

De rol van de notaris bij de executoriale verkoop van onroerende zaken



Mw. mr. R.L. Albers-Dingemans*

1. Inleiding

De executoriale verkoop van met name woonpanden is sinds 2004 een onderwerp dat in de aandacht staat: van de media, van de politiek, van het notariaat, van de wetgever en mede aangejaagd door de economische crisis ook van de hypotheecair financiers. Aan de notaris is een belangrijke rol toegekend: er vindt geen executie plaats zonder dat een notaris daarbij is betrokken. In deze bijdrage zal ik die rol van de notaris inkleuren. Ik baseer mij daarbij op de kennis en de ervaring die ik de afgelopen vijftien jaar bij de KNB heb opgedaan, onder meer als preadviseur in het KNB preadvies van 1998 "Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht", als secretaris van de oude en de nieuwe veilingcommissie, als secretaris van de Federatie van de regioveilingen alsmede door de vele rechtsvragen over dit onderwerp die aan het Notarieel Juridisch Bureau worden voorgelegd. Geïnspireerd door de lezenswaardige bijdrage van mr. C.G. Breedveld-de Voogd in het KNB preadvies 2010: "De goede notaris" wordt aan de hand van praktijkervaringen een "maatman" geschetst, de "redelijk bekwaam en redelijk handelende vakgenoot" (zie p. 66 van het preadvies) die de opdracht tot executie uitvoert en dient te zorgen voor een zo hoog mogelijke opbrengst¹. Ik maak daarbij een indeling in drie perioden: wat wordt verwacht van de notaris voor, tijdens en na de veilingzitting. Gezien de beperking in omvang van dit artikel kan ik niet een compleet beeld schetsen van alle wettelijke taken die de notaris moet uitvoeren, maar richt ik de aandacht op het handelen bij probleemsituaties².

2. Voor de veilingzitting

2.1. Verzuim

De bemoeienis van de notaris vangt aan op het moment dat hij de opdracht tot de executie ontvangt. Deze kan afkomstig zijn van een hypotheecair financier of van een beslaglegger.

Behalve de gebruikelijke recherches in de openbare registers van het kadaster, het centraal insolventie register en voor zover van toepassing het handelsregister, moet de notaris bij de executie door een hypotheekhouder controleren of de debiteur in verzuim is, zodat de hypotheekhouder inderdaad bevoegd is te executeren. Parate executie is immers alleen mogelijk als de schuldenaar met voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek is verstrekt in verzuim is (art. 3:268 lid 1 BW). In de praktijk komt het voor dat geen ingebrekestelling heeft plaats-

gevonden en geen verzuim is ingetreden. De executie kan in dat geval niet plaatsvinden. Ook als de hypotheekhouder de executie overneemt van een executoriaal beslaglegger, moet de debiteur ten opzichte van de hypotheekhouder in verzuim zijn. Standaard zal in de algemene voorwaarden van de financiers of in de hypotheekakte zelf een bepaling zijn opgenomen dat bij executoriaal beslag de vordering van de hypotheekhouder in zijn geheel opeisbaar is. Een brief daarover naar de debiteur met daarin het verzoek de geleende som inclusief renten en kosten binnen een tijdsperiode van meestal een week terug te betalen en de constatering dat dat niet is gebeurd, volstaan in dat geval³.

2.2. Object beslag

In geval van een beslagexecutie is het belangrijk te controleren of het beslag juist is gelegd: bijvoorbeeld op een erfpachtsrecht en niet op de volle eigendom of beslag op een aandeel in de echtelijke woning behorend tot de (ontbonden) gemeenschap en niet beslag op het onverdeelde goed⁴.

2.3. Maatschappelijke rol

Ligt er behalve deze formele taken ook een meer sociaal gerichte taak voor de notaris oftewel moet hij actief zijn bij het vinden van een oplossing voor de debiteur teneinde de executie te voorkomen? Blijkens de enquête die ik in 1998 heb gehouden onder het notariaat gaf bijna 80% van de ondervraagden een positief antwoord op deze vraag. Vaak voorkwam de tussenkomst van de notaris de uiteindelijke executie. Als deze vraag nu zou worden voorgelegd aan het notariaat, verwacht ik een veel lager percentage. De tijden zijn veranderd. Zie ook W.D. Kolkman in het KNB preadvies 2010, p. 131 die in het kader van de boedelafwikkeling opmerkt dat het sociale aspect – in de betekenis van maatschappelijke hulp betonend – sinds 1999 in de verdrinking is gekomen. Daarnaast is een aantal van de grote professionele financiers de laatste twee jaar zelf pro-

* Hoofd Juridisch Bureau van de KNB. (R.Albers@KNB.nl)

1. Hof Amsterdam, 18 december 1997, WPNR 1998/6314 (p. 322-323).
2. Zie voor meer informatie: Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nrs. 397-458 en JBN 2004, nrs. 29 (Gräler) en 31 (Kleijn).
3. Zie Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 884.
4. HR 30 maart 2001, NJ 2002, 380, m.nt. H.J. Snijders.

actief geworden en wordt getracht een pand weg te houden uit het executietraject, bij voorbeeld door langer uitstel van betaling te verlenen en meer gebruik te maken van een volmacht tot verkoop. De panden die op de veiling komen, betreffen vaak de echte probleemgevallen. Het zal dan ook vooral van feitelijke omstandigheden afhangen of hier nog een taak op de notaris rust: is de financier al geruime tijd bezig geweest met het vinden van een oplossing en zo nee, geeft de situatie aanleiding te verwachten dat interventie van de notaris de executie kan voorkomen?

