5 juni 2003, *Stb.* 2003, 238.

Het primaire doel van de Vormerkung is beschermen van het recht van de koper op nakoming van de levering van het registergoed. Dit doel wordt bereikt doordat na inschrijving van de koop bepaalde rechtsfeiten niet meer door derden tegen de koper kunnen worden ingeroepen. Zo zal een koper na toepassing van de Vormerkung onder meer worden beschermd tegen dubbele verkoop van het registergoed, tegen een onderbewindstelling van de verkoper, tegen verhaalsbeslagen op het registergoed en tegen een faillissement van de verkoper.²³

De Vormerkung beoogt kopers van registergoederen te beschermen tegen derden die na koop (maar voor het moment van levering) een recht verwerven dat aan de koper tegengeworpen zou kunnen worden.²⁴ Daarnaast beoogt de Vormerkung kopers een sterkere bescherming te bieden dan art. 3:298 BW, waarin is bepaald dat bij botsende rechten op levering het oudste recht op levering voor het jongere recht op levering gaat.²⁵ Het verschil tussen art. 7:3 BW en art. 3:298 BW is dat in art. 7:3 lid 3 sub f BW rechtsfeiten zijn opgesomd die (na inschrijving van de koop) niet het recht op levering van de koper kunnen doorkruisen, terwijl in art. 3:298 BW slechts is bepaald dat oudere rechten op levering vóór jongere rechten op levering gaan. De Vormerkung beperkt zich niet uitsluitend tot inschrijving van de koop van onroerende zaken, maar is van toepassing op de koop van *alle* registergoederen, inclusief te boek gestelde schepen en luchtvaartuigen.²⁶ Daarnaast speelt de hoedanigheid van de koper geen rol.²⁷ De wetgever maakt bij de mogelijkheid om de koop in te schrijven in de openbare registers geen onderscheid tussen particuliere- en zakelijke kopers. De wetgever meent dat *elke* koper van een registergoed door de Vormerkung bescherming moet genieten.

Over de reikwijdte van de Vormerkung is de wetgever duidelijk. De Vormerkung is niet van toepassing op ABC-contracten.²⁸ Van een ABC-contract is sprake indien A een zaak verkoopt aan B, B (een deel van de zaak) vervolgens verkoopt aan C en A rechtstreeks levert aan C.²⁹ In een dergelijke situatie wordt B nimmer eigenaar van de verkochte- en geleverde zaak. B fungeert slechts als tussenpersoon. Een voorbeeld van zo'n tussenpersoon is een investeringsmaatschappij. De Vormerkung strekt dus niet tot bescherming van de cessionaris die het recht op levering na cessie van de koper heeft verkregen.³⁰

De Vormerkung kan niet worden beschouwd als een afhankelijk recht. De Vormerkung strekt tot het aan de inschrijving van de koop verbonden rechtsgevolg van zakelijke werking. Art. 7:3 lid 1 BW, waarin is bepaald dat kopers van registergoederen de koop kunnen inschrijven in de openbare registers, kan beschouwd worden als een bijzondere wetsbepaling in de zin van art. 3:17 lid 2 BW.³¹

²³ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 5.

²⁴ Asser/Hijma 2012, nr. 141.

²⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 30.

²⁶ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 5.

²⁷ Broekveldt 2010, p. 5.

²⁸ Van Velten 2013, p. 52.

²⁹ Bartels 2011, p. 42 e.v.

³⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 31.

³¹ In art. 3:17 lid 2 BW is bepaald dat huur- en pachtovereenkomsten, alsmede andere feiten die persoonlijke rechten geven of opheffen, slechts kunnen worden ingeschreven in de openbare registers als een bijzondere wetsbepaling dit toelaat. In art. 7:3 lid 1 BW wordt aan de koper van een registergoed de mogelijkheid geboden om de koop in te schrijven.

Art. 7:3 lid 1 BW luidt:

Art. 7:3 lid 1 BW:

'De koop van een registergoed kan worden ingeschreven in de openbare registers, bedoeld in afdeling 2 van titel 1 van Boek 3, tenzij op het tijdstip van de inschrijving levering van dat goed door de verkoper nog niet mogelijk zou zijn geweest wegens de in artikel 97 van Boek 3 vervatte uitsluiting van levering bij voorbaat van toekomstige registergoederen. Bij de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan kan, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, van het in de vorige zin bepaalde niet ten nadele van de verkoper worden afgeweken'.

Onder inschrijving van de koop wordt verstaan dat een notariële verklaring, als bedoeld in art. 26 jo. 37 Kadw, wordt ingeschreven in de openbare registers.³² Deze notariële verklaring dient ondersteund te worden door de volledige inhoud van de koopovereenkomst of een uittreksel daarvan.³³ Een notaris moet zichzelf ervan kunnen overtuigen dat een koopovereenkomst tot stand is gekomen voordat hij overgaat tot het inschrijven van de koop.³⁴ Een notaris hoeft zich daarbij geen oordeel te vormen over de inhoud van de koopovereenkomst en de mogelijke aantastbaarheid van deze koopovereenkomst.³⁵

Inschrijving zal plaatsvinden indien de verkoper beschikkingsbevoegd is en de bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW is verstreken.³⁶ Daarbij kan op grond van art. 7:3 lid 5 BW (indien een eerdere inschrijving binnen zes maanden haar werking verloren heeft) geen koop tussen dezelfde partijen ten aanzien van hetzelfde registergoed worden ingeschreven. Tevens is inschrijving van een toekomstig te leveren registergoed niet mogelijk. Achterliggende reden is het voorkomen van registervervuiling. Registervervuiling treedt op doordat inschrijvingen worden gedaan die, nadat zij waardeloos zijn geworden, niet worden doorgehaald in de openbare registers. Het gevolg hiervan is dat de openbare registers incompleet worden.

De Vormerkung is voor consumenten van (semi-)dwingend recht.³⁷ Van de mogelijkheid om de koop in te schrijven in de openbare registers kan bij wet niet ten nadele van de verkoper worden afgeweken.³⁸

In art. 7:3 lid 2 BW is bepaald:

Art. 7:3 lid 2 BW:

'Gedurende de bedenktijd, bedoeld in artikel 2 lid 2, kan inschrijving slechts plaatsvinden indien de koopakte is opgesteld en medeondertekend door een in Nederland gevestigde notaris'.

³² Art. 26 lid 1 Kadw. bepaalt dat authentieke afschriften van een notaris in de openbare registers kunnen worden ingeschreven. In deze afschriften moet zijn bepaald dat de rechtshandeling is verricht naar verklaring van de persoon die de inschrijving verlangt. Ook dient de inhoud van deze rechtshandeling omschreven te worden in de afschriften. Ter onderbouwing dienen stukken aan de afschriften te worden gehecht waaruit de rechtshandeling blijkt.

³³ Van Velten 2013, p. 51.

³⁴ Kolkman & Verstappen 2012, p. 77.

³⁵ Van Velten 2013, p. 48.

³⁶ De verkoper is beschikkingsbevoegd als hij eigenaar is van het over te dragen registergoed.

³⁷ Bij wet kan niet worden afgeweken van de mogelijkheid om de koop van een registergoed in te schrijven.

³⁸ Bartels 2009, p. 89 e.v.

Het is niet mogelijk om de koop gedurende de bedenktijd in te schrijven, behoudens in geval de koopovereenkomst is *opgesteld* en *medeondertekend* door een notaris. De behoefte om de koop tijdens de bedenktijd in te schrijven kan bestaan als de koper bij het aangaan van de koop weet dat de verkoper in acute financiële moeilijkheden verkeert, waardoor een schuldeiser op ieder ogenblik beslag zou kunnen leggen op de bezittingen van de verkoper.

Art. 7:3 lid 3 BW geeft een uitvoerige regeling van de goederenrechtelijke effecten van de koop die, na inschrijving van de koop, niet tegen de koper kunnen worden ingeroepen.

Art. 7:3 lid 3 BW luidt:

Art. 7:3 lid 3 BW:

'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 of plaatsvond uit hoofde van een recht op levering dat volgens artikel 298 van Boek 3 ging voor dat van de koper en dat de koper op het tijdstip van de inschrijving van de koop kende of ten aanzien waarvan op dat tijdstip het proces-verbaal van een conservatoir beslag tot levering was ingeschreven;
- b. vervreemdingen of bezwaringen die plaatsvinden als vervolg op de onder a bedoelde vervreemding of bezwaring door de verkoper;
- c. een onderbewindstelling die na de inschrijving van de koop is tot stand gekomen of die, zo zij tevoren was tot stand gekomen, toen niet in de openbare registers was ingeschreven, dit laatste tenzij de koper haar op het tijdstip van de inschrijving van de koop kende;
- d. een na de inschrijving van de koop tot stand gekomen verhuring of verpachting;
- e. een na de inschrijving van de koop ingeschreven beding als bedoeld in artikel 252 van Boek 6;
- f. een executoriaal of conservatoir beslag waarvan het proces-verbaal na de inschrijving van de koop is ingeschreven;
- g. een faillissement of surséance van betaling van de verkoper of toepassing ten aanzien van hem van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, uitgesproken na de dag waarop de koop is ingeschreven'.

In art. 7:3 lid 3 sub a BW is bepaald dat een koper wordt beschermd tegen verkoop van het registergoed na inschrijving van de koop. In een dergelijke situatie is sprake van dubbele verkoop. Verkoper A verkoopt een registergoed aan koper B. Vervolgens verkoopt en levert verkoper A het registergoed aan koper C, waarna koper B het nakijken heeft. Verkoper A maakt zich door het registergoed te verkopen en te leveren aan koper C schuldig aan wanprestatie jegens koper B, omdat hij niet meer in staat is het registergoed volgens afspraak aan koper B te leveren. Inschrijving van de koop door koper B zorgt ervoor dat koper B zijn recht op levering van het registergoed kan veiligstellen. Mocht verkoper A het registergoed verkopen en leveren aan koper C, dan kan koper B alsnog levering van het registergoed vorderen. Voorts is in art. 7:3 lid 3 sub a BW bepaald dat de verkoper, na inschrijving van de koop, geen beperkt recht op het registergoed mag vestigen. Rechten die bestonden vóór inschrijving van de koop door B zullen worden gerespecteerd. Mocht een derde een anterieur recht tot koop hebben (zoals een eerder bedongen optierecht tot koop), dan kan dit anterieure recht tot koop het posterieure recht op levering aan B tegenwerpen.³⁹ Op het registergoed gevestigde rechten die samenhangen met een anterieur recht op koop kunnen eveneens het posterieure recht op levering van koper B tegenwerpen. Daarnaast zal koper B niet worden beschermd tegen rechten op levering die bestonden voor toepassing van de Vormerkung.

³⁹ Een anterieur recht is een recht dat in casu bestond vóór inschrijving van de koop. Een posterieur recht is een recht dat is ontstaan ná inschrijving van de koop.

Mocht een schuldeiser vóór inschrijving van de koop verhaalsbeslag hebben gelegd op het registergoed, dan kan dit beslag aan koper B worden tegengeworpen indien dit beslag is ingeschreven in de openbare registers voordat de koop is ingeschreven.

In art. 7:3 lid 3 sub b BW is bepaald dat een vervreemding of bezwaring, tot stand gekomen na een vervreemding of bezwaring door verkoper A, niet aan koper B tegengeworpen kan worden. Hiervan is sprake als koper C, uit het eerdere voorbeeld, een recht op het registergoed vestigt.

In art. 7:3 lid 3 sub c BW is bepaald dat een onderbewindstelling van de verkoper, ingeschreven in de openbare registers ná Vormerkung, niet tegen de koper kan worden ingeroepen. Ook kan een onderbewindstelling van de verkoper niet tegen de koper ingeroepen worden als blijkt dat de onderbewindstelling van de verkoper ten tijde van toepassing van de Vormerkung niet ingeschreven was in de openbare registers. Dit geldt niet indien de koper wist of behoorde te weten dat de verkoper beschikte over een bewindvoerder, ondanks dat de onderbewindstelling ten tijde van de Vormerkung niet was ingeschreven in de openbare registers.

In art. 7:3 lid 3 sub d BW is bepaald dat een verhuring of verpachting na inschrijving van de koop niet tegen de koper kan worden ingeroepen. De verkoper kan een registergoed na inschrijving van de koop niet aan een derde verhuren of verpachten.

In art. 7:3 lid 3 sub e BW is bepaald dat een kwalitatieve verplichting (zoals bedoeld in art. 6:252 BW) ná Vormerkung niet tegen de koper ingeroepen kan worden. In art. 6:252 BW is bepaald dat partijen kunnen bedingen dat de verplichting iets te dulden of niet te doen (ten aanzien van het registergoed) bij verkoop van het registergoed over zal gaan op de koper. Deze overeenkomst moet op grond van art. 6:252 lid 2 BW vastgelegd worden in een notariële akte die ingeschreven dient te worden in de openbare registers. Inschrijving zorgt ervoor dat de inhoud van de kwalitatieve verplichting kenbaar is voor de toekomstige koper. Een toekomstige eigenaar van een registergoed is van rechtswege gebonden aan de kwalitatieve verplichting. Mocht een kwalitatieve verplichting zijn ingeschreven in de openbare registers ná Vormerkung, dan kan deze kwalitatieve verplichting op grond van art. 7:3 lid 3 sub e BW niet tegen de koper worden ingeroepen. Op het moment van koop was geen kwalitatieve verplichting ingeschreven in de openbare registers, waardoor de koper mag veronderstellen dat hij een registergoed geleverd krijgt waar geen kwalitatieve verplichting op rust.

In art. 7:3 lid 3 sub f BW is bepaald dat een koper (ná Vormerkung) zal worden beschermd tegen een conservatoir- of executoriaal beslag waarvan het proces-verbaal ten tijde van toepassing van de Vormerkung nog niet is ingeschreven in de openbare registers. De koper zal niet worden geconfronteerd met een conservatoir- of executoriaal beslag op het registergoed.

In art. 7:3 lid 3 sub g BW is bepaald dat de Vormerkung een koper bescherming biedt tegen een faillissement of surséance van betaling van de verkoper, uitgesproken op de dag na de dag waarop de koop is ingeschreven in de openbare registers. De Vormerkung zorgt ervoor dat de koper het registergoed krijgt geleverd. Bij een faillissement moet een curator zijn medewerking verlenen om het registergoed, volgens afspraak, te kunnen leveren aan de koper.

Inschrijving van de koop biedt de koper van een registergoed op grond van art. 7:3 lid 4 BW zes maanden bescherming. De bepaling luidt:

Art. 7:3 lid 4 BW:

'De inschrijving van de koop verliest de in lid 3 bedoelde werking met terugwerkende kracht, indien het goed niet binnen zes maanden na de inschrijving aan de koper geleverd is. In dat geval wordt bovendien de koop niet geacht kenbaar te zijn door raadpleging van de openbare registers'.

De wetgever wil, door middel van het hanteren van een termijn van zes maanden, bereiken dat de overdracht waartoe de koopovereenkomst strekt niet tot in lengte van jaren kan worden uitgesteld, bijvoorbeeld om heffing van overdrachts- of omzetbelasting uit te stellen.⁴⁰ Mocht een registergoed niet binnen de gestelde termijn van zes maanden aan de koper worden geleverd, dan verliest de inschrijving met terugwerkende kracht haar werking. Daarnaast wordt, zoals in de tweede volzin van art. 7:3 lid 4 BW is bepaald, de koop niet geacht kenbaar te zijn door raadpleging van de openbare registers. Een derde, die bij raadpleging van de openbare registers een verlopen inschrijving aantreft, hoeft hierdoor geen onderzoek te doen naar de ingeschreven koop.

Om te voorkomen dat de ingeschreven koop die zijn werking heeft verloren opnieuw binnen zes maanden zal worden ingeschreven, is in art. 7:3 lid 5 BW het volgende bepaald:

Art. 7:3 lid 5 BW:

'Nadat de inschrijving haar werking heeft verloren, kan gedurende zes maanden geen koop tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde goed worden ingeschreven'.

