



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De prioriteitsregel in het vermogensrecht

Hoog, L.M. de

Citation

Hoog, L. M. de. (2018, November 15). *De prioriteitsregel in het vermogensrecht. Meijersreeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/66890>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/66890>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/66890> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Hoog, L.M. de

Title: De prioriteitsregel in het vermogensrecht

Issue Date: 2018-11-15

9 | Prioriteit buiten het goederenrecht

9.1 INLEIDING

In hoofdstuk 7 is vastgesteld dat het toepassingsgebied van de prioriteitsregel strikt dogmatisch gezien is voorbehouden aan het goederenrecht. De prioriteitstoepassing kan immers worden teruggevoerd op de absolute werking van goederenrechtelijke rechten. Toch heeft de prioriteitsgedachte ook buiten het goederenrecht voet aan de grond gekregen. In dit hoofdstuk wordt onderzocht op welke plaats een dergelijke atypische prioriteitstoepassing kan worden waargenomen en welke argumenten voor de invloed van de prioriteitsregel buiten het goederenrecht kunnen worden aangedragen. Zo vindt men in de eerste plaats in art. 3:298 BW een uitdrukking van de prioriteitsregel ten aanzien van conflicterende verbintenisrechtelijke rechten. Daarnaast worden bepaalde obligatoire rechten van een versterking met goederenrechtelijke aspecten voorzien – ik noem het recht van de huurder, de Vormerkung en de kwalitatieve verplichting – waarmee zij aan de prioriteitsregel onderworpen worden dan wel de toepassing ervan doorbreken. Ook het procesrecht raakt aan de prioriteitstoepassing met de regeling voor beslag. Tot slot komt aan de orde in hoeverre het handelen van een notaris gevolgen heeft voor de werking van de prioriteitsregel.

Op deze plaats dient ter zake van de afbakening nog te worden opgemerkt dat een aantal rechten weliswaar de schijn wekt in prioriteitsconflicten voor te komen, maar in feite een bevoorrechte positie uitsluitend aan de wet en niet aan de prioriteitsregel ontleent. Deze rechten worden alleen besproken voor zover zij in de literatuur in verband worden gebracht met de prioriteitsregel. Naar hierna zal worden beschreven, vormt het recht van de huurder hiervan een voorbeeld. Voorrechten alsmede het retentierecht kunnen buiten beschouwing blijven. Hoewel zij de prioriteitsregel wel degelijk kunnen doorbreken, bepaalt de wet – met de nodige uitzonderingen¹ – hun verhouding tot voorrechten en andere voorrangrechten.² Ook

1 Hoewel voorrechten in de regel na pand en hypotheek worden gerangschikt, bevat de wet enkele uitzonderingen. Ik noem bij wijze van voorbeeld het voorrecht van het waterschap ter zake van de invordering van waterschapsbelastingen dat op grond van art. 138 lid 3 Waterschapswet boven hypotheek gaat. Zie voorts art. 25 Wegenwet voor een voorrecht dat rang neemt boven hypotheek. Zie hierover Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/108.

2 Het retentierecht kan op grond van art. 3:291 lid 2 BW in een tweetal gevallen zelfs worden ingeroepen tegen derden met een ouder recht. Zie hierover Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/513 en 514.

het fiscaal bodemrecht krijgt geen behandeling. Deze rechtsfiguur moet worden beschouwd als een bijzonder verhaalsrecht dat – in het belang van 's Rijks schatkist – ongeacht de rechten van andere schuldeisers en zelfs ongeacht de eigendomsrechten van derden kan worden uitgeoefend.³

9.2 PRIORITEITSTOEPASSING BIJ OBLIGATOIRE RECHTEN ONDERLING

9.2.1 Gelijkheid van schuldeisers

In tegenstelling tot een absoluut recht op een goed dat door eenieder moet worden geëerbiedigd, werkt een obligatoir recht slechts tegen een of meer bepaalde personen. Schuldeisers kunnen hun recht uitsluitend tegen hun schuldenaar doen gelden. Verschillende schuldeisers van een schuldenaar staan onderling in beginsel in geen enkele rechtsbetrekking. Ieder kan zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen. Bovendien is ieder in principe vrij in de keuze van de goederen waarop hij verhaal zoekt, zonder dat hij zich daarbij hoeft te laten leiden door de belangen van de andere schuldeisers. Pas indien de schuldenaar in staat van faillissement verkeert en de omvang van de vorderingen de waarde van de goederen overstijgt, komt de vraag op naar de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers. Ten aanzien van hun verhaalsrecht bepaalt de wet in art. 3:277 lid 1 BW dat schuldeisers in beginsel onderling een gelijk recht hebben om uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering.⁴ Waar met betrekking tot goederenrechtelijke rechten de ouderdom van het recht nu juist de graadmeter is voor de onderlinge verhouding tot andere goederenrechtelijke rechten, verkrijgen schuldeisers in het verbintenisrecht gelijke rang, zonder te letten op de datum van de vordering of de datum waarop beslag is gelegd.⁵

9.2.2 Botsende rechten op levering

Het onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten is voor wat betreft het recht op levering niet zonder nuancering te maken. In beginsel is een recht op levering – een verbintenis die bijvoorbeeld is ontstaan uit een koopovereenkomst – een persoonlijk recht jegens de vervreemder.⁶

3 Zie over het bodemrecht Tekstra 2009, p. 573 e.v., Mijnsen & Van Mierlo 2009/1.14, Asser/Van Mierlo 3-IV 2016/494, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/932 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/733.

4 Als uitzonderingen hierop erkent de wet enkele redenen van voorrang. Het betreft een gesloten stelsel van voorrangrechten. Dat betekent dat alleen de in art. 3:278 lid 1 BW genoemde redenen zijn toegelaten als uitzonderingen op de *paritas creditorum*.

5 Zie PG Boek 3 BW, TM, p. 856.

6 In het hiernavolgende spreek ik ten behoeve van de leesbaarheid doorgaans van een *koper* als gerechtigde tot levering van een zaak. Opgemerkt moet worden dat deze gerechtigde ook krachtens andere titel dan koop de beoogde verkrijger kan zijn.

Indien de vervreemder zich jegens twee kopers obligatoir heeft verbonden, staat het iedere koper vrij om nakoming te vorderen. Aangezien tussen de kopers van de dubbel verkochte zaak geen rechtsverhouding ontstaat, is het goederenrechtelijk gezien mogelijk dat de zaak definitief aan de tweede koper wordt geleverd, zelfs als deze wist dat de verkoper zich al eerder jegens een andere koper tot levering had verplicht.

In het Franse systeem van eigendomsoverdracht kwalificeert het leveringsrecht van de koper als een goederenrechtelijk recht. De eigendom is immers door de enkele wilsovereenstemming overgegaan op de verkrijger. In het geval van een dubbele verkoop van een roerende zaak kan de tweede koper geen translatieve werking aan de koopovereenkomst ontleen omdat de verkoper op het moment van die tweede verkoop geen eigenaar meer is. Toch kan deze latere koper nog eigenaar worden – zij het dat deze verkrijging niet voortvloeit uit overdracht, maar volgt uit het beginsel *possession vaut titre* – indien hij het bezit te goeder trouw heeft verkregen.⁷ Ten aanzien van onroerende zaken is daarentegen de derdenwerking wel afhankelijk gesteld van nadere formaliteiten, te weten de inschrijving in de openbare registers.⁸ De overdracht aan de eerste koper kan pas aan de tweede koper worden tegengeworpen nadat het recht van de eerste koper in de registers is ingeschreven. Met betrekking tot de eigendomsoverdracht van onroerende zaken in het kader van een dubbele verkoop geldt aldus zowel in Frankrijk als in Nederland het adagium ‘wie het eerst komt, die het eerst maalt’, in die zin dat die koper eigenaar wordt die zijn recht als eerste in de registers laat aantekenen. Dat kan derhalve ook de tweede koper zijn.

Het is naar het systeem van het Nederlandse goederenrecht geoorloofd dat een verkoper een dubbel verkochte zaak aan de tweede koper levert. De Hoge Raad overwoog in dat kader in het arrest Boers/Van der Marel in strikte zin:

[dat] de persoonlijk verplichting de perceelen aan Boers (op grond van een eerdere afspraak) over te dragen, onverkort liet zijn zakelijk recht op die perceelen, zodat hij [...] gerechtigd bleef om over die perceelen te beschikken, en dus zijn zakelijk recht daarop onverkort aan Leguit (als rechtsvoorganger van Van der Marel) [kon] overdragen.⁹

Ondanks het feit dat Leguit bekend was met de persoonlijke verplichting van de verkoper jegens Boers, stonden Boers geen middelen ten dienste om op te komen tegen de eigendomsoverdracht aan Leguit. In zijn noot onder dit arrest merkt Scholten op:

‘Er zal wel niemand zijn, die de uitkomst van dit geding – aangenomen de gestelde kwade trouw der betrokken personen – bevredigend vindt, [...]’

7 Zie over het beginsel ‘*en fait de meubles, la possession vaut titre*’, opgenomen in art. 2276 Cc, waarvan art. 1141 Cc een uitdrukking betreft, hierboven par. 6.3.2.2.

8 Zie hierboven par. 6.3.2.1.

9 HR 10 juni 1938, NJ 1939/411 (Boers/Van der Marel).

Uit de onvrede met het feit dat de verkoper de zaak in goederenrechtelijke zin ongehinderd aan de tweede koper kan leveren – zelfs als deze koper wist dat de verkoper zich eerder had verbonden – zijn diverse opvattingen geboren om het leveringsrecht van de eerste koper te beschermen. Zo is verdedigd dat de eerste koper met de *actio Pauliana* zoals neergelegd in art. 1377 OBW kan ageren tegen de tweede koop.¹⁰ Het aangaan van de tweede koop door de verkoper wordt in die opvatting gekwalificeerd als een onverplichte handeling waardoor de eerste koper als crediteur van de verkoper is benadeeld. Het betreft een ruime opvatting van dit rechtsmiddel omdat door het aangaan van de tweede koop niet het geheel van schuldeisers, maar alleen de eerste koper als schuldeiser wordt benadeeld.¹¹ Ook in het Franse recht heeft men de toepassing van de *actio Pauliana* aangedragen in het kader van een dubbel verkochte onroerende zaak.¹² Bezieet men het rechtsmiddel van de verruimde *Pauliana* in het kader van het onderscheid tussen het verbintenissen- en goederenrecht, dan worden de vergaande consequenties duidelijk van de toepassing van deze figuur.¹³ Het recht op levering van de eerste koper krijgt namelijk een goederenrechtelijk tintje omdat dit recht ook kan worden ingeroepen tegen een tweede koper te kwader trouw.¹⁴ De Nederlandse wetgever van het BW van 1992 overwoog dat de regel van de verruimde *Pauliana* om die reden:

‘te weinig genuanceerd [zou] zijn en in het verbintenissenrecht slecht [zou] passen’.¹⁵

De wetgever wees erop dat de eerste koper een ander middel ten dienste staat waarmee praktisch hetzelfde resultaat kon worden bereikt.¹⁶ In de rechtspraak van destijds van de Hoge Raad was immers aanvaard dat de eerste

-
- 10 Zie Dinger, diss. 1919, p. 32 die aanneemt dat de toepassing van de uitgebreide *actio Pauliana* geldend recht betrof.
- 11 Die benadeling is erin gelegen dat hij een geldsom – hij heeft immers in beginsel recht op schadevergoeding – in plaats van de zaak verkrijgt. Hier komt de zwakte van deze opvatting aan het licht omdat art. 1377 OBW het verhaalsrecht van de crediteuren beschermt, hetgeen door de verkoop niet wordt aangetast. Zie tegen Dinger onder meer Suijling II, nr. 38 en Scholten in zijn noot onder HR 10 juni 1938, NJ 1939/411 (*Boers/Van der Marel*).
- 12 Zie Planiol & Ripert/Esmein VII, nr. 938. Anders dan in Nederland heeft in Frankrijk ook de rechtspraak deze figuur aanvaard. Zie de verwijzingen bij Planiol & Ripert/Esmein VII, nr. 938, noot 1.
- 13 Meijers acht mede met oog op het Franse systeem de houding van de rechter in een geval van een dubbel verkochte zaak typerend voor de toenemende grensvervaging tussen het goederen- en verbintenissenrecht. Zie Meijers 1948, p. 274.
- 14 Zie Dinger, diss. 1919, p. 43 en 44. Overigens heeft Dinger weinig medestanders gevonden. Zie voorts de scherpe kritiek van Talsma, diss. 1930, p. 95 e.v.
- 15 Zie PG Boek 3 BW, p. 217. Bovendien resulteert de *Pauliana* in de vernietiging van de rechtshandeling van de schuldenaar met als gevolg dat dit rechtsmiddel van de tweede koper zelfs faillissementsbestendig is.
- 16 Zie PG Boek 3 BW, p. 217.

koper een actie op grond van onrechtmatige daad kan instellen.¹⁷ Het handelen van de tweede koper die de eerder gesloten overeenkomst kende en door het aangaan van de tweede koopovereenkomst en het bewerkstelligen van de levering aan hem profiteert van de wanprestatie die de verkoper pleegt, kwalificeert onder omstandigheden als een onrechtmatige daad.¹⁸ De schadevergoeding ter zake hiervan kan bestaan in de veroordeling om ten behoeve van de benadeelde een prestatie te verrichten, zoals het overdragen van de zaak.¹⁹ De eerste koper kan dus met het instellen van de actie uit onrechtmatige daad tegen de tweede koper bewerkstelligen dat hij alsnog de eigendom van de zaak verkrijgt. Overigens resulteert het enkele gebruikmaken van wanprestatie niet per definitie in een onrechtmatige daad. Voor het aanvaarden van onrechtmatig handelen dienen bijkomende omstandigheden aanwezig te zijn. Daarbij kan worden gedacht aan het feit dat de tweede koper de eerdere overeenkomst kende, zich ervan bewust was dat zijn handelen de eerste koper aanmerkelijk nadeel zou toebrengen en in een bijzondere vertrouwenspositie tot de verkoper stond waarin hij invloed kon uitoefenen.²⁰ Aangezien onder die omstandigheden ook derden zich dienen te onthouden van handelingen die de strekking hebben de nakoming door de schuldenaar te verhinderen, karakteriseerde Meijers het leveringsrecht van de koper als een recht met enigszins absolute werking.²¹ De wijze waarop de rechter omgaat met situaties waarin een zaak achtereenvolgens twee keer wordt verkocht maar nog niet is geleverd, noemde Meijers typerend voor de vraag of het persoonlijke recht – in dit geval een recht op levering – toch een zekere werking tegenover andere kopers toekomt.²²

Met in het achterhoofd de bescherming die de eerste koper onder omstandigheden aan een beroep op de onrechtmatige daad kan ontlennen, heeft de wetgever van het huidige BW ervoor gekozen om het recht op levering in de

17 Verwezen wordt naar de arresten HR 19 februari 1960, NJ 1960/473 (*Aurora*), HR 11 maart 1960, NJ 1960/261 (*Moerman/De Witte*), HR 3 januari 1964, NJ 1965/16 (*Tante Bertha*), HR 4 juni 1965, NJ 1965/381 (*Kamsteeg/Caltex*) en HR 17 november 1967, NJ 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*).

18 Naar vaste rechtspraak is het profiteren van wanprestatie niet per definitie onrechtmatig. Voor het aanvaarden van een onrechtmatige daad dienen bijkomende omstandigheden aanwezig te zijn. Zie HR 12 jan 1962, NJ 1962/246, HR 3 januari 1964, NJ 1965/16 (*Tante Bertha*) en HR 17 mei 1985, NJ 1986/760 (*Curaçao/Boyé*).

19 Zie HR 3 januari 1964, NJ 1965/16 (*Tante Bertha*) en HR 17 november 1967, NJ 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*), waarin deze mogelijkheid ook al voor de invoering van art. 6:103 BW werd aanvaard.

20 Onder deze omstandigheden nam de Hoge Raad onrechtmatig handelen aan. Zie HR 17 november 1967, NJ 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*).

21 Deze zogenoemde absolute werking in statische zin onderscheidt Meijers van de absolute werking in dynamische zin, waarbij gedacht kan worden aan verbintenissen – zoals het recht van de huurder en pachter – die tegen alle latere verkrijgers kunnen worden ingeroepen. Zie Meijers 1948, p. 273. Zie voorts de voorbeelden van rechtspraak genoemd in voetnoot 1 op dezelfde pagina.

22 Zie Meijers 1948, p. 274.

obligatoire sfeer te houden.²³ Toch is hij de koper tegemoet gekomen door hem een mogelijkheid te geven zijn recht op levering veilig te stellen. Met de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn de beslagmogelijkheden verruimd, met als gevolg dat een koper van een onroerende zaak conservatoir beslag tot levering kan leggen.²⁴ Het gevolg van een dergelijk beslag is dat ingevolge art. 734 jo. 505 lid 2 Rv onder meer een vervreemding aan een andere koper niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. De mogelijkheid om nakoming af te dwingen van een verbintenis tot levering door middel van het leggen van conservatoir beslag heeft evenwel een nieuwe kwestie opgeworpen. De situatie waarin meerdere kopers beslag leggen, mondt immers uit in een impasse omdat elk beslag de levering aan de ander blokkeert. Hoewel beide persoonlijke rechten in beginsel in rang gelijk staan, biedt de hoofdregel met betrekking tot ieders verhaalsrecht van art. 3:277 BW – te weten de voldoening naar evenredigheid van ieders vordering – geen oplossing omdat het recht op levering een ondeelbare prestatie betreft.²⁵ Aanvankelijk bevatte het ontwerp voor het BW geen regel voor de beslagleggers om uit deze impasse te komen. Bij de vaststelling van het eindverslag met betrekking tot het nieuwe Boek 3 BW heeft de bijzondere commissie uit de Eerste Kamer toch de noodzaak van de codificatie van een materieelrechtelijke regeling onder ogen gezien.²⁶ Zij stuurde aan op een oplossing die aansluit bij de regeling van het uiteindelijke art. 3:21 BW, dat wil zeggen bij de tijdstippen waarop ieders recht tot levering is ontstaan. Hoewel de regeringscommissaris in reactie hierop terecht aantekent dat art. 3:21 BW een wezenlijk ander geval bestrijkt dan conflicterende vorderingsrechten, erkent hij de mogelijkheid om ook in dit geval als hoofdregel te laten gelden dat het oudste recht voorgaat.²⁷ In het daarop volgende mondelinge overleg werd bevestigd dat ook de verschillende juridische beroepsgroepen²⁸ de voorkeur geven aan een hoofdregel die inhoudt dat in het geval van botsende leveringsrechten het oudste recht voorgaat.²⁹

23 Opgemerkt moet worden dat het recht van de koper na de inschrijving in de openbare registers onmiskenbaar een zekere goederenrechtelijke werking krijgt. De *Vormerkung* – die overigens pas in 2003 is ingevoerd – krijgt hierna in par. 9.3.2 een aparte bespreking. Bij de invoering van het BW in 1992 had de wetgever de introductie van deze figuur nog afgewezen. Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1079-1081.

24 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 331. Deze mogelijkheid werd reeds aangekondigd in PG Boek 3 BW, p. 119.

25 Zie PG Boek 6 BW, p. 97.

26 Zie PG Boek 3 BW, p. 110. De suggestie van deze commissie kan niet los worden gezien van haar voorstel om de mogelijkheid van het leggen van conservatoir beslag tot levering te introduceren.

27 Zie PG Boek 3 BW, p. 111.

28 Overleg had plaatsgevonden met deskundigen uit de kring van rechterlijke macht, advocatuur en deurwaarders. Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1399.

29 Zie PG Boek 3 BW, p. 111. Ook in de memorie van toelichting die betrekking heeft op de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering werd de leemte geconstateerd en werd de suggestie gedaan om als vuistregel op te nemen dat de oudste vordering voorgaat. Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 211.

De gesuggereerde hoofdregel heeft gestalte gekregen in de Invoeringswet.³⁰ Het in titel 3.11 opgenomen uiteindelijke art. 3:298 BW bepaalt:

‘Vervolgen twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering, dan gaat in hun onderlinge verhouding het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.’

Ondanks het feit dat tussen de kopers van een dubbel verkochte zaak geen rechtsverhouding ontstaat, heeft de wetgever met art. 3:298 BW een regeling opgenomen die juist in hun onderlinge verhouding van toepassing is. Deze materieelrechtelijke regeling voor het geval waarin de rechten met elkaar in botsing komen – dat is eerst het geval nadat beide schuldeisers beslag hebben gelegd ter bewaring van hun recht op levering³¹ – betreft een onverkorte toepassing van de prioriteitsregel. De rangorde wordt namelijk bepaald naar de volgorde van tijdstippen waarop de persoonlijke rechten tot levering zijn ontstaan.