2.4. *Executiegeschil*

De notaris die een opdracht tot executie heeft ontvangen, moet deze uitvoeren, ook als de geëxecuteerde het hiermee niet eens is. De brief van de advocaat van de geëxecuteerde aan de notaris waarbij deze aansprakelijk wordt gesteld voor de schade ten gevolge van de executie kan dan ook kort worden beantwoord door te verwijzen naar de voorzieningenrechter. Het gaat om een geschil tussen de executant en de geëxecuteerde en het is niet aan de notaris hierover te oordelen maar aan de rechter door middel van een executiegeschil procedure (kort geding, art. 438 Rv). Het uitgangspunt voor de notaris is dat hij ministerieplicht heeft, uiteraard mits voldaan is aan de wettelijke vereisten voor de executie (executoriale titel, juiste vormvereisten zoals betekening van het proces-verbaal van inbeslagname aan de debiteur etc.).

2.5. *Schorsende werking hoger beroep*

Indien een beslaglegger op grond van een gerechtelijke uitspraak wil executeren, moet de notaris controleren of de debiteur nog hoger beroep kan instellen en nagaan bij de griffie van het betreffende gerecht of dit is gebeurd. Het hoger beroep heeft namelijk schorsende werking. Dit betekent dat de executie moet worden stopgezet in afwachting van een uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan.

2.6. *Uitvoerbaar bij voorraad*

Is de uitspraak echter uitvoerbaar bij voorraad, dan kan de notaris de executieopdracht wel uitvoeren, omdat schorsende werking in dat geval ontbreekt. Ook indien een hogere instantie de uitspraak op grond waarvan wordt geëxecuteerd, achteraf vernietigt, blijft de beslaglegger ten tijde van de executie bevoegd en heeft een geldige executie plaatsgevonden. Wel kan dit leiden tot een schadevergoedingsactie door de geëxecuteerde op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162)⁵. Het is verstandig dat de notaris de beslaglegger die ondanks hoger beroep de executie doorzet, op dit risico wijst.

2.7. *Overname executie*

Als een executoriale beslaglegger wil executeren, kan een hypotheekhouder de executie overnemen. Soms zal de financier dat weigeren, bijvoorbeeld als de debiteur zijn verplichtingen ten opzichte van hem

nakomt. De beslaglegger zet dan de executie voort. Het is verstandig dat de notaris de hypotheekhouder erop wijst dat in dat geval art. 3:270 lid 3 BW toepassing mist: de notaris mag de eerste hypotheekhouder niet op voorhand na ontvangst van de koopsom uitbetalen. Dit kan pas na overeenstemming van alle betrokken partijen over de verdeling van de opbrengst dan wel na een rangregelingprocedure. Voorts ontbreekt de mogelijkheid voor een onderhandse executie via een beschikking van de voorzieningenrechter en loopt de hypotheekhouder het risico te moeten bijdragen in de faillissementskosten als de debiteur failliet gaat. De hypotheekhouder kan nog wel een beroep doen op het huurbeding, mits dit wordt vastgelegd in de veilingvoorwaarden (art. 517 lid 2 Rv).

2.8. *Veilingvoorwaarden*

Op grond van art. 518 Rv stelt de notaris in overleg met de executant de veilingvoorwaarden vast. In de praktijk maakt de notaris gebruik van de AVVE 2006 met aanpassingen en toevoegingen in de bijzondere veilingvoorwaarden. Bij verschil van mening kan een belanghebbende zich tot de voorzieningenrechter wenden. In de praktijk komt dit voor zover mij bekend weinig voor. De veilingcommissie van de KNB heeft zich de afgelopen periode over de AVVE 2006 gebogen en doet binnenkort een voorstel aan het Contactorgaan Hypothecair Financiers voor aanpassing van deze veilingvoorwaarden.

2.9. *Informatieverstrekking*

Een belangrijke taak voor de notaris is het geven van voorlichting aan het veilingpubliek. Deze informatie wordt in beginsel in de bijzondere voorwaarden opgenomen, maar kan desnoods ook nog tijdens de veiling zelf worden gegeven. De meeste tucht- en civielrechtelijke uitspraken op veilinggebied betreffen deze informatieplicht. Deze ziet bij voorbeeld op bodemvervuiling, retentierechten, aanschrijvingen en kettingbedingen. Problemen met aanschrijvingen als bedoeld in de Woningwet en de kettingbedingen op grond van een reglement van Maatschappelijk Gebonden Eigendom (MGE) komen met name in Rotterdam voor.

Een duidelijk handvat vormt de uitspraak van de Hoge Raad waarin werd geoordeeld dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van het veilingpubliek door niet tijdig navraag te doen bij de gemeente over de bestemming van het te veilen pand, ten gevolge waarvan de veilingkoper schade heeft geleden⁶. De informatie die een notaris ver-

5. Zie Hoofddlijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht, Hugenholtz/Heemskerk, 2009, p. 135 en de daar vermelde jurisprudentie en literatuur, waaronder HR 19 mei 2000, NJ 2000, 603 m. nt. H.J. Snijders en M.W. Scheltema in WPNR 2000/6411.
6. HR 22 maart 1996, NJ 1996, 668 m. nt. WMK (Kromjongh/Van Dijk).

strekt aan het veilende publiek, wordt toegerekend aan de hypotheekhouder. Dat kan ertoe leiden dat de koper met succes door middel van een beroep op dwaling de koop op de veiling kan vernietigen, omdat de notaris geen kadastrale kaart had toegevoegd aan het informatiepakket hetgeen gezien de feitelijke situering van de gebouwen juist wel gewenst was⁷.