Art. 7:3 lid 6 BW schrijft voor dat de koop alleen ingeschreven kan worden indien onder de koopovereenkomst een gedateerde verklaring van de notaris is opgenomen. Art. 7:3 lid 6 BW luidt:

Art. 7:3 lid 6 BW:

'Inschrijving van de koop vindt slechts plaats indien onder de koopakte een ondertekende en gedateerde verklaring van een notaris is opgenomen, die zijn naam, voornamen, standplaats en kwaliteit bevat en waarin verklaard wordt dat de leden 1, 2 en 5 niet aan inschrijving in de weg staan'.

Uit art. 7:3 lid 6 BW blijkt de rol die de notaris vervult bij het inschrijven van de koop. De verklaring die door de notaris wordt ingeschreven dient door hem ondertekend en gedateerd te worden.

In art. 7:3 lid 7 BW is bepaald:

Art 7:3 lid 7 BW:

'De leden 1-6 zijn niet van toepassing op huurkoop'.

⁴⁰ Asser/Hijma 2012, nr. 141.

2.3: Conclusie

Naar aanleiding van het arrest inzake het *Baarns Beslag* is onderzoek gedaan naar hoe kopers van registergoederen beschermd zouden kunnen worden tegen problemen van de verkoper, zodat primair het recht op nakoming van de levering veiliggesteld zou kunnen worden. Bovendien is onderzoek gedaan naar hoe kopers van registergoederen beschermd zouden kunnen worden in de onderhandelingsfase van de koop, aangezien de koper in de onderhandelingsfase een zwakkere positie heeft dan de verkoper. Dit heeft uiteindelijk geleid tot de invoering van de *Wet koop onroerende zaken* per 1 september 2003. De koop van woningen door consumenten kan sindsdien uitsluitend schriftelijk tot stand komen. Bovendien heeft een consument bij de koop van een woning het recht om de koop binnen drie dagen na het sluiten van de koopovereenkomst te ontbinden. Daarnaast hebben zowel particuliere- als zakelijke kopers het recht om de koop in te schrijven in de openbare registers. Deze mogelijkheid is ontleend aan de Vormerkung (uit het Duitse recht) en de Priority Notice (uit het Engelse recht). Na inschrijving van de koop wordt een koper beschermd tegen rechtsfeiten die door een derde na koop ingeroepen zouden kunnen worden. Door de koop in te schrijven wordt een koper onder meer beschermd tegen dubbele verkoop van een registergoed, tegen onderbewindstelling, tegen verhaalsbeslagen op het registergoed en tegen een faillissement van de verkoper.

3. Evaluatie van de Vormerkung

Na in het tweede hoofdstuk de ratio en de strekking van de Vormerkung te hebben belicht, zal in het derde hoofdstuk aandacht worden geschonken aan toepassing van de Vormerkung in de praktijk. Onderzocht zal worden of kopers van registergoederen in de praktijk voldoende worden beschermd tegen rechtsfeiten die na inschrijving van de koop niet tegen de koper ingeroepen kunnen worden. Hierbij zal antwoord worden gegeven op de vraag *'Welke problemen rondom de bescherming van kopers van registergoederen openbaren zich in de praktijk?'*

3.1: De Vormerkung in de praktijk

Na inwerkingtreding van de Vormerkung is gebleken dat door inschrijving van de koop een aantal effecten kan optreden waar de wetgever onvoldoende rekening mee gehouden heeft. Schuldeisers die ná Vormerkung beslag leggen op een registergoed kunnen hun vordering niet meer effectueren. Een gevolg hiervan is dat een rangorde ontstaat tussen anterieure- en posterieure schuldeisers (zie paragraaf 3.1.1). Een posterieure schuldeiser zal eventueel derdenbeslag leggen ter zake van de koopsom teneinde zijn vordering alsnog te kunnen voldoen (zie paragraaf 3.1.2 en 3.1.3). Hierbij ontstaat de vraag of de (netto)opbrengst van het registergoed of slechts het restant van/overschot op de koopsom voor beslag vatbaar is (zie paragraaf 3.1.4). Het verlot tot het leggen van beslag op de koopsom onder de koper kan onder voorwaarden worden verleend (zie paragraaf 3.1.5).

3.1.1: Beslag en rangorde van schuldeisers

Een schuldeiser die beslag heeft laten leggen op een registergoed ná Vormerkung kan, doordat een posterieur beslag na inschrijving van de koop niet tegen een koper ingeroepen kan worden, op grond van art. 7:3 lid 3 sub f BW niet tot uitwinning van zijn recht overgaan. Dit betekent dat een posterieure beslaglegger wordt achtergesteld ten opzichte van een anterieure beslaglegger die beslag heeft laten leggen op het registergoed vóór Vormerkung. De posterieure schuldeiser zal als alternatief beslag laten leggen ter zake van de koopsom. Het leggen van een posterieur derdenbeslag op de koopsom mag, met inachtneming van de wettelijke regels van rangorde en voorrang, geen verschil maken ten opzichte van de situatie waarin door de schuldeiser vóór of ná Vormerkung rechtstreeks beslag op de onroerende zaak is gelegd.⁴¹ Het mag daarbij niet uitmaken of de koop al dan niet is ingeschreven in de openbare registers.

Broekveldt heeft onderzoek gedaan naar de rechtsfiguur van de Vormerkung.⁴² Hij betoogt dat de Vormerkung weggedacht moet worden om recht te doen aan onderlinge rangorde en wettelijke preferenties van schuldeisers teneinde te komen tot een rechtvaardige verdeling van de koopsom tussen alle beslagleggers en hypotheekhouders.⁴³ Een oplossing kan volgens Broekveldt worden gevonden in conversie van een posterieur beslag op een registergoed in een beslag op de koopsom onder de notaris. Deze conversie zou tevens van toepassing moeten worden verklaard

⁴¹ De wettelijke regels van rangorde en voorrang zijn opgenomen in Boek 3 BW, titel 10, afdeling 1.

⁴² Mr. L.P. Broekveldt is voormalig rijksadvocaat bij Van Doorne te Amsterdam. Daarnaast is Mr. L.P. Broekveldt plaatsvervangend raadsheer bij het Hof Arnhem. Tevens was hij tot eind 2007 lid van de Commissie Burgerlijk Procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten.

⁴³ Broekveldt 2010, p. 43.

op een (overbruggings)hypotheek die is gevestigd op het registergoed ná Vormerkung. Hierbij kan gedacht worden aan conversie van een hypotheekrecht in een openbaar pandrecht op de vordering die de verkoper heeft op de koopsom.⁴⁴ De Hoge Raad heeft in rechtsoverweging 3.4 van het arrest ABN AMRO/Notaris bepaald dat een beslag op de koopsom onder de koper niet van rechtswege kan worden geconverteerd in een beslag op de koopsom onder de notaris, aangezien een wettelijke grondslag daartoe ontbreekt.⁴⁵

3.1.2: Beslag op de koopsom en reikwijdte van de Vormerkung

In het eerder besproken arrest ABN AMRO/Notaris heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of een posterieur verhaalsbeslag enig rechtsgevolg toekomt. De Hoge Raad heeft in rechtsoverweging 3.2 van dit arrest geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een posterieur verhaalsbeslag niet geëffectueerd kan worden niet betekent dat dit beslag niet van waarde zou zijn. Een posterieur verhaalsbeslag is volgens de Hoge Raad geldig en zal in beginsel ook doel treffen, maar mist effect als executiemiddel zolang de Vormerkung van kracht blijft.⁴⁶ Dit laatste heeft de Hoge Raad op 8 oktober 2010 bevestigd in het arrest Van den Berg/Bernhard.⁴⁷ Mocht de levering van het registergoed niet binnen de zes-maandentermijn van art. 7:3 lid 4 BW plaatsvinden, dan kan een posterieur verhaalsbeslag alsnog geëffectueerd worden. Dit geldt ook indien een registergoed zal worden geleverd onder opschortende- dan wel ontbindende voorwaarde en de bedongen voorwaarde wordt vervuld. Een andere mogelijkheid is dat de koopovereenkomst wordt vernietigd⁴⁸ en dat het derdenbeslag op de koopsom zal herleven indien dit nog niet is doorgehaald in de openbare registers op aandringen van de verkoper.⁴⁹

De omstandigheid dat een posterieur verhaalsbeslag op een registergoed ná Vormerkung niet tegen de koper ingeroepen kan worden zorgt ervoor dat een dergelijk beslag opgeheven moet worden, zodat het registergoed alsnog in eigendom overgedragen kan worden.⁵⁰ In art. 705 lid 1 Rv is bepaald dat de voorzieningenrechter bevoegd is om in kort geding op vordering van elke belanghebbende een beslag op te heffen. Na opheffing van het posterieur verhaalsbeslag kan het registergoed vrij van hypotheken en beslagen geleverd worden.⁵¹ Na opheffing van het posterieur verhaalsbeslag op het registergoed zal de schuldeiser vervolgens beslag leggen ter zake van de vordering van de verkoper op de koopsom.

In het arrest ABN AMRO/Notaris heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de vraag of een posterieur derdenbeslag op de koopsom in strijd is met de ratio en strekking van de Vormerkung. De Hoge Raad heeft in rechtsoverweging 3.4 geoordeeld dat een derdenbeslag op de koopsom de enige weg is die een schuldeiser na inschrijving van de koop nog kan bewandelen om in de opbrengst van het verkochte registergoed te kunnen delen. Een posterieur derdenbeslag op de koopsom is niet in strijd met de Vormerkung,

⁴⁴ Broekveldt 2010, p. 44.

⁴⁵ HR 6 februari 2009, *LJN* BG5850.

⁴⁶ HR 6 februari 2009, *LJN* BG5850.

⁴⁷ HR 8 oktober 2010, *LJN* BN1252.

⁴⁸ Vernietiging is geregeld in art. 3:53 lid 1 BW. Vernietiging werkt terug tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 10.

⁵⁰ Broekveldt 2010, p. 42.

⁵¹ In de NVM-koopakte is de bepaling opgenomen dat een registergoed vrij van hypotheken en beslagen moet worden geleverd.

aangezien de wetgever de mogelijkheid tot het leggen van beslag op de koopsom nadrukkelijk heeft opengelaten.⁵²

De bescherming die uitgaat van de Vormerkung houdt in dat aan het persoonlijk recht van de koper, dat toeziet op verkrijging van het registergoed, gedurende zes maanden zakelijke werking wordt toegekend. De rechtsfeiten die in deze zes maanden niet tegen de koper kunnen worden ingeroepen zijn opgesomd in art. 7:3 lid 3 BW.

Hieronder valt niet een beslag op de koopsom onder de koper, waardoor het leggen van een dergelijk beslag tot de mogelijkheden van de schuldeiser behoort en niet in strijd is met de strekking van de Vormerkung.

3.1.3: Beslag op koopsom onder de koper en/of de notaris

Bij een derdenbeslag op de koopsom is sprake van een vordering op de verkoper ter zake van de koopsom. Er kan sprake zijn van een beslag op de koopsom onder de koper of een beslag op de koopsom onder de notaris. Bij een beslag op de koopsom onder de koper wordt door een schuldeiser beslag gelegd op de vordering tot betaling van de koopsom van de koper aan de verkoper, hetgeen mogelijk is doordat inschrijving van de koop ervoor heeft gezorgd dat de naam van de koper openbaar is geworden.

De vordering vloeit voort uit hetgeen door partijen in de koopovereenkomst is bepaald. Bij een beslag op de koopsom onder de notaris wordt door een schuldeiser beslag gelegd op de vordering van de verkoper tot doorbetaling van de koopsom.⁵³ Een beslag op de koopsom onder de koper zal slechts doel treffen als de koper de koopsom nog niet onder de notaris heeft gestort. Om een beslag op de koopsom onder de koper te kunnen leggen, geeft een schuldeiser een deurwaarder de opdracht een beslagexploot uit te brengen waarin de schuldeiser bewaring van zijn recht kenbaar maakt. Door de blokkerende werking van het beslag⁵⁴ dient de koper de koopsom onder zich te houden. De koper kan de koopsom niet onder de notaris storten, waardoor de koper aan de verkoper op grond van de koopakte een contractuele standaardboete van 10% moet voldoen door het uitblijven van betaling van de koopsom.⁵⁵ De beslaglegger verhindert (doordat hij ten koste van de koper zijn vordering voldaan wil krijgen door beslag te leggen op de koopsom) nakoming van de verbintenis tot betaling van de koopsom door de koper aan de verkoper. Hierdoor is sprake van schuldeisersverzuim.⁵⁶ Nu de schuldeiser in verzuim is doordat hij geen medewerking wil verlenen aan het storten van de koopsom onder de notaris, kan de rechter op grond van art. 6:60 BW bepalen dat de koper van zijn verbintenis tot betaling van de koopsom wordt verlost. De verkoper zal vervolgens zijn leveringsverplichting opschorten. Deze bevoegdheid komt de verkoper toe op grond van art. 6:52 lid 1 BW en kan door de verkoper ingeroepen worden nadat de koper door de rechter wordt ontheven van de verplichting om de koopsom te voldoen. Uiteindelijk zal dit leiden tot ontbinding van de koopovereenkomst.⁵⁷ Doordat de koper de koopsom niet meer kan voldoen is ontbinding van de koop gerechtvaardigd. Art. 6:271 BW bepaalt dat partijen zullen worden verlost van de door de ontbinding getroffen verbintenissen.

⁵² HR 6 februari 2009, *LJN* BG5850.

⁵³ Broekveldt 2010, p. 83.

⁵⁴ In art. 475 lid 1 sub a Rv is bepaald dat een derde bevoegd kan worden om het verschuldigde onder zich te houden. In art. 475h lid 1 Rv is bepaald dat elke vervreemding, bezwaring, afstand of onderbewindstelling van een vordering waar beslag op rust niet tegen de beslaglegger ingeroepen kan worden.

⁵⁵ In de NVM-koopakte is een beding opgenomen dat de partij die wanprestatie pleegt een boete verbeurt van 10% van de koopsom. Dit beding is opgenomen in de koopakte om de wederpartij schadeloos te stellen.

⁵⁶ Schuldeisersverzuim is geregeld in art. 6:58 BW. Een schuldeiser komt in verzuim als nakoming van een verbintenis verhindert wordt doordat een schuldeiser weigert zijn medewerking te verlenen of indien een ander beletsel van zijn zijde nakoming van een verbintenis verhindert.

⁵⁷ Ontbinding is geregeld in art. 6:265 lid 1 BW. Elke tekortkoming in de nakoming van een verbintenis geeft de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, mits ontbinding door de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming niet gerechtvaardigd is.

De koopsomvordering komt, als gevolg van ontbinding, als beslagobject te vervallen. De inschrijving van de koop is door ontbinding waardeloos geworden, waarna de koper kan worden verzocht om een (schriftelijke) verklaring van waardeloosheid af te geven. De wettelijke grondslag hiervoor is art. 3:28 lid 1 BW. Op grond van art. 3:28 lid 2 BW jo. art. 35 Kadw kan deze verklaring ingeschreven worden in de openbare registers.⁵⁸ Mocht de koper deze verklaring niet af willen geven, dan kan de rechter de inschrijving waardeloos verklaren. Door ontbinding van de koop zal het beslag op de koopsom onder de koper vervolgens zichzelf opheffen. De koper kan ontbinding van de koop voorkomen door opheffing van het beslag op de koopsom te verzoeken, waardoor de koper alsnog de koopsom onder de notaris kan storten.⁵⁹ De vraag is echter of opheffing van het beslag gerechtvaardigd is, aangezien door opheffing afbreuk wordt gedaan aan de belangen van de posterieure schuldeiser die zijn recht niet meer kan uitwinnen. Broekveldt is van oordeel dat een patstelling (als gevolg van een beslag op de koopsom onder de koper) niet zonder meer grond oplevert voor opheffing van het beslag ter zake van de koopsom. Opheffing van een posterieur derdenbeslag op de koopsom is gerechtvaardigd indien sprake is van een *vexatoire* beslag. Hiervan is sprake als de beslaglegger misbruik van zijn recht/bevoegdheid maakt door het beslag op de koopsom onnodig te handhaven ten nadele van de koper.⁶⁰ Bij een beslag op de koopsom is hier geen sprake van, aangezien het beslag rust op een vordering die voor beslag vatbaar is.