Ter motivering van deze atypische prioriteitstoepassing voert de wetgever aan dat deze regel aansluit bij de recente ontwikkelingen in het toenmalige recht.³² Daarbij wordt verwezen naar een kortgedingvonnis van de rechtbank Middelburg en naar een opstel van W. Sniijders.³³ De zaak waarin de President van de rechtbank Middelburg een kortgedingvonnis heeft gewezen, betrof een geval waarin een bedrijfsterrein achtereenvolgens aan twee verschillende partijen was verkocht. De eerste koper – wiens koopovereenkomst aanvankelijk werd betwist, doch door de kortgedingrechter rechtsgeldig werd geacht – had conservatoir beslag gelegd om de levering aan de tweede koper te voorkomen.³⁴ De verkoper vorderde opheffing van het beslag om aan zijn verplichting te kunnen voldoen jegens de tweede koper, met wie een hogere koopsom was overeengekomen. Naar het oordeel van de President:

‘is [X] de eerste koper en heeft zij en niet [Y] dus het eerste recht op levering. In ieder geval is naar ons voorlopig oordeel het standpunt van [X] zo sterk dat haar belang bij handhaving van het beslag op het bedrijfscomplex moet voorgaan boven dat van [de verkoper] tot nakoming van de met [Y] gesloten overeenkomst.’³⁵ (cursivering toegevoegd)

30 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1396.

31 Tot een botsing komt het reeds indien door één koper beslag is gelegd en een andere koper de opheffing van dit beslag vordert. Deze andere koper doet er echter verstandig aan om in dit geval ook zelf beslag te leggen om aldus te voorkomen dat levering aan de beslaglegger kan plaatsvinden. Daarom zal steeds worden uitgegaan van het geval waarin door beide kopers beslag is gelegd.

32 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397.

33 Zie Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591, m.nt. W.H. Heemskerk en Sniijders 1980, p. 185-192.

34 Het stond onder het OBW ter discussie of het mogelijk was om conservatoir beslag te leggen op onroerend goed. De rechtbank huldigde in zijn voorlopig oordeel het standpunt dat zulks mogelijk is. Zie Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 4.

35 Zie Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 17.

In het voorlopige oordeel van de kortgedingrechter wordt aldus de ouderdom van de persoonlijke rechten betrokken bij de vaststelling van de rangorde. De opheffing van het beslag zou betekenen dat de zaak definitief aan de tweede koper geleverd kan worden en daarom handhaaft de rechter het beslag.³⁶

In zijn noot onder dit kortgedingvonnis stemt W.H. Heemskerk voorzichtig in met de keuze om aan het oudste leveringsrecht voorrang te verlenen. Hoewel hij terecht opmerkt dat de prioriteitsregel een zakenrechtelijk beginsel is dat niet zonder meer op het terrein van het verbintenissenrecht mag worden toegepast, ziet hij in dat nu eenmaal een keuze moet worden gemaakt tussen de kopers omdat het goed maar aan een van hen kan worden geleverd.

In zijn bijdrage in de Schadee-bundel loopt W. Sniijders verschillende mogelijkheden langs die als oplossing kunnen dienen in de situatie van botsende leveringsrechten. In de eerste plaats stelt hij vast dat vanwege de mogelijkheid om leveringsbeslag te leggen niet kan worden volstaan met de regel 'wie het eerst komt, die het eerst maalt', in die zin dat voorrang wordt toegekend aan de schuldeiser die het goed als eerst geleverd krijgt.³⁷ Hoewel deze oplossing goed aansluit bij de gelijkheid van schuldeisers omdat beide kopers in beginsel gelijke kansen hebben, biedt deze regel geen oplossing voor de impasse die ontstaat als beide kopers conservatoir beslag hebben gelegd. Aan de alternatieve optie om de rangorde vast te stellen naar de volgorde van de tijdstippen waarop iedere schuldeiser de conservatoire maatregel heeft ingesteld, acht hij diverse bezwaren verbonden.³⁸ Het verdient volgens Sniijders evenmin de voorkeur om de rechter geheel vrij te laten om naar gelang van de omstandigheden van het geval te beslissen.³⁹ Aangezien het recht op levering betrekking heeft op één bepaald goed en niet op een voor verdeling vatbare hoeveelheid naar de soort bepaalde zaken, moet een keuze worden gemaakt voor het recht van één van de schuldeisers. De door P.A. Stein aangedragen oplossing om beide beslagen te herleiden tot vervangende schadevergoeding,⁴⁰ biedt weliswaar een praktische mogelijkheid om het uitgangspunt van de gelijkgerechtigdheid van schuldeisers te huldigen, maar is door de wetgever verworpen.⁴¹ De kopers zullen immers met de schadevergoeding niet volledig geholpen zijn. Boven-

36 Daarmee gaat de president ook weer niet zo ver dat hij de verkoper veroordeelt om de zaak aan de eerste koper te leveren. Hiervoor kan de beslissing van de gewone rechter worden afgewacht. Zie Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 17.

37 Zie Sniijders 1980, p. 186 en 187.

38 Zie voor de vier opgesomde argumenten Sniijders 1980, p. 188 en 189.

39 Zie Sniijders 1980, p. 189 die over dit stelsel opmerkt dat het voor de rechter erg moeilijk kan zijn om een maatstaf voor een beslissing te vinden. Stein, *WPNR* 1983/5652, p. 316 reageerde op de ontwerpstekst van art. 3:298 BW door te bepleiten dat bij de beoordeling meer ruimte moet zijn voor de omstandigheden van het geval.

40 Zie Stein, *WPNR* 1983/5652, p. 316.

41 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1398.

dien kan deze oplossing ten voordele van de verkoper uitpakken omdat de koopprijs wordt opgedreven als beide kopers tegen elkaar gaan opbieden. Dat acht de wetgever onwenselijk omdat hij ervan uitgaat dat het bij een dubbele verkoop vaak zal gaan om een bedrieglijke of althans onachtzame verkoper.⁴²

Aan de oplossing om aansluiting te zoeken bij de rangorde tussen goederenrechtelijke rechten lijken al met al met de minste bezwaren te kleven. Hoewel deze oplossing een inbreuk maakt op de regel van de gelijkheid van schuldeisers – hetgeen de wetgever ook expliciet toegeeft⁴³ – gaat dit stelsel volgens Snijders uit van een op zichzelf duidelijke regel waarvan de toepassing in het algemeen niet tot grillige resultaten behoeft te leiden.⁴⁴ Hij zoekt voorts aansluiting bij de rechtspraak van de Hoge Raad waarop de prioriteitsregel naar zijn mening beter aansluit dan de andere oplossingen alsmede bij het Franse stelsel van eigendomsoverdracht. De rechtspraak van de Hoge Raad ziet echter slechts op gevallen waarin de tweede koper onrechtmatig handelen jegens de eerste koper kon worden verweten, terwijl de regel van art. 3:298 BW aan de eerste koper voorrang toekent ongeacht de rechtmatigheid van het handelen van de tweede koper.⁴⁵ Bovendien speelt art. 3:298 BW slechts in de gevallen waarin de levering door beslagen is verhinderd – en derhalve nog niet is voltooid – terwijl in de rechtspraak van de Hoge Raad steeds al een eigendomsoverdracht aan de tweede koper tot stand was gekomen.⁴⁶ Aan de rechtspraak van de Hoge Raad valt derhalve geen steun te ontleen voor de toepassing van de prioriteitsregel in het verbintenissenrecht, al helemaal niet in een situatie waarin nog geen levering heeft plaatsgevonden.

Ook de verwijzing naar Frans recht overtuigt niet. In beginsel heeft de eerste koper inderdaad een sterker – ten aanzien van roerende zaken zelfs het enige – recht omdat de eerste koopovereenkomst translatieve werking heeft. Toch kan de eigendomsoverdracht van een onroerende zaak pas aan een derde – onder wie een eventuele tweede koper – worden tegengeworpen na inschrijving in de registers. Het sterkste recht komt derhalve toe aan degene die zijn recht als eerst in de registers laat aantekenen, ongeacht wie de eerste koopovereenkomst heeft gesloten.

42 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1398.

43 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397.

44 Zie Snijders 1980, p. 190.

45 Ook W.H. Heemskerk signaleert in zijn noot onder Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591 een zekere neiging in de jurisprudentie om het oudste persoonlijke recht met betrekking tot een bepaalde zaak voor te laten gaan, maar tekent daarbij wel terecht aan dat de verkrijger van het latere recht van het bestaan van het oudste op de hoogte moet zijn geweest.

46 Zie Snijders 1980, p. 190, waar zonder vindplaats wordt verwezen naar rechtspraak 'volgens welke een latere koper jegens een eerdere onrechtmatig kan handelen door ten koste van deze levering af te dwingen, als hij bij het sluiten van zijn koopovereenkomst het recht van de eerdere koper kende'. Vgl. de in voetnoot 17 genoemde rechtspraak van de Hoge Raad.

Het is onmiskenbaar dat het recht behoefte heeft aan een materieel-rechtelijke regel om uit de vastgelopen situatie te geraken waarin meerdere schuldeisers conservatoir beslag hebben gelegd. Bij gebrek aan een betere regeling heeft de wetgever zijn keuze laten vallen op de prioriteitsregel vanwege zijn duidelijkheid. Dat het een pragmatische keuze betreft, kan reeds worden afgeleid uit het feit dat de wetgever ter motivering verwijst naar een kortgedingvonnis, waarin – zo merkt W.H. Heemskerk in zijn noot eronder terecht op –

‘niet de wetenschappelijke juistheid der voorlopige oordelen voorop [staat], maar de doelmatigheid van de te nemen ordemaatregel.’⁴⁷

De wetgever realiseert zich dat hij met deze regel geen dogmatische zuiverheid betracht. De wetsbepaling bevat in de terminologie van de wetgever slechts een ‘vuistregel’ waarvan de rechter bovendien kan afwijken op grond van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁸

Duidelijkheidshalve moet worden opgemerkt dat deze regel uitsluitend toepassing krijgt indien de nakoming van elk van de met elkaar botsende rechten op levering door beslagen is geblokkeerd. Zodra eenmaal levering heeft plaatsgevonden – en derhalve een van de schuldeisers een eigendomsrecht op de zaak heeft verworven – kan aan art. 3:298 BW geen recht meer worden ontleend.⁴⁹ Voor die gevallen blijft de hierboven beschreven rechtspraak op de grondslag van onrechtmatige daad relevant.

De toepassing van art. 3:298 BW komt aan de orde in een executiegeschil tussen schuldeisers die beide nakoming vorderen en conservatoir beslag tot levering hebben gelegd. Een dergelijk geschil wordt beslecht in het voordeel van degene met het materieel sterkste recht, te weten de schuldeiser met het oudste recht op levering.⁵⁰ De afweging van de materiële rechten van de beslagleggers wordt in de praktijk vaak gemaakt door de voorzieningenrechter in een geschil op de voet van art. 736 Rv.⁵¹ Indien naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk is dat het recht op levering van de ene koper ouder – en derhalve op grond van art. 3:298 BW sterker – is, dan kan op de voet van art. 705 Rv het door de tweede koper

47 Zie de noot van W.H. Heemskerk onder Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591.

48 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397: ‘Meer dan een vuistregel kan dit evenwel niet zijn.’

49 Overigens behoudt art. 3:298 BW zijn toepassing indien in weerwil van een beslag geleverd is. Dit was aan de orde in het arrest HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/651, m.nt. H.J. Snijders (*Van Kooten/Wilmink*) dat hierna uitgebreid aan de orde komt.

50 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 211, waar wordt opgemerkt dat de vraag wie materieel het sterkste recht heeft, moet worden beantwoord aan de hand van de bepalingen van het BW.

51 Het gaat doorgaans om een zogenaamd opheffingskortgeding ex art. 705 Rv.

gelegde beslag worden opgeheven.⁵² De eigendomsoverdracht aan de eerste koper kan daardoor plaatsvinden zonder dat de tweede koper een recht aan de zaak kan ontlennen.

Een voorlopige voorziening zoals het opheffen van een conservatoir beslag kan in de praktijk onherstelbare gevolgen hebben. In het kader van botsende rechten op levering ligt daardoor immers de weg open voor de definitieve eigendomsoverdracht aan een van beide kopers. Naar het oordeel van de Hoge Raad vormt die onherstelbaarheid geen beletsel om dergelijke voorlopige voorzieningen te treffen, mits het spoedeisend karakter aanwezig is en de gevraagde voorziening wordt gerechtvaardigd door de billijke afweging van de belangen van partijen.⁵³ De vraag rijst in hoeverre aan de rechtspositie van de tweede koper recht wordt gedaan indien uiteindelijk blijkt dat zijn recht tóch van eerdere datum was. Het vonnis van de voorzieningenrechter kan immers in hoger beroep dan wel in cassatie worden vernietigd. Bovendien kan de rechter in de bodemprocedure tot een andersluidend oordeel komen dan de voorzieningenrechter.

Indien de voorzieningenrechter bij constitutief⁵⁴ vonnis een beslag opheft en dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaart, dan resulteert dit vonnis in een nieuwe rechtstoestand van het goed.⁵⁵ Vanwege de uitvoerbaar bij voorraadverklaring heeft de eventuele instelling van hoger beroep geen schorsende werking. Dat betekent dat het beslag dus niet voorlopig onaangetast op het beslagen goed blijft rusten. Degene ten laste van wie het beslag is gelegd wordt volledig hersteld in zijn bevoegdheid om het goed te vervreemden of te bezwaren.⁵⁶ Indien vervolgens het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd, dan:

52 Aan de hand van verklaringen die waren afgelegd tijdens een gehouden voorlopig getuigengehoor kwam het Hof Arnhem tijdens de behandeling in hoger beroep in de zaak Van Kooten/Wilmink, NJ 1994/651 tot een dergelijk oordeel. Overigens had de voorzieningenrechter geoordeeld dat alleen na diepgaand onderzoek kan worden vastgesteld wie het oudste recht heeft en dat voor zodanig onderzoek geen plaats is in kort geding.

53 Zie HR 8 februari 1946, NJ 1946/166. Deze overweging is door de Hoge Raad herhaald in HR 11 februari 1994, NJ 1994/651, m.nt. H.J. Sniijders (*Van Kooten/Wilmink*).

54 In dat geval heft de rechter het beslag op – hetgeen de Hoge Raad toestaat blijkens zijn arrest HR 18 oktober 1991, NJ 1992/4 (*Telegraaf/Ranzijn*) – in tegenstelling tot een condemnatoir vonnis waarin de beslaglegger wordt veroordeeld tot opheffing van het beslag.

55 In HR 20 januari 1995, NJ 1995/413, m.nt. H.E. Ras, r.o. 3.2 (*Smokehouse/Culimer*) is overwogen dat een constitutief vonnis uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Wordt het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, dan ontstaat de nieuwe rechtstoestand eerst met het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis.

56 Uit deze bewoordingen die afkomstig zijn van de Hoge Raad uit zijn arrest HR 26 mei 2000, NJ 2001/388, m.nt. H.J. Sniijders (*Aruba/Boeije*) moet niet worden afgeleid dat een beslag leidt tot een beperking van de beschikkingsbevoegdheid. In HR 5 september 2008, NJ 2009/154, m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.2.2 (*Forward/Huber*) heeft de Hoge Raad immers expliciet overwogen dat beslag niet tot beschikkingsonbevoegdheid leidt van degene ten laste van wie het beslag is gelegd.

'herleeft [het beslag], met dien verstande dat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen opheffing en de vernietiging moeten worden geëerbiedigd.'⁵⁷

Het beslag herleeft door de vernietiging *ex nunc*. De rechten die derden in de tussentijd op het goed hebben verkregen, kunnen tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Dat betekent dat de beslaglegger het eigendomsrecht van de koper aan wie is geleverd zal moeten respecteren. Aangezien het in tegenstelling tot in de zojuist aangehaalde arresten geen verhaalsbeslag, maar een leveringsbeslag betreft, is daarmee de verdere executie hiervan onmogelijk geworden. Het leveringsbeslag is immers gericht op het verkrijgen van de eigendom van een zaak, terwijl de andere koper zijn eigendomsrecht op die zaak aan de beslaglegger kan tegenwerpen.

De koper die meent dat zijn recht op levering toch sterker is dan dat van de koper aan wie inmiddels is geleverd, kan in een bodemprocedure tegen de andere koper doorlevering van de zaak vorderen. De rechtsgrond die aan deze overdracht ten grondslag ligt, wordt gevormd door art. 3:298 BW. Aangezien het een veroordeling tot doorlevering betreft – de reeds geëffectueerde overdracht aan de ene koper blijft immers intact – moeten de rechten die derden inmiddels op de zaak hebben verkregen worden gerespecteerd. Dat betekent dat indien de zaak voorafgaand aan de beslissing van de bodemrechter reeds aan een derde is vervreemd, de koper die in de bodemprocedure als winnaar uit de bus komt geen goederenrechtelijk recht meer op de zaak kan verkrijgen. De gedesillusioneerde koper is aangewezen op het instellen van een schadevergoedingsvordering ofwel jegens de verkoper wegens niet-nakoming van de koopovereenkomst, dan wel jegens de andere koper op de voet van de onrechtmatige daad.

De voorzieningenrechter zal bij zijn voorlopige oordeel de onherstelbare goederenrechtelijke gevolgen moeten betrekken. In het bijzonder wanneer hij een constitutief vonnis wijst en dat uitvoerbaar bij voorraad verklaart, zal hij zich rekenschap moeten geven van het feit dat zijn beslissing tot gevolg kan hebben dat de andere partij de zaak wellicht niet meer kan verkrijgen.⁵⁸ Dit zogenoemde restitutierisico kan ertoe leiden dat de opheffing van het beslag wordt geweigerd. Daarnaast zal voor de opheffing van het beslag door de voorzieningenrechter steeds spoedeisend belang aanwezig moeten zijn. Bij de dubbele verkoop van een woonhuis zal lang niet altijd sprake zijn van spoedeisend belang, zodat de kopers veelal naar de bodemrechter moeten worden verwezen. Gelet op de onherstelbare gevolgen voor de verliezer vindt het onderzoek voor zover dat nodig is om vast te stellen welke koper het oudste recht op levering heeft, bij voorkeur plaats in een bodemprocedure. Daar komt bij dat een voorzieningenrechter moet beslissen aan de hand

57 HR 23 februari 1996, NJ 1996/434, r.o. 3.3 (DKHB/KIVO).

58 Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de voorzieningenrechter steeds een belangenafweging moet maken. Zie HR 14 juni 1996, NJ 1997/481, m.nt. H.J. Snijders (*De Ruijterij/MBO-Ruiters*), HR 25 november 2005, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*RN/De Donge*) en HR 30 juni 2006, NJ 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*).

van een beoordeling van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd,⁵⁹ terwijl in een bodemprocedure de formele bewijsregels van toepassing zijn.⁶⁰

De vraag naar de gevolgen van een door de bodemrechter andersluidende beslissing over de toepassing van art. 3:298 BW dan die van de voorzieningenrechter in kort geding, kwam aan de orde in het arrest Van Kooten/Wilmink.⁶¹ Deze zaak onderscheidt zich in die zin van het zojuist besproken geval van botsende rechten op levering dat in dit geval een dubbel verkocht huis in weerwil van een beslag van de eerste koper reeds aan de tweede koper was geleverd.⁶² De voorzieningenrechter had in de zaak van Van Kooten/Wilmink de tweede koper (Van Kooten) veroordeeld tot medewerking aan de eigendomsoverdracht aan de eerste koper (Wilmink). Van Kooten was dus gehouden om de zaak door te leveren aan Wilmink.⁶³ Aangezien tussen deze kopers geen overeenkomst was gesloten, wordt de rechtsgrond die aan deze overdracht ten grondslag ligt mede gevormd door de wettelijke regeling van art. 3:298 BW.⁶⁴ De hypothese opwerpende dat de bodemrechter uiteindelijk zou oordelen dat zijn recht op levering toch van eerdere datum was, stelde Van Kooten dat hij in dat geval ten gevolge van de beslissing van de voorzieningenrechter geen levering van het huis meer zou kunnen verkrijgen. Om die reden zou voor de opheffing van een beslag met alle onherstelbare gevolgen van dien in kort geding geen plaats zijn. De geldende leer is evenwel dat de rechter in kort geding een voorziening kan treffen – in dit geval de veroordeling tot medewerking aan de overdracht – waarvan de gevolgen in feite niet meer herstelbaar zijn.⁶⁵ Naar het oordeel van de Hoge Raad is bovendien onjuist dat Van Kooten als gevolg van het kortgedingvonnis de eigendom van de zaak definitief kwijt is. Indien in de bodemprocedure vast komt te staan dat zijn recht op levering toch ouder is, dan heeft:

‘de ingevolge [het] kort geding bewerkstelligde levering aan Wilmink door het wegvallen van de door [de voorzieningenrechter] aangenomen rechtsgrond [...] niet tot een geldige overdracht geleid [...]’⁶⁶

59 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 314 en 315, HR 14 juni 1996, *NJ* 1997/481, m.nt. H.J. Snijders (*De Ruijterij/MBO-Ruiters*) en HR 25 november 2005, *NJ* 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*RN/De Donge*).