In een procedure voor de Rechtbank Rotterdam⁸ kwam de problematiek betreffende aanschrijvingen aan de orde bij een normale overdracht van een pand, derhalve geen executoriale verkoop. De notaris was toerekenbaar tekort geschoten in zijn informatie- en waarschuwingsplicht en derhalve aansprakelijk jegens de koper voor schade, omdat hij deze niet had gewezen op de risico's die aan aanschrijvingen zijn verbonden, ondanks het feit dat de notaris bij zijn recherche was gebleken dat het pand was belast met een aanschrijving en partijen hierover niets hadden opgenomen in de koopovereenkomst. Welke zorgvuldigheid van een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris onder deze omstandigheden mag worden verwacht, leidde de rechtbank af uit een tuchtrechtelijke uitspraak⁹: het ontbreken van enige mededeling met betrekking tot de aanschrijving in de koopovereenkomst had voor de notaris aanleiding moeten zijn zich ten tijde van het opstellen van de concept-transportakte te vergewissen van de stand van zaken met betrekking tot de aanschrijving zoals de uitvoering van de werkzaamheden, de eventuele doorhaling en de betaling van de kosten alsmede had de notaris de koper moeten wijzen op mogelijke aansprakelijkheid jegens de gemeente voor de kosten van herstel. Hoewel het geen executieveiling maar een normale overdracht betrof, ben ik van mening dat dit voor de informatieplicht geen verschil maakt, in tegendeel zelfs dat van de notaris dan nog meer informatie mag worden verwacht op grond van het arrest Kromjongh/Van Dijk.

Als hoofdregel geldt dat noch de hypotheekhouder noch de beslaglegger bij de executie van een onderpand gebonden is aan obligatoire afspraken zoals kettingbedingen en derhalve niet verplicht is om deze op te leggen aan de koper¹⁰. Zo oordeelde Rechtbank Rotterdam dat afspraken met derden (de woningstichting) gemaakt teneinde het Molukse karakter van een woonwijk te bewaren geen reden zijn af te wijken van de hoofdregel dat een hypotheekhouder mag verkopen zonder zich gebonden te achten aan de afspraken die de eigenaar met derden heeft gemaakt¹¹. Wel wordt in de literatuur verdedigd dat de hypotheekhouder onzorgvuldig handelt ten opzichte van de eigenaar en van de gerechtigde krachtens dat beding als hij zonder noodzaak weigert het door te geven, bijvoorbeeld als het pand met instandhouding van het kettingbeding voldoende oplevert om de belanghebbenden bij de executie te voldoen¹². In een geval van MGE waar de koper van een appartementsrecht verplicht is het apparte-

mentsrecht bij verkoop aan te bieden aan de oorspronkelijke verkoper (de woningstichting) achtte de tuchtrechter het handelen van de notaris klachtwaardig ten opzichte van de executiekoper, omdat de notaris zich niet neutraal had uitgelaten. Daardoor was de indruk gewekt dat de opvolgende eigenaar niet gebonden zou zijn aan de MGE-bepalingen, terwijl klaarblijkelijk discussie mogelijk was over het al dan niet toekomen van zakelijke werking aan de MGE-bepalingen¹³. In een procedure tussen de woningstichting en de veilingkoper, eveneens gevoerd voor de Rechtbank Rotterdam¹⁴, is men aan de beantwoording van de vraag of het reglement met de MGE-bepalingen al dan niet zakelijke werking kent, niet toegekomen. Wel werd in deze procedure vastgesteld dat, gezien de bewoordingen van het proces-verbaal van de veiling, waarbij uitdrukkelijk werd verwezen naar de bepalingen van het reglement, dit reglement onderdeel uitmaakte van de overeenkomst tussen de verkopende hypotheekhouder en de veilingkoper en dat ten behoeve van de woningstichting een derdenbeding als bedoeld in art. 6:253 BW was bedongen. De rechtbank verwijst hierbij naar een uitspraak van de Hoge Raad waarin een geobjectiverde maatstaf van de zogenaamde Haviltex-norm als uitgangspunt werd genomen voor de uitleg van een kettingbeding in de veilingvoorwaarden¹⁵.

In het kader van de MGE vestig ik voorts nog de aandacht op een recente uitspraak van de Rechtbank Dordrecht¹⁶. Daarin werd geoordeeld dat een notaris toerekenbaar tekort was geschoten ten opzichte van de DSB bank door alvorens de tweede hypotheek te vestigen na te laten de bank te wijzen op het bestaan en de consequenties van MGE-bepalingen. Het is mij niet duidelijk geworden of dit oordeel betekent dat de rechtbank zakelijke werking toekent aan een MGE-reglement. Zelf acht ik het meest verdedigbaar dat een bepaling die verplicht tot een doen, te weten als eigenaar het appartement bewonen of bij verkoop het eerst aanbieden aan de woningstichting geen zakelijke werking kent, maar slechts obligatoire werking heeft. Het betreft m.i. een kettingbeding en geen verzakelijkt recht onderdeel uitmakend van de eigendom of het erfpachtsrecht van de woning waaraan derden zijn gebonden.