Naast de mogelijkheid om beslag te leggen op de koopsom onder de koper kan een schuldeiser beslag leggen op de koopsom onder de notaris. Een schuldeiser kan van deze mogelijkheid gebruik maken als de koopsom door/namens de koper onder de notaris is gestort of indien de koopsom naar diens kwaliteitsrekening onderweg is. Het gaat om een voorwaardelijke vordering op de notaris. De notaris zal de koopsom pas onvoorwaardelijk verschuldigd zijn aan de verkoper als vaststaat dat het registergoed vrij van hypotheek en beslagen aan de koper geleverd kan worden.⁶¹

Mocht een koper het vermoeden hebben dat een schuldeiser van de verkoper beslag wil leggen op de koopsom onder de notaris, dan kan de koper besluiten voor het transport van het registergoed uit te wijken naar een andere notaris dan de notaris die de koop heeft ingeschreven in de openbare registers. Het beslag op de koopsom onder de notaris (die de koop heeft ingeschreven in de openbare registers) zal derhalve geen doel treffen, omdat de koper de koopsom zal storten onder een notaris die niet bekend is bij de beslaglegger.

⁵⁸ Kolkman & Verstappen 2012, p. 83.

⁵⁹ Opheffing van het beslag is geregeld in art. 705 Rv. In art. 705 lid 1 Rv is bepaald dat de voorzieningenrechter (die het verlot tot het leggen van het beslag heeft verleend) bevoegd is om in kort geding (op vordering van elke belanghebbende) het beslag op te heffen. In art. 705 lid 2 Rv is bepaald dat opheffing onder meer wordt uitgesproken bij verzuim op straffe van nietigheid.

⁶⁰ Broekveldt 2010, p. 94.

⁶¹ Broekveldt 2010, p. 96.

3.1.4: Beslag en verdeling van schuldeisers

De Hoge Raad heeft in rechtsoverweging 3.4 van het arrest ABN AMRO/Notaris bepaald dat een posterieure schuldeiser door het leggen van derdenbeslag op de koopsom de mogelijkheid heeft om in de opbrengst van het verkochte registergoed te kunnen delen.⁶² Onduidelijk is wat onder opbrengst moet worden verstaan. Betreft de opbrengst de (netto)opbrengst van het registergoed of betreft de opbrengst het restant van/overschot op de koopsom na voldoening van anterieure schuldeisers? Deze vraag kan aan de orde zijn in geval de vordering van een schuldeiser een hogere waarde heeft dan het restant van/overschot op de koopsom.

De gedachte dat een posterieure beslaglegger slechts aanspraak kan maken op het restant van/overschot op de koopsom lijkt een basis te vinden in het karakter van de Vormerkung en de rechtspositie van de posterieure beslaglegger. Het overschotidee zorgt ervoor dat de juridische- en praktische afwikkeling van de met Vormerkung, hypotheek en beslagen belaste transacties eenvoudiger en overzichtelijker wordt.⁶³ Als gevolg hiervan zal een posterieur beslag op de koopsom ervoor zorgen dat de levering van een registergoed niet (tijdelijk) zal worden geblokkeerd of (definitief) zal worden gefrustreerd. Doordat slechts het restant van/overschot op de koopsom voor beslag vatbaar is, heeft de koper de mogelijkheid om de koopsom onder de notaris te storten. Keerzijde van het overschotidee is echter dat afbreuk wordt gedaan aan een gelijke behandeling van schuldeisers. Broekveldt is van oordeel dat dit laatste onaanvaardbaar is en meent dat een inbreuk op art. 3:298 BW, waarin is bepaald dat het oudste recht op levering voor het jongere recht op levering gaat, niet het gevolg mag zijn van het voor een ander doel geïntroduceerde middel van de Vormerkung.⁶⁴

3.1.5: Beslag op de koopsom en verlof van de voorzieningenrechter

Om conservatoir beslag te kunnen leggen op de koopsom, dient een schuldeiser op grond van art. 700 lid 1 Rv verlof te vragen aan de voorzieningenrechter.

De voorzieningenrechter zal hierbij, na afweging van feiten en omstandigheden, moeten beoordelen of een schuldeiser door het leggen van beslag op de koopsom zich niet schuldig maakt aan misbruik van recht.⁶⁵ Indien een schuldeiser geen redelijk belang heeft bij het leggen van beslag en dit beslag slechts is beoogd om de koper nodeloos te schaden, dan kan de voorzieningenrechter het gevraagde verlof weigeren. Hierbij moet de voorzieningenrechter zijn beslissing toelichten waarom hij tot zijn oordeel is gekomen.⁶⁶

In een zaak waarin een schuldeiser van de verkoper voornemens was om beslag te leggen op de koopsom onder de koper⁶⁷, heeft de voorzieningenrechter in een beschikking het verlof verleend onder voorwaarden dat:

1. Het beslag waartoe het verlof strekt is beperkt tot het bedrag dat niet bestemd is voor aflossing van de op het registergoed rustende hypotheek;
2. Het verlof alleen geldig is wanneer in het proces-verbaal van beslaglegging wordt vermeld dat het beslag niet het storten van de koopsom onder de notaris verhindert, indien de notaris dit (mede namens de koper) voorafgaande aan de storting schriftelijk aan de beslaglegger verklaart;

⁶² HR 6 februari 2009, *LJN* BG5850.

⁶³ Broekveldt 2010, p. 58.

⁶⁴ Broekveldt 2010, p. 58.

⁶⁵ Misbruik van recht is geregeld in art. 3:13 lid 1 BW. Een bevoegdheid kan niet ingeroepen worden indien deze bevoegdheid zal worden misbruikt. Van misbruik van bevoegdheid is op grond van art. 3:13 lid 2 BW sprake indien de bevoegdheid louter wordt gebruikt om een ander te schaden of indien de bevoegdheid met een ander doel is verleend.

⁶⁶ Beslagsyllabus 2014, p. 27.

⁶⁷ Rb. Breda 3 juli 2008, *LJN* BD6216.

- Dat de notaris ten behoeve van eiser het gedeelte van de koopsom, dat niet gebruikt wordt voor aflossing van hypotheek namens de koper, in depot houdt zolang het beslag van kracht is;
- De koper de notaris machtigt en instrueert om eiser in kennis te stellen welk bedrag na afwikkeling van het transport nog in depot resteert.

Nadat het conservatoir beslag over is gegaan in executoriaal beslag, heeft de schuldeiser van de verkoper derdenbeslag laten leggen op de koopsom ter waarde van de totale vordering op de verkoper. De beslaglegger heeft de voorwaarde dat 'slechts beslag gelegd mag worden op het deel van de koopsom dat niet bestemd is voor aflossing van de op het registergoed rustende hypotheek' genegeerd doordat beslag gelegd is op een groter bedrag dan het restant van/overschot op de koopsom. De koper heeft vervolgens de voorzieningenrechter verzocht het derdenbeslag op de koopsom op te heffen, waardoor de koper de mogelijkheid zou krijgen om de koopsom onder de notaris te kunnen storten. De voorzieningenrechter heeft de vordering toegewezen, onder voorwaarde dat de koper schriftelijk en tenminste vijf dagen voor betaling van de koopsom en voor het beoogde transport aan de schuldeiser schriftelijk meedeelt:

1. De naam van de notaris die opdracht heeft gekregen om de eigendomsoverdracht van het registergoed te begeleiden en te voltooien;
2. De datum waarop de onder 1 bedoelde opdracht aan de notaris is verstrekt;
3. De toezegging dat de opdracht die aan de notaris is verstrekt niet zal worden herroepen;
4. De geplande datum van het transport.

Nu de koper door de uitspraak van de voorzieningenrechter de mogelijkheid heeft gekregen de koopsom te storten onder de notaris, kan de schuldeiser vervolgens beslag leggen op het aan hem toekomende deel van de verkoopopbrengst onder de notaris. Het hof heeft deze uitspraak in hoger beroep bekrachtigd en heeft hierbij overwogen dat de Vormerkung voorziet in het beschermen van de koper in zijn recht op nakoming van de levering.

Aan de bescherming van de koper zou afbreuk worden gedaan indien de schuldeiser in kwestie de levering van de woning onmogelijk zou maken door het beslag op de koopsom te handhaven. Het hof was van oordeel dat het belang van de koper tot levering van het registergoed moet prevaleren boven het belang van de schuldeiser tot handhaving van het beslag.⁶⁸ Deze uitspraak is opvallend, aangezien de uitspraak van het hof haaks staat op eerdere uitspraken van de Hoge Raad inzake ABN AMRO/Notaris en Van den Berg/Bernhard. Naar aanleiding van de uitspraak van het hof heeft de schuldeiser in kwestie cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft zich vervolgens op 12 juli 2013 gebogen over de uitspraak van het hof. De cassatierechter betoogde dat de uitspraak van het hof is gebaseerd op een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad hield hierbij vast aan haar standpunt in de uitspraak van 8 oktober 2010 inzake Van den Berg/Bernhard. Wederom werd door de Hoge Raad aangevoerd dat de Vormerkung het recht op nakoming van de koper beoogt te beschermen. Rechtsfeiten die na inschrijving van de koop niet tegen de koper kunnen worden ingeroepen zijn opgesomd in art. 7:3 lid 3 BW. Tot deze limitatieve opsomming behoort volgens de Hoge Raad niet een derdenbeslag op de koopsom. Hoezeer een derdenbeslag op de koopsom een obstakel kan zijn voor de effectuering van het recht van de koper op nakoming van de koopovereenkomst, zulks brengt niet mee dat het derdenbeslag op de koopsom opgeheven moet worden.⁶⁹ Dat het onderhavige geding tot aan de Hoge Raad is uitgeprocedeerd komt doordat in de zaak Van den Berg/Bernhard sprake is van een ongeclausuleerde opheffing van het beslag in plaats van een geclausuleerde opheffing.

⁶⁸ Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2011, LJN BU2159.

⁶⁹ HR 12 juli 2013, LJN BZ9959.

Na uitspraak van de Hoge Raad d.d. 12 juli 2013 is de beslagsyllabus herzien. Desondanks blijft het uitgangspunt dat verlot voor het leggen van beslag op de koopsom kan worden verleend onder de voorwaarde dat het verlot niet geldt voor het deel van de koopsom dat bestemd is voor aflossing van hypothecaire schulden, alsmede voor het deel van de koopsom dat moet worden aangewend om anterieure beslagleggers te kunnen voldoen.⁷⁰ Broekveldt is van oordeel dat de aanbeveling voor voorzieningenrechters bij het al dan niet verlenen van verlot om derdenbeslag te mogen leggen (zoals is gegeven in de beslagsyllabus) onjuist en misplaatst is. De reikwijdte van een derdenbeslag op de koopsom wordt, bij inachtneming van hetgeen in de beslagsyllabus is bepaald, beperkt tot het restant van/overschot op de koopsom.⁷¹ De voorzieningenrechter zal hierbij geen rekening houden met de rangorde van beslagleggers die door toepassing van de Vormerkung is ontstaan. Broekveldt geeft gedupeerde beslagleggers met klem het advies om tegen een geclausuleerde beschikking van de voorzieningenrechter beroep aan te tekenen.⁷²

3.2: Ervaringen uit het notariaat

Notariskantoor mr. J.A. Kool heeft eind 2004/begin 2005 te maken gehad met een situatie waarin een schuldeiser ná Vormerkung beslag heeft gelegd op de koopsom onder een koper. Het gevolg hiervan was dat het transport van een woning werd belemmerd. Door opheffing van het derdenbeslag, na bemiddeling door de advocaat van de hypotheekhouder, kon de woning vrij van hypotheken en beslagen aan de koper worden geleverd.

Om ervaringen van andere notariskantoren in beeld te brengen is een enquête opgesteld en verspreid onder diverse notariskantoren in Nederland.⁷³ Een respondent, werkzaam als kandidaat-notaris bij een notariskantoor in de regio Haaglanden, heeft aangegeven de volgende problemen te ervaren met betrekking tot de Vormerkung:

- Art. 7:3 lid 3 sub a BW zorgt voor problemen bij vestiging van een overbruggingshypotheek door de verkoper waarvoor de koper toestemming heeft gegeven. Onduidelijk is of deze overbruggingshypotheek, die is gevestigd ná Vormerkung, tegen de koper ingeroepen kan worden.
- Een inschrijving in de openbare registers moet worden doorgehaald indien de overdracht van een registergoed niet doorgegaan is. Onduidelijk is voor wiens rekening het doorhalen van de inschrijving moet komen. De notaris moet immers extra handelingen verrichten.
- De beschermingstermijn uit hoofde van art. 7:3 lid 4 BW wordt, wanneer de overdracht van een registergoed door omstandigheden wat langer op zich laat wachten, als kort ervaren.

De respondent heeft verder aangegeven dat gemiddeld één keer per maand gebruik gemaakt wordt van de Vormerkung. Het is sinds de introductie van de Vormerkung twee à drie keer voorgekomen dat een schuldeiser van de verkoper beslag heeft laten leggen op de koopsom onder de notaris. Verder is het ook eens voorgekomen dat een schuldeiser beslag heeft laten leggen op de koopsom onder de koper. Sinds de introductie van de Vormerkung is dit gemiddeld één à twee keer voorgekomen.

⁷⁰ Beslagsyllabus 2014, p. 27.

⁷¹ Broekveldt 2010, p. 97.

⁷² Broekveldt 2010, p. 98.

⁷³ Zie bijlage 1.

3.3: Conclusie

Het toepassen van de Vormerkung leidt in de praktijk tot een rangorde van schuldeisers. Een schuldeiser die posterieur verhaalsbeslag heeft laten leggen op een registergoed kan zijn recht niet meer uitwinnen, waardoor deze schuldeiser achtergesteld wordt ten opzichte van een anterieure schuldeiser die verhaalsbeslag heeft laten leggen op hetzelfde registergoed en zijn vordering wél kan effectueren. De posterieure schuldeiser zal vervolgens derdenbeslag leggen op de koopsom om alsnog in de opbrengst van het verkochte registergoed te kunnen delen. Inschrijving van de koop heeft ervoor gezorgd dat de naam van de koper openbaar is geworden, waardoor een schuldeiser doeltreffend beslag kan leggen op de koopsom onder de koper. De blokkerende werking van dit beslag zorgt ervoor dat de koper de koopsom onder zich dient te houden. Doordat de koper de koopsom niet onder de notaris kan storten, verbeurt de koper een contractuele boete van 10%. De verkoper zal, doordat de koper niet aan zijn betalingsverplichting kan voldoen, de levering van het registergoed opschorten. Dit heeft tot gevolg dat de koop zal worden ontbonden, waardoor partijen zullen worden verlost van de door de ontbinding getroffen verbintenissen. De vordering van de schuldeiser ter zake van de koopsom komt als gevolg van ontbinding als beslagobject te vervallen, waardoor het beslag zichzelf zal opheffen. Tevens is de inschrijving die aan de ontbonden koop ten grondslag heeft gelegen waardeloos geworden.

In de beslagsyllabus is bepaald dat de voorzieningenrechter het verlot tot het leggen van beslag op de koopsom onder voorwaarden kan verlenen. Een van de voorwaarden is dat het beslag waartoe het verlot strekt beperkt is tot het bedrag dat niet bestemd is voor aflossing van de op het registergoed rustende hypotheek. Een posterieure schuldeiser kan hierdoor slechts beslag leggen op het restant van/overschot op de koopsom.

In de praktijk zorgt de rechtsfiguur van de Vormerkung voor problemen. Zo is onduidelijk of een overbruggingshypotheek, ná Vormerkung gevestigd door de verkoper met toestemming van de koper, tegen de koper ingeroepen kan worden. Daarnaast moet een notaris, in geval de overdracht van een registergoed niet doorgaat, de ingeschreven koop doorhalen in de openbare registers. Onduidelijk is voor wiens rekening deze notariële handeling moet komen. Bovendien wordt de beschermingstermijn uit hoofde van art. 7:3 als kort ervaren.