60 Zie Asser Procesrecht/ Asser 3 2017/25 en 26.

61 Zie HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/651, m.nt. H.J. Snijders.

62 Het feit dat er twee conservatoire beslagen op de zaak rustten, brengt mee dat art. 3:298 BW toch van toepassing is na de levering. De levering kan immers ingevolge art. 734 jo. 505 lid 2 Rv niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen.

63 De aspecten met betrekking tot de betaling van de koopprijs laat ik buiten beschouwing.

64 Deze wettelijke bepaling leent zich daarvoor omdat deze tussen schuldeisers ‘in hun onderlinge verhouding’ van toepassing is. Kleijn, *JBN* 1994/49 meent echter dat de titel wordt gevormd door het kort gedingvonnis. Naast art. 3:298 BW maakt ook de koopovereenkomst tussen de verkoper en Wilmink deel uit van de titel die bij de doorlevering aan de overdracht ten grondslag ligt.

65 Zie hierboven voetnoot 53.

66 Zie HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/651, r.o. 3.3.

De Hoge Raad geeft aldus uitdrukking aan het causale stelsel voor de overdracht. Door een andersluidende uitspraak van de bodemrechter is de titel aan de door de voorzieningenrechter bevolen overdracht aan Wil-mink komen te ontvallen. Ten gevolge van deze uitspraak kan art. 3:298 BW immers niet als titel fungeren voor deze overdracht.

Het feit dat geen geldige eigendomsoverdracht tot stand is gekomen, brengt mee dat de koper aan wie was geleverd niet bevoegd is geweest om over de zaak te beschikken. De rechten die deze koper in de tussentijd ten behoeve van derden heeft gevestigd zijn derhalve – behoudens de toepassing van de regels van derdenbescherming – niet geldig tot stand gekomen. Dat betekent dat indien Van Kooten in de bodemprocedure zijn gelijk haalt, hij met terugwerkende kracht de in beginsel onbezwaarde eigendom van de zaak verkrijgt.

Daarmee tekent zich een opvallend onderscheid af voor de positie van de koper die eerst in de bodemprocedure zijn gelijk haalt. Indien het beslag wordt opgeheven vóórdát de levering aan hem reeds had plaatsgevonden, dan zal hij de tussentijds gevestigde rechten moeten eerbiedigen en kan hij *de facto* nog slechts schadevergoeding vorderen. Indien daarentegen het beslag wordt opgeheven nádat de levering had plaatsgevonden, dan kan de koper die eerst in de bodemprocedure aan het langste eind trekt – zoals Van Kooten in het hierboven beschreven hypothetische geval – in goederenrechtelijk opzicht wel krijgen waar hij recht op heeft. Opgemerkt moet worden dat in het eerstgenoemde geval het beslag in de registers moet zijn aangetekend tussen het moment van het passeren van de notariële akte van levering en de inschrijving daarvan. De notaris zal immers bij het passeren van de leveringsakte erop toezien dat de zaak vrij van beslagen wordt geleverd.

Om de belangen van de – naar uiteindelijk blijkt – oorspronkelijk eerste koper en de belangen van derden ten behoeve van wie goederenrechtelijke rechten zijn gevestigd in balans te houden, dient bij de opheffing van het beslag voorafgaand aan de geëffectueerde levering door de voorzieningenrechter de nodige terughoudendheid te worden betracht.⁶⁷ Derdeverkrijgers zouden anders ten koste van de oorspronkelijk eerste koper profiteren van de onherstelbaarheid van de voorziening in kort geding. In de situatie waarin het beslag ná de levering wordt opgeheven en door de voorzieningenrechter de doorlevering wordt geboden, dienen derden rekening te houden met het feit dat aan deze doorlevering een onzekere titel ten grondslag ligt. De koper aan wie ingevolge het kortgedingvonnis wordt geleverd verkrijgt slechts een aantastbaar eigendomsrecht. Mocht als gevolg van het vonnis van de bodemrechter de titel daadwerkelijk aan de overdracht komen te ontvallen, dan zijn ook de door deze koper verrichte beschikkingen ten behoeve van derden – behoudens de eventuele toepasselijkheid van regels van derdenbescherming – niet rechtsgeldig tot stand gekomen.

67 Zo ook Van Schaick, *WPNR* 1994/6160.

De notariële tussenkomst bij deze doorlevering van een onroerende zaak heeft ingrijpende gevolgen voor de positie van derden zoals hypotheeknemers en derdeverkrijgers. De notaris is immers uit hoofde van zijn zorgplicht ertoe gehouden om in de akte van levering te vermelden dat de titel door de vervreemder wordt betwist.⁶⁸ Daarmee wordt een beroep van derden op de beschermingsregelingen van art. 3:88 en 3:36 BW de pas afgesneden.⁶⁹ Derden worden in dat geval namelijk gelet op het bepaalde in art. 3:23 BW niet meer te goeder trouw geacht en worden derhalve noch tegen de schijn van een rechtsgeldige titel op grond van art. 3:36 BW noch tegen de beschikkingsonbevoegdheid ex art. 3:88 BW beschermd. De onzekere titel heeft tot gevolg dat hypothecaire financiers zich terughoudend zullen opstellen bij het verstrekken van krediet. Indien de verkrijger daardoor de financiering niet rond krijgt, wordt de overdracht alsnog praktisch geblokkeerd. In dat geval zal de beslissing in de bodemprocedure moeten worden afgewacht.

9.2.3 Analoge toepassing van artikel 3:298 BW

De wetgever heeft in het kader van obligatoire rechten alleen in een materieelrechtelijke regel voorzien voor het specifieke conflict tussen rechten op levering van hetzelfde goed. Toch blijkt uit de wetstoelichting dat de toepassing van deze bepaling niet per definitie is beperkt tot het geval van botsende rechten op levering:

‘Het ligt voorts voor de hand dat soms analogische toepassing mogelijk zal zijn op andersoortige vorderingsrechten ten aanzien van één goed die bij samenlopende vervolging van het recht op nakoming met elkaar zouden botsen. Men denke aan een huis dat tweemaal verhuurd is.’⁷⁰

Naar het voorbeeld van de wetgever kan inderdaad als gevolg van een dubbele verhuur van een goed een soortgelijk conflict ontstaan. Het bestaan van een eerdere huurovereenkomst staat in beginsel niet aan de rechtsgeldige totstandkoming van een tweede overeenkomst in de weg. Zodoende kan het geval zich voordoen dat aan twee aspirant-huurders het huurgenot van een zaak is beloofd. Ieder kan dan op grond van zijn eigen overeenkomst van de verhuurder eisen dat de zaak aan hem in gebruik wordt verstrekt. Het recht van de huurder komt met het recht van de koper in die zin overeen dat de aard van de prestatie meebrengt dat die slechts éénmaal kan worden

68 Zie Melis/Waaijer 2012, p. 63. Een mogelijkheid is dat de levering plaatsvindt krachtens een verbintenis tot overdracht onder de ontbindende voorwaarde dat de bodemrechter tot een andersluidend oordeel komt. De verkrijger kan op grond van art. 3:84 lid 4 BW slechts onder diezelfde voorwaarde over zijn recht beschikken. Kredietverstrekkers zullen evenwel niet happig zijn op de verkrijging van een hypotheekrecht onder een dergelijke ontbindende voorwaarde.

69 Zie hierover H.J. Snijders in de nummers 7 en 8 van zijn annotatie onder HR 11 februari 1994, NJ 1994/651 alsmede Kleijn, JBN 1994/49.

70 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397.

nagekomen. Zoals bij een dubbele verkoop de zaak maar aan een van de kopers kan worden geleverd, kan bij een dubbele verhuur de zaak slechts aan een van de huurders in gebruik worden verstrekt. Het conflict tussen huurders kan derhalve evenzeer in een impasse uitmonden. Aangezien een huurovereenkomst niet tot levering verplicht maar tot terbeschikkingstelling van de verhuurde zaak, is art. 3:298 BW niet rechtstreeks van toepassing in de verhouding tussen huurders. Toch biedt de toepassing van de prioriteitsgedachte analoog aan art. 3:298 BW een pragmatische oplossing om de impasse te doorbreken.⁷¹

Een beduidend verschil tussen de gevallen van koop en huur is evenwel dat het vorderingsrecht van een koper in tegenstelling tot dat van een huurder ziet op de verkrijging van een goederenrechtelijk recht. De consequentie van de goederenrechtelijke verkrijging door een van beide kopers is dat het recht op levering van de andere koper waardeloos is geworden. De verkoper kan immers zijn verplichting om de zaak te leveren niet meer nakomen omdat hij niet langer bevoegd is om over die zaak te beschikken. Dat is anders in het geval waarin de dubbel verhuurde zaak aan een van beide huurders in gebruik is verstrekt. De verhuurder kan strikt genomen ook nadat hij aan zijn verplichting jegens de ene huurder heeft voldaan nog door de andere worden geconfronteerd met een vordering tot nakoming. Toch heeft de verhuurder zich door de zaak aan de ene huurder ter beschikking te stellen in de onmogelijkheid gebracht om zijn verbintenis jegens de andere huurder na te komen.⁷² Het strookt met de gedachtegang van een dubbele verkoop dat art. 3:298 BW ook in het geval van een dubbele verhuur is uitgewerkt zodra een van beide huurders de zaak eenmaal in gebruik heeft gekregen.⁷³ Het speelt daarbij geen rol of nakoming aan de eerste of tweede huurder heeft plaatsgevonden. Het is opmerkelijk dat voor het geval de tweede huurder het feitelijke huurgenot heeft gekregen in de parlementaire geschiedenis als nadere voorwaarde valt te lezen dat deze huurder dan wel te goeder trouw moet zijn geweest.⁷⁴ Ik meen evenwel dat art. 3:298 BW per definitie is uitgewerkt zodra de zaak eenmaal in gebruik is verstrekt, zelfs als dat is geschied ten behoeve van de tweede huurder te kwader trouw. Dat is bij een dubbele verkoop niet anders. Ook dan komt de eigendoms-overdracht definitief tot stand, ongeacht of de levering aan een koper te goeder trouw heeft plaatsgevonden. Uit de parlementaire toelichting volgt ook uitdrukkelijk dat de werking van deze bepaling beperkt dient te blijven tot gevallen waarin nog geen nakoming door de schuldenaar heeft plaatsgevon-

71 De analoge toepassing is in de rechtspraak bevestigd. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 25 november 1993, *NJ* 1994/677 en Hof Amsterdam 22 augustus 2011, *ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6835*.

72 Zie in deze zin Rb. Gouda (pres.) 11 november 1994, *KG* 1994/115 en Rb. Noord-Holland 14 april 2015, *ECLI:NL:RBNHO:2015:3795*.

73 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1082.

74 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1082. In dezelfde zin Hof Amsterdam 25 november 1993, *NJ* 1994/677 en Rb. Noord-Holland 14 april 2015, *ECLI:NL:RBNHO:2015:3795*.

den.⁷⁵ Als art. 3:298 BW toch van toepassing zou blijven nadat nakoming aan een huurder te kwader trouw heeft plaatsgehad, dan zou het artikel bij analoge toepassing een ruimere werking krijgen dan de situatie waarvoor het is geschreven. Een dergelijke ruime analoge toepassing van een vuistregel die uitsluitend is bedoeld om impasses te doorbreken, kan niet met argumenten worden ondersteund.

De kwade trouw van de tweede huurder kan overigens wel degelijk een rol spelen in de verhouding tussen beide huurders, maar niet binnen het leerstuk van art. 3:298 BW.⁷⁶ De eerste huurder staat een actie uit onrechtmatige daad ten dienste jegens de tweede huurder om alsnog het huurgenot te kunnen verkrijgen.⁷⁷ De schadevergoeding kan worden toegekend in natura, te weten de ontruiming van de zaak en medewerking aan de nakoming door de verhuurder aan de eerder gesloten huurovereenkomst. Voor de toewijzing van die onrechtmatige daadvordering zal in het bijzonder belang toekomen aan de vraag of de tweede huurder wist dat de zaak reeds aan een ander was verhuurd.

Voor de analoge toepassing van art. 3:298 BW blijkt dus niet relevant of de vorderingsrechten zijn gericht op de verkrijging van een goederenrechtelijk dan wel een obligatoir recht. Op grond van de parlementaire geschiedenis moet analoge toepassing namelijk mogelijk worden geacht indien het conflicterende vorderingsrechten betreft *ten aanzien van één goed*.⁷⁸ Welbeschouwd bestaat de behoefte aan een materieelrechtelijke regel voor ieder geval van botsende vorderingsrechten ter zake van een ondeelbare prestatie die slechts éénmaal kan worden nagekomen. Zo kunnen ook met elkaar onverenigbare koopopties of voorkeursrechten onder het toepassingsgebied van art. 3:298 BW worden geschaard. Daarbij moet worden opgemerkt dat het hier rechten op koop en niet rechten op levering betreft. Indien een dergelijk recht op koop op zijn beurt met een reeds bestaand recht op levering in conflict komt, dan kan de regel geen toepassing vinden.⁷⁹ Alleen conflicten tussen schuldeisers die een vorderingsrecht van gelijke aard met betrekking tot een goed vervolgen, kunnen onder de werking van art. 3:298 BW vallen.⁸⁰

75 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397: Wat [nadat de schuldenaar aan zijn verbintenis heeft voldaan] tussen beide gerechtigden onderling geldt, wordt in deze situatie ook niet langer door dit artikel bepaald, [...]’.

76 Ten onrechte baseert Hof Amsterdam 25 november 1993, *NJ* 1994/677 dan ook zijn oordeel dat de tweede huurder die de zaak te kwader trouw in gebruik heeft genomen, de zaak ten behoeve van een oudere huurder moet ontruimen op art. 3:298 BW.

77 Zie Hof Arnhem 17 november 1954, *NJ* 1955/229. Uiteraard heeft deze huurder ook een schadevergoedingsvordering uit hoofde van wanprestatie op de verhuurder. Zie Rb. Haarlem (pres.) 12 juli 1991, *KG* 1991/276.

78 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397.

79 Zie HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*). Zie reeds Kleijn 1985, p. 57, Kleijn, *WPNR* 1998/6319 en Rb. Arnhem 23 juni 1983, *NJ* 1985/617. De positie van de notaris in dezen komt in par. 9.5 aan de orde.

80 Ook denkbaar is dat de ene schuldeiser recht heeft op levering van een goed in onbezwaaarde toestand en een ander op de vestiging van een beperkt recht.

In die gevallen kan als vuistregel worden gehanteerd dat het oudste recht voorgaat. Aangezien deze prioriteitstoepassing echter niet direct voortvloeit uit het systeem van de wet, verdient de tenzij-formule van art. 3:298 BW bijzondere aandacht. De rechter heeft de vrijheid om van de vuistregel af te wijken indien de toepassing van de prioriteitsregel tot een resultaat leidt dat niet met de eisen van redelijkheid en billijkheid in overeenstemming te brengen zou zijn.⁸¹ Nu voor de jonger obligatoir gerechtigde het eerdere contract ten behoeve van de oudere in de regel ook niet kenbaar is, dient onder verwijzing naar de concrete omstandigheden van het geval des te meer ruimte te zijn voor afwijking van de vuistregel.⁸² Van onverkorte toepassing van de prioriteitsregel is dan ook geen sprake.

9.3 OBLIGATOIRE RECHTEN MET EEN ZEKERE ABSOLUTE WERKING

9.3.1 Het recht van huur⁸³

Naar de definitiebepaling van art. 7:201 BW is huur de overeenkomst tussen verhuurder en huurder waarbij de verhuurder zich verbindt om een zaak in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie. De huurder ontleent aan de huurovereenkomst een persoonlijk recht dat hij in beginsel uitsluitend tegen de verhuurder kan invoeren. Aangezien de huurder geen recht op de verhuurde zaak kan doen gelden – huur is immers geen goederenrechtelijk recht – hoeft een opvolgende verkrijger van de zaak de rechten van de huurder in de regel niet tegen zich te laten gelden. Toch dient een koper van een zaak op grond van het adagium ‘koop breekt geen huur’ – mits die koop wordt gevolgd door levering⁸⁴ – een reeds bestaande huurverhouding te eerbiedigen. De rechten en verplichtingen van de ver-

81 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397. Opgemerkt wordt: ‘Meer dan een vuistregel kan dit evenwel niet zijn’.

82 Zie ook PG Inv. Boek 3 BW, p. 1082 waar wordt opgemerkt dat het in het bijzonder bij de huur van een woonruimte mogelijk moet zijn om rekening te houden met de omstandigheden van het geval.

83 Hoewel in deze paragraaf slechts het recht van huur aan bod komt, moet worden opgemerkt dat de pachter een soortgelijk recht heeft. Zie Asser/Snijders & Valk 7-III 2016/312 e.v. Voor de bespreking van het recht van pacht wordt volstaan met enkele verwijzingen in het hiernavolgende bij het recht van de huurder naar de relevante bepalingen over pacht.

84 Opgemerkt moet worden dat het adagium ‘koopt breekt geen huur’ enkele juridische onzuiverheden bevat. Zo wordt in de eerste plaats de huur niet gebroken door een verkoop van de zaak. Verkoop van de zaak – al dan niet gevolgd door levering – laat de huurovereenkomst tussen huurder en verhuurder onverlet. Daarnaast is het niet de koop, maar de vervreemding (de beschikkingshandeling, te weten de levering) die de huur ‘breekt’ omdat pas na levering de oorspronkelijke verhuurder niet meer aan zijn verplichting uit de huurovereenkomst kan voldoen. Overigens geldt hetzelfde indien een andere rechtsgrond dan koop aan de overdracht ten grondslag ligt, zoals ruil, schenking of legaat.

huurder gaan namelijk ingevolge het bepaalde in art. 7:226 BW⁸⁵ bij de overdracht van de zaak over op de verkrijger. Welbeschouwd verkrijgt het persoonlijke recht van de huurder aldus een zekere absolute werking omdat niet alleen de contractspartij, maar ook een verkrijger onder bijzondere titel aan de huurovereenkomst is gebonden.⁸⁶

Een regel met de strekking dat een vervreemding een bestaande huurverhouding al dan niet onverlet laat, verkondigt de confrontatie die van oudsher bestaat tussen de rechtspositie van een huurder en die van de rechtsopvolger van de verhuurder. Een uitkomst in dezen die thans op grond van art. 7:226 BW in het voordeel van de huurder uitvalt, kan niet worden herleid tot het Romeinse recht. Naar Romeins recht was de huurder slechts uitgerust met een *actio in personam* tegen de verhuurder.⁸⁷ De huurder had derhalve in beginsel slechts een schadevergoedingsvordering als de verhuurder niet meer aan zijn verplichting kon voldoen omdat de zaak in eigendom was overgegaan op een derde.⁸⁸

De rechtsgeschiedenis laat zien dat sinds de receptie van het Romeinse recht de huurder in zijn confrontatie met een koper lang niet altijd het onderspit heeft moeten delven. Zo werd de regel koop breekt huur reeds door de Glossatoren in die zin afgezwakt dat aan de hand van tekstinterpretaties de nodige uitzonderingen werden toegestaan.⁸⁹ Daarnaast is in het zeer verscheiden gewoonterecht veelvuldig een billijkheidsgedachte ten behoeve van de rechtspositie van de huurder waar te nemen.⁹⁰ Uiteindelijk

85 Zie voor de soortgelijke bepaling voor het recht van pacht art. 7:361 BW. De voorganger van deze bepaling (art. 34 Pw) is destijds opgesteld in lijn met het art. 1612 OBW. Ook voor de uitleg van art. 34 Pw is aangeknoopt bij de bepaling van de huurder. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30448, 3, p. 25.

86 Voor wat betreft de verkrijging onder algemene titel is de regeling overbodig omdat in dat geval de gehele overeenkomst met alle daarin gemaakte bedingen overgaat. De verkrijger onder algemene titel is gebonden aan persoonlijke verplichtingen van zijn rechtsvoorganger.