7. Rechtbank Rotterdam, 19 maart 2008, LJV BD2965.

8. Rechtbank Rotterdam, 17 december 2008, LJV BG8329, NJF 2009, 279.

9. Hof Amsterdam, 28 juli 2005, LJV AU1303.

10. Zie onder meer Mon. Privaatrecht 10 (Mijnssen/Van Mierlo), Materieel Beslagrecht (2009), p. 61/62.

11. Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 23 mei 2000, KG 2000, 130 (Stichting Walang).

12. Zie uitvoerig hierover Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 357.

13. Hof Amsterdam, 7 december 2006, LJV AZ5962, NJF 2007, 117.

14. Rechtbank Rotterdam, 22 juli 2009, LJV BJ5472.

15. HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104.

16. Rechtbank Dordrecht, 13 januari 2010, LJV BK9756.

2.10. Advertentietermijn

Regelmatig komt het voor dat de termijn van 30 dagen voor het plaatsen van de veilingadvertentie in de krant (art. 516 Rv) door een misverstand niet in acht wordt genomen. Op zich is dit geen reden de geplande veiling uit te stellen. De dertig-dagen termijn vormt geen geldigheidsvereiste en verkorting van de termijn leidt derhalve niet tot een ongeldige executieoverdracht. Wel bestaat de mogelijkheid dat de hypotheekhouder aansprakelijk wordt gesteld voor de eventuele schade ten gevolge van het te laat plaatsen van de advertentie. De omvang van de schade zal echter moeilijk vast te stellen zijn.

2.11. Vereisten van art. 544 Rv

Blijkens de parlementaire geschiedenis leidt het niet voldoen aan de vereisten van art. 544 Rv evenmin tot nietigheid¹⁷. Exploten zijn niet verplicht, gewone brieven volstaan en zelfs het achterwege laten heeft geen nietigheid tot gevolg. Het niet in acht nemen van de wettelijke vereisten maakt de hypotheekhouder echter wel aansprakelijk voor aldus ontstane schade.

2.12. Onderhandse biedingen

Als een gegadigde een onderhands bod inlevert bij de notaris, moet deze dit onverwijld meedelen aan de hypotheekhouder en de debiteur. Onverwijld betekent direct doorgeven, dezelfde dag, indien mogelijk. Mijns inziens mag de notaris deze biedingen echter niet meedelen als een potentiële koper opbelt en hierom vraagt. Dit zou immers uitmonden in een veiling op het notariskantoor.

3. De veilingzitting

3.1. Professionalisering

De professionalisering van het veilinggebeuren binnen het notariaat heeft de rol voor de individuele notaris bij het organiseren van de veiling zelf doen afnemen. De wens tot concentratie van veilingen heeft geresulteerd in de oprichting van een aantal regio-organisaties. Deze hebben op 1 oktober 2009 samen met de KNB de Federatie van Regioveilingen (FRV) opgericht.

3.2. Federatie van regioveilingen

Deelnemers zijn dertien regio-organisaties alsmede de drie veilinghuizen in Amsterdam, Den Haag en Rotterdam. Regelmatig vindt door het bestuur van de FRV overleg plaats met de Raad voor Overleg en Advies (ROA) waarin vertegenwoordigers van de hypothecair financiers zitting hebben. Met de financiers is afgesproken dat in elk geval woonpanden alleen nog bij deze organisaties worden geveild, specifieke objecten eventueel uitgezonderd. Hoewel nog niet alle problemen met betrekking tot de veilingorganisaties zijn opgelost, is er veel vooruitgang geboekt. De regio-organisaties hanteren veelal dezelfde procedureregels, zodat landelijk de uniformiteit is toegenomen.

3.3. Concentratie en uniformiteit

Bovendien levert de concentratie van te veilen panden meer veilingbezoekers op. Het is te hopen dat ook bedrijfsnonroerend goed bij deze organisaties wordt aangebracht. Alle veilingorganisaties veilen op een vaste dag overeenkomstig een landelijk vastgestelde agenda. Een notaris die een veilingopdracht krijgt, mag dan ook niet meer zelf in het lokale café gaan veilen, maar moet het pand aanmelden bij een van de regio-organisaties. De veilingorganisaties kennen een veilingreglement waarin zaken als aanmelding, advertenties en de gang van zaken tijdens de zitting zijn vastgelegd. De veilingorganisatie zorgt ook voor de veilingmeester/afslager en brengt per veiling een vast bedrag in rekening. Belangrijk is dat tijdens de zitting geen vragen meer worden beantwoord door de veilende notaris. Alle informatie is van te voren beschikbaar gesteld via de website, terwijl de belangrijkste informatie over het pand tijdens de veiling nog wordt geprojecteerd op een scherm. Ook de kosten voor de koper dienen te worden vermeld, zodat deze weet waar hij aan toe is. Er zijn richtlijnen afgesproken voor het inzetbedrag (50% van de WOZ-waarde) en er wordt tot € 1.000 boven het inzetbedrag afgeslagen. De veilende notaris houdt een eigen verantwoordelijkheid voor het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst. Als hij een onderhands bod heeft ontvangen van € 345.000 en de veilingmeester start het afmijnen op € 300.000, handelt de notaris onrechtmatig ten opzichte van de geëxecuteerde¹⁸. Het bewaken van de orde in de zaal wordt overgelaten aan een piketnotaris. Dit is een ervaren veilnotaris, meestal afkomstig uit het bestuur van de regio-organisatie. Als het pand is afgemijnd, staat kopieerapparatuur klaar voor het kopiëren van de legitimatiebewijzen, terwijl vaak ook een pinapparaat beschikbaar is voor het geval direct de waarborgsom moet worden betaald. Op de veilende notaris rust de taak de financiële gegoedheid van de bieder te controleren. In de praktijk blijkt dit moeilijk te controleren, omdat bewijzen daarvan per definitie slechts momentopnamen zijn. Met de financiers is overleg gaande over de wijze waarop dit voor beide partijen naar tevredenheid kan worden ingevuld.