4. Bescherming die de Vormerkung (nog) kan bieden

Na in het derde hoofdstuk onderzoek gedaan te hebben naar de problemen die zich in de praktijk voordoen na toepassing van de Vormerkung, zal in het vierde hoofdstuk onderzoek worden gedaan naar praktijksituaties waarin toepassing van de Vormerkung voor kopers (nog) nuttig en/of noodzakelijk kan zijn.

4.1: Vormerkung en Wet voorkeursrecht gemeenten

De koop van een registergoed is aantastbaar indien door een derde een voorkeursrecht tot koop ingeroepen wordt. Een voorkeursrecht tot koop is een wettelijk of contractueel vastgelegd recht op grond waarvan rechthebbenden bij voorrang een zaak in eigendom kunnen verkrijgen.⁷⁴ In geval de eigenaar van een registergoed het voornemen heeft om een registergoed (waar een voorkeursrecht op rust) te verkopen, dan dient de eigenaar de verkoop kenbaar te maken aan de voorkeursgerechtigde voordat hij rechtshandelingen gaat verrichten die dit voorkeursrecht aan kunnen tasten.

De *Wet voorkeursrecht gemeenten* biedt gemeenten uit hoofde van art. 2 Wvg de mogelijkheid om gronden aan te wijzen waarop een voorkeursrecht uitgeoefend kan worden. In art. 3 lid 1 Wvg is bepaald welke gronden aangewezen kunnen worden. Het gaat hierbij om gronden waaraan bij het bestemmingsplan of inpassingsplan een niet-agrarische bestemming is gegeven en waarvan het gebruik afwijkt van dat plan. Mocht op een aangewezen stuk grond een voorkeursrecht rusten, dan kan de eigenaar uit hoofde van art. 10 lid 1 Wvg niet eerder tot verkoop overgaan dan nadat de gemeente in de gelegenheid is gesteld om het stuk grond in eigendom te verkrijgen. De aanbiedingsplicht van art. 10 lid 1 Wvg is op grond van art. 10 lid 3 Wvg niet van toepassing in geval de verkoper een onroerende zaak krachtens overeenkomst verkoopt, dan wel in geval de overeenkomst met betrekking tot de onroerende zaak een verplichting voor de verkoper omvat. Deze overeenkomst dient op grond van art. 10 lid 3 sub a Wvg de naam van de koper te bevatten, alsmede een genoemde/bepaalbare verkoopprijs. Uit hoofde van art. 10 lid 3 sub b Wvg dient de koop ingeschreven te worden in de openbare registers, zoals bedoeld in afdeling 2, titel 1, boek 3 BW. Daarnaast dient verkoop op grond van art. 10 lid 3 sub c Wvg binnen een termijn van zes maanden na inschrijving van de koop plaats te vinden. Art. 10 lid 4 Wvg bepaalt dat de koop kan worden ingeschreven in de openbare registers, mits de koop is vervat in een notariële akte.

Doordat de *Wet voorkeursrecht gemeenten* de mogelijkheid biedt om de koop krachtens afdeling 2, titel 1, Boek 3 BW in te schrijven, kan een voorkeursrecht (tot aankoop van een stuk grond) door een gemeente niet ingeroepen worden. Inschrijving van de koop bewerkstelligt dat de koop van een registergoed onaantastbaar wordt. Blijft inschrijving van de koop bij een voorkeursrecht achterwege, dan kan een gemeente op grond van art. 26 lid 1 Wna de nietigheid inroepen van alle rechtshandelingen die afbreuk doen aan het voorkeursrecht. De koop van een registergoed kan als gevolg hiervan nietig worden verklaard, waardoor de koper de woning niet meer geleverd kan krijgen. Het risico dat door inschrijving van de koop de naam van de koper openbaar wordt (waardoor schuldeisers beslag kunnen leggen op de koopsom) zal voor de koper niet opwegen tegen inschrijving van de koop om te voorkomen dat een gemeente een voorkeursrecht kan inroepen. Inschrijving van de koop is noodzakelijk om een overdracht te bewerkstelligen.

⁷⁴ Van Velten 2013, p. 15.

4.2: Vormerkung en dubbele verkoop van registergoederen

Om een (consument)koper bij de aankoop van een woning te beschermen, heeft de wetgever in art. 7:2 lid 1 BW het schriftelijkheidsvereiste opgenomen (zie paragraaf 2.2.1). De wetgever heeft met de invoering van het schriftelijkheidsvereiste beoogd het aantal dubbele verkopen van woningen terug te dringen. Naast het schriftelijkheidsvereiste kan een (consument)koper uit hoofde van art. 7:2 lid 2 BW een beroep doen op een bedenktijd van drie dagen (zie paragraaf 2.2.2) waarbinnen de koop ontbonden kan worden.

De zakelijke koper die een registergoed in eigendom wil verkrijgen kan geen beroep doen op het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW en de bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW. Partijen kunnen aldus besluiten de koop mondeling overeen te komen. Bij het sluiten van een mondelinge koopovereenkomst kunnen problemen ontstaan in de wilsovereenstemming tussen partijen, waardoor de kans op dubbele verkoop toeneemt. Voor de zakelijke koper kan het hierdoor nuttig zijn om de koop in te schrijven in de openbare registers. Mocht de zakelijke koper met de verkoper (ondanks de afwezigheid van het schriftelijkheidsvereiste) bedingen dat de koop wél schriftelijk wordt gesloten, dan kan dit reden zijn om af te zien van inschrijving van de koop.

In geval een consument een registergoed anders dan een woning in eigendom wil verkrijgen, dan kan hij eveneens geen beroep doen op het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW en de bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW. Net zoals bij een zakelijke transactie kan het nuttig zijn om de koop in te schrijven. Mocht met de verkoper (ondanks de afwezigheid van het schriftelijkheidsvereiste) bedongen worden dat de koop wél schriftelijk wordt gesloten, dan kan dit reden zijn om af te zien van inschrijving van de koop.

4.3: Vormerkung en het voor levering voldoen van de (volledige) koopsom

Mochten partijen hebben afgesproken dat (een deel van) de koopsom voor levering buiten de notaris om moet worden voldaan aan de verkoper, dan kan het voor de koper nuttig zijn om gebruik te maken van de Vormerkung.⁷⁵ De koper zal in deze situatie er alles aan gelegen zijn dat hij het registergoed (waartoe de koopsom strekt) daadwerkelijk geleverd krijgt, aangezien een deel van de koopsom voor levering in de macht van de verkoper is gebracht. Het potentiële risico dat een schuldeiser van de verkoper derdenbeslag kan leggen op de koopsom zal de koper hierbij wellicht voor lief nemen, aangezien het belang om het registergoed geleverd te krijgen voor de koper groter is dan het mogelijke risico op een eventueel derdenbeslag.

In de unieke situatie waarin de koopsom voor levering volledig aan de verkoper is voldaan kan een schuldeiser geen derdenbeslag meer leggen ter zake van de koopsom.

Het mogelijke risico dat een schuldeiser beslag kan leggen ter zake van de koopsom zal zich hierdoor niet verwezenlijken, terwijl de Vormerkung ervoor zorgt dat de koper zal worden beschermd tegen rechtsfeiten die opgesomd zijn in art. 7:3 lid 3 sub f BW.

⁷⁵ Deze situatie is niet gangbaar in de rechtspraktijk en kan voorkomen bij leveringen binnen concerns of in familielaties.

4.4: Vormerkung en de Baarns Beslag-procedure

Het kan gebeuren dat de oude woning van de verkoper bij de notaris van de koper (hierna te noemen: Notaris A) in eigendom wordt overgedragen, terwijl op diezelfde dag de verkoper de koopsom onder zijn notaris (hierna te noemen: Notaris B) moet storten om de aankopende woning geleverd te krijgen. Notaris A mag de verkoopopbrengst niet uitkeren voordat de akte van levering in de openbare registers is verwerkt.⁷⁶ De overdracht van de aankopende woning kan in gevaar komen doordat de verkoper in zijn rol als koper de koopsom niet tijdig onder Notaris B kan storten. De Baarns Beslag-procedure maakt het mogelijk dat de verkoper voor verwerking van de akte van levering in de openbare registers over de verkoopopbrengst van zijn oude woning kan beschikken. De verkoper kan vervolgens in zijn rol als koper tijdig de koopsom onder Notaris B storten, waardoor de levering van de aankopende woning niet verhinderd wordt. Notaris A zal Notaris B een brief sturen waarin Notaris A verklaart de verkoopopbrengst onder voorwaarde beschikbaar te stellen voor de overdracht door Notaris B. Notaris B is hierbij gehouden de opbrengst terug te storten als uit narecherche van Notaris A blijkt dat na het passeren van de akte van levering (en voordat de akte van levering is verwerkt) beslag op de woning is gelegd of een hypotheekrecht (overbruggingshypotheek) op de woning is gevestigd.⁷⁷ Deze brief wordt aangeduid als de Baarns Beslagbrief en is vernoemd naar het arrest inzake het *Baarns Beslag* (zie paragraaf 2.1).⁷⁸ Notaris A wordt door de Baarns Beslagbrief beschermd doordat Notaris B de verkoopopbrengst onder Notaris A zal storten als blijkt dat na het passeren van de akte van levering beslag is gelegd of een hypotheekrecht is gevestigd. Een gelegd beslag of gevestigd hypotheekrecht na het passeren van de akte van levering kan niet tegen een koper worden ingeroepen, mocht de koop voorafgaand aan de passeerdatum zijn ingeschreven in de openbare registers. De Vormerkung voorziet in de mogelijkheid dat direct na het passeren van de akte van levering de koopsom uitbetaald kan worden.⁷⁹

4.5: Conclusie

In een aantal situaties kan toepassing van de Vormerkung nuttig en/of noodzakelijk zijn, zoals in geval een voorkeursrecht op grond van de *Wet voorkeursrecht gemeenten* ingeroepen kan worden. De koopovereenkomst, strekkende tot het in eigendom verkrijgen van een woning, wordt door de Vormerkung onaantastbaar. Daarnaast kan inschrijving van de koop nuttig zijn in geval de koper geen beroep kan doen op het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd. In geval de koper met de verkoper heeft bedongen dat de koop schriftelijk tot stand zal komen, dan kan dit voor de koper aanleiding zijn om af te zien van het inschrijven van de koop. Verder kan de Vormerkung nuttig zijn indien (een gedeelte van) de koopsom voor levering buiten de notaris om aan de verkoper is voldaan. De koper zal er baat bij hebben dat het registergoed waartoe de koopsom strekt geleverd zal worden, aangezien de koper anders (een gedeelte van) de koopsom kwijt is. Bovendien kan de Vormerkung nuttig zijn indien sprake is van een Baarns Beslag-situatie. De Vormerkung kan ervoor zorgen dat de koper van een woning wordt beschermd tegen gelegde beslagen en gevestigde rechten na het passeren van de akte van levering en voor de verwerking van deze akte in de openbare registers, waardoor de notaris na het passeren van de akte van levering direct kan uitbetalen.

⁷⁶ Deze regel vloeit voort uit het Baarns Beslag-arrest. Zie HR 30 januari 1981, *LJN* AG4140.

⁷⁷ Kolkman & Verstappen 2012, p. 332.

⁷⁸ In het arrest inzake het Baarns Beslag is bepaald dat een notaris dient te wachten met het uitkeren van gelden in depot totdat uit narecherche blijkt dat een registergoed vrij is van hypotheken en beslagen. Narecherche zal plaatsvinden na het passeren van de akte van levering. Zie art. HR 30 januari 1981, *LJN* AG4140.

⁷⁹ Kolkman & Verstappen 2012, p. 333.

5. De notaris in beeld

Na in het vierde hoofdstuk naar praktijksituaties te hebben gekeken waarin de Vormerkung voor kopers van registergoederen (nog) nuttig en/of noodzakelijk kan zijn, zal in het vijfde hoofdstuk de rol en positie van de notaris bij het transport van registergoederen en het adviseren van cliënten worden belicht. Hierbij zal met name worden onderzocht hoe een notaris moet handelen in overeenstemming met hetgeen van hem in zijn ambt als notaris wordt verlangd. Onderwerpen zoals *'Waar dient een notaris rekening mee te houden bij verdeling van de koopsom?'*, *'Kan een notaris als gevolg van zijn handelen door een benadeelde schuldeiser aansprakelijk worden gesteld?'* en *'Wat is de rol en positie van een notaris bij het oplossen van problemen die de overdracht van een registergoed belemmeren?'* zullen in dit hoofdstuk worden behandeld.

5.1: De notaris en verdeling/uitkering van de koopsom

Een notaris is bij de overdracht van registergoederen verantwoordelijk voor het inschrijven van de transportakte in de openbare registers en het beheer van de koopsom die door de koper onder de notaris is gestort op de derdengeldenrekening.⁸⁰ Op grond van art. 25 lid 2 Wna is een notaris bij uitsluiting bevoegd tot beheer en beschikking over deze rekening. Een notaris mag ten laste van deze rekening slechts betalingen doen in opdracht van rechthebbenden. Het vorderingsrecht ten aanzien van het saldo op deze rekening komt op grond van art. 25 lid 3 Wna toe aan de gezamenlijke rechthebbenden. Het aandeel van elke rechthebbende zal door de notaris worden berekend naar evenredigheid van het bedrag dat is gestort op de derdengeldenrekening.

In art. 25 lid 4 Wna is bepaald dat elke rechthebbende aanspraak kan maken op uitkering van zijn aandeel in het saldo. Mocht het saldo op de derdengeldenrekening ontoereikend zijn om alle rechthebbenden te kunnen voldoen, dan mag de notaris slechts betalingen verrichten voor zover dat mogelijk is. Broekveldt stelt zich op het standpunt dat een notaris bij het verdelen van de koopsom tussen anterieure- en posterieure beslagleggers niet voornamelijk of slechts uitsluitend rekening mag houden met de belangen van de koper.⁸¹ Een notaris moet eveneens de belangen van de verkoper en diens schuldeisers op zorgvuldige wijze behartigen, waardoor een notaris zich steeds zal moeten afvragen of het geoorloofd is om bepaalde schuldeisers bij voorrang uit de koopsom te voldoen. Dit laatste sluit aan bij de zorgplicht die op een notaris rust. De zorgplicht is geregeld in art. 17 Wna. In dit artikel is bepaald dat een notaris zijn ambt in onafhankelijkheid uitoefent en dat hij daarbij de belangen van alle betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid behartigt. Een notaris dient op zeer zorgvuldige wijze om te gaan met de aan hem door/namens de koper in beheer gegeven koopsom. Een notaris zal er zeker van moeten zijn dat hij (om het registergoed vrij van hypotheek en beslagen te kunnen leveren) in staat is alle schuldeisers te voldoen.

In de casus van het arrest ABN AMRO/Notaris heeft een notaris, na een beslag op de koopsom, het restant van/overschot op de koopsom uitgekeerd aan de verkoper in plaats van aan ABN AMRO als beslaglegger. ABN AMRO heeft daarop de notaris aansprakelijk gesteld en stelde zich daarbij op het standpunt dat het restant van/overschot op de koopsom aan ABN AMRO uitgekeerd had moeten worden in plaats van aan de verkoper. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de notaris in kwestie jegens ABN AMRO niet aansprakelijk gesteld kon worden. De Hoge Raad heeft in rechtsoverweging 2.5

⁸⁰ Een notaris dient op grond van art. 25 lid 1 Wna over een derdengeldenrekening te beschikken waarop gelden, die in verband met

zijn werkzaamheden aan de notaris zijn toevertrouwd, moeten worden gestort.

⁸¹ Broekveldt 2010, p. 63.

gemotiveerd dat inschrijving van de koop, gevolgd door tijdige levering, het registergoed aan het uitwinbare vermogen van de schuldenaar heeft onttrokken.