87 Uit een huurovereenkomst ontstaat voor de huurder de *actio conducti*, de actie die strekt tot verschaffing van het huurgenot of – indien dat niet wordt verleend – tot schadevergoeding. Zie D. 19,2,25.1 (Gaius) en D. 30,120,2 (Ulpianus).

88 In de literatuur wordt opgemerkt dat de praktijk waarschijnlijk een andere is geweest omdat bij de koop veelal werd bedongen dat de huurder zijn recht mocht voortzetten. Zie C. 4,65,9. Indien de koper dit beding niet nakwam, dan kon de huurder de verkoper aanspreken met de *actio conducti*, waarna de verkoper op zijn beurt de koper tot schadevergoeding aansprak wegens het niet naleven van het derdenbeding. Het is mogelijk dat de koper de huurder uit opportuniteitsoverwegingen dan maar respecteerde. Zie Kaser I (1971), p. 567, Nelissen, diss. 1880, p. 74, Schrage 1984, p. 18 en Westrik, diss. 2001, p. 197-199.

89 Zie Nelissen, diss. 1880, p. 120-122. Bescherming van de huurder werd gezocht in de uitvoerig becommentarieerde tekst C. 4,65,9.

90 Zie voor voorbeelden met betrekking tot de verscheidenheid in de Nederlandse gewesten zeer uitvoerig Nelissen, diss. 1880, p. 192 e.v. en Cerutti 1972, p. 50-53. Zie ook Schrage 1984, p. 24 en Westrik, diss. 2001, p. 216. Ik volsta met het vermelden van het in Holland geldende recht bij De Groot III,19,16, inhoudende dat koop de huur *niet* breekt. Vgl. Groenewegen, p. 542 die bij C. 4,65,9 opmerkt dat in Holland van het Romeinsrechtelijke uitgangspunt 'koop breekt huur' werd afgeweken.

is de balans in het voordeel van de huurder doorgeslagen.⁹¹ Ten tijde van de invoering van de eerste wetboeken in continentaal Europa was ‘koop breekt geen huur’ tot het heersende beginsel verheven. Zo werd in Frankrijk in de Code civil van 1804 de regel opgenomen dat de huurder in beginsel niet uit de gehuurde zaak kon worden gezet door de koper.⁹² Art. 1743 Cc luidt – vertaald naar het Nederlands – als volgt:

‘Indien de verhuurder het verhuurde goed verkoopt, kan de pachter of de huurder, die een authentieke huur of een huur met vaste dagtekening heeft, niet uit het gehuurde gezet worden door de koper, tenzij de verhuurder zich dit recht bij het huurcontract heeft voorbehouden.’

Overigens heerste in Frankrijk tot het einde van de 18e eeuw het tegenovergestelde uitgangspunt.⁹³ Het keerpunt kwam toen in 1791 een uitzondering werd gecreëerd die strekte tot bescherming van huurders van landbouwgronden voor een termijn van ten hoogste zes jaar.⁹⁴ Deze uitzondering werd destijds ingevoerd enerzijds als billijkheidsmaatregel jegens de huurder en anderzijds ten behoeve van het algemeen belang.⁹⁵ Dat belang was erin gelegen dat landbouwgronden verhuurd konden worden en dat huurders daarboven bereid zouden zijn om de gronden te onderhouden. Het risico om van de grond verwijderd te worden (waarna hoogstens een schadevergoedingsvordering op de verhuurder overbleef) zou funest zijn voor de bereidheid om gronden te huren in het algemeen en het maken van onderhoudskosten in het bijzonder. Deze uitzondering op de regel ‘koop breekt huur’ is uiteindelijk in gegeneraliseerde vorm in art. 1743 Cc terecht gekomen.⁹⁶ Ook huurders van andere onroerende zaken dan landbouwgronden – bijvoorbeeld die van huizen – kunnen sindsdien bescherming ontleen aan deze uitzondering en ongeacht de termijn waarvoor de huurovereenkomst is aangegaan.⁹⁷

De codificatieontwikkeling ging gepaard met de systematisering van rechtsregels waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht. Het eigendomsrecht werd ondergebracht in het goederenrecht, terwijl het recht van de huurder – overigens niet zon-

91 Ook in het inheemse recht zijn diverse bepalingen te vinden waarin men de onbillijkheid van de strenge toepassing van ‘koop breekt huur’ heeft gepoogd weg te nemen. Zie Nelissen, diss. 1880, p. 179-183.

92 Zie – nog steeds – art. 1743 Cc en hierover Asser-Abas 5-II (1997), nr. 88. Vereist was overigens wel dat de huurder een ‘authentieke huur of een huur met vaste dagtekening’ heeft (*un bail authentique ou dont la date est certaine*).

93 Zie Aubry & Rau IV, nr. 369, voetnoot 30.

94 Zie Titre I, section II, art. 2 Décret du 28 septembre au 6 octobre 1791 concernant les biens et usages et la police rurale.

95 Locré XIV, p. 347 en hierover Nelissen, diss. 1880, p. 231-233.

96 Zie Locré XIV, p. 286.

97 Zie voor de beraadslagingen bij art. 1743 Cc Locré XIV, p. 411 en 458-459.

der ter discussie te hebben gestaan⁹⁸ – een plaats kreeg in het verbintenisrecht. De wetsystematiek maakt de codificatie van de regel ‘koop breekt geen huur’ noodzakelijk indien men de huurder zijn recht tegen opvolgende verkrijgers wil kunnen laten inroepen.

Nadat de Code civil in Nederland vanaf 1811 van kracht was geweest, werd uiteindelijk in het Burgerlijk Wetboek van 1838 een met art. 1743 Cc gelijkstreckende bepaling opgenomen.⁹⁹ Het eerste lid van art. 1612 OBW luidde als volgt:

‘Door verkoop van het verhuurde wordt eene te voren aangegane huur niet verbroken, ten ware dit bij de verhuring mogt voorbehouden zijn.’

In navolging van de Code civil heeft de Nederlandse wetgever hetzelfde beginsel tot uitgangspunt genomen. Toch laat art. 1612 OBW zich niet onmiskenbaar tot de Code civil herleiden. Aanvankelijk was namelijk beoogd om met het Burgerlijk Wetboek van 1830 – dat in werking zou zijn getreden als niet de Belgische opstand¹⁰⁰ voor opschorting had gezorgd – een bepaling in te voeren die nagenoeg woordelijk overeenkwam met art. 1743 Cc.¹⁰¹ Toen dit wetboek werd herzien leek echter te zijn teruggegrepen op Kempers ontwerp van 1820 dat meer op de leest van het Rooms-Hollandse recht was geschoeid.¹⁰² Art. 2605 van dit ontwerp bepaalde dat:

‘Vrijwillige vervreemding door den verhuurder gedaan, of uitgifte in erfpacht of vruchtgebruik [...], wanneer zulks niet tusschen den huurder en verhuurder is bedongen geweest, de huur en verhuring geenszins te niet [doet] gaan, [...]’¹⁰³

Zowel het BW van 1838 als het Ontwerp van 1820 pakte derhalve de zwakke positie van de huurder aan door te bepalen dat ingeval van vervreemding van de zaak de bestaande huurverhouding in stand blijft.¹⁰⁴ Daarmee is afgestapt van de Franse formulering dat de huurder ‘niet uit het gehuurde gezet kan worden’. De wijzigingen die door de wetgever van het wetboek van 1838 zijn doorgevoerd zijn echter uitsluitend van redactionele aard. Aangenomen kan worden dat deze zijn toe te schrijven aan de zucht om te komen tot een oorspronkelijk Nederlands wetboek. De betekenis van

98 Zo verkondigde in Frankrijk de gezaghebbende auteur Troplong dat huur als goederenrechtelijk recht kwalificeerde. Zie voor de argumentatie hierbij Schrage 1984, p. 9. Zie voor de in Nederland gevoerde discussie Asser-Abas 5-II (1997), nr. 15.

99 Zowel de eerste codificatiepogingen – het ontwerp van de Commissie van Twaalf, voortgezet door Van der Linden – als het speciaal voor het Koninkrijk Holland ingerichte Wetboek Napoleon bevatte de regel ‘koop breekt geen huur’. Zie de verscheiden ontwerp-wetteksten in overzicht weergegeven bij Cerutti 1972, p. 91.

100 Zie over de staatsrechtelijke gang van zaken in Nederland in deze periode par. 4.1.

101 Het betreffende art. 1631 van het Wetboek 1830 zou in 1831 in werking treden.

102 Aldus Nelissen, diss. 1880, p. 256 en genuanceerder ook Cerutti 1972, p. 58.

103 Opgenomen bij De Bosch Kemper 1864, p. 279.

104 Opvallend is overigens wel dat in Kempers artikel terecht de terminologie vervreemding in plaats van verkoop door de verhuurder wordt gehanteerd.

het artikel valt geheel samen met zijn Franse voorganger.¹⁰⁵ Men heeft zelfs ten opzichte van de Code civil een verdere versoepeling doorgevoerd door het vormvereiste voor de huurovereenkomst los te laten.¹⁰⁶ Waar de Franse wet om frauduleus handelen tegen te gaan een authentiek huurcontract of een contract met vaste dagtekening vereiste,¹⁰⁷ kon naar Nederlands recht de bestaande huurovereenkomst worden aangetoond volgens de gewone bewijsregels.¹⁰⁸ Hoewel de afwijking van het Franse recht inhoudelijk dus slechts van geringe betekenis is, heeft de Hoge Raad in het begin van de twintigste eeuw art. 1612 OBW steeds uitgelegd naar het Rooms-Hollandse recht.¹⁰⁹

Wat van de precieze herkomst van art. 1612 OBW ook zij, in de beraadslagingen is onbetwist gebleven dat in het belangenconflict tussen de huurder en de rechtsopvolger van de verhuurder de huurder prevaleert. Voor de ratio van de regel van art. 1612 OBW speelt de herkomst geen rol van betekenis, omdat naar zowel Frans als Rooms-Hollandse recht de regel is ingegeven door redenen van billijkheid.¹¹⁰ Kennelijk was het uitgangspunt ‘koop breekt geen huur’ dusdanig diepgeworteld dat boven alle twijfel was verheven dat deze billijkheidsmaatregel in de nieuwe wetgeving behouden diende te blijven.¹¹¹

De aandacht ging slechts uit naar de vraag of de huurder niet alleen werd beschermd bij vrijwillige vervreemding door de verhuurder, maar ook bij een hypothecaire executie.¹¹² Daarmee wordt de toepasselijkheid van de regel ‘koop breekt geen huur’ besproken in de confrontatie tussen de huurder en een schuldeiser van de verhuurder. Met oog op de belangen van de huurder achtte de wetgever het verbreken van de huur ook in het geval van een executieverkoop onwenselijk, omdat anders

‘iedere huurder, die een perceel voor een zeker tijdvak heeft gehuurd, elk oogenblik gevaar [zoude] lopen hetzelfde te moeten ruimen en nimmer zeker zoude zijn, of hij, niettegenstaande zijne gesloten overeenkomst, niet spoedig tot verhuizing en het zoeken eener andere woning zoude worden genoodzaakt.’¹¹³

105 Ook Nelissen, diss. 1880, p. 261 concludeert dat men slechts de vorm van de bepaling wilde veranderen, niet haar inhoud.

106 Zie Asser 1838, p. 529.

107 Zie Loocré XIV, p. 346.

108 Zie Asser 1838, p. 529.

109 Zie HR 19 april 1918, NJ 1918, 569 en – uitdrukkelijk – HR 8 december 1922, NJ 1923, 149. Cerutti 1972, p. 58 merkt op dat de Hoge Raad zich ongetwijfeld heeft laten leiden door het proefschrift van Nelissen. Het feit dat Nelissen van 1911 tot 1921 raadsheer in de Hoge Raad is geweest, vormt een reden om dit vermoeden bijval geven.

110 Zie hierover het onderzoek van Nelissen, diss. 1880, p. 192 e.v. over het Oudvaderlandse recht.

111 Zie Nelissen, diss. 1880, p. 267.

112 Vgl. op dit punt artikel 2605 van het Ontwerp van 1820, waarin uitdrukkelijk alleen het geval van vrijwillige vervreemding was geregeld.

113 Zie *Handelingen II* 1833/34, Bijlagen, p. 25.

De wetgever maakte derhalve geen onderscheid tussen een vrijwillige verkoop en een executieverkoop.¹¹⁴ Evenmin maakte de wetgever onderscheid, zo volgt impliciet uit de geciteerde overweging, tussen huurders die de huurovereenkomst zijn aangegaan voor of na de vestiging van het hypotheekrecht.¹¹⁵ Deze kwestie moet in de context van de introductie van het huurbeding worden geplaatst. Het feit dat de executiekoper het recht van de huurder moet respecteren – ook als de huurder zijn recht na de vestiging van de hypotheek heeft verkregen – tast de waarborg van de hypotheekhouder aan. Een zaak brengt in verhuurde staat immers minder op bij een executie. Het gevolg zou zijn dat hypothecair kredietverstrekkers nog slechts bereid zijn de waarde van de zaak in verhuurde staat te financieren. De wetgever heeft dit onder ogen gezien en ten behoeve van de hypotheekhouder een ‘doelmatige voorziening’ voorgedragen.¹¹⁶ Met het nieuwe art. 1230 OBW verkreeg een hypotheekhouder namelijk de mogelijkheid om zich in te dekken tegen een waardevermindering van de verhypothekerde zaak als gevolg van een latere verhuur.¹¹⁷ Ter gelegenheid van de vestiging van de hypotheek dient de hypotheekhouder dan te bedingen dat de hypotheekgever niet bevoegd is om zonder toestemming van de hypotheekhouder de bezwaarde zaak te verhuren. De wet bepaalt dat een dergelijk beding ook tegen de huurder kan worden ingeroepen.¹¹⁸ Met het opnemen van deze clausule – die sindsdien is uitgegroeid tot een standaardbeding in hypotheekakten¹¹⁹ – kan een hypotheekhouder voorkomen dat een later gesloten huurovereenkomst dient te worden gerespecteerd (door een executiekoper). Tevens snijdt het huurbeding een frauduleus handelende hypotheekgever de pas af, wanneer hij bijvoorbeeld poogt de hypotheekhouder opzettelijk te benadelen door de zaak te verhuren en daarenboven de huurpenningen vooruit te genieten.¹²⁰

Bij de invoering van het nieuwe BW – titel 4.7 over huur is op 1 augustus 2003 in werking getreden¹²¹ – is in art. 7:226 BW de opvolger van art. 1612 OBW opgenomen.¹²² In de toelichting op het Ontwerp Meijers dat wat betreft de titel over huur is opgesteld door Ph.A.N. Houwing, wordt opgemerkt dat het adagium ‘koop breekt geen huur’ niet meer is weg te denken

114 Zie Voorduin V, p. 222.

115 Zulks ten onrechte naar de opvatting van Westrik. De auteur betoogt dat de regel toepassing mist in de situatie huur-na-hypotheek. Zie Westrik, diss. 2001, p. 305.

116 Zie de afweging van de wetgever bij Voorduin V, p. 228.

117 In het tweede lid van dit artikel is het pachtbeding opgenomen. Vgl. het huidige art. 3:264 BW waarin het recht van huur en pacht gezamenlijk worden genoemd.

118 Blijkens art. 3:264 lid 1 BW kan het huurbeding tevens worden ingeroepen tegen latere verkrijgers van de bezwaarde zaak alsmede tegen degenen aan wie het recht op huurpenningen is vervreemd of verpand.

119 Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/366.

120 Zie de parlementaire beraadslagingen over dit punt *Handelingen II* 1833/34, Bijlagen, p. 18.

121 Wet van 21 november 2002, *Stb.* 2002, 587.

122 Art. 1612 OBW is onder het regime van het NBW tot de invoering van art. 7:226 BW ondergebracht geweest in boek 7A.

uit onze wetgeving en dat het ontwerp het volledig overneemt.¹²³ De wijzigingen ten aanzien van art. 1612 OBW bestaan uitsluitend in technische verduidelijkingen hetgeen grofweg een codificatie betreft van rechtspraak van de Hoge Raad.¹²⁴ Ook met betrekking tot de vestiging van een recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal is het recht van de huurder gewaarborgd omdat de beperkt gerechtigden eveneens aan de huurovereenkomst zijn gebonden.¹²⁵ In de parlementaire behandeling is de aandacht gericht op de weerlegging van kritiek die in de literatuur naar voren was gekomen.¹²⁶ Daarin werd onder meer in discussie gebracht of art. 7:226 BW – zoals in het tweede lid uitdrukkelijk tot uitdrukking is gebracht – ook van toepassing is in de situatie waarin een huurovereenkomst na de hypotheek tot stand is gekomen. De wetgever merkt op dat indien men deze vraag ontkennend zou beantwoorden – en men met Westrik zou aannemen dat de bescherming van de huurder aan de toepassing van de prioriteitsregel moet worden gekoppeld –

‘men niet voldoende aan de gerechtvaardigde belangen van de huurder tegemoet komt.’¹²⁷

Daarmee wordt duidelijk dat de wetgever niet poogt het bepaalde in art. 7:226 BW bij wijze van uitzondering in het systeem van het goederenrecht in te passen. De regel is niet gericht op de ouderdom van het huurrecht in verhouding tot andere rechten, maar de regel bepaalt dat het verhuurderschap nou eenmaal op een verkrijger overgaat. Uitdrukkelijk wordt bevestigd dat aan deze bepaling de opvatting ten grondslag ligt dat tegemoetgekomen moet worden aan de gerechtvaardigde belangen van huurders. Hoewel een aan het huurrecht anterior hypotheekrecht in theorie kenbaar moet worden geacht aan een huurder – al moet worden opgemerkt dat in de praktijk een huurder doorgaans de registers niet zal naslaan alvorens hij de huurovereenkomst aangaat – wordt het recht van de huurder niettemin beschermd.

Aan een onjuiste lezing van art. 7:226 BW is de opvatting ontsproten dat de toepasselijkheid van de regel in de situatie huur-na-hypotheek zich op dezelfde voet uitstrekt tot de situatie huur-na-beperkt genotsrecht.¹²⁸ Op de gedachte dat het niet uitmaakt of de hypotheek is gevestigd voor of na de verhuur wordt aldus voortgeborduurd dat het recht van de huurder dan ook jegens beperkt gerechtigden is gewaarborgd ongeacht het tijdstip waar-

123 Zie PG Huurrecht, p. 368.

124 Zie PG Huurrecht, p. 372, waar wordt volstaan met een verwijzing naar de toelichting van Houwing op het ontwerp, p. 368-371.

125 In PG Huurrecht, p. 377 wordt opgemerkt dat deze uitbreiding wenselijk is omdat de hoofdgerechtigde na de vestiging van de onderhavige genotsrechten niet meer in de positie is om aan de huurder het hem toekomende gebruik te verschaffen.

126 Met name de artikelen van Asbreuk-van Os, *WPNR* 2000/6386 en Westrik, *WPNR* 2000/6395 worden van repliek gediend, zie PG Huurrecht, p. 375-381.

127 Zie PG Huurrecht, p. 377.

128 Zie Westrik, diss. 2001, p. 183 en Asbreuk-van Os, *WPNR* 2000/6386, p. 32.

op hun rechten zijn gevestigd. Men komt tot deze gevolgtrekking door in art. 7:226 lid 1 BW een algemene bescherming van de huurder te lezen tegen de beperkte rechten van vruchtgebruik, erfpacht en opstal. Dat zou betekenen dat beperkte rechten kunnen worden aangetast door een huurrecht dat de bloot eigenaar na het ontstaan van de beperkte rechten verleent.¹²⁹ De wijze waarop art. 7:226 lid 2 BW is geredigeerd maakt duidelijk dat deze zienswijze op een misvatting berust.¹³⁰ De bescherming tegen een verkoop door een hypotheekhouder wiens recht ouder is dan dat van de huurder wordt namelijk gerealiseerd door de overdracht door een schuldeiser van de verhuurder met de overdracht door de verhuurder gelijk te stellen. De wet past het adagium 'koopt breekt geen huur' toe op het moment van de overdracht. Het speelt dus geen rol of het hypotheekrecht van de schuldeiser die overgaat tot parate executie eerder of later dan het recht van de huurder is ontstaan.