3.4. Maximum aanbod

De veilingorganisaties streven ernaar ongeveer twintig panden per keer te veilen, waarbij wordt uitgegaan van gemiddeld 7-9 minuten per pand. Gezien het aantal veilingen dat op het laatst wordt ingetrokken, betekent dit een acceptatie van rond de dertig panden per veilingdatum. Indien het aanbod van te veilen objecten groter wordt, zijn er reservedagen op de landelijke veilingagenda beschikbaar.

17. MvT Inv. PG Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 250.

18. Rechtbank Zwolle-Lelystad, 3 juni 2009, LJN BK8018.

3.5. Internet bieden

Naast deze organisatorische professionalisering vindt ook een belangrijk automatiseringsproces plaats: het bieden op de veiling via internet. De eerste pilotronde hiervan bij drie regio-organisaties is inmiddels succesvol afgesloten en de verwachting is dat in de loop van 2011 het internetbieden formeel van start kan gaan. Een gegadigde heeft dan de mogelijkheid in te loggen, zodat hij on line kan meebieden.

4. Na de veilingzitting

Als de veiling heeft plaatsgehad, beginnen voor de notaris de meer specifieke werkzaamheden die bij een normale overdracht van een pand horen: de financiële afwikkeling en de zorg voor de juridische formaliteiten. Hij moet de belasting en de kosten innen, de koopsom ontvangen en de juiste stukken in de openbare registers inschrijven. Enkele punten zijn van belang apart te vermelden. Daarnaast heeft de notaris nog een speciale rol en dat betreft de uitbetaling van de verkoopopbrengst. Ook deze zal ik belichten.

4.1. Overgang risico bij gunning

Na de gunning gaat overeenkomstig het bepaalde in art. 18 AVVE 2006 het risico voor schade aan het pand over op de koper. Dit betekent dat de koper het pand moet verzekeren. Daarom is het van belang dat de hoogste bieder direct op de hoogte wordt gebracht van het feit dat de executant het pand aan hem heeft gegund. Aangezien de executant de notaris zal berichten of hij wel of niet gunt, moet de notaris dat onverwijld doorgeven aan de koper. Onjuist is het uitgangspunt dat het risico pas overgaat als de akte van gunning is getekend. Deze akte vormt namelijk geen constitutief vereiste: de gunning en daarmee de koopovereenkomst komt tot stand op het moment dat de executant heeft gegund. De akte van gunning vormt daarvan het bewijs. Een notaris die niet met de vereiste voortvarendheid handelt, creëert onnodige risico's voor de koper¹⁹.

4.2. Gunningsakte

De executant moet de notaris laten weten of hij tot gunning overgaat. Door de gunning komt de koopovereenkomst tot stand. Als bewijs hiervan zal de notaris een akte van gunning opmaken. Er kan zich echter een situatie voordoen dat de notaris moet weigeren de gunningsakte te passeren zoals in het geval van de beslaglegger/executant die niet gunde aan de gegadigde die voor de massa € 115.000 had geboden, maar wel aan zijn zoon gunde die voor de losse kavels bij elkaar € 80.000 had geboden²⁰. De notaris staat immers in voor een zo hoog mogelijke opbrengst.

4.3. Lossing bij hypotheekexecutie

Tot het moment van gunning kan een debiteur lossen ofwel zijn schuld voldoen (art. 3:269 BW), waardoor de executie wordt beëindigd. Dit kan ech-

ter alleen indien een hypotheekhouder executeert. De Hoge Raad heeft namelijk onlangs geoordeeld dat het lossingsartikel niet is geschreven voor de beslagexecutie²¹.

4.4. Doorhalen inschrijvingen

Soms weigert een beslaglegger de volmacht tot doorhaling van het beslag te tekenen, ook al vervallen door de executorialie verkoop de beslagen van rechtswege (art. 526 Rv jo art. 3:273 BW). De notaris kan zich dan namens de belanghebbende wenden tot de voorzieningenrechter met het verzoek een verklaring te verstrekken van het vervallen van de beslagen (art. 3:273 lid 2 BW). Met uitzondering van de Rechtbank Arnhem wordt geaccepteerd dat dit verzoek door de notaris wordt ingediend zonder tussenkomst van een procureur. Als er een advocaat bij is betrokken die geheel ten onrechte weigert mee te werken aan de doorhaling van het beslag, kan worden overwogen tegen de advocaat een klacht in te dienen bij de deken van de orde van advocaten van het betreffende arrondissement.