In rechtsoverweging 2.7 heeft de Hoge Raad bepaald dat een beslag op het registergoed niet tevens gelijkgesteld kan worden met een beslag op de koopsom onder de notaris. Van een conversie, omdat een beslag op het registergoed niet uitwinbaar is, is volgens de Hoge Raad geen sprake. De notaris hoefde aldus geen rekening te houden met de belangen van ABN-AMRO als beslaglegger.⁸²

Op 12 juni 2009 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken in een zaak waarin een notaris de onder hem gestorte koopsom niet heeft overgemaakt op rekening van de verkoper, maar abusievelijk heeft overgemaakt op rekeningen van derden.⁸³

Een bestuurder van een stichting heeft (in privé) een aandeel van 33% in een registergoed verkregen. Het resterende aandeel van 66% is verworven door een besloten vennootschap. Kort na deze transactie heeft de bestuurder zijn aandeel in het registergoed in eigendom overgedragen aan de stichting waarvan hij zelfstandig bevoegd bestuurder is. Deze stichting, vertegenwoordigd door genoemd bestuurder, verkocht samen met de besloten vennootschap het registergoed aan een derde. De koper heeft hiertoe, ruim twee maanden voor levering, de koopsom voldaan. De bestuurder is namens de stichting, ter verkrijging van de koopsom, een geldleenovereenkomst met de koper overeengekomen. Deze geldovereenkomst is door een notaris vastgelegd in een schuldbekentenis. De stichting heeft in deze schuldbekentenis verklaard een bedrag aan de koper verschuldigd te zijn ter waarde van de koopsom. De notaris heeft vervolgens de koopsom overgemaakt naar een privérekening van de bestuurder, alsmede naar een bankrekening van diens zus. Na het uitkeren van de koopsom is het registergoed geleverd aan de koper. Door deze levering is de geldleenovereenkomst, die is vastgelegd in een schuldbekentenis, tenietgegaan. Het bedrag dat de stichting aan de koper moet terugbetalen zou worden verrekend met de koopsom die de koper aan de stichting dient te voldoen. Doordat de notaris de koopsom abusievelijk heeft overgemaakt naar een privérekening van de bestuurder en naar een bankrekening van diens zus, kan de notaris de koopsom niet meer aan de stichting voldoen.

Als gevolg hiervan heeft de stichting de notaris in kwestie gedagvaard en vordert van de notaris vergoeding van de geleden schade. Aan deze vordering ligt primair ten grondslag dat de notaris niet heeft voldaan aan de op hem rustende contractuele zorgplicht. Subsidiair ligt aan de vordering ten grondslag dat de notaris jegens de stichting onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht door te handelen in strijd met de *Wet op het notarisambt* en de *Verordening beroeps- en gedragsregels*. De notaris heeft de koopsom, zonder dat stichting opdracht heeft gegeven tot betaling over te gaan, uitgekeerd aan de bestuurder en diens zus. Ter onderbouwing van het primair- en subsidiair gevorderde is door de stichting aangevoerd dat:

- Gelet op de ongebruikelijke gang van zaken, waarbij de koopsom buiten de notaris om (en voor het moment van levering) is voldaan, had de notaris partijen nadere inlichtingen moeten verschaffen over de gevolgen en risico's hiervan. Daarnaast had de notaris zich ervan moeten vergewissen of partijen zich daadwerkelijk bewust waren van deze risico's;
- De notaris de aan hem toekomende zorgplicht heeft geschonden;
- De notaris een eigen onderzoeksplicht heeft naar de juistheid van mededelingen en niet bij voorbaat mag afgaan op (achteraf onjuiste) mededelingen van partijen;
- Extra zorgvuldigheid bij het uitbetalen van de koopsom was vereist, aangezien in art. 2:285 lid 3 BW is bepaald dat het doel van een stichting zich niet verenigt met het doen van uitkeringen aan oprichters/bestuurders;

⁸² HR 6 februari 2009, *LJN* BG5850.

⁸³ HR 12 juni 2009, *LJN* BH4723.

- De notaris had kunnen weten dat de bestuurder zowel handelde in opdracht van de stichting als handelde namens zichzelf in privépersoon, waarbij sprake zou kunnen zijn van een mogelijk tegenstrijdig belang.

De rechtsvraag is of de notaris in de uitvoering van zijn ambt onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht jegens de stichting door de koopsom in depot (in opdracht van de bestuurder van de stichting) te storten op rekeningnummers die de bestuurder aan de notaris heeft verstrekt.

De rechtbank heeft de vordering tot schadevergoeding afgewezen en oordeelt dat de zelfstandig bevoegd bestuurder (namens de stichting) de notaris de opdracht heeft verstrekt om tot uitkering van de koopsom over te gaan. De notaris was hierbij niet gehouden om nader onderzoek in te stellen alvorens de koopsom uit te keren.

De stichting heeft tegen de uitspraak van de rechtbank beroep aangetekend. Het hof heeft de overtuiging dat de notaris zijn zorgplicht heeft geschonden en op grond hiervan gehouden is schadevergoeding te betalen. Het hof overweegt dat op een notaris een zwaarwegende zorgplicht rust jegens derden. Deze zorgplicht brengt met zich mee dat een notaris, in geval onduidelijkheid mocht bestaan over de inhoud en strekking van de aan de notaris gegunde opdracht, de opdrachtgever verzoekt inlichtingen te verstrekken. De notaris in kwestie had hierbij niet mogen volstaan met de enkele constatering dat de bestuurder bevoegd was namens de stichting rechtshandelingen te verrichten. De notaris had op grond van zijn zorgplicht navraag moeten doen bij andere bestuurders van de stichting of het daadwerkelijk de bedoeling was dat de koopsom zou worden uitgekeerd aan de zelfstandig bevoegd bestuurder en diens zus.

De notaris heeft tegen de uitspraak van het hof cassatie ingesteld, waarbij de Hoge Raad in rechtsoverweging 4.3 heeft bevestigd dat op een notaris een zorgplicht rust. Deze zorgplicht houdt in dat een notaris, bij twijfel over de inhoud en strekking van de aangenomen opdracht, inlichtingen inwint bij de persoon die de koopsom aan de notaris heeft toevertrouwd. In geval een notaris op basis van een eigen interpretatie van de opdracht de koopsom stort op rekeningen die niet van rechthebbenden zijn, dan kan een notaris aansprakelijk gesteld worden voor de gevolgen van zijn handelen indien zijn interpretatie van de opdracht achteraf onjuist blijkt te zijn.

In rechtsoverweging 4.4 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de zorgplicht van een notaris gelimiteerd is, waarbij de Hoge Raad opmerkt dat een bekwaam en redelijk handelend vakgenoot ervoor zorgt dat zijn cliënt geen (vermijdbaar) risico loopt. Dat betekent niet dat ieder denkbaar risico uitgesloten moet worden en dat elke tekortkoming of beoordelingsfout niet automatisch zal leiden tot aansprakelijkheid. Een beroepsbeoefenaar dient ervoor te zorgen dat zijn cliënt niet wordt blootgesteld aan onnodige risico's. Van een onnodig risico is sprake als een risico voorzienbaar is en vermeden had kunnen worden.

In rechtsoverweging 4.5 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een notaris bij belanghebbenden navraag zal moeten doen indien omstandigheden daartoe aanleiding geven. Een notaris is niet lijdelijk (meer) in geval zijn cliënt tegen zichzelf of een ander in bescherming genomen zou moeten worden.

In rechtsoverweging 4.6 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het de plicht van een notaris is onderzoek te verrichten naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de opdrachtgever. Deze plicht sluit aan bij de zorgplicht die een notaris in acht moet nemen.

In art. 21 lid 1 Wna is bepaald dat een notaris een dienst moet weigeren indien een handeling zal leiden tot een strijd met het recht, een inbreuk op de openbare orde of indien er andere gegronde redenen zijn die het weigeren van de opdracht rechtvaardigen. Van andere gegronde redenen kan sprake zijn indien gedragsregels worden geschonden of een transactie naar overtuiging van de notaris ongebruikelijk is.⁸⁴ Bij de beëdiging tot notaris dient een notaris de eed af te leggen dat hij reglementen, verordeningen en wetten die van toepassing zijn op het notarisambt zal naleven.⁸⁵ De notaris verklaart hiermee dat hij de *Verordening beroeps- en gedragsregels* zal naleven. In art. 3 lid 1 van deze verordening is bepaald dat de notaris er zorg voor draagt dat de verkoper de koopsom ontvangt en het verkochte registergoed door de verkoper wordt verkregen. In art. 4 lid 1 van de verordening is bepaald dat een notaris verplicht is alle partijen bij de rechtshandeling voor te lichten over de gevolgen die deze rechtshandeling voor partijen kan hebben.

5.2: De notaris en zijn rol/positie bij beslaglegging

Broekveldt is van oordeel dat het niet tot de taak van een notaris behoort om zelf een oplossing aan te dragen voor de problemen van de verkoper met diens schuldeisers.⁸⁶ Een notaris doet er verstandig aan om bij problemen van de verkoper een afwachtende houding aan te nemen.⁸⁷ De verkoper heeft zich bij het sluiten van de koop jegens de koper verplicht het registergoed vrij van hypotheken en beslagen te leveren. Bij het transport van een registergoed vervult een notaris slechts een faciliterende- en bemiddelende rol. Broekveldt vult hierbij aan dat een notaris niet voldoende deskundig is om moeilijke vraagstukken inzake beslag, verhaal en rangorde van schuldeisers op te lossen.⁸⁸

⁸⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 707, nr. 3, p.25-26.

⁸⁵ Zie art. 3 lid 2 Wna

⁸⁶ Broekveldt 2010, p. 81.

⁸⁷ Broekveldt 2010, p. 82.

⁸⁸ Broekveldt 2010, p. 95.

5.3: Conclusie

Een notaris is, naast het passeren van de akte van levering, verantwoordelijk voor het verdelen en het uitkeren van de koopsom die door de koper onder de notaris is gestort. Een notaris is in de uitvoering van zijn werkzaamheden gehouden reglementen, verordeningen en wetten na te leven die op hem van toepassing zijn. Centraal staat de zorgplicht die is gecodificeerd in art. 17 Wna. De zorgplicht houdt in dat een notaris zijn ambt in onafhankelijkheid uitoefent en dat hij daarbij de belangen van alle bij een rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid behartigt. Een notaris dient op zeer zorgvuldige wijze om te gaan met de aan hem door/namens de koper in beheer gegeven koopsom. Een notaris mag door zijn onpartijdige positie bij het verdelen en uitkeren van de koopsom niet uitsluitend rekening houden met de belangen van de koper. Anderzijds is het zo dat een notaris geen rekening hoeft te houden met een posterieure schuldeiser die verhaalsbeslag heeft gelegd op een registergoed, aangezien een dergelijk beslag door toepassing van de Vormerkung niet tegen de koper ingeroepen kan worden en een posterieur verhaalsbeslag niet van rechtswege geconverteerd wordt in een derdenbeslag op de koopsom.

De zorgplicht die op een notaris rust brengt met zich mee dat cliënten niet blootgesteld mogen worden aan voorzienbare risico's die vermijdbaar zijn. Het is niet zo dat ieder risico bij voorbaat uitgesloten moet worden en dat elke tekortkoming of beoordelingsfout zal leiden tot aansprakelijkheid van de notaris. De positie van een notaris is lijdelijk, maar zijn positie is niet lijdelijk meer in geval zijn cliënt tegen zichzelf of een ander in bescherming genomen zou moeten worden.

Indien voorafgaand aan de overdracht van een registergoed betalingsproblemen zullen ontstaan tussen de verkoper van een registergoed en diens schuldeisers, dan is het aan de verkoper om met zijn schuldeisers om de tafel te gaan en deze problemen op te lossen.

Het behoort niet tot de taak van een notaris om zelf een oplossing aan te dragen in het geschil tussen de verkoper en diens schuldeisers. Een notaris vervult bij de overdracht van een registergoed slechts een faciliterende en bemiddelende rol, waardoor hij er verstandig aan doet een afwachtende houding aan te nemen indien de verkoper betalingsproblemen krijgt met diens schuldeisers. Een notaris is niet deskundig genoeg om ingewikkelde vraagstukken inzake beslag, verhaal en rangorde van schuldeisers op te lossen.

6. Advisering Vormerkung onder huidig recht

Na in het vijfde hoofdstuk onderzoek gedaan te hebben naar de rol en positie van een notaris bij de overdracht van registergoederen, zal in het zesde hoofdstuk worden onderzocht hoe een (kandidaat)notaris onder huidig recht kan adviseren inzake de Vormerkung. Daartoe zal allereerst de huidige adviespraktijk worden belicht, waarna vervolgens wordt onderzocht hoe notariskantoor mr. J.A. Kool onder huidig recht, met inachtneming van bevindingen uit eerdere hoofdstukken, zou kunnen adviseren inzake de Vormerkung.

6.1: Huidige adviespraktijk

Mocht een koper zich wenden tot notariskantoor mr. J.A. Kool met het verzoek de koop van een registergoed in te schrijven, dan zal de koper worden verteld dat inschrijving van de koop ervoor zorgt dat de naam van de koper openbaar wordt. De kans bestaat dat (als gevolg hiervan) een schuldeiser van de verkoper, na raadpleging van de openbare registers, beslag kan leggen op de koopsom onder de koper. De koper kan vervolgens de koopsom niet meer onder de notaris storten, waardoor de overdracht van het registergoed tot stilstand komt. In een dergelijk scenario zal de koper worden geconfronteerd met de problemen van de verkoper. Door de koper te attenderen op het mogelijke risico dat een schuldeiser van de verkoper beslag kan leggen op de koopsom onder de koper, probeert notariskantoor mr. J.A. Kool de koper ervan te overtuigen dat inschrijving van de koop de koper mogelijk in een slechtere positie kan brengen dan in geval inschrijving achterwege blijft. Daarnaast is inschrijving van de koop een notariële handeling die de koper geld kost, terwijl het twijfelachtig is of de koper bij inschrijving van de koop daadwerkelijk is gebaat. De koper maakt kosten zonder dat dit hem (waarschijnlijk) financieel iets zal opleveren, gelet op het mogelijke risico van een beslag op de koopsom onder de koper. Een koper is gebaat bij een overdracht die probleemloos verloopt tegen zo min mogelijk kosten. De koper die voornemens is de koop in te laten schrijven weet vaak niet welke risico's eventueel een gevolg kunnen zijn van inschrijving. Vaak is de koper door de makelaar of door een derde gewezen op de mogelijkheid om de koop in te schrijven in de openbare registers, waarbij de koper zich niet realiseert dat door inschrijving van de koop zijn naam openbaar wordt (waardoor een schuldeiser mogelijk beslag kan leggen op de koopsom onder de koper). Notariskantoor mr. J.A. Kool probeert kopers zo goed mogelijk voor te lichten, waardoor kopers worden gewezen op de eventuele gevolgen van notariële handelingen. In de praktijk komt het niet vaak voor dat door notariskantoor mr. J.A. Kool namens een koper de koop van een registergoed wordt ingeschreven. Kopers besluiten doorgaans na voorlichting af te zien van inschrijving van de koop.

Notariskantoor mr. J.A. Kool is geen voorstander van de Vormerkung. Desondanks wordt in een aantal situaties wél geadviseerd om de koop in te schrijven. Het betreft situaties waarin:

- Een gemeente een voorkeursrecht op grond van de *Wet voorkeursrecht gemeenten* kan invoeren (zie paragraaf 4.1);
- Een koper geen beroep kan doen op het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW en de bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW (zie paragraaf 4.2);
- De koper (een gedeelte van) de koopsom voor levering in de macht van de verkoper heeft gebracht (zie paragraaf 4.3);
- De Baarns Beslag-procedure van toepassing is (zie paragraaf 4.4).

In de periode 1 oktober 2013 t/m 1 november 2014 is het slechts zes keer voorgekomen dat door notariskantoor mr. J.A. Kool namens een koper de koop is ingeschreven.

6.2: Beschouwing op de adviespraktijk

Alvorens de huidige adviespraktijk van notariskantoor mr. J.A. Kool te toetsen is het van belang om te achterhalen hoe door andere (kandidaat-)notarissen en deskundigen wordt gedacht over de Vormerkung. Daartoe is een enquête opgesteld en verspreid onder verschillende notariskantoren in Nederland.⁸⁹ Bovendien is contact opgenomen met een deskundige uit de deurwaarderspraktijk.