Art. 7:226 BW moet aldus worden begrepen dat bij de vestiging van een beperkt recht op de zaak evenals bij de overdracht van de zaak, een bestaande huurverhouding moet worden gerespecteerd. Het onderscheid dat in de confrontatie tussen een hypotheekhouder en een huurder wordt uitgedrukt in huur-na-hypotheek respectievelijk hypotheek-na-huur kan niet op de confrontatie tussen een beperkt genotsgerechtigde en een huurder worden geprojecteerd. De rechten van de hypotheekhouder en de huurder komen pas bij de executieverkoop met elkaar in conflict, terwijl de rechten van vruchtgebruik, erfpacht en opstal in beginsel meteen worden uitgeoefend. Vanuit het perspectief van een huurder kan de vestiging van een hypotheek niet met de vestiging van een beperkt genotsrecht op één lijn worden gesteld. Een huurder kan zich jegens een hypotheekhouder – afgezien van de werking van een eventueel huurbeding – ten tijde van de executie op art. 7:226 BW beroepen, terwijl hij zulks jegens beperkt genotsgerechtigden op het moment van de vestiging van het genotsrecht kan doen. Dat impliceert dat een huurder de beperkte rechten die voor de huurovereenkomst zijn gevestigd moet respecteren.¹³¹ Door de redactie van het adagium blijft de hypotheekhouder ertoe genoodzaakt een huurbeding in de hypotheekakte op te nemen. Andere beperkt gerechtigden hebben van latere huurders niets te vrezen omdat alleen bij de vervreemding of bezwaring van de zaak de vraag naar de eerbiediging van het recht van de huurder aan de orde is.

129 De geldige totstandkoming van de huur wordt niet verhinderd door het feit dat de zaak al met een beperkt recht is bezwaard en evenmin door de omstandigheid dat de verhuurder zijn prestatie niet kan verrichten. Zie Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/20.

130 De oplossing die de minister zoekt in het argument dat de eigenaar van de zaak niet meer in de positie is om als verhuurder de zaak in gebruik te geven nadat hij de zaak heeft bezwaard met een beperkt genotsrecht, overtuigt niet. Zie PG Huurrecht, p. 384.

131 Zie de opmerking van de wetgever bij art. 7:227 BW, PG Huurrecht, p. 380.

Een uitweiding over de toepassing en werking van het huurbeding blijft op deze plaats achterwege.¹³² Voor dit onderzoek wordt volstaan met het duiden van het recht van de huurder binnen het toepassingssterrein van de prioriteitsregel. De conclusie luidt dat het recht van de huurder op geen enkele wijze onder de toepassing van de prioriteitsregel kan worden gebracht. Het recht van de huurder heeft weliswaar een zekere absolute werking omdat dit recht ook tegen rechtsopvolgers van de verhuurder kan worden ingeroepen, maar in een rangordeconflict zijn de tijdstippen waarop de betreffende rechten zijn ontstaan niet relevant. Ten opzichte van een hypotheekhouder wordt de huurder beschermd ongeacht of zijn recht voor of na de hypotheek tot stand is gekomen. Deze bescherming moet in politiek-maatschappelijke context worden gezien. Enerzijds dient de verhuur van een verhypothekerde zaak niet te worden uitgesloten omdat de te ontvangen huurpenningen de solvabiliteit van de hypotheekgever versterken. Anderzijds moet worden vermeden dat de bereidheid van kredietverstrekkers om onroerend goed te financieren wordt beperkt tot de waarde van de zaak in verhuurde staat. Het resultaat is derhalve dat een huurder wordt beschermd ongeacht het tijdstip waarop de hypotheek is gevestigd, maar dat anterieure hypotheekhouders met het huurbeding de ruim geformuleerde bescherming kunnen corrigeren.¹³³

Een andere opvatting is om het recht van de huurder als goederenrechtelijk recht te duiden. In dat geval zou de prioriteitsregel bepalen dat het recht van de huurder achterstaat bij een eerder gevestigd hypotheekrecht.¹³⁴ Dat is nu juist niet wat de wetgever met de regel van art. 7:226 BW heeft beoogd. Het betreft een regeling die aan het specifieke recht van de huurder een bijzondere bescherming toekent. Als gevolg van deze beschermingsregel ontstaat het recht van de huurder de status van zuiver obligatoir recht doch wordt evenmin verheven tot goederenrechtelijk recht. Het is een recht met een eigen karakter dat zich niet tot het goederen- of verbintenissenrecht laat categoriseren.

132 Ik verwijs hiervoor naar Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/366 e.v., Westrik, diss. 2001, p. 159 e.v. en Huijgen 2016/15. De schadevergoedingsvordering van de huurder wiens recht verloren gaat, neemt op grond van art. 3:264 lid 7 BW rang in overeenkomstig de prioriteitsregel. Zie hierover par. 8.6.2. Vgl. in dat kader hetgeen aldaar ter zake van art. 3:282 BW wordt opgemerkt.

133 Toegegeven moet worden dat door deze correctie de huurders weer in een zwakkere positie komen te staan, maar aan de oproeping van het huurbeding zijn ten behoeve van de huurder de nodige formaliteiten verbonden. Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/369 en 373. Bovendien kan oproeping op grond van art. 3:264 lid 2 BW eerst geschieden nadat de executie is aangezegd. Zolang dat niet is geschied, ondervindt de huurder geen nadeel van een anterieur gevestigd hypotheekrecht.

134 Deze opvatting wordt bepleit door Westrik, diss. 2001, p. 305, die de regel koop breekt geen huur niet van toepassing acht op een huurverhouding die na de hypotheek is ontstaan. In zijn visie is het huurbeding dientengevolge overbodig. Zie de reacties van de minister, *Kamerstukken II* 2001/02, 26089, 20, p. 2-4 en in de literatuur de reacties van Huijgen, *NTBR* 2002/5, Stein, *WPNR* 2001/6460 en Gerver, *RMThemis* 2005, p. 120.

Deze wettelijke uitzondering op het systeem – dus niet vanwege het feit dat een obligatoir recht goederenrechtelijke trekken krijgt, maar omdat een obligatoir recht zonder wetsystematische grondslag standhoudt tegenover bepaalde derden – is ingegeven door redenen van billijkheid.¹³⁵ Het huurbeding – dat is geworteld in de historie van de regel ‘koop breekt geen huur’ – vormt op zijn beurt een correctiemogelijkheid op die wettelijke uitzondering.

9.3.2 De Vormerkung

Naar het Nederlandse stelsel van overdracht gaat de eigendom van een onroerende zaak pas over op een koper nadat ter uitvoering van de koopovereenkomst is geleverd. Een consequentie hiervan is dat de koper in de periode tussen de koop en levering blootstaat aan diverse gevaren. Men kan hierbij denken aan de levering van de zaak aan een andere koper, de vestiging van een beperkt recht op de zaak, een beslag op de verkochte zaak of een faillissement van de verkoper. Om de koper van een registergoed tegen dergelijke voorvallen te beschermen schept art. 7:3 BW de mogelijkheid om de koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers.¹³⁶ Het effect van deze inschrijving is dat de koper gedurende zes maanden niets van deze gevaren – opgesomd in art. 7:3 lid 3 BW – te vrezen heeft.

Deze rechtsfiguur die men naar Duits voorbeeld¹³⁷ pleegt uit te drukken met de term *Vormerkung*, is op 1 september 2003 in de wet geïntroduceerd.¹³⁸ Het idee om het recht op levering van een koper van een onroerende zaak door middel van registratie te beschermen is oorspronkelijk afkomstig van Van Velten die zich in zijn proefschrift in 1982 liet inspireren door onder meer het systeem van onroerend goed van Engeland en Wales alsmede dat

135 De wetgever duidt het bepaalde in art. 7:226 BW als principiële regel. Zie PG Huurrecht, p. 373.

136 Art. 7:3 BW dient te worden beschouwd als een bijzondere bepaling als bedoeld in art. 3:17 lid 2 BW op grond waarvan de koopovereenkomst inschrijfbaar is.

137 Overigens bestaan er beduidende verschillen tussen de Duitse en Nederlandse Vormerkung. Ik volsta met het noemen de volgende. Anders dan naar Duits recht is de Nederlandse Vormerkung niet accessoir aan het recht van de koper en zijn toekomstige rechten op levering niet inschrijfbaar. Bovendien moet men beseffen dat naar Duits recht de koop van een onroerende zaak bij de notaris tot stand komt, zie § 925 BGB. Het risico dat nietige dan wel vernietigbare contracten in de registers belanden, is daardoor aanmerkelijk kleiner. Zie hierover Huijgen, *WPNR* 2007/6726, p. 847.

138 Als onderdeel van de Wet van 5 juni 2003 tot aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk), *Stb.* 2003, 238.

van Duitsland.¹³⁹ Regeringscommissaris W. Snijders had echter enkele jaren daarvoor de invoering van de *Vormerkung* nog bestreden.¹⁴⁰

Bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht in 1992 is de *Vormerkung* niet opgenomen. De wetgever zag onvoldoende reden om het beginsel van gelijkheid van schuldeisers geweld aan te doen.¹⁴¹ Het gevolg van de inschrijving in de openbare registers zou immers zijn dat een koper zijn recht op levering aan andere schuldeisers van de verkoper kan tegenwerpen. Hiermee zou hij in een gunstigere positie komen te staan, terwijl zijn recht op basis van het beginsel van de *paritas creditorum* – behoudens de toepassing van art. 3:298 BW – aan dat van de anderen gelijkstaat. Toch heeft de wetgever kort na de invoering van het BW een wetsvoorstel ingediend dat wel de *Vormerkung* bevatte.¹⁴² De bijzondere bescherming van het recht van de koper achtte de wetgever niettemin gerechtvaardigd

‘gelet op de – niet alleen in financieel opzicht – veelal grote betekenis voor de koper van de koop van een registergoed. Men denke bij voorbeeld aan de consument die in een (wellicht krappe) markt erin is geslaagd, een hem passende woning te kopen teneinde te kunnen voorzien in zijn eigen behoefte aan woonruimte. Ook kan worden gedacht aan de koper die reeds op de afwikkeling van de koop is vooruitgelopen, bij voorbeeld door omtrent de onroerende zaak te contracteren met derden (aanneming van werk, huur etc.).’¹⁴³

Hieruit volgt dat in het bijzonder de grote belangen die voor de koper met de daadwerkelijke nakoming van zijn recht gemoeid kunnen zijn, voor de wetgever reden is geweest om de *Vormerkung* in te voeren. De wetgever wijst erop dat de bescherming tevens op haar plaats is,

‘omdat met het vervullen van de vereisten voor levering van een registergoed in de praktijk niet zelden enige maanden gemoeid zijn. De kans dat zich gedurende deze periode derden aandienen met aanspraken op het registergoed die gaan boven die van de koper, is bepaald niet denkbeeldig.’¹⁴⁴

139 Zie Van Velten, diss. 1982, p. 189-208 en 227. Van Velten kreeg bijval van onder meer Kleijn 1985, p. 58, Schoordijk, *NJB* 1983, p. 968 en Santen, *WPNR* 1985/5752, p. 590.

140 Zie Snijders 1980, p. 188 en 189, weerlegd door Van Velten, diss. 1982, p. 237 en 238. Ook Bloembergen, *WPNR* 1983/5638 toonde zich kritisch. Zie ook De Boer, *NJB* 1993, p. 1244 en Huijgen 1997, p. 22.

141 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1080, waar wordt opgemerkt dat een doorbreking van het beginsel alleen gerechtvaardigd is als er klemmende redenen zijn om de belangen van de koper te beschermen. Zodanige redenen werden niet aanwezig geacht. Daarnaast zou de *Vormerkung* een extra belasting opleveren van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers.

142 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 4, waaruit blijkt dat de wetgever hiervoor heeft gekozen op verzoek van consumentenorganisaties en de Raad voor onroerende zaken. Verwezen wordt ook naar het proefschrift van Van Velten alsmede het preadvies uit 1985 voor de gecombineerde vergadering van de KNB en de VBR uit 1985 van Kleijn en Van Velten.

143 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 23095, 8, p. 10.

144 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 23095, 8, p. 10.

Benadrukt wordt dat het tijdsverloop waarbinnen de koper blootstaat aan risico's bovendien niet gering is. Na de inschrijving van de koopovereenkomst is het recht van de koper gedurende die onzekere tijd gewaarborgd, doch met een maximumduur van zes maanden.¹⁴⁵ Hiermee heeft de wetgever willen voorkomen dat de levering van een onroerende zaak bijvoorbeeld om fiscale redenen eindeloos zou worden uitgesteld.¹⁴⁶ Daarnaast zou de verkoper bij een langere werkingsduur te lang in zijn mogelijkheden worden beperkt om ten behoeve van anderen over de zaak te beschikken en zouden schuldeisers te lang worden beperkt in hun verhaalsmogelijkheden op de zaak.

De bescherming van het recht op levering heeft vorm gekregen in een figuur waarmee aan een persoonlijk recht van de koper op de verkoper na inschrijving in de openbare registers gedurende zes maanden een zeker goederenrechtelijk effect wordt toegekend.¹⁴⁷ Door de inschrijving wordt de persoonlijke aanspraak van de koper versterkt, doch wordt daarmee niet zelf tot goederenrechtelijk recht verheven. Het recht van de koper verandert door de inschrijving immers niet van aard. De omvang van het goederenrechtelijk effect van de Vormerkung is door de wetgever precies omlind.¹⁴⁸ Uitsluitend de in art. 7:3 lid 3 BW genoemde rechtsfeiten kunnen niet worden ingeroepen tegen de koper wiens recht is ingeschreven.¹⁴⁹ Daarnaast brengt het feit dat de werking van de inschrijving ook in tijd is beperkt mee dat niet van volledige goederenrechtelijke werking kan worden gesproken. Veeleer – en zo luidt ook de kwalificatie van de minister – is sprake van een figuur met een zekere op de wet gebaseerde goederenrechtelijke werking.¹⁵⁰

Ook in de Duitse literatuur wordt de Vormerkung naar meerderheidsopvatting gekenmerkt als een rechtsfiguur met een hybride karakter waarin verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke elementen samenkomen.¹⁵¹

145 Zie art. 7:3 lid 4 BW, waarop lid 5 als sluitstuk dient. Daarin is bepaald dat na het verloop van de termijn tussen dezelfde partijen gedurende zes maanden niet opnieuw een koop ten aanzien van hetzelfde goed kan worden ingeschreven omdat anders gemakkelijk aan het bepaalde in lid 4 zou kunnen worden ontgaan.

146 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 23095, 3, p. 5, waar erop wordt gewezen dat voorkomen moet worden dat de heffing van overdrachts- of omzetbelasting wordt uitgesteld of daaraan wordt ontkomen.

147 Zie ook de definitie van de wetgever in soortgelijke zin, *Kamerstukken II 1992/93*, 23095, 3, p. 8.

148 *Kamerstukken II 1992/93*, 23095, 3, p. 8.

149 Aan deze limitatieve opsomming houdt de Hoge Raad juist vanwege het uitzonderingskarakter van de Vormerkung sterk vast. Zie HR 8 oktober 2010, *NJ 2012/211*, m.nt. Jac. Hijma en A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.3.2 (*Van den Berg/Bernhard*) en HR 12 juli 2013, *NJ 2014/273*, m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.5.2 (*Van Egmond/Rosendahl*).

150 *Kamerstukken II 2000/01*, 23095, 10, p. 30 en 31.

151 Zie Staudinger/Gursky § 883 Rn 328, MünchKomm/Kohler § 883 Rn 5, Baur-Stürner 2009, p. 268 en Westerman-Gursky-Eickmann 2011, § 83.

Het betreft een persoonlijke aanspraak op een verandering in de rechtstoestand van een registergoed die na publicatie in het *Grundbuch* met goederenrechtelijke effecten wordt beschermd.¹⁵² Iedere beschikking die plaatsvindt ten nadele van degene ten behoeve van wie de Vormerkung is ingeschreven is op grond van § 883 tweede lid BGB jegens diegene ‘*unwirksam*’. Ook tegen een faillissement van de verkoper biedt de Vormerkung een aan een goederenrechtelijk recht soortgelijke bescherming.¹⁵³

De Nederlandse Vormerkung biedt het ingeschreven recht van de koper in beginsel bescherming tegen de in art. 7:3 lid 3 BW genoemde gebeurtenissen en rechtstoestanden. Zo wordt het recht van de koper onder meer beschermd tegen – daarin verschilt het Nederlandse recht niet van het Duitse – beschikkingshandelingen die na de inschrijving plaatsvinden en is het recht evenzeer bestand tegen een faillissement van de verkoper. Aan de inschrijving van het recht van de koper is dus een zekere absolute werking gekoppeld. In de verhouding tot andere goederenrechtelijke rechten neemt dit recht vanaf het tijdstip van inschrijving rang in conform de prioriteitsregel. Voor het antwoord op de vraag of het eigendomsrecht c.q. het beperkte recht van een derde tegen de koper kan worden ingeroepen, is de volgorde van de tijdstippen waarop de koop is ingeschreven respectievelijk waarop de beschikkingshandeling tot stand is gekomen doorslaggevend.¹⁵⁴ Art. 7:3 lid 3 sub a BW bepaalt immers dat een *na* de inschrijving van de koop tot stand gekomen vervreemding of bezwaring niet tegen de koper kan worden ingeroepen. Zo kan in het geval van een dubbele verkoop een koper zijn recht op levering jegens de andere koper veiligstellen door zijn koop te doen inschrijven.¹⁵⁵ Het is in dat kader niet van belang dat de koopovereenkomst die wordt ingeschreven ook het eerst tot stand is gekomen. Het derde lid van art. 7:3 BW maakt duidelijk dat de inschrijving – ook al betreft het een latere koop – het primaat heeft, tenzij de tweede koper het recht van de eerste koper kende of ten tijde van de inschrijving van de jongste koop reeds conservatoir beslag tot levering was gelegd.¹⁵⁶

152 Zie Baur-Stürner 2009, p. 268.

153 Zie § 106 InsO, in welk kader van ‘Vollwirkung’ wordt gesproken, zulks in tegenstelling tot de ‘Sicherungswirkung’ die volgt uit de eerste volzin van § 883 lid 2 BGB. Zie voor dit onderscheid Baur-Stürner 2009, p. 260-264.

154 Zie in gelijke zin de Duitse regeling in § 879 BGB, waarover hierboven par. 5.2.5. Overigens bevat § 883 derde lid BGB een regeling die inhoudt dat de Vormerkung zijn door inschrijving verkregen rang doorgeeft aan het (uiteindelijk tot stand gekomen) recht ter verkrijging waarvan de Vormerkung bescherming bood.

155 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 30, waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat art. 7:3 BW de koper een sterkere bescherming biedt dan hij aan art. 3:298 BW kan ontleenen.

156 Onjuist is de in de Rapportage Wet koop onroerende zaken, p. 154 gehuldigde opvatting dat in een dergelijk geval art. 3:298 BW uitkomst moet bieden. Deze opvatting berust op een onjuiste lezing van art. 7:3 lid 3 BW en miskent het karakter van art. 3:298 BW als vuistregel voor situaties waarin de nakoming door beslagen wordt geblokkeerd.

De volgorde van inschrijvingen is derhalve beslissend voor het antwoord op de vraag tegen welke rechtsfeiten de Vormerkung bescherming biedt. De beoordeling van die volgorde vindt plaats in het kader van art. 3:21 BW.¹⁵⁷ Dat betekent dat indien de inschrijving van de koop op een dag samenvalt met de overdracht aan een derde dan wel de vestiging van een beperkt recht, de rangorde in de eerste plaats wordt bepaald door de volgorde van de dagen waarop de akten zijn opgemaakt en in de tweede plaats – indien de akten, zoals vaak het geval zal zijn, ook op dezelfde dag zijn verleden – door de volgorde van de tijdstippen van de akten.¹⁵⁸ Ook in verhouding tot de overige gebeurtenissen en rechtstoestanden die worden genoemd in het derde lid van art. 7:3 BW is het ingeschreven recht van de koper aan de prioriteitsregel onderworpen. De opgesomde situaties kunnen immers niet tegen de koper worden ingeroepen voor zover zij *na* de inschrijving tot stand komen.¹⁵⁹

Mocht op basis van de prioriteitsregel het ingeschreven recht van de koper in rang voor een ander recht gaan, dan kan dit recht niet tegen de koper worden ingeroepen. Dit rechtsgevolg is nagenoeg identiek aan de wijze waarop het gevolg van beslag is geformuleerd.¹⁶⁰ De inschrijving van de koop wordt daarom wel gekwalificeerd als een kopersbeslag.¹⁶¹ In het kader van het beslagrecht heeft de wijze waarop de gevolgen van een vervreemding in weerwil van beslag moeten worden vormgegeven, diverse opvattingen in de literatuur voortgebracht.¹⁶² Hoewel een verkoper zich in de regel verplicht om de zaak vrij van beslagen te leveren – en de notaris bij zijn recherche zal nagaan of er geen beslagen op de onroerende zaak rusten – is het niet ondenkbeeldig dat niettemin een vervreemding in weerwil van beslag tot stand komt. De Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat een verhaalsbeslag niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van degene ten laste van wie het beslag is gelegd.¹⁶³ Daarmee lijkt een einde te zijn gekomen aan

157 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 9, waar ter vergelijking wordt verwezen naar art. 3:21 BW. Overigens wordt op p. 8 opgemerkt dat niet zonder meer kan worden aangesloten bij wat ter zake van inschrijvingen en inschrijfbaar feit uit afdeling 3.1.2 BW volgt omdat het niet gaat om iets wat uit de aard van de openbaarmaking uit de registers volgt, maar om een obligatoire overeenkomst waaraan een aantal zakenrechtelijke gevolgen worden toegekend.