4.5. Onderhandse executieverkoop

Als een schriftelijke bieding bij de notaris heeft geleid tot een koopovereenkomst, moet deze worden goedgekeurd door de voorzieningenrechter. Uit de hiervoor vermelde enquête in 1998 kwam naar voren dat 48% van de executorialie verkopen op deze wijze tot stand kwam, dus buiten de veilingzaal. Het kadaster houdt voor zover mij bekend deze wijze van executie niet bij, alleen de veilingexecuties worden geregistreerd, zodat aantallen ontbreken.

4.6. Notitie LOVC

Op grond van hetgeen ik uit de praktijk verneem, schat ik in dat het percentage onderhandse executieverkopen thans veel lager is. Een aantal redenen is daarvoor aan te wijzen. Ten eerste gaat niet elke rechtbank voortvarend te werk als het gaat om het afgeven van een beschikking. Er zijn gevallen bekend dat dit vier maanden duurt, zodat een hypotheekhouder terecht af zal zien van het aangaan van een onderhandse executieovereenkomst. In 2006 is een notitie vastgesteld door het LOVC teneinde een uniforme en doeltreffende werkwijze bij het geven van de beschikking te bevorderen²².

19. Hof Amsterdam, 16 februari 2010, LJN BL5773.

20. Hof Arnhem, 3 februari 2004, LJN AO5923; zie ook Robbers, JBN 2004, nr. 32.

21. HR 19 februari 2010, LJN BK5999; zie noot Bartels en Tweehuysen, in NTER 2010/8 en het artikel Het lossingsrecht eveneens van Bartels en Tweehuysen in WPNR 2010/6864.

22. Notitie toestemming onderhandse verkoop door het Landelijk Overleg Voorzitters Civiele sectoren, www.rechtspraak.nl/naarderechter/landelijkeregelingen/sectorciviel.

4.7. Bedenkijd

Een tweede, belangrijkere factor is de bedenktijd van art. 7:2 BW die op 1 september 2003 is ingevoerd. De veilingkoop is logischerwijs hiervan uitgezonderd (art. 7:2 lid 5 BW), maar vreemd genoeg valt een onderhandse executieverkoop wel onder deze bepaling, ook al zijn alle gegevens betreffende het pand voor de koper in beide gevallen even bekend of onbekend. Dit betekent dat een hypotheekhouder in elk geval niet een onderhandse executieovereenkomst zal sluiten met een particuliere koper. Maar men is ook huiverig voor de niet-particuliere koper. Indien het immers tot een zitting bij de voorzieningenrechter komt en deze alsnog een particulier die meer biedt toelaat tot de overeenkomst, gaat de bedenktijd opnieuw lopen en kan de koper de koopovereenkomst alsnog ontbinden. Door het inschakelen van een vriendje die zogenaamd als koper optreedt, kan de debiteur de executie behoorlijk saboteren. Voordat het pand opnieuw voor de veiling is aangemeld, daadwerkelijk is geveild en de koopsom is betaald, is men maanden verder, met meer renteachterstand en dubbele executiekosten. Het is dan ook moeilijk te begrijpen waarom de wetgever dit punt niet aanpast. Op deze manier wordt de in 1992 ingezette nieuwe mogelijkheid van executeren, die aanvankelijk een groot succes bleek te zijn, nodeloos ondermijnd²³.

4.8. De veilnotaris

Ook als er een onderhandse executiekoopovereenkomst is gesloten, blijft de koper gebonden aan de veilende notaris en kan hij geen andere notaris aanwijzen voor de overdracht. Het blijft immers een executie en de notaris die de executieopdracht heeft gekregen, blijft belast met de afwikkeling daarvan²⁴. Als niet de hypotheekhouder maar de geëxecuteerde een koper voordraagt, is het van belang dat de notaris de hypotheekhouder in de koopovereenkomst vermeldt als verkoper. Deze is immers de executant en niet de debiteur. Helaas blijkt dit in de praktijk nog met enige regelmaat mis te gaan. Het beste is met de griffie te overleggen of de beschikking kan worden aangepast. In het ergste geval moet of een normale levering plaatsvinden (zonder de zuivering derhalve van hypotheeken en beslagen) dan wel de veilingprocedure opnieuw worden opgestart.

4.9. Executiekosten

Art. 3:270 BW schrijft voor wat de notaris met de door hem ontvangen gelden moet doen. Allereerst moet hij de executiekosten betalen. Over het algemeen zal duidelijk zijn wat daartoe behoort. Een regelmatig voorkomend twistpunt vormt de kosten die een deurwaarder heeft gemaakt voor het leggen van een beslag. Alleen de kosten van de beslaglegger die het eerste executoriaal beslag heeft gelegd dat tot uitwinning heeft geleid (dus ook als de executie is overgenomen door een hypotheekhouder), worden beschouwd als executiekosten en kunnen door de notaris worden uitbetaald. Onder deze kosten zullen vallen de kosten van de betekening van het beta-

lingsbevel (tenzij dit tegelijk met de betekening van het vonnis gebeurt) en de betekening van het beslag, van de inschrijving in de openbare registers en de betekening aan de hypotheekhouders. De kosten van de overige beslagleggers kan de notaris dus niet uit de opbrengst voldoen; deze zijn immers niet gelegd om tot executie te komen, maar om mee te delen in de executieopbrengst. De kosten van de betekening van een dwangbevel behoren op grond van diverse wetsbepalingen ook tot de executiekosten.