Uit de gehouden enquête is gebleken dat een kandidaat-notaris van een notariskantoor uit de regio Haaglanden cliënten niet wijst op het mogelijke risico van een derdenbeslag op de koopsom. Wil een koper gebruikmaken van de mogelijkheid om de koop in te schrijven en geeft de koper de notaris daartoe opdracht, dan zal de notaris deze opdracht aanvaarden en de koop namens de koper inschrijven. In een aantal situaties wordt zelfs nadrukkelijk aanbevolen om gebruik te maken van de mogelijkheid om de koop in te schrijven. Het betreft situaties waarin:

- Uit aanwijzingen blijkt dat de persoon van de verkoper onbetrouwbaar is, waardoor de koper vreest dat de verkoper de afspraken die bij de koop gemaakt zijn niet na zal komen en dat de koper het registergoed niet volgens afspraak geleverd krijgt;
- Aanwijzingen erop duiden dat de verkoper voor levering van het registergoed in staat van faillissement zal worden verklaard;
- Een schuldeiser voornemens is verhaalsbeslag te leggen op het registergoed waartoe de koop strekt, waardoor de koper (indien de koop niet wordt ingeschreven) een registergoed geleverd krijgt waar een beslag op rust;
- De verkoper betalingsachterstanden heeft bij een Vereniging van Eigenaren;⁹⁰
- De verkoper het te leveren registergoed heeft bezwaard met een tophypothek;⁹¹

Op de vraag of het notariskantoor in het verleden aansprakelijk gesteld is als gevolg van een gegeven advies om de koop in te schrijven in de openbare registers is het antwoord dat dit niet het geval is geweest.

De heer mr. J. Nijenhuis⁹², professional op het gebied van het executie- en beslagrecht, is van oordeel dat een koper door toepassing van de Vormerkung de garantie heeft dat hij een registergoed geleverd krijgt waar geen hypotheek op gevestigd zijn en waar geen beslagen op rusten. Indien een koper geen gebruik maakt van de mogelijkheid om de koop in te schrijven, dan zal deze koper het risico lopen een registergoed geleverd te krijgen waar een beslag op rust of waar een hypotheekrecht op gevestigd is. Inschrijving van de koop hoeft de koper geen extra geld te kosten als de koper een *package-deal* sluit met een notaris waar hij de koop laat inschrijven en de akte van levering laat passeren. Mocht het niet lukken om een *package-deal* te sluiten, dan kan de koper besluiten om zijn opdracht te verstrekken aan een andere notaris waarbij het sluiten van een *package-deal* wél mogelijk is. Nijenhuis beveelt aan de Vormerkung te adviseren indien de koper sterke aanwijzingen en/of vermoedens heeft dat de verkoper in financiële moeilijkheden verkeert of dreigt te verkeren. De Vormerkung zorgt ervoor dat de koper, ondanks betalingsproblemen van de verkoper, geleverd krijgt waar hij uit hoofde van de koopakte recht op heeft. Mocht een schuldeiser van de verkoper ná Vormerkung beslag leggen op de koopsom onder de koper, dan is de koper er in ieder geval van verzekerd dat hij een registergoed krijgt geleverd vrij van hypotheek en beslagen.

⁸⁹ Zie bijlage 1.

⁹⁰ Een Vereniging van Eigenaren beheert appartementsrechten die rusten op woningen die behoren tot een appartementencomplex. De Vereniging van Eigenaren draagt zorg voor het onderhoud aan het appartementencomplex.

⁹¹ Een tophypothek is een hypotheek die de executiewaarde van een registergoed overstijgt. De geleende geldsom (met het registergoed als onderpand) is berekend aan de hand van wat een eigenaar van een registergoed maximaal zou kunnen lenen.

⁹² De heer mr. J. Nijenhuis is werkzaam als gerechtsdeurwaarder in Roermond. Tevens is de heer mr. J. Nijenhuis werkzaam als judicial officer bij de KBvG.

Nijenhuis betoogt dat een beslag op de koopsom een grote impact kan hebben op de koper van een registergoed, hetgeen kan zorgen voor psychische schade. Een notaris dient een koper uitgebreid te informeren over de mogelijke risico's die verbonden zijn aan het inschrijven van de koop. Het is vervolgens aan de koper om te oordelen welke mogelijke risico's hij bereid is te aanvaarden. Enerzijds kan een koper ervoor kiezen de koop in te schrijven in de openbare registers teneinde het recht op daadwerkelijke levering veilig te stellen. Hierbij is de kans aanwezig dat een schuldeiser van de verkoper beslag zal leggen op de koopsom onder de koper. Anderzijds kan een koper ervoor kiezen om af te zien van inschrijving van de koop. Dit laatste kan tot mogelijk gevolg hebben dat de koper een registergoed geleverd krijgt waar een (hypotheek)recht op is gevestigd of waar een beslag op rust.⁹³

6.3: De huidige adviespraktijk getoetst

Om te bepalen of de huidige adviespraktijk van notariskantoor mr. J.A. Kool geoorloofd is, zal het daadwerkelijke risico dat een koper (als gevolg van inschrijving van de koop) loopt afgezet moeten worden tegen de mate waarin een notaris een koper tegen zichzelf in bescherming moet nemen (bij advisering om de koop al dan niet in te schrijven). Jaarlijks worden ongeveer 175.000 koopovereenkomsten gesloten waarvan zo'n 5 tot 10% wordt ingeschreven. Het komt daarbij ongeveer 50 keer voor dat een schuldeiser beslag legt ter zake van de koopsom. In de helft van het aantal gevallen betreft het een beslag op de koopsom onder de koper.⁹⁴ De kans dat door een schuldeiser van de verkoper beslag op de koopsom onder de koper wordt gelegd is klein. Indien een schuldeiser beslag op de koopsom onder de koper wil leggen, dan heeft hij daartoe verlof van de voorzieningenrechter nodig. De voorzieningenrechter zal bij het verlenen van verlof de beslagsyllabus hanteren waarin is bepaald dat het verlof tot het leggen van beslag op de koopsom onder de koper onder voorwaarden kan worden verleend. Een van de voorwaarden is dat een schuldeiser slechts beslag op de koopsom onder de koper kan leggen ter zake van het restant van/overschot op de koopsom, waardoor de koper nog de mogelijkheid heeft om de koopsom onder de notaris te storten (zie paragraaf 3.1.5). De kans dat een beslaglegger zich vervolgens niet aan de voorwaarden van het verlof zal houden (waardoor de koper de mogelijkheid wordt ontnomen om de koopsom onder de notaris te storten) is klein. Mocht deze situatie zich desondanks voordoen, dan zijn de gevolgen voor de koper niet te overzien. Dit kan zorgen voor psychische schade bij de koper.

Een notaris heeft een lijdelijke positie en is in de uitoefening van zijn werkzaamheden gehouden aan de zorgplicht van art. 17 Wna. Het behoort tot de taak van een notaris om cliënten voor te lichten over de diensten die hij aanbiedt. Een notaris mag daarbij adviezen verstrekken, maar hij mag niet namens partijen beslissingen nemen. De bevoegdheid van een notaris om de koop van een registergoed in te schrijven vloeit voort uit art. 7:3 lid 6 BW. In art. 21 lid 1 Wna is bepaald dat een notaris verplicht is de aan hem bij of krachtens de wet opgedragen taken te verrichten. Mocht een koper de notaris verzoeken de koop van een registergoed in te schrijven, dan zal de notaris deze opdracht in beginsel niet mogen weigeren. In plaats daarvan zal de notaris (op grond van de aan hem toekomende zorgplicht) in zijn voorlichting de koper moeten wijzen op de mogelijke gevolgen en risico's die notariële handelingen voor de koper kunnen hebben. In casu zal de notaris de koper (die verzoekt om de koop in te schrijven) moeten wijzen op het gevolg dat door inschrijving van de koop de naam van de koper openbaar wordt, waardoor een schuldeiser van de verkoper eventueel beslag kan leggen ter zake van de

⁹³ Nijenhuis 21 oktober 2014: mondeling interview

⁹⁴ Informatie verkregen na een telefoongesprek met het Kadaster d.d. 17 november 2014.

koopsom onder de koper (waarbij de kans zich kan voordoen dat de koper de koopsom niet meer onder de notaris kan storten).

Een notaris dient ervoor te zorgen dat een cliënt door het verrichten van een notariële handeling (in casu het inschrijven van de koop) geen voorzienbare risico's zal lopen die te vermijden zijn. Dit betekent niet dat hierbij ieder denkbaar risico (in casu de kans dat een schuldeiser beslag zal leggen op de koopsom onder de koper) uitgesloten mag worden. Noch betekent dit dat elke tekortkoming of beoordelingsfout automatisch zal leiden tot aansprakelijkheid van de notaris. Een notaris moet erop toezien dat de koper (die de notaris verzoekt de koop in te schrijven) door toepassing van de Vormerkung niet wordt blootgesteld aan onnodige risico's. Van een onnodig risico is sprake als een risico door een notaris voorzienbaar is en door hem vermeden had kunnen worden. De vraag die vervolgens ontstaat is als volgt: *schept een notaris voor een koper een onnodig risico indien hij een koper adviseert om de koop in te schrijven waarbij de kans aanwezig is dat de koper (als gevolg van een beslag op de koopsom onder de koper) de koopsom niet meer onder de notaris kan storten?*

Om bovenstaande vraag te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk om te achterhalen of een beslag op de koopsom onder de koper voorzienbaar is. Mocht een beslag op de koopsom onder de koper door een notaris voorzienbaar zijn, dan moet vervolgens worden bepaald of het risico (dat de koper de koopsom niet onder de notaris kan storten) door de notaris te vermijden is.

Op het moment dat een koper een notaris verzoekt om de koop in te schrijven, kan een koper het vermoeden hebben dan wel over aanwijzingen beschikken dat de verkoper financiële problemen heeft. Een notaris zal de koper de vraag moeten stellen of hij weet of de verkoper financiële problemen heeft dan wel problemen heeft met schuldeisers die eventueel beslag kunnen leggen. Mocht het antwoord van de koper bevestigend zijn, dan kan de notaris de koper als volgt adviseren:

- De notaris kan het advies geven om gebruik te maken van de mogelijkheid om de koop in te schrijven, waardoor de koper (alleen in geval beslag wordt gelegd op het restant van/overschot op de koopsom onder de koper) ervan verzekerd is dat hij een registergoed geleverd krijgt zonder beslagen.
De koper zal hierbij het *voorzienbare* risico lopen dat een schuldeiser (in weerwil van een geclausuleerd beslagverlof) geen genoegen neemt met het restant van/overschot op de koopsom en beslag legt op de netto-opbrengst van het registergoed, waardoor de koper de koopsom niet meer onder de notaris kan storten;
- De notaris kan het advies geven om geen gebruik te maken van de mogelijkheid om de koop in te schrijven. De koper zal hierbij het *voorzienbare* risico lopen een registergoed geleverd te krijgen waar een beslag op rust.

De koper loopt, ongeacht hoe de notaris hem adviseert, een voorzienbaar risico geconfronteerd te worden met beslagen. Anderzijds is onvoorzienbaar of een schuldeiser daadwerkelijk beslag zal leggen.

In geval de notaris het risico van een beslag op de koopsom onder de koper (als mogelijk gevolg van inschrijving van de koop) probeert te vermijden, dan loopt de koper (door de koop niet in te schrijven) het risico een registergoed geleverd te krijgen waar een beslag op rust. Moet de notaris de koper behoeden voor een beslag op de koopsom onder de koper, of moet de notaris de koper behoeden voor een beslag op het registergoed? Voor een notaris is het kiezen uit twee kwaden. Een notaris doet er daarom verstandig aan beide situaties met de koper te bespreken.

Anderzijds kan betoogd worden dat het inschrijven van de koop in de openbare registers een notariële handeling is die de koper geld kost. Doorgaans verlangt een koper een

overdracht die probleemloos verloopt tegen zo min mogelijk kosten. Het effect van de Vormerkung is discutabel, aangezien de koper onder de huidige regeling onvoldoende wordt beschermd tegen beslagen op de koopsom onder de koper. De vraag die vervolgens ontstaat is: *moet een notaris de koper op extra kosten jagen door hem te adviseren om de koop in te schrijven?*

Door af te zien van de mogelijkheid om de koop in te schrijven, zal de koper het risico lopen dat hij het registergoed (waartoe de koop strekt) in het slechtste geval niet geleverd krijgt. Hoe erg is dat voor de koper? De koper zal slechts een financieel risico lopen indien hij (een deel van) de koopsom voor het moment van levering in de macht van de verkoper heeft gebracht (zie paragraaf 4.3). De notaris zal aan de koper de vraag moeten stellen of dit daadwerkelijk het geval is. Geeft de koper een bevestigend antwoord, dan kan dit voor de notaris een doorslaggevende factor zijn om te adviseren gebruik te maken van de Vormerkung. De (in verhouding geringe) kosten van inschrijving zullen niet opwegen tegen het mogelijke verlies van de (deels) aanbetaalde koopsom.

Daarnaast is inschrijving van de koop noodzakelijk in geval een gemeente een voorkeursrecht op grond van de *Wet voorkeursrecht gemeenten* kan invoeren. Inschrijving van de koop zorgt ervoor dat de koop onaantastbaar wordt (zie paragraaf 4.1). Een notaris zal derhalve aan de koper moeten vragen of hij weet of de gemeente een voorkeursrecht op grond van de *Wet voorkeursrecht gemeenten* kan invoeren. Inschrijving van de koop kan bovendien nuttig zijn indien een koper geen beroep kan doen op het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW en de bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW (zie paragraaf 4.2). Een notaris dient na te gaan of dit het geval is. Inschrijving van de koop is echter niet noodzakelijk. Bovendien loopt de koper geen financieel risico zo lang hij (een deel van) de koopsom nog niet voldaan heeft. Verder is inschrijving van de koop nuttig indien de Baarns Beslag-procedure van toepassing is (zie paragraaf 4.4).

Dat notariskantoor mr. J.A. Kool terughoudend is om kopers op de mogelijkheid te wijzen om de koop in te schrijven valt, vanuit de optiek dat een schuldeiser beslag kan leggen ter zake van de koopsom, te verdedigen. De wetgever biedt kopers onder de huidige regeling van de Vormerkung immers geen bescherming tegen een beslag op de koopsom onder de koper. Voor een koper is het alleen zinvol extra kosten te maken indien de kosten van inschrijving lager zijn dan het mogelijke financiële risico dat de koper (een deel van) de aanbetaalde koopsom kwijt is in geval het registergoed niet geleverd zal worden.

Een notaris kan aansprakelijk worden gesteld voor de gevolgen van notariële handelingen. In de *Algemene voorwaarden beroepsaansprakelijkheid* die de KNB aan notarissen oplegt is in art. 1 lid 3 bepaald dat een notaris verzekerd dient te zijn voor maximaal € 25.000.000,- per gebeurtenis per jaar. Het jaarmaximum per notaris is € 50.000.000,- per verzekeringsjaar.⁹⁵ De aansprakelijkheid van een notaris kan wel worden beperkt. Het kan een aanbeveling zijn om, mocht op aandringen van de koper (in weerwil van het advies van de notaris om af te zien van inschrijving van de koop) de koop worden ingeschreven, de voorwaarde te hanteren dat de notaris zich niet aansprakelijk acht voor de gevolgen van die inschrijving. Bij het hanteren van deze voorwaarde is enige terughoudendheid geboden, aangezien in art. 6:237 sub f BW is bepaald dat de voorwaarde die een gebruiker geheel of ten dele bevrijdt van schadevergoeding wordt *vermoed* kennelijk onredelijk bezwarend te zijn. Door de gebruiker van deze voorwaarde (in casu de notaris) zal moeten worden bewezen dat exoneration onder omstandigheden toelaatbaar is. Van toelaatbaarheid zal niet snel sprake zijn, aangezien de notaris die de koop heeft ingeschreven heeft gehandeld in de uitvoering van zijn werkzaamheden als

⁹⁵ 'Algemene voorwaarden beroepsaansprakelijkheid', *Notariskantoor Mr. J.A. Kool* 2012, www.notariskool.nl (zoek op *algemene voorwaarden*).

notaris waarbij hij zich dient te houden aan zijn zorgplicht.⁹⁶ Het wordt anders in geval een notaris de overtuiging heeft dat hij heeft gehandeld in lijn met de zorgplicht die op hem rust. In dat geval zal een notaris zich ervan moeten vergewissen dat hij er alles aan gedaan heeft om de koper te beschermen tegen het voorzienbare risico dat beslag gelegd kan worden op de koopsom onder de koper.