158 Aangezien de Vormerkung een ter inschrijving aangeboden notariële akte is in de zin van art. 3:21 lid 2 sub b BW, kan zo nodig nader onderscheid naar het nauwkeurige tijdstip worden gemaakt.

159 Een uitgebreide bespreking van alle conflictsituaties blijft op deze plaats achterwege. Ik verwijs naar Heyman & Bartels 2012, par. 6.5.

160 Het verschil is dat de bescherming van de Vormerkung in zoverre ruimer is dat ook een beslag door een derde en een faillissement niet aan de koper kunnen worden tegengeworpen. Vgl. art. 505 lid 2 Rv.

161 Zie Van Velten 2015, p. 187 en Broekveldt, *WPNR* 2004/6600, p. 937.

162 Voor een bespreking van de diverse opvattingen verwijs ik naar de proefschriften van Damsteegt-Molier, diss. 2009, p. 166-188 en Harreman, diss. 2007, p. 7-87, wier eigen opvattingen door het arrest van de Hoge Raad van 20 februari 2009, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong q.q.*) zijn achterhaald.

163 Zie HR 20 februari 2009, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong q.q.*).

de discussie omtrent het rechtskarakter van een vervreemding in weerwil van beslag.¹⁶⁴ De Hoge Raad construeert een dergelijke vervreemding aldus dat het goed overgaat op de verkrijger, maar dat de beslaglegger – in lijn met wat wel zaaksgevolgbenadering wordt genoemd – zijn verhaalsaanspraak op het goed behoudt.¹⁶⁵ In die visie brengt het feit dat de vervreemding niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen mee dat de beslaglegger bevoegd blijft de uitoefening van zijn recht voort te zetten, ook al maakt die zaak geen deel meer uit van het vermogen van zijn schuldenaar.¹⁶⁶ Een consequentie hiervan is echter wel dat de beslaglegger nadeel ondervindt van een faillissement van een derde, die hij uitdrukkelijk niet als contractspartij heeft gekozen en wiens solventie hij niet heeft kunnen beoordelen.¹⁶⁷ Als gevolg van dat faillissement zal zijn beslag immers op grond van art. 33 Fw komen te vervallen.

De rechtspraak waarin de zaaksgevolgtheorie tot stand is gekomen betreft steeds situaties waarin een verhaalsbeslag is gelegd. Indien een schuldeiser beslag legt dat strekt tot verhaal van een geldvordering lijkt het – afgezien van een eventueel faillissement van de derdeverkrijger – inderdaad opportuun om deze zijn aanspraak op het goed te laten behouden. Hij kan zijn beslag vervolgen op de zaak, ongeacht of het verhaalsobject zich nog in het vermogen van de schuldenaar bevindt. Naar het systeem van de wet zijn op ieder type beslag – en daarmee ook op een *leveringsbeslag* – dezelfde gevolgen van toepassing.¹⁶⁸ De toepassing van de zaaksgevolgtheorie op een vervreemding in weerwil van een leveringsbeslag leidt evenwel tot een minder bevredigend resultaat.¹⁶⁹ Indien immers beslag is gelegd dat erop is gericht om een persoonlijk recht op levering jegens een contractspartij veilig te stellen, is de beslaglegger erbij gebaat om zijn aanspraak op levering jegens de vervreemder te behouden.¹⁷⁰ Vooropgesteld moet worden

164 In de minderheid zijn Snijders 2014, p. 361-363 en Westrik, *WPNR* 2009/6798 die ondanks het arrest van de Hoge Raad nog ruimte zien om de toepasselijkheid van de theorie van relatieve beschikkingsonbevoegdheid te bepleiten. Overigens lijkt het arrest van de Hoge Raad voor Van der Kwaak, *TCR* 2009/4 evenmin reden te zijn om zijn opvatting aan te passen.

165 Zie voor deze theorie Bartels en Heyman, *WPNR* 1998/6306 en 6307 en de noot van A.I.M. van Mierlo in *NJ* 2009/154.

166 Zie HR 20 februari 2009, *NJ* 2009/376, r.o. 3.4 (*Ontvanger/De Jong q.q.*). Voor de goede orde moet worden opgemerkt dat het in deze zaak een verhaalsbeslag en geen leveringsbeslag betrof.

167 Hierin onderscheidt de zaaksgevolgtheorie zich van de relatieve beschikkingsonbevoegdheidstheorie. In laatstgenoemde theorie blijft de beslaglegger volledig buiten het faillissement van een derde omdat de zaak ten opzichte van de beslaglegger nooit het vermogen van de beslagene heeft verlaten.

168 Zie art. 734 en art. 726 Rv, waarin ten aanzien van een conservatoir beslag op onroerende zaken de in art. 505 lid 2 Rv opgenomen blokkerende werking van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

169 Zie ook Broekveldt, *RMThemis* 2013, p. 236.

170 Men dient trouwens te onderscheiden van het hierboven besproken geval van een dubbele verkoop waarna beide kopers conservatoir beslag hebben gelegd en voor de ophefing van een van beide beslagen art. 3:298 BW maatgevend is.

dat de notariële tussenkomst bij de overdracht van onroerende zaken het recht van de beslaglegger van een belangrijke waarborg voorziet. De notaris zal namelijk controleren dat de zaak – zoals partijen in de regel beogen – vrij van beslagen in eigendom op de verkrijger overgaat. Het beslag op een onroerende zaak biedt aldus een zekere preventieve bescherming. Mocht de levering niettemin doorgang hebben gevonden, dan heeft het beslag geen blokkerende werking gehad. Hoewel het beslag zijn functie – te weten het veiligstellen van de levering aan de beslaglegger – heeft gemist, is het door de vervreemding niet komen te vervallen. Ervan uitgaande dat de beslaglegger conform de zaaksevolgtheorie zijn recht op de zaak behoudt, zal de beslaglegger zich tot de verkrijger moeten wenden. Anders dan met betrekking tot een verhaalsbeslag, moet jegens de leveringsbeslaglegger een prestatie worden verricht door de nieuwe rechthebbende van de zaak. Het meewerken aan de levering kan via de rechter worden afgedwongen en zo nodig kan de levering plaatsvinden door middel van een rechterlijke voorziening volgens de regels van art. 3:300 BW. Feit is dat de beslaglegger een vervreemding niet eenvoudigweg kan negeren. Hij is niettemin gehouden om de verkrijger op te sporen, hetgeen uitdrukkelijk niet door de wetgever is beoogd met betrekking tot de blokkerende werking van beslag.¹⁷¹ De verdere executie van het leveringsbeslag wordt in deze opvatting sterk bemoeilijkt, wellicht zelfs onmogelijk.

Het lijkt voor de beslaglegger meer opportuun te zijn om zich na een vervreemding in weerwil van een beslag tot zijn schuldenaar te kunnen wenden. Alleen in dat geval heeft het beslag zijn persoonlijk recht op levering daadwerkelijk veilig kunnen stellen.¹⁷² Met de toepassing van de zaaksevolgtheorie op een leveringsbeslag wordt onvoldoende onderkend dat beide typen beslag wezenlijk van elkaar verschillen in de wijze waarop ze worden vervolgd. Het verhaalsbeslag is gericht op de tegeldemaking van het beslagen goed, terwijl een schuldeiser met een leveringsbeslag wil veiligstellen dat hij het beslagen goed kan verkrijgen. Het feit dat de vervreemding ook geldt jegens de leveringsbeslaglegger brengt zijn positie aan het wankelen, terwijl hij met het rechtsmiddel nu juist blokkerende werking heeft beoogd.

Aangezien de Hoge Raad uitdrukkelijk voor de zaaksevolgtheorie lijkt te hebben gekozen en van de diverse typen beslag dezelfde blokkerende werking uitgaat, zie ik geen ruimte om ten aanzien van een leveringsbeslag voor een andere constructie te opteren dan de zaaksevolgtheorie. Dat betekent dat de beslaglegger na een vervreemding in weerwil van een leveringsbeslag zich tot de verkrijger moet wenden om – al dan niet door middel van een rechterlijke voorziening – levering aan hem te bewerkstelligen. De

171 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 121.

172 Men zou tot dit resultaat komen indien de opvatting wordt gevolgd dat een vervreemding in weerwil van beslag van rechtswege nietig is jegens de beslaglegger. Aanhangers van deze relatieve nietigheidstheorie zijn Van der Kwaak, *TCR* 2009/4 en Harreman, *diss.* 2007, p. 87.

beslaglegger staat daarmee tevens bloot aan het faillissementsrisico van die derdeverkrijger.

Het is de vraag of de met de Vormerkung beoogde bescherming van het recht op de onbelaste verkrijging van de zaak op dezelfde manier moet worden vormgegeven. Aangezien de terminologie in art. 7:3 lid 3 BW gelijklopend is aan art. 505 lid 2 Rv – men vergelijk de formulering ‘niet kunnen worden ingeroepen’ – is naar mijn mening geen andere conclusie mogelijk dan dat in het geval van een vervreemding in weerwil van een Vormerkung eveneens de zaaksgevolgtheorie moet worden gevolgd.¹⁷³ Ook de Hoge Raad heeft opgemerkt dat

‘de inschrijving van de koop op vergelijkbare wijze als beslaglegging niet leidt tot beschikingsonbevoegdheid van de verkoper, en dus ook niet in de weg staat aan overdracht van het verkochte goed aan een derde, [...]’¹⁷⁴

Hoewel daaruit niet volgt dat de Hoge Raad ten aanzien van de Vormerkung uitdrukkelijk voor de zaaksgevolgtheorie kiest, trekt hij bij de uitleg van het rechtsgevolg van de Vormerkung wel de vergelijking met beslag. Overigens kan de in het kader van het verhaalsbeslag ontwikkelde constructie niet geheel analoge toepassing krijgen in het kader van art. 7:3 lid 3 BW omdat de Vormerkung anders dan beslag tevens tegen een faillissement bestand is.¹⁷⁵

De koper wiens koop was ingeschreven zal dus zijn recht op levering na de vervreemding door de verkoper in strijd met de Vormerkung uitsluitend jegens de verkrijger geldend kunnen maken.¹⁷⁶ In het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad heeft de vervreemding immers ook jegens de beschermde koper effect. De verkrijger zou dan ertoe zijn gehouden de zaak door te leveren.¹⁷⁷ Problematisch in deze opvatting is dat onduidelijk is welke titel aan deze doorlevering ten grondslag kan worden gelegd. Beide kopers staan immers in geen enkele rechtsverhouding tot elkaar.¹⁷⁸ De koper die zijn recht met de Vormerkung heeft beschermd moet levering kunnen vorderen op de condities die hij met de verkoper overeengekomen is. Dat betekent dat de verplichting tot levering moet overgaan op de derdeverkrijger. De verplichting jegens de koper wiens recht is ingeschreven verkrijgt daarmee een zeker kwalitatief karakter, althans voor dat gedeelte dat de

173 Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat is beoogd voor de regeling van art. 7:3 lid 3 BW aan te sluiten bij die van beslag. Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 9.

174 Zie HR 6 februari 2009, *NJ* 2009/344, m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.3 (*ABN AMRO/Notaris X*).

175 Zie art. 33 Fw in vergelijking tot art. 7:3 lid 3 sub g BW.

176 Zie in dezelfde zin Heyman & Bartels 2012, p. 233.

177 Zie in deze zin Broekveldt, *WPNR* 2004/6601, p. 965 en Hockx, *WPNR* 2006/6664, p. 345.

178 Van Velten 2015, p. 195 merkt op dat de levering kan plaatsvinden overeenkomstig de schadevergoeding in natura na onrechtmatige daad bij dubbele verkoop. Deze titel komt mij omslachtig en eveneens onjuist voor omdat hiervan ten onrechte de suggestie uitgaat dat aan de vereisten voor onrechtmatige daad moet worden getoetst. Met de introductie van de Vormerkung is nu juist beoogd deze omslachtige constructie te voorkomen.

verkoper als gevolg van de vervreemding niet langer zelf kan nakomen.¹⁷⁹ Het blijft de verkoper die ervoor instaat dat de zaak aan de overeenkomst beantwoordt.¹⁸⁰

Een opmerkelijk gevolg van de toepassing van de zaaksgevolggedachte op art. 7:3 lid 3 BW is dat de in sub b opgenomen bescherming tegen opvolgende beschikkingen een overbodige bepaling wordt. Reeds het feit dat de koper zijn aanspraak op het goed behoudt, brengt mee dat hij zijn recht geldend kan maken jegens eenieder die de zaak opvolgend heeft verkregen. Het belang van het bepaalde in sub b zou gelegen kunnen zijn in het uitsluiten van de mogelijkheid dat derdeverkrijgers zich op een beschermingsbepaling kunnen beroepen, doch derden zullen vanwege de kenbaarheid van de Vormerkung gelet op het bepaalde in art. 3:23 BW al nooit te goeder trouw kunnen worden geacht.

Hoewel de constructie van art. 7:3 lid 3 BW aan de hand van de zaaksgevolgleer naar mijn mening als geldend recht moet worden beschouwd, ben ik hiervan allerminst een warm voorstander. De positie van de koper die zijn recht op levering jegens de verkoper door inschrijving heeft versterkt wordt aanzienlijk ondermijnd indien na een vervreemding de verkrijger moet worden opgespoord. Met de in de wet opgenomen formulering dat een vervreemding niet tegen de koper wiens recht is ingeschreven kan worden ingeroepen, strookt niet dat hij als gevolg van een dergelijke vervreemding niettemin dusdanig in de effectuering van zijn recht wordt bemoeilijkt. Daar komt bij dat de koper naar de letter van de wet tevens blootstaat aan het risico dat de verkrijger faillieert waardoor de doorlevering niet meer kan plaatsvinden. Art. 7:3 lid 3 sub g BW voorziet immers uitsluitend in bescherming tegen een faillissement van de verkoper. In de literatuur is wel verdedigd dat het begrip 'verkoper' aldus moet worden uitgelegd dat hieronder wordt verstaan degene op wie de verplichting tot overdracht rust.¹⁸¹ Voor een dergelijke ruime uitleg is echter geen steun te vinden in de rechtspraak.

Het zou de adequate bescherming van de koper beter passen wanneer hij zijn recht op levering jegens zijn contractspartij geldend kan maken en dat hij van een faillissement van een derdeverkrijger net zomin te vrezen heeft als van een faillissement van de verkoper. Indien de koper wiens koop was ingeschreven zich tot de verkoper wendt, zou de goederenrechtelijke situatie aldus kunnen worden rechtgezet dat bij deze nieuwe levering wordt geconstateerd dat de eerdere levering waardeloos was.¹⁸² Aan deze levering kan eenvoudigweg de ingeschreven koopovereenkomst als titelen grondslag worden gelegd. Deze opvatting strookt met het gevolg van een bezwaring in weerwil van een Vormerkung. Afgezien van de vraag of

179 Zie Bartels & Heyman, *WPNR* 1998/6307, p. 208.

180 Deze constructie wordt ook verdedigd door Hockx 2006, p. 225.

181 Zie Heyman & Bartels 2012, p. 234.

182 Zie in deze zin ook een van de twee alternatieve opties van Van Velten 2015, p. 195.

het hypotheekrecht door de levering van rechtswege tenietgaat,¹⁸³ dient de goederenrechtelijke situatie in de openbare registers te worden gecorrigeerd door de inschrijving van de hypotheek waardeloos te verklaren.¹⁸⁴

Ook naar Duits recht wordt de bescherming van de *Vormerkungsgläubiger* gerealiseerd door aan latere beschikkingen effect te onthouden voor zover deze het beschermde recht van de koper frustreren. Een beschikking wordt ‘*relative Unwirksamkeit*’ toegedicht.¹⁸⁵ Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat aan de beschikkingsbevoegdheid niets wordt afgedaan – een Vormerkung leidt niet tot een ‘*Grundbuchsperr*’ – maar dat een beschikking uitsluitend jegens de beschermde crediteur zonder gevolg is.¹⁸⁶ Voor de *Vormerkungsgläubiger* geldt de debiteur nog steeds als eigenaar. Hoewel de derdeverkrijger in de openbare registers als eigenaar staat geregistreerd, kan de koper wiens recht is ingeschreven nog steeds zijn debiteur aanspreken tot levering.¹⁸⁷ Naar Duits recht wordt de goederenrechtelijke situatie gecorrigeerd doordat op grond van § 888 BGB van de derdeverkrijger kan worden verlangd dat hij instemt met de effectuering van de aanspraak die de koper op de verkoper heeft.¹⁸⁸ Deze instemming heeft evenwel geen materieelrechtelijke, doch slechts procestechnische betekenis.¹⁸⁹ Met de instemming wordt voldaan aan het in § 19 GBO opgenomen zogenoemde *Konsensprinzip* dat instemming vereist voor de inschrijving van degene wiens recht door de inschrijving wordt beïnvloed.¹⁹⁰

De bescherming van de koper in de situatie waarin een overdracht in weerwil van de Vormerkung heeft plaatsgevonden is daarmee naar Duits recht beter gewaarborgd. In Nederland vervult daarom de notariële tussenkomst een nog belangrijker functie om te voorkomen dat de werking van de Vormerkung wordt gefrustreerd. Zo lang de notaris behoedzaam te werk gaat bij de levering van een onroerende zaak, wordt ook daadwerkelijk het met de Vormerkung beoogde resultaat bereikt. Het is daarmee de taak van

183 Bevestigend beantwoord door Bartels in zijn noot onder het vonnis van Rb. Zutphen 31 augustus 2012, *JOR* 2012/342. Hiertoe neigt ook Verstijlen in zijn noot onder hetzelfde vonnis in *NJ* 2013/77. Zie ook Hockx 2006, p. 225. Deze opvatting leidt evenwel tot een inconsistente uitleg van de gevolgen van beschikkingshandelingen. Waar een vervreemding zonder meer geldig blijft, zou een bezwaring zijn effect verliezen nadat aan de koper wordt geleverd.

184 Zie Pleysier, *JBN* 2013/63.

185 Zie Baur-Stürner 2009, p. 260-263 en Staudinger/Gursky § 883 Rn 202 e.v.

186 Zie Baur-Stürner 2009, p. 260.

187 De Duitse wetgever heeft uitdrukkelijk ervoor gekozen dat de *Vormerkungsgläubiger* zijn aanspraak jegens zijn oorspronkelijk schuldenaar geldend kan maken. Zie Mugdan III, p. 570.

188 De inschrijving in het *Grundbuch* ten behoeve van de derdeverkrijger in weerwil van de Vormerkung is immers gewoon rechtsgeldig tot stand gekomen. Zie Staudinger/Gursky § 888 Rn 3.

189 Zie Staudinger/Gursky § 888 Rn 17.

190 Overigens wordt door de bewaarder niet in de beoordeling getreden van de materieelrechtelijke wilsovereenstemming (de *Einigung*). Het betreft in § 19 GBO het formele consensusbegrip. Zie Baur-Stürner 2009, p. 193.

het notariaat om de koper die zijn koop heeft ingeschreven te doen toekomen waartoe hij obligatoir is gerechtigd.¹⁹¹

De invoering van de Vormerkung als obligatoire rechtsfiguur met goederenrechtelijke effecten is veelvuldig bekritiseerd vanuit het perspectief van de overige schuldeisers van de verkoper.¹⁹² De consequentie van de bescherming van het recht van de koper op deze wijze is immers – dat wordt door de wetgever ook uitdrukkelijk onderkend¹⁹³ – dat het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in gedrang kan komen. Het is onmiskenbaar dat de koper die de bescherming van art. 7:3 lid 3 BW geniet, in een gunstiger positie verkeert dan andere schuldeisers. Toch moet men beseffen dat de verhaalspositie van andere schuldeisers niet per definitie slechter wordt, mits voor de verkochte zaak een reële koopprijs in de plaats komt.