4.10. Uitbetaling hypotheekhouder

De eerste hypotheekhouder die zelf heeft geëxecuteerd, kan overeenkomstig art. 3:270 lid 3 BW worden uitbetaald door de notaris na globale opgave en controle door de voorzieningenrechter. Dit betekent dat een eerste hypotheekhouder die de executie niet overneemt van een beslaglegger, niet valt onder deze bepaling en derhalve moet wachten totdat alle belanghebbenden overeenstemming over de verdeling hebben bereikt dan wel een rechterlijke uitspraak is gewezen in de rangregelingprocedure.

4.11. Waterschapslasten

Indien beslag is gelegd op het te veilen pand in verband met achterstallige waterschapslasten, dienen deze voor de hypothecaire vordering te worden voldaan, omdat de waterschapslasten als enige een hogere voorrang hebben (art. 138 lid 3 Waterschapswet).

4.12. Retentie

Onder bepaalde omstandigheden kan ook een retentor voorrang hebben op de hypotheekhouder, mits er door de retentor beslag is gelegd op de onroerende zaak²⁵.

4.13. Verdeling restantopbrengst

Mocht er na voldoening van de executiekosten en de eerste hypotheekhouder nog een restantopbrengst zijn, dan kan de notaris tot uitbetaling overgaan overeenkomstig ieders preferentie, mits alle belanghebbenden akkoord zijn over de verdeling. Onder belanghebbenden worden niet alleen verstaan de overige hypotheekhouders en de beslagleggers op het pand (zowel executoriaal als conservatoir), maar ook degenen die beslag onder de notaris hebben gelegd (derdenbeslag), degenen die een beperkt recht hebben verloren, de huurder die recht heeft op schadevergoeding en de geëxecuteerde zelf.

23. Zie ook Keirse, Van Oostrom e.a., Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie, 2009, nr. 3.8.2.

24. Zie ook de rechtsvraag hierover door Van Velten beantwoord in WPNR 2008/6761.

25. Gezien de complexiteit van dit onderdeel verwijs ik kortheidshalve naar J.C. van Straaten in JBN 2009, 57, Verdeling executieopbrengst tussen hypotheekhouder, retentor en faillissementscurator na onregelmatige beslaggeving, geschreven naar aanleiding van HR 12 juni 2009, LJN BH3096 (Heembouw-Fortis).

4.14. Verdelingsvoorstel

Ik ben van mening dat het tot de taak van de notaris behoort om in elk geval eenmaal een voorstel tot verdeling te doen. Indien dit niet leidt tot overeenstemming, en de kans daarop is groot, is het verder aan de belanghebbenden zelf om een rangregelingprocedure te starten overeenkomstig de art. 3:271 en 272 BW en het oordeel van de rechter-commissaris af te wachten. De notaris wacht dan het proces-verbaal van verdeling af op grond waarvan hij kan uitbetalen. Dit zal overigens snel anderhalf jaar duren.

4.15. Preferentielijst

Om een verdelingsvoorstel te maken, is kennis van de diverse preferenties nodig. Een goede bron hiervoor is de preferentielijst van Stein, opgenomen in Burgerlijke Rechtsvordering, Van Mierlo, art. 480/481, aantekening 9. Een belangrijk uitgangspunt is dat beslagleggers op het pand worden voldaan vóór beslagleggers onder de notaris. Deze derdenbeslagleggers leggen immers beslag op het restant dat de notaris onder zich houdt voor de geëxecuteerde na betaling van de hypotheekhouders, de beperkt gerechtigden, de huurder en de beslagleggers op het pand.

4.16. Eerste stap verdeling

Over het algemeen worden eerst de hypotheekhouders uitbetaald overeenkomstig hun rang, vervolgens de beperkt gerechtigden en de huurder en daarna de beslagleggers op de onroerende zaak. In beginsel geldt hierbij de paritas creditorum regel, zo nodig vindt pons pons wijze uitbetaling plaats. Maar de preferentieregels kunnen anders bepalen. Zo heeft de Ontvanger een hoog voorrecht (art. 21 Invorderingswet 1990), terwijl een vereniging van eigenaars die beslag heeft gelegd op de onroerende zaak weer voorgaat boven een beslaglegger als Wehkamp, althans voor wat betreft de bijdragen van het lopende en het voorgaande boekjaar (art. 3:286 BW).

4.17. Tweede stap verdeling

Indien na uitbetaling van de hiervoor vermelde belanghebbenden nog een bedrag overblijft, moet de notaris dat uitbetalen aan de geëxecuteerde, tenzij er derdenbeslag onder hem is gelegd. In dat geval wordt het restant verdeeld onder de beslagleggers op de koopprijs zoals de wetgever deze derdenbeslagleggers aanduidt in art. 3:270 BW en art. 551 Rv. Ook dan geldt de paritas creditorum regel, tenzij sprake is van een preferentiegerechtigde zoals bijvoorbeeld de Ontvanger.

4.18. Belastingdienst

Voor de Ontvanger maakt het derhalve een groot verschil of hij beslag heeft gelegd op de onroerende zaak zelf (overeenkomstig art. 114 Invorderingswet 1990) of gebruik heeft gemaakt van het vereenvoudigd derdenbeslag van art. 119 Invorderingswet 1990. In het eerste geval deelt hij al mee in de eerste

ronde en in het tweede geval pas in de tweede ronde. Ondanks zijn hoge preferentie staat hij in het tweede geval op achterstand ten opzichte van bijvoorbeeld een beslaglegger als Wehkamp die beslag heeft gelegd op de onroerende zaak²⁶.