Een notaris kan zich exonereren als hij een koper (voor toepassing van de Vormerkung) de algemene voorwaarde ter hand stelt en de koper vervolgens ondubbelzinnig verklaart dat:

- Hij door de notaris op duidelijke wijze is geïnformeerd over de notariële handeling;
 - Hij door de notaris voldoende is gewezen op mogelijke gevolgen en risico's van de notariële handeling;
 - De gevolgen van de notariële handeling voor rekening en risico komen van de koper.
- Notariskantoor mr. J.A. Kool maakt thans geen gebruik van een exoneratiebeding bij inschrijving van de koop, aangezien de koop van een registergoed niet snel wordt ingeschreven.

⁹⁶ Zie art. 7:3 lid 6 BW. In dit artikel is bepaald dat een notaris voor inschrijving van de koop een registerverklaring moet afgeven.

6.4: Conclusie

Mocht een koper notariskantoor mr. J.A. Kool verzoeken om de koop van een registergoed in te schrijven, dan zal de koper worden gewezen op het risico dat een schuldeiser van de koper na inschrijving mogelijk beslag kan leggen op de koopsom onder de koper. Door kopers af te raden gebruik te maken van de Vormerkung is het aantal inschrijvingen door notariskantoor mr. J.A. Kool beperkt.

Kopers van registergoederen verlangen doorgaans een overdracht zonder problemen tegen zo min mogelijk kosten. Inschrijving van de koop is een notariële handeling die de koper geld kost, terwijl het effect van deze handeling discutabel is. De koper wordt door gebruik te maken van de Vormerkung niet beschermd tegen een beslag op de koopsom onder de koper. Anderzijds, in geval de koper afziet van toepassing van de Vormerkung, loopt de koper het risico een registergoed geleverd te krijgen waar een beslag op rust. Voor een notaris is het hierdoor lastig om een koper onder huidig recht van een goed advies te kunnen voorzien, aangezien hij bij advisering zal moeten kiezen uit twee kwaden.

De zorgplicht die op het handelen van de notaris van toepassing is brengt met zich mee dat een notaris de koper wijst op de risico's en mogelijke gevolgen van notariële handelingen. Een notaris zal een koper moeten wijzen op de gevolgen en risico's in geval de koop wordt ingeschreven en in geval inschrijving van de koop achterwege blijft. De lijdelijke positie van de notaris zorgt ervoor dat een notaris onafhankelijk moet blijven en niet namens een koper een beslissing mag nemen. De koper zal zelf moeten bepalen of hij het advies van de notaris op wil volgen.

In de volgende situaties kan het nuttig en/of noodzakelijk zijn om het advies te geven om de koop in te schrijven in de openbare registers:

- In een situatie waarin een gemeente een voorkeursrecht op grond van de *Wet voorkeursrecht gemeenten* kan invoeren;
- In een situatie waarin een koper geen beroep kan doen op het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW en de bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW;
- In een situatie waarin een koper de (een gedeelte van) de koopsom voor levering in de macht van de verkoper heeft gebracht;
- In een situatie waarin de Baarns Beslag-procedure van toepassing is.

Mocht een koper gebruik willen maken van de mogelijkheid om de koop in te schrijven, dan is het een aanbeveling om de voorwaarde te hanteren dat de notaris zich niet aansprakelijk acht voor de gevolgen van die inschrijving. De notaris zal hierbij de overtuiging moeten hebben dat hij heeft gehandeld in lijn met de zorgplicht die op hem rust, waardoor hij zich ervan zal moeten vergewissen dat hij er alles aan gedaan heeft om de koper te beschermen tegen het voorzienbare risico dat beslag gelegd kan worden op de koopsom onder de koper.

7. Advisering Vormerkung naar toekomstig recht

Na in het zesde hoofdstuk onderzocht te hebben hoe onder huidig recht geadviseerd kan worden inzake de Vormerkung, zal in het zevende hoofdstuk worden onderzocht hoe een (kandidaat-)notaris naar toekomstig recht zou kunnen adviseren. Daartoe zal het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* worden behandeld, waarna het standpunt van de KNB inzake dit wetsvoorstel besproken zal worden. Hierna zal, vooruitlopend op het van kracht worden van het wetsvoorstel, worden onderzocht of de wetswijzigingen die het wetsvoorstel omvat van invloed zijn op het advies van de (kandidaat-)notaris inzake de Vormerkung.

7.1: Het Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung

Het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* voorziet in het verbeteren van de werking van de Vormerkung bij conservatoir- en executoriaal beslag. Onder huidig recht kan een schuldeiser van de verkoper ná Vormerkung beslag leggen op de koopsom onder de koper, waardoor de koper de koopsom niet meer onder de notaris kan storten en de overdracht van een registergoed (waartoe de koopsom strekt) in gevaar kan komen (zie paragraaf 3.1.3).

Het wetsvoorstel biedt de koper de mogelijkheid om, in weerwil van een beslag op de koopsom onder de koper, de koopsom onder de notaris te storten. Dit heeft tot gevolg dat een schuldeiser van de verkoper beslag zal moeten leggen op de koopsom onder de notaris om alsnog in de opbrengst van het registergoed te kunnen delen.⁹⁷ Een dergelijk beslag zal geen consequenties hebben voor de overdracht van een registergoed in geval de koopsom direct is gestort op de derdengeldenrekening onder de notaris. In art. 25 lid 5 Wna is bepaald dat het aandeel van een rechthebbende op de derdengeldenrekening niet vatbaar is voor derdenbeslag, in casu de koopsom die de koper ten behoeve van de verkoper onder de notaris heeft gestort.

Allereerst wordt voorgesteld om art. 7:3 lid 4 BW te wijzigen. Het artikel zal als volgt gaan luiden:

Art. 7:3 lid 4 BW:

'De inschrijving van de koop verliest de in lid 3 bedoelde werking met terugwerkende kracht, indien het goed niet binnen zes maanden na de inschrijving aan de koper geleverd is door de notaris die is aangewezen in de koopakte, dan wel diens waarnemer of opvolger. In dat geval wordt bovendien de koop niet geacht kenbaar te zijn door raadpleging van de openbare registers.'⁹⁸

⁹⁷ MvT wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung bij beslag, p. 2.

⁹⁸ Zie Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung bij beslag.

De leden 6 en 7 van art. 7:3 BW zullen worden vernummerd in 7 en 8, waarna een nieuw zesde lid zal worden ingevoegd. Dit lid zal als volgt gaan luiden:

Art. 7:3 lid 6 BW (nieuw):

'In afwijking van het vierde lid kunnen partijen overeenkomen dat de akte van levering wordt verleden door een notaris die niet is aangewezen in de koopakte, indien de nieuw aangewezen notaris een akte laat inschrijven waaruit dit blijkt. De inschrijving van deze akte vindt slechts plaats indien onder deze akte een ondertekende en gedateerde verklaring van de nieuw aangewezen notaris is opgenomen, die zijn naam, voornamen, standplaats en kwaliteit bevat en waarin wordt verklaard dat partijen, in afwijking van de eerder ingeschreven koop, deze notaris hebben aangewezen als de notaris die de akte van levering zal verlijden en indien de akte niet later dan op de zevende dag voor de dag waarop de akte van levering is verleden in de openbare registers is ingeschreven.'⁹⁹

Partijen kunnen besluiten om de akte van levering te laten verlijden door een andere notaris dan de notaris die de koop heeft ingeschreven. De verandering van notariskeuze zal op grond van art. 7:3 lid 6 BW moeten worden ingeschreven in de openbare registers.¹⁰⁰ Door inschrijving van de naam, standplaats en kwaliteit van de notaris die de akte van levering zal verlijden kunnen partijen niet uitwijken naar een andere notaris om een beslag op de koopsom onder de notaris te vermijden. Bij de totstandkoming van de Vormerkung is immers bepaald dat een schuldeiser van de verkoper ná Vormerkung (door middel van het leggen van derdenbeslag op de koopsom) naar evenredigheid nog kan meedelen in de opbrengst van het verkochte registergoed, waardoor de mogelijkheid tot het leggen van derdenbeslag op de koopsom zal moeten blijven bestaan.¹⁰¹ In art. 7:3 lid 6 BW is, om deze mogelijkheid open te houden, bepaald dat het slechts is toegestaan om van notaris te wisselen indien de nieuwe notaris een akte laat inschrijven in de openbare registers. Uit deze akte moet de wil van partijen blijken dat de nieuwe notaris aangewezen is om de akte van levering te verlijden. De akte die wordt ingeschreven moet worden ondersteund door een notariële verklaring van de nieuwe notaris. Voorgesteld wordt om een termijn van zeven dagen te hanteren tussen de inschrijving van de notariswijziging en het passeren van de akte van levering. Hiermee kan worden voorkomen dat een schuldeiser steeds de openbare registers moet raadplegen voordat beslag gelegd kan worden op de koopsom onder de notaris.

Lid 8 zal worden gewijzigd en komt te luiden:

Art. 7:3 lid 8 BW:

'De leden 1-7 zijn niet van toepassing op huurkoop.'¹⁰²

⁹⁹ Zie Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung bij beslag.

¹⁰⁰ MvT wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung bij beslag, p. 10.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 10.

¹⁰² Zie Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung bij beslag.

Naast art. 7:3 BW zal ook art. 475h Rv worden gewijzigd. Na art. 475h lid 2 Rv zal een nieuw derde lid worden ingevoegd. Art. 475h lid 3 Rv zal als volgt luiden:

Art. 475h lid 3 BW:

'In afwijking van het eerste lid kan een in weerwil van het beslag door de derde-beslagene gedane betaling aan de notaris ten behoeve van de overdracht van een registergoed tegen de beslaglegger worden ingeroepen, voor zover dit beslag is gelegd nadat de koop van het registergoed is ingeschreven in de openbare registers, bedoeld in afdeling 2 van titel 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, op de wijze die is voorgeschreven in artikel 3 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.¹⁰³

De koper kan op grond van art. 475h lid 3 BW, in weerwil van een beslag op de koopsom onder de koper, niet worden verhinderd om de koopsom bevrijdend onder de notaris te storten. In geval een deurwaarder namens een schuldeiser een beslagexploot (inclusief executoriale titel) wil betekenen aan de koper, dan zal de koper overeenkomstig art. 476a lid 1 Rv een verklaring moeten afleggen.¹⁰⁴ De koper kan verklaren dat hij ter zake van de koopsom niets meer verschuldigd is aan de schuldeiser. De schuldeiser zal vervolgens beslag moeten leggen op de koopsom onder de notaris.

7.2. Afwegingen die aan het wetsvoorstel ten grondslag liggen

Bij de totstandkoming van het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* is onderzocht of een rangorde van schuldeisers (die ontstaat doordat beslagen na inschrijving van de koop niet meer tegen de koper ingeroepen kunnen worden) voorkomen kan worden. Door een gelijke behandeling van anterieure- en posterieure beslagleggers te bewerkstelligen zal afbreuk gedaan moeten worden aan de positie van anterieure beslagleggers. Hiertoe zullen anterieure beslagen opgeheven moeten worden, waardoor posterieure beslagleggers alsnog kunnen meedelen in de opbrengst van het registergoed. Een mogelijk gevolg hiervan is dat anterieure beslagleggers zullen weigeren om hieraan hun medewerking te verlenen, aangezien het opheffen van beslagen ervoor zorgt dat anterieure beslagleggers aanspraak kunnen maken op een geringer aandeel in de opbrengst van het verkochte registergoed. Verwacht wordt dat de overdracht van registergoederen vertraging zal oplopen door problemen tussen schuldeisers bij het verdelen en het uitkeren van de koopsom, waardoor is besloten om het idee van een gelijke verdeling tussen schuldeisers te laten voor wat het is.

Tevens is onderzocht of een beslag op de koopsom onder de koper van rechtswege kan worden geconverteerd in een beslag op de koopsom onder de notaris. Om dit te bewerkstelligen zou art. 455a Rv gewijzigd moeten worden. Wijziging van art. 455a Rv zou leiden tot een breuk met het huidige wettelijke systeem waarbij een koopsomvordering niet als een vordering tot vergoeding wordt beschouwd. In art. 455a Rv is bepaald dat een beslag pas geconverteerd kan worden als de vordering waar beslag op rust aan de koper is betekend. Om conversie mogelijk te maken zal de koper bij betekening moeten verklaren bij welke notaris de akte van levering zal worden verleden. Dit is onwenselijk, omdat de koper zijn medewerking moet verlenen aan het leggen van beslag op de koopsom onder de notaris.

¹⁰³ Zie Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung bij beslag.

¹⁰⁴ In art. 476a lid 1 Rv is bepaald dat een derde, zodra vier weken na het leggen van beslag zijn verstreken, een verklaring moet afleggen over de vorderingen en zaken die getroffen zijn door het beslag.

7.3: Visie van de KNB

De KNB heeft in haar reactie van 14 mei 2014 laten weten voorstander te zijn van het toevoegen van een nieuw lid aan art. 475h Rv. Het bewerkstelligen van de overdracht van een registergoed is volgens de KNB niet uitsluitend in het belang van de koper en verkoper, maar is in het belang van alle betrokken partijen. Anderzijds is de KNB minder gelukkig met de voorgestelde wijziging van art. 7:3 BW. De KNB acht de wijziging van art. 7:3 BW disproportioneel. Doordat een verandering van notariskeuze op grond van art. 7:3 lid 6 BW moet worden ingeschreven in de openbare registers, meent de KNB dat afbreuk wordt gedaan aan de vrije notariskeuze.

Inschrijving van de naam, standplaats en kwaliteit van de notaris waar de akte van levering zal worden verleden kan bijdragen aan vertraging bij totstandkoming van de koop, aangezien het bij de totstandkoming van de koop lang niet altijd duidelijk is bij welke notaris de akte van levering zal worden verleden. Partijen zullen door art. 7:3 lid 6 BW bij de totstandkoming van de koop al moeten bepalen welke notaris belast zal worden met het verlijden van de akte van levering.

De KNB meent verder dat de positie van de notaris onduidelijk is bij het hanteren van de zeven-dagentermijn. Onduidelijk is wat een notaris zal moeten doen als hij de opdracht krijgt om binnen zeven dagen de akte van levering te passeren. Evenmin is duidelijk wat een notaris (waarvan zijn naam, standplaats en kwaliteit niet is ingeschreven in de openbare registers) zal moeten doen in geval hij de opdracht krijgt om binnen de termijn van zeven dagen de akte van levering te verlijden. De memorie van toelichting, behorende bij het wetsvoorstel, laat zich niet over deze vragen uit.¹⁰⁵

7.4: Advisering naar toekomstig recht en de gevolgen voor de koper

Indien het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* zonder wijzigingen aangenomen wordt, dan krijgt de koper op grond van art. 475h lid 3 Rv de mogelijkheid om de koopsom (in weerwil van een beslag op de koopsom onder de koper) bevrijdend aan de notaris te voldoen. Indien een schuldeiser van de verkoper alsnog in de opbrengst wil delen, dan zal hij beslag moeten leggen op de koopsom onder de notaris. Dit beslag zal alleen doel treffen als de koopsom niet direct op de derdengeldenrekening is gestort.

Doorgaans wordt de koopsom door de koper direct op de derdengeldenrekening gestort, waardoor een beslag op de koopsom onder de notaris de overdracht van het registergoed niet meer kan blokkeren.

Nu een derdenbeslag op de koopsom niet meer van invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de overdracht van een registergoed, kan notariskantoor mr. J.A. Kool in de toekomst met overtuiging het advies geven om de koop in te schrijven. Inschrijving van de koop kost de koper geld, maar in ruil daarvoor geniet de koper wél bescherming (tegen rechtsfeiten die na de koop ingeroepen zouden kunnen worden) zonder het risico te lopen dat een derdenbeslag op de koopsom de overdracht van het registergoed kan blokkeren. De *Vormerkung* staat hierdoor garant dat de overdracht zonder voorzienbare problemen zal verlopen.