Wel is terecht aangevoerd dat uit de regeling van de Vormerkung in samenloop met beslag een ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen diverse beslagleggers voortvloeide.¹⁹⁴ Indien door verscheidene schuldeisers zowel voor als na de Vormerkung beslag is gelegd, dan zal namelijk bij de levering de schuldeiser die voor de Vormerkung beslag had gelegd worden voldaan teneinde het registergoed vrij van hypotheek en beslagen aan de koper te kunnen leveren.¹⁹⁵ De latere beslaglegger kan zijn beslag op het goed niet vervolgen en verliest de mogelijkheid om zijn beslag te effectueren. Hoewel beslagleggers in de regel gelijkelijk delen in de verkoopopbrengst, wordt met de Vormerkung een voorrangpositie gecreëerd ten voordele van de schuldeiser die voor de Vormerkung beslag had gelegd. De enige beslagmogelijkheid voor een schuldeiser na de Vormerkung bestaat uit het leggen van derdenbeslag op de koopsom onder de koper of onder de notaris.¹⁹⁶ Het gevolg hiervan is evenwel dat de door de Vormerkung beoogde bescherming buiten werking wordt gesteld. De koper kan als gevolg van een derge-

191 De notaris is tuchtrechtelijk – en bovendien op straffe van civielrechtelijke aansprakelijkheid – ertoe gehouden om zijn ministerie te weigeren indien een derde zijn recht op levering heeft ingeschreven. Zie par. 9.5.

192 Men name Broekveldt, *WPNR* 2006/6675.

193 Al is de minister wel van mening dat met de regeling zowel aan de gerechtvaardigde belangen van de koper als aan de gerechtvaardigde belangen van derden voldoende recht wordt gedaan. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 11 en 30.

194 Zie Rapportage Wet koop onroerende zaken, p. 103, Broekveldt, *WPNR* 2006/6675 en de conclusie van Rank-Berenschot voor HR 6 februari 2009, *NJ* 2009/344 (*ABN AMRO/Notaris X*).

195 Ten overvloede merk ik op dat een na de Vormerkung gelegd beslag van waarde kan zijn indien de levering niet binnen zes maanden na de inschrijving plaatsvindt.

196 De wetgever heeft opgemerkt dat deze mogelijkheid blijft bestaan na de Vormerkung. Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 10. Ook de Hoge Raad wijst er uitdrukkelijk op dat deze mogelijkheid aan de schuldeiser ten dienste staat. Zie HR 9 februari 2009, *NJ* 2009/344, m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.4.

lijk beslag namelijk niet aan zijn verplichting voldoen, waardoor de levering geen doorgang zal kunnen vinden.¹⁹⁷

Om deze patstelling te doorbreken is de wet aldus gewijzigd dat het mogelijk is dat de koper in weerwil van een beslag bevrijdend aan de notaris kan betalen.¹⁹⁸ Daarnaast is in art. 507b Rv bepaald dat een na de Vormerkung gelegd beslag na de levering wordt geconverteerd in een beslag op het deel van de koopprijs dat de notaris ten behoeve van de verkoper onder zich houdt.¹⁹⁹ Een schuldeiser behoudt dientengevolge na de Vormerkung een effectieve beslagmogelijkheid en gaat er niet verder op achteruit dan noodzakelijk is voor de bescherming van het recht op daadwerkelijke nakoming van de koper.²⁰⁰

Ook na de wetwijziging blijft de Vormerkung daarmee een rechtsfiguur die op verscheidene manieren inbreuk maakt op het wettelijk systeem. In de eerste plaats verkrijgt de koper namelijk een bevoorrechte positie in de verhouding tot andere schuldeisers, hetgeen het onderscheid tussen het goederen- en verbintenissenrecht doet vervagen. Dit bezwaar is echter inherent verbonden aan de wijze waarop de wetgever het recht van de koper bescherming heeft willen toekennen. In de tweede plaats is het neveneffect – ofschoon onontbeerlijk – van de Vormerkung dat onder omstandigheden in de externe verhouding tussen beslagleggers het beginsel van de *paritas creditorum* wordt doorbroken. De inbreuken kunnen worden gelegitimeerd nu zij berusten op een uitdrukkelijke keuze van de wetgever om het recht van de koper van een registergoed op levering te beschermen.

9.3.3 De kwalitatieve verplichting

Als uitzondering op de regel dat alleen goederenrechtelijke rechten aan de prioriteitsregel onderworpen zijn, kent de wet in art. 6:252 BW de figuur van de kwalitatieve verplichting. Deze rechtsfiguur voorziet in de mogelijkheid om verbintenisrechtelijke afspraken in verband met een registergoed te

197 Zie HR 8 oktober 2010, *NJ* 2012/211, m.nt. Jac. Hijma en A.I.M. van Mierlo (*Van den Berg/Bernhard*) en HR 12 juli 2013, *NJ* 2014/273, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Van Egmond/Rosendahl*).

198 Zie Wet van 30 september 2015, *Stb.* 2015, 396. Deze wetwijziging is in lijn met de aanbeveling uit de Rapportage van het Molengraaff Instituut naar aanleiding van de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken. Zie Rapportage Wet koop onroerende zaken, p. 103. Zie voor kritische opmerkingen bij de wetwijzigingen Ekkelkamp, *WPNR* 2016/7089.

199 In HR 6 februari 2009, *NJ* 2009/344, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*ABN AMRO/Notaris X*) oordeelde de Hoge Raad dat een dergelijke conversie van beslag niet kon worden aangenomen omdat (op dat moment) een uitdrukkelijke wettelijke grondslag daarvoor ontbrak. Heyman, *WPNR* 2009/6781, p. 4, stelde voor – en kreeg daarvoor bijval in Rapportage Wet koop onroerende zaken, p. 103 – de wettelijke basis alsnog te leggen.

200 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34148, 3, p. 5. Het onderscheid tussen schuldeisers die voor en na de Vormerkung beslag hebben gelegd, is daarmee niet verholpen. Laatstgenoemde schuldeisers kunnen immers slechts aanspraak maken op het eventuele overschot. In kritische zin hierover Broekveldt 2010, p. 57 e.v.

binden aan opvolgende verkrijgers van die zaak. Hoewel de rechtspraktijk al van oudsher behoefte aan deze mogelijkheid lijkt te hebben gehad, verdraagt deze figuur zich niet met het uitgangspunt dat verbintenissen uitsluitend tussen partijen gelden.²⁰¹

Toch is in de rechtspraak sinds de invoering van het BW van 1838 de scheiding tussen het verbintenissen- en het goederenrecht lange tijd niet als een vanzelfsprekendheid beschouwd. Het was in de negentiende eeuw vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat een contractuele verplichting die de eigenaar met oog op die zaak was aangegaan, overging op een opvolgende verkrijger.²⁰² Het wettelijk kader van deze opvatting werd beheerst door art. 1354 OBW, waarin was bepaald dat

[m]en wordt verondersteld bedongen te hebben voor zich zelve, en voor zijne erfgenamen en regtsverkrijgers, [...].²⁰³

Deze bepaling werd aldus uitgelegd dat onder 'rechtsverkrijgers' ook werden begrepen zij die dat onder bijzondere titel zijn. Daarnaast nam men aan dat 'bedongen te hebben' de betekenis droeg van contracteren, zodat daaronder ook het zich *tot* iets verplichten valt.²⁰⁴ Van verbintenissen die betrekking hebben op de zaak werd aldus geacht zowel de actieve zijde (het vorderingsrecht) als de passieve zijde (de schuld) over te gaan op de verkrijger.

De Hoge Raad maakte aan deze praktijk een einde in het bekende arrest Blaauboer/Berlips.²⁰⁵ Daarin onderstreepte de Hoge Raad het belang van het onderscheid tussen het goederen- en verbintenissenrecht en oordeelde dat de gangbare praktijk van kwalitatieve plichten op een onjuiste interpretatie van art. 1354 OBW berustte. Aan de hand van aan Pothier ontleende argumenten – art. 1354 OBW is ontleend aan art. 1122 Cc dat op zijn beurt teruggaat op Pothiers *Traité des obligations*²⁰⁶ – bepaalde de Hoge Raad dat de

201 Art. 1376 OBW bepaalde dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen.

202 Zie voor het eerst HR 28 januari 1841, W 157, voorts uitdrukkelijk HR 26 november 1880, W 4584 en tot slot HR 24 april 1884, W 5031. Zie over de grondslagen van de overwegingen uit deze arresten Du Perron, diss. 1999, p. 168-172 en p. 218-227

203 Behalve deze wettekst, berustte de leer ook op de *lex dicta*. Hieronder verstaat men de mogelijkheid om bij de verkoop van onroerend goed daaraan bepalingen te verbinden die niet alleen voor de koper, maar ook voor diens rechtsopvolgers verbindend zijn. Zie hierover Du Perron, diss. 1999, p. 175-194.

204 Zie HR 24 april 1884, W 5031. Zie hierover Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 148-153, Du Perron, diss. 1999, p. 218-227 en Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 15-18.

205 Zie HR 5 maart 1905, W 8191. De Hoge Raad volgde daarmee het betoog van Feith, *Themis* 1897, p. 642 die erop wees dat de heersende leer het onderscheid tussen het zakenrecht en verbintenissenrecht waarop de gehele wetgeving berust, omverwerpt en dat de heersende leer tot rechtsonzekerheid leidt doordat niet duidelijk is welke verplichtingen wel en niet de zaak volgen.

206 Verwezen wordt naar Pothier 1761, nr. 53-73, waarin Pothier het uitgangspunt bespreekt dat verbintenissen slechts tussen partijen werken en de daarop bestaande uitzonderingen.

uitdrukking ‘bedongen hebben’ alleen ziet op de actieve zijde van verbintenissen.²⁰⁷

Het arrest van de Hoge Raad verkondigt een strenge leer en blinkt uit in dogmatische zuiverheid.²⁰⁸ Desondanks bleef de behoefte van de praktijk om verkrijgers van een onroerende zaak te kunnen binden aan verplichtingen onverminderd bestaan. Meijers verwoordde treffend dat onder de rechtspraak van voor het arrest Blaauboer/Berlips:

‘menig nuttig effect langs eenvoudige weg werd verkregen, waarvoor thans een omslachtige constructie gebruikelijk is.’²⁰⁹

Die omslachtige constructie waar de praktijk zijn toevlucht tot had genomen betreft het kettingbeding. Een dergelijk beding houdt een bepaalde verplichting in voor de eigenaar van een goed, met daaraan gekoppeld de gehoudenheid onder verbeurte van een boete om die verplichting door te geven aan al zijn verkrijgers onder bijzondere titel.²¹⁰ Zowel de verplichting ten aanzien van het goed als de verplichting tot doorgifte moeten aan de verkrijger worden opgelegd. De gebrekkigheid van deze regeling is gelegen in het risico dat het beding niet wordt nageleefd.²¹¹ Het breken van de ketting levert weliswaar wanprestatie op, hetgeen zal resulteren in een verplichting tot schadevergoeding, maar daarmee wordt de ketting niet hersteld.²¹² Daarnaast houdt een kettingbeding geen stand in een faillissement.²¹³ Beide gebreken zijn inherent verbonden aan het karakter van een kettingbeding als verbintenisrechtelijke figuur. De wet bood uiteraard wel de mogelijkheid om een recht van erfdiensbaarheid te vestigen. Een erfdiensbaarheid kent evenwel op zijn beurt weer beperkingen. Zo kan een erfdiensbaarheid

207 Feith had uit het werk van Pothier afgeleid dat ter zake van de derdenwerking van contracten steeds duidelijk onderscheid werd gemaakt tussen het maken van bedingen enerzijds en het aangaan van verplichtingen anderzijds. Het in art. 1122 Cc gehanteerde begrip ‘*stipuler*’ werd doorgaans – zulks in tegenstelling tot ‘*promettre*’ – gereserveerd voor het maken van bedingen waaruit een vorderingsrecht voortvloeit. Zie Feith, *Themis* 1897, p. 651 e.v.

208 Het arrest is voor het huidige recht nog steeds van belang. Zie hierover tamelijk recent nog Mijnssen, *WPNR* 2009/6781, p. 29 en Heyman, *NTBR* 2002/7 die het arrest treffend bestempelt als een monument van dogmatische zuiverheid.

209 Zie Meijers, *WPNR* 1920/2630, p. 279.

210 Zie voor een vergelijkbare definitie Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 23 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/559.

211 Opgemerkt kan worden dat het betreffende beding op grond van art. 7:15 BW vooraf bij de koop aan de koper moet zijn medegedeeld. Ten tijde van de levering kan de verkoper dit beding niet meer aan de koper opleggen.

212 Overigens zijn deze rechten als gevolg van het notariële tuchtrecht van een quasi-goederenrechtelijk effect voorzien. Zie hierover par. 9.5. Bij onrechtmatig handelen van de verkrijger kan via de weg van de schadevergoeding in natura (art. 6:103 BW) nog wel worden bereikt dat de verkrijger alsnog aan het kettingbeding wordt gebonden.

213 Een kettingbeding zal de executie door een hypotheekhouder evenmin overleven, tenzij de executie zonder respectering van het beding onrechtmatig moet worden geacht. Zie hierover Huijgen 2016/28.

alleen bestaan in een verplichting tot een dulden of nalaten, terwijl een kettingbeding ook tot een actief handelen kan verplichten.²¹⁴

Het toestaan van de mogelijkheid om kwalitatieve verplichtingen op opvolgende verkrijgers te doen overgaan werd tegengehouden om twee redenen.²¹⁵ Zo werd in de eerste plaats naar voren gebracht het gevaar van overbelasting van de grond. Daarnaast werd gevreesd dat een verkrijger geconfronteerd zou kunnen worden met verplichtingen die hij niet kende en ook niet kon kennen.²¹⁶ Niettemin is Meijers tegemoetgekomen aan de praktijkbehoefte aan kwalitatieve verplichtingen.²¹⁷ In het ontwerp voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek zijn bovendien beide gevaren bezworen. Overbelasting wordt bedwongen doordat enerzijds de kwalitatieve verplichting uitsluitend kan bestaan – evenals een erfdiensbaarheid²¹⁸ – uit een dulden of nalaten.²¹⁹ Anderzijds mag de verplichting geen beperking inhouden van de bevoegdheid om over het goed te beschikken.²²⁰

De kenbaarheid van de kwalitatieve verplichting is gewaarborgd doordat voor de kwalitatieve werking is vereist dat van de overeenkomst tussen partijen een notariële akte is opgemaakt die wordt ingeschreven in de openbare registers.²²¹ Daarmee is het toepassingsgebied beperkt tot registergoederen. Aangezien de kwalitatieve werking afhankelijk is van de inschrijving bepaalt het inschrijvingstijdstip tevens de positie die de verplichting inneemt in de verhouding tot andere rechten op het registergoed. In het derde lid van art. 6:252 BW is hiervoor een rangorderegule opgenomen. De betekenis van die rangordebepaling ziet op de vraag of derden aan de verplichting gebonden zijn. Toch is niet per definitie iedere gerechtigde wiens recht

214 Er zijn meer verschillen, bijvoorbeeld ten aanzien van de totstandkoming. Daarnaast heeft een erfdiensbaarheid ook altijd een heersend erf nodig. Zie de verschillende figuren in perspectief tot elkaar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/557-559, Van Velten 2015, p. 637 e.v. en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/618 en 619.

215 In 1914 had de vergadering van de Broederschap der Notarissen nog wel gepleit voor een terugkeer naar het oude stelsel. Zie het verslag hiervan in Weekblad voor het Notariaat 1914/461, p. 340-345.

216 Zie afwijzend tegenover het toestaan van de kwalitatieve verplichting Maeijer 1966, p. 64-68 en Lubbers, *WPNR* 1966/4904, p. 206.

217 Zie het Ontwerp Meijers in PG Boek 6 BW, p. 935.

218 Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 48 e.v. merkt op dat de verplichting bij een erfdiensbaarheid slechts op feitelijke handelingen ziet, terwijl de verplichting bij een kwalitatieve verplichting tevens op rechtshandelingen kan zijn gericht.

219 Zie PG Boek 6 BW, p. 936.

220 Hieronder valt bijvoorbeeld een verbod tot overdracht of tot verkoop. Zie nader PG Inv. Boek 6 BW, p. 1822. De praktijk zal zogenoemde anti-speculatiebedingen in de vorm van kettingbeding moeten blijven gieten. De wetgever wijst ook nog erop dat art. 6:259 BW in de mogelijkheid voorziet om de kwalitatieve verplichting door de rechter te laten wijzigen, hetgeen het gevaar van overbelasting van de grond verzacht.

221 De verplichting waarvan de inhoud in de notariële akte wordt omschreven kan al bij eerdere overeenkomst in het leven zijn geroepen en heeft dan al werking tussen partijen. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/554 en Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 81 e.v. die de kwalitatieve verplichting uitsplitst in de basisovereenkomst en de overeenkomst tot kwalitatief maken.

op de zaak nadien wordt ingeschreven aan de verplichting gebonden. Partijen hebben namelijk bij de totstandkoming van de kwalitatieve verplichting de vrijheid om restricties aan te brengen in de groep van verkrijgers en gebruikers die zij aan de verplichting gebonden willen maken.²²² Zo kan worden bedongen dat de verplichting alleen bindend is voor opvolgende verkrijgers van de zaak of tevens voor toekomstige huurders, pachters, erfpachters en vruchtgebruikers. Deze contractsvrijheid past bij de kwalitatieve verplichting als verbintenisrechtelijke figuur.

De vrijheid van partijen om de derdenwerking te bepalen wordt begrensd door de wet. Het derde lid van art. 6:252 BW bepaalt namelijk dat de verplichting niet werkt jegens hen die voor de inschrijving onder bijzondere titel een recht op het goed of tot gebruik van het goed hebben verkregen. Daarmee wordt enerzijds impliciet de prioriteitsregel tot uitdrukking gebracht. Anderzijds wordt duidelijk dat een kwalitatieve verplichting door inschrijving niet de status van goederenrechtelijk recht verkrijgt omdat degenen met een ouder verbintenisrechtelijk recht met betrekking tot de zaak niet gebonden zijn.²²³ Ook beslagleggers zijn niet gebonden voor zover ze beslag hebben gelegd voordat de verplichting was ingeschreven.²²⁴ Ten aanzien van oudere goederenrechtelijke rechten vertoont de rangorde gelijkens met de regeling van 3:21 BW.²²⁵ De volgorde van inschrijvingen van de kwalitatieve verplichting respectievelijk van een goederenrechtelijke recht bepaalt immers de gebondenheid van de gerechtigde aan de verplichting. Het tijdstip van inschrijving is aldus – geheel conform de prioriteitsregel – bepalend voor de gebondenheid van de op dat moment bestaande goederenrechtelijk alsook obligatoir gerechtigden tot het registergoed.²²⁶

Het is duidelijk dat de wetgever met de kwalitatieve verplichting een rechtsfiguur met een hybride karakter heeft geïntroduceerd. Hoewel de kwalitatieve verplichting voortvloeit uit een overeenkomst en om die reden is ondergebracht in Boek 6 BW, zijn vanwege de derdenwerking de goederenrechtelijke aspecten onmiskenbaar. De wetgever maakt nota bene zelf de vergelijking met een erfdiensbaarheid zonder heersend erf.²²⁷ Bij de kwalifi-

222 Zie PG Boek 6 BW, p. 937: 'Het beding kan ten aanzien van beide groepen [verkrijgers en gebruikers] of van een van beide worden gemaakt.'

223 De inschrijving is beslissend. Eventuele wetenschap van het beding voordat de inschrijving heeft plaatsgehad, brengt hierin geen verandering. Zie PG Inv. Boek 6 BW, p. 1821.

224 Op grond van art. 6:252 lid 3 sub b BW is het tijdstip van inbeslagneming, en niet het tijdstip van inschrijving van het proces-verbaal doorslaggevend. Voor de gebondenheid van de beslaglegger wordt dus aangesloten bij de kenbaarheid van de kwalitatieve verplichting op het moment waarop hij overgaat tot beslaglegging.

225 In deze zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/555.

226 Op grond van art. 6:252 lid 3 sub c BW is evenmin degene gebonden die verkrijgt van een niet aan de verplichting gebodene. Men denke aan de veilingkoper die de zaak verkrijgt nadat de hypotheekhouder met een aan de kwalitatieve verplichting anterieur hypotheekrecht tot executie overgaat.