4.19. Beslag

De vraag is of een beslaglegger die beslag legt op de onroerende zaak nadat de gunning heeft plaatsgevonden, meedeelt in de opbrengst. Ik ben van mening dat dit niet het geval is. Voor de argumenten voor dit standpunt verwijs ik kortheidshalve naar een eerdere bijdrage in het WPNR waar ik uitvoerig op deze vraag ben ingegaan²⁷.

Voor de verdeling maakt het niet uit of het beslag executoriaal dan wel conservatoir is. In het laatste geval zal de vordering als voorwaardelijke post worden opgenomen op de verdelingslijst.

4.20. Rangregeling

Zoals hiervoor vermeld moet ook de geëxecuteerde het eens zijn met een verdelingsvoorstel alvorens de notaris mag uit betalen. Weigert de geëxecuteerde dit, dan zal de rangregelingprocedure moeten worden aangevraagd. Het probleem is echter dat een geëxecuteerde met regelmaat niet meer te vinden is, met onbekende bestemming vertrokken, meestal naar het buitenland. In dat geval vind ik het verdedigbaar dat de notaris ter voorkoming van de langdurige en kostbare rangregelingprocedure bij uitzondering toch uitbetaalt aan de overige gerechtigden als deze het eens zijn over de verdeling van de opbrengst, zeker indien er niets overblijft voor de geëxecuteerde.

De notaris ontvangt de executieopbrengst en moet daarmee handelen zoals de wet voorschrijft in de art. 3:270 en 271 BW. De bank mag erop vertrouwen dat de notaris als een redelijk handelend notaris een aanvullende aflossingsnota van de bank verwerkt. De notaris mag de uitbetaling daarvan niet overlaten aan een deurwaarder²⁸.

Een enkele keer leidt de rangregelingprocedure tot een uitspraak van de Hoge Raad. Als een belanghebbende het niet eens is met de staat van verdeling die de rechter-commissaris heeft opgesteld, kunnen hoger beroep en cassatie worden ingesteld. De notaris moet er echter voor waken *niet* uit te betalen op basis van de uitspraak van de Hoge Raad. Het behoort tot de taak van de belanghebbende de uitspraak te overleggen aan de rechter-commissaris die vervolgens een nieuw proces-verbaal van verdeling opstelt met een bevelschrift tot betaling aan de notaris. Eerst dan mag deze uitbetalen.

26. Zo ook Broekveldt in KNB Preadvis 1998 "Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht".

27. R.L. Albers-Dingemans, WPNR 2004/6581.

28. Rechtbank Rotterdam, 13 mei 2009, LJN BI8651.

5. Conclusie

De rol die de notaris moet vervullen als hij een opdracht tot executoriale verkoop ontvangt, wordt ingevuld door de zorgplicht die op hem rust bij het uitoefenen van zijn werkzaamheden. De zorgplicht is zo langzamerhand een beladen term geworden voor de notariële beroepsgroep. Zoals Breedveld- de Voogd echter terecht opmerkt in het preadvies 2010²⁹, er is geen sprake van een ongestructureerde stroom zorgplichten voor de notaris, het gaat om de invulling van zijn maatschappelijke functie: zijn taak is het verschaffen van rechtszekerheid en het bieden van rechtsbescherming. Rechtszekerheid bij de executie omvat de zorg dat de gewenste juridische gevolgen zoals de overdracht van de eigendom worden bereikt. Rechtsbescherming ziet op de aandacht voor de belangen van alle betrokkenen: opdrachtgever/verkoper, koper, crediteuren, de overheid (belastingafdracht) maar ook de geëxecuteerde zelf, en komt tot uiting in onder meer het maken van de bijzondere veilingvoorwaarden en daarmee samenhangend het verschaffen van de juiste informatie. Los van deze twee belangrijke aspecten wil ik nog een derde aspect vermelden en dat betreft de persoon van de veilende notaris. Rechtszekerheid en

rechtsbescherming zijn vanzelfsprekend, maar het invullen daarvan speelt zich in mijn visie vooral af op het kantoor van de notaris. De notaris die in de veilingzaal op de bok zit, moet echter ook een bepaalde persoonlijkheid hebben. Hij moet gezag en overwicht uitstralen. Het is niet alleen van belang gespecialiseerde (juridisch en feitelijk!) kennis paraat te hebben, de notaris moet ook kunnen omgaan met het veilpubliek. Bij de vele veilingen die ik de afgelopen jaren heb bezocht, is mij gebleken dat dit niet iedere notaris is gegeven. Dat maakt iemand uiteraard geen slecht notaris, maar wel minder geschikt om als veilnotaris op te treden. Ook het sturen van een jonge, onervaren kandidaat die toevallig de waarneming heeft, is uit den boze.

De veilingpraktijk biedt een boeiend pallet aan werkzaamheden. Het is niet alleen juridisch een buitengewoon interessant werkterrein, maar ook vanuit maatschappelijk en menselijk oogpunt. De notaris treedt hierbij op als de bekende spin in het web: dat vraagt actief optreden, kennis, ervaring en wijsheid.

29. KNB preadvies 2010 "De goede notaris".