¹⁰⁵ Notariaat Magazine 2014-6

Notariaat Magazine. KNB reageert op voorontwerp verbeterde werking *Vormerkung* bij beslag, 's-Gravenhage: KNB 2014.

7.5: Conclusie

Het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* voorziet in het verbeteren van de werking van de Vormerkung bij conservatoir- en executoriaal beslag. Aan art. 475h lid 3 Rv wordt een nieuw derde lid toegevoegd. Dit lid voorziet in de mogelijkheid dat een koper, in weerwil van een beslag op de koopsom onder de koper, de koopsom bevrijdend onder de notaris kan storten. Mocht een deurwaarder een beslagexploot (inclusief executoriale titel) willen betekenen aan de koper, dan kan de koper verklaren dat hij ter zake van de koopsom niets meer verschuldigd is aan de schuldeiser die beslag heeft laten leggen op de koopsom onder de koper. De schuldeiser zal, om alsnog in de opbrengst van het verkochte registergoed te kunnen delen, beslag moeten leggen op de koopsom onder de notaris. Indien de koopsom direct door de koper op de derdengeldenrekening onder de notaris wordt gestort, dan zal een beslag op de koopsom onder de notaris geen doel treffen. Een derdenbeslag op de koopsom kan hierdoor de overdracht van een registergoed niet meer blokkeren. Notariskantoor mr. J.A. Kool kan aldus in de toekomst met overtuiging adviseren om de koop in te schrijven in de openbare registers. Inschrijving van de koop is een notariële handeling die de koper geld kost, maar in ruil daarvoor geniet de koper wél bescherming (tegen rechtsfeiten die na de koop ingeroepen zouden kunnen worden) zonder het risico te lopen dat een derdenbeslag op de koopsom de overdracht van het registergoed kan blokkeren.

8. Conclusies en aanbevelingen

In dit laatste hoofdstuk zullen conclusies worden getrokken (zie paragraaf 8.1) en aanbevelingen (zie paragraaf 8.2) worden gedaan.

8.1: Conclusies

De aanleiding voor het uitvoeren van dit onderzoek is dat het voor notariskantoor mr. J.A. Kool onduidelijk is in welke praktijksituaties de Vormerkung nuttig en/of noodzakelijk kan zijn. Toepassing van de Vormerkung zorgt er onder huidig recht voor dat schuldeisers van de koper na inschrijving van de koop beslag kunnen leggen op de koopsom onder de koper, waardoor de koper de koopsom mogelijk niet meer onder de notaris kan storten en de overdracht van een registergoed in gevaar kan komen.

Bij het uitvoeren van dit onderzoek is gekeken naar factoren die van invloed kunnen zijn op het advies van de (kandidaat-)notaris om de koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers, waarbij zal worden onderzocht in welke gevallen inschrijving van de koopovereenkomst nuttig en/of noodzakelijk is teneinde de overdracht van een registergoed voor kopers zoveel mogelijk zonder (financieel) nadelige gevolgen te laten plaatsvinden. Met deze informatie kan notariskantoor mr. J.A. Kool weloverwogen adviseren inzake de Vormerkung.

Factoren die van invloed kunnen zijn op het advies van de (kandidaat-)notaris om de koop in te schrijven zijn het financiële aspect van inschrijving en het risico dat na inschrijving van de koop door een schuldeiser van de verkoper mogelijk beslag kan worden gelegd op de koopsom onder de koper. Uitgangspunt is dat een koper baat heeft bij een overdracht zonder problemen tegen zo min mogelijk kosten. Inschrijving van de koop is een notariële handeling die een koper geld kost, terwijl het effect van deze handeling discutabel is aangezien een beslag op de koopsom onder de koper ervoor kan zorgen dat de overdracht mogelijk niet zeker wordt gesteld. De koper kan worden geconfronteerd met de problemen die de verkoper met diens schuldeisers heeft, hetgeen bij de koper psychische schade kan veroorzaken. Daarnaast speelt ook de zorgplicht (die op het handelen van de notaris van toepassing is) een rol bij advisering van cliënten. Een notaris heeft de plicht om ervoor te zorgen dat een cliënt door het verrichten van een notariële handeling geen voorzienbare risico's zal lopen die door de notaris te vermijden zijn. Dit betekent niet dat ieder denkbaar risico uitgesloten mag worden. Een notaris moet erop toezien dat een cliënt door het verrichten van notariële handelingen niet zal worden blootgesteld aan onnodige risico's. Een notaris heeft een lijdelijke positie, maar zijn positie is niet lijdelijk meer indien een cliënt tegen zichzelf of derden in bescherming genomen zal moeten worden.

De kans op een mogelijk beslag op de koopsom onder de koper na inschrijving van de koop is voorzienbaar, aangezien een notaris behoort te weten dat inschrijving van de koop ervoor zorgt dat de naam van de koper openbaar wordt waardoor beslag kan worden gelegd ter zake van de koopsom onder de koper. De Vormerkung beschermt een koper tegen verhaalsbeslagen op een registergoed. Mocht een schuldeiser ná Vormerkung verhaalsbeslag leggen op een registergoed, dan zal dit beslag niet tegen de koper ingeroepen kunnen worden. Deze schuldeiser zal, teneinde zijn vordering alsnog te kunnen voldoen, mogelijk beslag leggen op de koopsom onder de koper. Anderzijds is onvoorzienbaar dat een schuldeiser daadwerkelijk over zal gaan tot het leggen van beslag, al kunnen daartoe wel aanwijzingen zijn.

Het voorzienbare risico dat een schuldeiser van de verkoper beslag zal leggen ter zake van de koopsom onder de koper kan door de notaris worden vermeden door het advies te geven om de koop niet in te schrijven. Het gevolg hiervan kan zijn dat de koper een registergoed geleverd zal krijgen waar een beslag op rust. Een notaris zal op grond van zijn zorgplicht de koper moeten wijzen op dit mogelijke risico.

De lijdelijke positie van de notaris brengt met zich mee dat hij niet namens partijen beslissingen mag nemen. De koper zal zelf moeten beslissen of hij al dan niet gebruik wil maken van de mogelijkheid om de koop in te schrijven. Een notaris zal de koper op heldere- en deskundige wijze moeten informeren over notariële handelingen die hij namens de koper kan verrichten. Mocht een koper advies willen inzake de Vormerkung, dan zal de notaris aan de koper moeten vragen of hij (een gedeelte van) de koopsom buiten de notaris om in de macht van de verkoper heeft gebracht. Mocht dit daadwerkelijk het geval zijn, dan loopt de koper een financieel risico indien hij het registergoed niet geleverd zal krijgen. De koper is in het slechtste scenario de aanbetaalde koopsom kwijt. De Vormerkung is in deze situatie van toegevoegde waarde, aangezien de (relatief geringe) kosten van inschrijving niet op zullen wegen tegen de waarde van aanbetaalde koopsom.

Verder is inschrijving van de koop noodzakelijk in geval een voorkeursrecht op grond van de *Wet voorkeursrecht gemeenten* ingeroepen kan worden. Door de koop in te schrijven wordt de koop onaantastbaar. De notaris zal aan de koper moeten vragen of een voorkeursrecht ingeroepen kan worden.

Bovendien kan inschrijving van de koop nuttig zijn in geval de koper geen beroep kan doen op het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW en de bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW. Dit is het geval indien een zakelijke koper een registergoed in eigendom wil verkrijgen of indien een consument een registergoed anders dan een woning in eigendom wil verkrijgen. Mocht de koper (ondanks afwezigheid van het schriftelijkheidsvereiste) met de verkoper de koop schriftelijk bedingen, dan kan dit aanleiding zijn om af te zien van inschrijving van de koop. De notaris zal moeten nagaan of de koop schriftelijk- dan wel mondeling bedongen is. Daarnaast zal hij moeten nagaan of de koper een beroep kan doen op de wettelijke bedenktijd.

Tot slot kan inschrijving van de koop nuttig zijn indien sprake is van de Baarns Beslagprocedure, waarbij de notaris (om de overdracht van het aankopende huis van de verkoper zeker te stellen) de koopsom moet uitbetalen voor verwerking van de akte van levering (van de verkochte woning van de verkoper) in de openbare registers. De notaris die belast is met de overdracht van de oude woning van de verkoper zal de notaris die belast is met de overdracht van de aankopende woning een brief sturen. In deze brief verklaart eerstgenoemde notaris de koopsom beschikbaar te stellen voor de overdracht van de aankopende woning onder voorwaarde dat de koopsom wordt teruggestort indien uit narecherche blijkt dat na het passeren van de akte van levering (en voordat de akte van levering is verwerkt) beslag op de woning is gelegd of een hypotheekrecht (in de vorm van een overbruggingshypotheek) op de verkochte woning is gevestigd.

Indien het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* zonder wijzigingen wordt aangenomen, dan verkrijgt de koper de mogelijkheid om, in weerwil van een beslag op de koopsom onder de koper, de koopsom bevrijdend onder de notaris te storten. De schuldeiser die beslag heeft gelegd op de koopsom onder de koper zal vervolgens beslag moeten leggen op de koopsom onder de notaris. Dit beslag zal alleen doel treffen indien de koopsom niet direct wordt gestort op de derdengeldenrekening onder de notaris, hetgeen in de praktijk niet of nauwelijks zal voorkomen. De voorgenomen wetwijziging zal van invloed zijn op het advies van de (kandidaat-)notaris om de koop in te schrijven, aangezien een derdenbeslag op de koopsom niet meer van invloed kan zijn op het zeker stellen van de overdracht van een registergoed.

8.2: Aanbevelingen

In de situatie dat namens een koper (in weerwil van het advies van de notaris om af te zien van inschrijving van de koop) de koop wordt ingeschreven in de openbare registers, dan kan het een aanbeveling zijn de voorwaarde te hanteren dat de notaris zich niet aansprakelijk acht voor de gevolgen van die inschrijving.

Terughoudendheid bij het hanteren van deze voorwaarde is geboden, aangezien in art. 6:237 sub f BW is bepaald dat de voorwaarde die een gebruiker geheel of ten dele bevrijdt van schadevergoeding wordt *vermoed* kennelijk onredelijk bezwarend te zijn. Bewezen zal moeten worden dat exoneration onder de gegeven omstandigheden toelaatbaar is. Van toelaatbaarheid is niet snel sprake, aangezien een notaris in de uitoefening van zijn ambt is gehouden aan zijn zorgplicht. Het wordt anders indien de notaris ervan overtuigd is dat hij heeft gehandeld in lijn met zijn zorgplicht. In dat geval zal de notaris zich ervan moeten vergewissen dat hij er alles aan gedaan heeft om de koper te beschermen tegen het voorzienbare risico dat beslag gelegd kan worden op de koopsom onder de koper.

Een notaris kan zich exonereren als hij een koper (voor toepassing van de Vormerkung) de algemene voorwaarde ter hand stelt en de koper vervolgens ondubbelzinnig verklaart dat:

- Hij door de notaris op duidelijke wijze is geïnformeerd over de notariële handeling;
- Hij door de notaris voldoende is gewezen op mogelijke gevolgen en risico's van de notariële handeling;
- De gevolgen van de notariële handeling voor rekening en risico komen van de koper.

Evaluatie en vervolgonderzoek

Het onderzoek naar de Vormerkung en advisering hieromtrent door de (kandidaat)notaris heeft plaatsgevonden in de periode september 2014 t/m januari 2015. Tijdens het schrijven van deze scriptie was het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* in behandeling bij de Raad van State. Het is niet bekend wanneer en in welke vorm dit wetsvoorstel in werking gaat treden. Mocht het *Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung* in gewijzigde vorm worden aangenomen, dan is aanvullend onderzoek noodzakelijk om te beoordelen of het wetsvoorstel consequenties zal hebben voor de adviespraktijk van de (kandidaat)notaris.

Dit onderzoek is verricht voor notariskantoor mr. J.A. Kool in opdracht van mr. J.A. Kool, notaris bij notariskantoor mr. J.A. Kool. Deze scriptie maakt inzichtelijk hoe en onder welke omstandigheden inschrijving van de koop weloverwogen geadviseerd kan worden door notariskantoor mr. J.A. Kool. Daarnaast is deze scriptie interessant voor (aankomend) juristen die informatie willen verkrijgen over de (werking van de) Vormerkung en advisering inzake toepassing van de Vormerkung. In deze scriptie is op heldere wijze beschreven welke problemen zich in de praktijk kunnen openbaren na inschrijving van de koop in de openbare registers.

Literatuurlijst

Artikelen

Bartels 2009

S.E. Bartels, 'De inschrijving van de koopovereenkomst (art. 7:3 BW) en de aanspraken op de koopsom', *TvC2009*, p. 89-94.

Bartels 2011

S.E. Bartels, 'Privaatrechtelijke aspecten van ABC-transacties', *VrA2011*, p. 42-56.

Notariaat Magazine 2014-6

Notariaat Magazine. KNB reageert op voorontwerp verbeterde werking Vormerkung bij beslag,
's-Gravenhage: KNB 2014.

Jurisprudentie

Uitspraken in eerste aanleg

Rb. Breda 3 juli 2008, *LJN* BD6216.

Uitspraken in tweede aanleg

Hof Amsterdam 13 april 2010, *LJN* BP6253.

Hof Amsterdam 18 januari 2011, *LJN* BP6265.

Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2011, *LJN* BU2159.

Uitspraken in derde aanleg

HR 30 januari 1981, *LJN* AG4140.

HR 6 februari 2009, *LJN* BG5850.

HR 8 oktober 2010, *LJN* BN1252.

HR 12 juli 2013, *LJN* BZ9959.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 1.

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 2.

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3.

Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8.

Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10.

Kamerstukken II 2001/02, 23 095, nr. 14.

Kamerstukken II 1993/94, 23 707, nr. 3.

Nationale wetgeving

Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek

Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek

Faillissementswet

Kadasterwet

Wet op het Notarisambt

Rapporten en syllabi

Beslagsyllabus 2014

Beslagsyllabus 2014, Den Haag: De Rechtspraak, 2014.

Kleijn & Van Velten 1985

W.M. Kleijn & A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen, preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht*, Deventer: Kluwer 1985.

Rapportage Wet koop onroerende zaken 2009

Evaluatie van de Wet koop onroerende zaken (Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum), Utrecht: Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, november 2009.

Reglementen

'Reglement beperking uitbetaling derdengelden', *Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie* 1 augustus 2011, www.knb.nl (zoek op *BUD*).

Staatsblad

Wet van 5 juni 2003, *Stb.* 2003, 238.

Wet van 25 juni 2003, *Stb.* 2003, 272.

Vakliteratuur

Broekveldt 2010

L.P. Broekveldt, 'Vormering, beslag, rangorde en de notaris', Deventer. Kluwer 2010.

Kolkman & Verstappen 2012

W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen, *Handboek Registergoederenrecht*, Zutphen: Walburg Pers 2012.

Van Velten 2013

A.A. van Velten, *Monografieën BW, Koop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer 2013.

Verklaring van wetgeving**Asser & Hijma 2012 (7-I*)**

J. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Koop en ruil. Inschrijfbaarheid koop 141*, Deventer: Kluwer 2012.

Castermans & Krans 2013

A.G. Castermans & H.B. Krans, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Artikel 7:3 BW*, Deventer: Kluwer 2013.

Websites**Tuinman 2008**

J.A. Tuinman, 'De inschrijvingsvereisten van de Vormerkung', *Höcker Advocaten* 20 september 2008, www.hocker.nl (zoek op *Vormerkung*).

Wetsvoorstellen

'Wetsvoorstel verbeterde werking Vormerkung bij beslag', *Minister van Veiligheid & Justitie* 17 februari 2014, www.internetconsultatie.nl (zoek op *Vormerkung*).

'Memorie van toelichting wetsvoorstel Vormerkung', *Minister van Veiligheid & Justitie* 17 februari 2014, www.internetconsultatie.nl (zoek op *memorie van toelichting Vormerkung*).