227 Zie PG Boek 6 BW, p. 942. De keuze die desalniettemin voor het verbintennisrecht is gemaakt wordt daar beargumenteerd met de toegang tot verbintenisrechtelijke sancties die daaruit voortvloeien.

catie als goederenrechtelijk recht past op zijn beurt weer niet dat partijen de vrijheid hebben om de binding van derden te bepalen en dat oudere obligatoir gerechtigden niet aan de verplichting gebonden kunnen worden.²²⁸

In de literatuur is de vraag naar de verenigbaarheid van een dergelijke rechtsfiguur met het gesloten stelsel van het goederenrecht onderwerp van discussie geweest.²²⁹ Door de wetgever is zij echter van ondergeschikt belang geacht.²³⁰ De argumenten voor de vorm waarin de kwalitatieve verplichting uiteindelijk is gegoten hangen niet samen met de dogmatische vraag of dat past binnen de *numerus clausus*, maar

‘uitsluitend met die of de opzet tot wenselijke resultaten leidt’.²³¹

Hieruit volgt duidelijk dat het recht zich in de visie van de wetgever niet in dienst van de dogmatiek moet stellen. De invoering van deze hybride figuur – waarmee een obligatoir recht onder de toepassing van de prioriteitsregel wordt gebracht – is derhalve uitsluitend terug te voeren op een concessie aan de praktijk. Treffend is in de literatuur opgemerkt dat de invoering van art. 6:252 BW kan worden beschouwd als een tegemoetkoming aan een praktijkbehoefte waarvoor de esthetiek van de systematiek heeft te wijken.²³²

9.4 PRIORITEITSTOEPASSING OP HET GEBIED VAN RECHTSVORDERING

9.4.1 Blokkerende werking van beslag

Bij de bespreking van de gevolgen van de Vormerkung hierboven in par. 9.3.2 is ter vergelijking reeds het rechtsgevolg van beslag op onroerende zaken aan de orde gekomen.²³³ Een schuldeiser die zijn vordering wil veiligstellen kan beslag laten leggen op een goed van zijn schuldenaar. Die vordering kan strekken tot verhaal dan wel tot levering van het beslagen goed.²³⁴

228 Overigens is het maar de vraag of deze twee aspecten voldoende rechtvaardiging vormen om de figuur niet geheel in het goederenrecht onder te brengen. Zie bijvoorbeeld Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 233 en Du Perron, diss. 1999, p. 249 en 250.

229 Zie PG Boek 6 BW, p. 938 en 939 voor een opsomming van tegenstanders van de kwalitatieve verplichting omdat een dergelijke regeling niet thuishoort in een rechtssysteem waaraan een duidelijk onderscheid tussen goederenrecht en verbintenisrecht ten grondslag ligt.

230 Zie PG Boek 6 BW, p. 942 en 943. Opgemerkt wordt dat het gesloten stelsel strikter zou worden gehandhaafd indien de figuur zou worden vormgegeven als zakelijk recht. Hier ging evenwel de voorkeur van de wetgever niet naar uit.

231 Zie PG Boek 6 BW, p. 942.

232 Zie Davids 1994/27 en Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 169.

233 Voor een bespreking van het rechtskarakter van beslag en de discussie in de literatuur omtrent de wijze waarop het gevolg van een vervreemding in weerwil van beslag moet worden geconstrueerd, verwijs ik naar hetgeen hierboven is opgemerkt op p. 227.

234 Ik maak gemakshalve onderscheid tussen verhaalsbeslag en leveringsbeslag. Er kunnen nog andere doelen aan het beslag ten grondslag liggen. Zie Mijnsen & Van Mierlo 2009/1.2.

Het gevolg van het beslag is dat onder meer een vervreemding of bezwaring niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen.²³⁵ Het tijdstip waarop deze zogenoemde blokkerende werking ingaat, is ten aanzien van roerende zaken het tijdstip van ondertekening door de deurwaarder van het procesverbaal zoals bedoeld in art. 440 Rv en ten aanzien van onroerende zaken in beginsel het tijdstip van inschrijving in de openbare registers.²³⁶ Aan deze tijdstippen wordt in de hoofdregel de rang van het beslag in de verhouding tot andere rechten op het beslagen goed gekoppeld.²³⁷ Aangezien ten aanzien van conflicterende rechten op een onroerende zaak de rangorde wordt bepaald door de volgorde van inschrijvingen, zou kunnen worden volstaan met een verwijzing naar hetgeen daaromtrent in par. 8.2.1 is opgemerkt, ware het niet dat de wet in art. 505 lid 3 Rv hierop een uitzondering maakt. Deze uitzondering op de prioriteitsregel komt hierna aan de orde.

9.4.2 Beslag op onroerende zaken

Een beslag op een onroerende zaak sorteert effect vanaf het moment van inschrijving in de openbare registers.²³⁸ Voor de bespreking van de prioriteitsregel in het kader van beslag is dat tijdstip van inschrijving van groot belang. De rangorde van meerdere inschrijvingen die op hetzelfde registergoed betrekking hebben – waaronder op grond van art. 3:17 lid 1 sub g BW ook een beslag kan worden gerekend – wordt ingevolge art. 3:21 BW immers door de volgorde van de tijdstippen van die inschrijvingen bepaald. Dat betekent bijvoorbeeld dat indien een levering voor een beslag wordt ingeschreven, de levering in rang boven het beslag gaat. De zaak gaat aldus vrij van beslag in eigendom over op de verkrijger.

Nadere aandacht verdient de situatie waarin een beslag gelijktijdig met een levering wordt ingeschreven. Ik roep in herinnering dat vanwege de beperkte openingstijden van de kantoren van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers gevallen van gelijktijdige inschrijvingen denkbaar zijn.²³⁹ Twee ná 15.00 uur ter inschrijving aangeboden feiten worden namelijk gelijktijdig om 9.00 uur op de volgende werkdag ingeschreven. De rangorde van gelijktijdige inschrijvingen wordt geregeerd door het tweede lid van art. 3:21 BW. Voor de beslechting van het rangordeconflict moet in de eerste plaats nader onderscheid worden gemaakt naar de dagen waarop de ter inschrijving aangeboden akten zijn opgemaakt. Aangenomen kan worden

235 Zie art. 453a Rv voor roerende zaken, respectievelijk art. 505 lid 2 Rv voor onroerende zaken. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat het beslag ook bescherming biedt tegen een onderbewindstelling, verhuring of verpachting.

236 Uiteraard dienen wel alle formaliteiten – waarvan sommige op straffe van nietigheid van het beslag – in acht te worden genomen. Zie art. 440 en 505 lid 1 Rv.

237 Een bespreking van de regels van derdenbescherming laat ik achterwege omdat de beschermde rechten van derden geen rangordeconflict met het beslag doen ontstaan, maar het beslag eenvoudigweg teniet doen gaan.

238 Zie PG Boek 3 BW, p. 122 en Mijnsen & Van Mierlo 2009/2.10.

239 Zie hierover par. 8.2.2.

dat beide inschrijvingen zo spoedig mogelijk zullen plaatsvinden omdat de inschrijving voor de overdracht een constitutief vereiste is en het beslag van blokkerende werking voorziet. Men zal derhalve niet in ieder rangordeconflict kunnen volstaan met het differentiëren naar verschillende dagen. De nadere regeling van art. 3:21 lid 2 sub a BW geeft derhalve niet per definitie uitsluitel. Ter beslechting van een rangordeconflict tussen een levering en een gelijktijdig ingeschreven beslag, kan geen beroep worden gedaan op het bepaalde in art. 3:21 lid 2 sub b BW. Deze regeling is alleen van toepassing op notariële akten, omdat in die akten steeds het tot op de minuut nauwkeurige tijdstip van het opmaken wordt vermeld.²⁴⁰ Aangezien in andere gevallen – zoals in een proces-verbaal van inbeslagneming²⁴¹ – geen tijdstip pleegt te worden vermeld, heeft de wetgever de toepasselijkheid van de onderhavige regeling beperkt tot notariële akten.²⁴² Mocht niettemin het tijdstip in het proces-verbaal van inbeslagneming door de deurwaarder zijn opgenomen, dan kan de regel van sub b door middel van analoge toepassing uitsluitel geven.²⁴³ In de gevallen waarin de rangorde niet kan worden bepaald, zal toch vast moeten komen te staan of het beslag al dan niet op de zaak kleeft. Bij de beantwoording van deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen een verhaals- en een leveringsbeslag. De rangorde in een conflict tussen een verhaalsbeslag en een levering komt niet onverkort overeenkomstig de prioriteitsregel tot stand. Ten aanzien van een verhaalsbeslag maakt art. 505 lid 3 Rv namelijk een uitzondering op de rangorde naar de volgorde van inschrijvingen.²⁴⁴ Ik zal hierna aandacht besteden aan deze uitzondering, die tevens voor wat het verhaalsbeslag betreft een antwoord geeft op de vraag naar de rangorde van een gelijktijdig met een zodanig beslag ingeschreven akte van levering.

Indien een verhaalsbeslag weliswaar eerder is ingeschreven dan de levering, maar na het passeren van de leveringsakte tot stand is gekomen en die leveringsakte uiterlijk één werkdag na het beslag wordt ingeschreven, gaat de levering niettemin in rang boven het beslag. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat aan deze uitzondering een beschermingsgedachte ten grondslag ligt:

‘Het beoogt kopers van onroerende zaken of van een daarop rustend beperkt recht (bijv. erfpacht), alsmede de hypotheekhouders die de koop geheel of ten dele hebben gefinancierd te beschermen tegen beslagen die zij ten tijde van het verlijden van de transportakte [...] nog niet konden kennen, omdat die beslagen toen nog niet waren ingeschreven.’²⁴⁵

240 Zie art. 40 lid 3 en art. 43 lid 4 Wna.

241 Men denke ook aan rechterlijke vonnissen.

242 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1091. Voorts wordt opgemerkt dat aan een verdere regeling in de praktijk ook weinig behoefte zou bestaan.

243 De wetgever sluit analoge toepassing niet uit. Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1091.

244 De toepasselijkheid van deze uitzonderingsbepaling op het leveringsbeslag is uitgesloten in art. 734 lid 1 Rv. De uitzondering geldt evenmin voor maritaal beslag op grond van art. 770a Rv. Wel geldt zij gelet op art. 726 Rv voor zowel conservatoir als executoriaal verhaalsbeslag.

245 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 229.

Het wetgever besefte dat kopers en hun hypothecair financiers in het belang van een vlot verlopend rechtsverkeer de zekerheid moeten hebben dat het verkregen goed na het verlijden van de transportakte niet meer blootstaat aan uitwinning door schuldeisers van de vervreemder.²⁴⁶ De koopsom moet immers op grond van art. 7:26 lid 3 BW op dat moment uit de macht van de koper zijn gebracht.²⁴⁷ Daar staat tegenover dat schuldeisers er belang bij hebben dat een schuldenaar niet de mogelijkheid heeft om zijn onroerende zaken snel door een overdracht of een vestiging van een hypotheek aan het beslag te onttrekken.²⁴⁸ Het resultaat van deze belangenafweging is gevonden in een regeling waarin het – later ingeschreven – recht van de verkrijger van de zaak of het beperkte recht boven het – eerder ingeschreven – beslag gaat, doch slechts indien aan de twee in art. 505 lid 3 Rv gestelde voorwaarden is voldaan. De beslaglegger wordt dus uitsluitend in afwijking van de prioriteitsregel achtergesteld indien de akte betreffende de vervreemding of bezwaring vóór de inschrijving van het beslag was opgemaakt en de inschrijving van deze akte uiterlijk geschiedt op de eerste dag na het verlijden van de akte waarop het kantoor van de bewaarder van de registers is geopend.²⁴⁹ De ratio van deze uitzondering maakt duidelijk dat art. 505 lid 3 Rv toepassing mist ten aanzien van een leveringsbeslag.²⁵⁰ Het leveringsbeslag dient nu juist ter bescherming van een koper aan wie geen levering plaatsvindt. Indien het gaat om meerdere rechten op levering – bijvoorbeeld als gevolg van een dubbele verkoop – is er geen reden om de koper aan wie levering plaatsvindt te beschermen ten detrimente van de andere koper. Voor deze rangorde is steeds overeenkomstig de prioriteitsregel het tijdstip van de inschrijving beslissend.

Tot slot moet op deze plaats nog aandacht worden besteed aan de tot dusver in deze paragraaf onbeantwoord gebleven vraag naar de rangorde van een met een levering gelijktijdig ingeschreven leveringsbeslag. Aan het feit dat de in art. 505 lid 3 Rv opgenomen regeling is beperkt tot het verhaalsbeslag, kan een argument worden ontleend om deze kwestie in het voordeel van de leveringsbeslaglegger af te wikkelen. De bescherming die aan art. 505 lid 3 Rv ten grondslag ligt, strekt zich uitdrukkelijk niet uit tot leveringsbeslagen die tot de inschrijving niet-kenbaar zijn aan de koper. Het belang van de koper wordt derhalve niet voorgetrokken boven dat van een schuld-

246 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 230.

247 Het werd onwenselijk geacht dat de notaris zou moeten wachten met het doorbetalen van de koopsom totdat zekerheid bestaat dat de zaak op het tijdstip van inschrijving vrij van beslagen is. Daarmee wordt de gelijktijdige afwikkeling van verschillende transacties onmogelijk, terwijl een overdracht vaak onderdeel uitmaakt van een keten, die tot een reeks overdrachten en verhuizingen op één dag leidt. Dit argument is achterhaald door het arrest HR 30 januari 1981, NJ 1982/56, m.nt. W.M. Kleijn (*Baarns Beslag*).

248 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 230.

249 Voorts kan nog worden opgemerkt dat een verkoop en levering met uitsluitend als doel om een zaak aan het beslag van een schuldeiser te onttrekken in de sfeer ligt van de *actio pauliana*, als gevolg waarvan een dergelijke verkoop aan vernietiging blootstaat.

250 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 335.

eiser die pretendeert ook een recht op levering te hebben. Bij de opheffing van het beslag kan dan nog worden vastgesteld wiens recht op levering op grond van art. 3:298 BW het sterkst is. Aangezien een belangenafweging tot de keuze heeft geleid dat niettegenstaande de niet-kenbaarheid het leveringsbeslag toch kleeft, dient de belangenafweging in het rangordeconflict van een gelijktijdig met de levering ingeschreven leveringsbeslag op dezelfde manier uit te vallen. Dat betekent dat een dergelijk beslag in rang voor de levering gaat. Steun voor deze opvatting kan worden gevonden in het feit dat de blokkerende werking van beslag ingaat vanaf het ogenblik van de inschrijving.²⁵¹ Een gelijktijdige inschrijving van een beslag met een levering om 9.00 uur leidt ertoe dat het beslag effect sorteert vanaf 9.00 uur en dat derhalve overdracht plaats vindt van een beslagen zaak. Ook in dat geval kan dan nog na de levering ter zake van de opheffing van het beslag worden vastgesteld of de beslaglegger bijvoorbeeld op grond van art. 3:298 BW een sterker recht heeft.

9.5 DE NOTARIËLE TUSSENKOMST IN VASTGOEDTRANSACTIES

Ter bevordering van de rechtszekerheid schrijft de wet voor de totstandkoming van bepaalde rechtshandelingen de notariële tussenkomst voor.²⁵² Zo heeft de wetgever voor de levering van onroerende zaken en de vestiging van beperkte rechten een waarborg voor deskundige behandeling noodzakelijk geacht en meende dat die alleen kon worden verkregen door de tussenkomst van een notaris voor te schrijven.²⁵³ De verplichte inschakeling van de notaris bevordert aldus de rechtszekerheid. De consequentie daarvan is dat aan de notaris een domeinmonopolie werd toegekend. Om de toegankelijkheid van de notariële diensten voor eenieder te waarborgen, is de notaris op grond van art. 21 lid 1 Wna ertoe gehouden zijn ministerie desverlangd te verlenen. Daar staat tegenover dat de notaris verplicht is zijn diensten te weigeren indien naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere geïntegreerde redenen voor weigering heeft.²⁵⁴

251 Zie ook Van Drunen, *WPNR* 2017/7148, die op p. 363 aan een geïsoleerde passage in de parlementaire geschiedenis nog een aanvullende reden voor deze uitleg ontleent. Deze reden overtuigt mij niet, in het bijzonder gelet op het door hem niet in het citaat op p. 362 weergegeven woord 'voorts'.

252 Zie PG Boek 3 BW, p. 349.

253 Zie PG Boek 3 BW, p. 349 ten aanzien van de in art. 3:89 BW vereiste notariële akte voor de levering van onroerende zaken.

254 Zie hierover Melis/Waaijer 2012, p. 39 e.v. Zie ook art. 6 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011, waarin nadere regels worden gesteld betreffende de toepassing van art. 21 lid 2 Wna.

Het verlenen van ministerie kan ertoe leiden dat een partij die bij de akte is betrokken wanprestatie of een onrechtmatige daad pleegt jegens een derde. De vraag rijst of een dergelijk gevolg een grond voor dienstweigering oplevert. Het handelen van de notaris is onderworpen aan de centrale tuchtnorm van art. 93 Wna die grofweg voorschrijft dat hij dient te handelen zoals een behoorlijk notaris betaamt. Zo moet hij ingevolge het bepaalde in art. 17 lid 1 Wna zijn ambt uitoefenen met de grootst mogelijke zorgvuldigheid. Het meewerken aan wanprestatie geldt in het licht van deze strenge tuchtnormen als een handelen in strijd met de eer en waardigheid van het notariaat.²⁵⁵ Op grond van het notariële tuchtrecht is de notaris daarom ertoe gehouden om dienst te weigeren indien hij ermee bekend is dat het passeren van de akte wanprestatie of een onrechtmatige daad tot gevolg heeft.²⁵⁶

Inmiddels is de tuchtrechter een enigszins andere koers gaan varen met het arrest van de Notariskamer van het Hof Amsterdam van 23 januari 2018.²⁵⁷ Het efficiënt en effectief optreden van een notaris werd bemoeilijkt door het feit dat de maatstaf voor tuchtrechtelijke aansprakelijkheid strenger was dan de maatstaf voor civielrechtelijke aansprakelijkheid.²⁵⁸ Dat kon tot gevolg hebben dat de notaris tuchtrechtelijk was gehouden dienst te weigeren, maar als gevolg van deze weigering civielrechtelijk aansprakelijk kon zijn. Het hof heeft om die reden de tuchtrechtelijke maatstaf in overeenstemming gebracht met de civielrechtelijke maatstaf.²⁵⁹

De kritiek op de strenge – inmiddels gewijzigde – tuchtrechtelijke koers was niet alleen dat de tuchtrechtelijke norm uit de pas liep met de civielrechtelijke,²⁶⁰ maar tevens dat deze leer ten aanzien van dienstweigering indruist tegen het systeem. Indien de notaris vanwege de schending van een contractueel recht van een derde zijn diensten weigert, dan leidt dat ertoe dat het contractuele recht *de facto* goederenrechtelijke werking krijgt.²⁶¹ Een kettingbeding krijgt bijvoorbeeld als de notaris het bij de levering niet toe-

255 Zie laatstelijk Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685.

256 De tuchtrechtelijke jurisprudentie vertoont sinds de jaren 70 van de vorige eeuw deze strenge lijn die in de literatuur wordt gesteund door de zogenaamde ‘preciezen’. Ik verwijs voor een overzicht van de jurisprudentie naar de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*). Zie voor het standpunt van de preciezen en hun aanhangers Melis/Waaijer 2012, p. 48 en 49.

257 Hof Amsterdam 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:166.

258 Dat er verschillende maatstaven worden gehanteerd is vanuit de aard van de procedures goed te verklaren. Het tuchtrecht strekt er immers primair toe in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen. In een civiele procedure gaat het uitsluitend om de beoordeling van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

259 Daarmee is impliciet het standpunt van de ‘rekkelijken’ gevolgd die tegenover de ‘preciezen’ staan.

260 De voorstanders (de preciezen) van de strenge leer beschouwden het evenzeer als ongewenst dat de tuchtrechtelijke lijn afweek van de civielrechtelijke, doch hielden vast aan de strenge leer vanwege de positie van de notaris in het rechtsverkeer.

261 Zie voor deze kritiek met name Van Oostrom-Streep, *WPNR* 2006/6675 en *WPNR* 2012/6930 en Wibier, *WPNR* 2012/6922.

laat dat deze obligatoire plicht om de ketting door te leggen wordt gebroken, een zekere goederenrechtelijke werking. In het kader van dit onderzoek is van belang om te constateren dat in dat geval een verbintenisrechtelijk recht dat normaliter naar zijn aard achterstaat bij goederenrechtelijke rechten, mogelijkerwijs aldus toch aan de prioriteitsregel onderhevig wordt. Thans zal worden bezien in hoeverre het handelen van de notaris invloed heeft op het onderscheid tussen goederen- en verbintenisrechtelijke rechten en – in het verlengde daarvan – op de toepassing van de prioriteitsregel.

Het antwoord op de vraag of de notaris dienst moet weigeren indien hij aanleiding heeft te vermoeden dat rechten van derden in het gedrang komen, moet worden beantwoord aan de hand van de civielrechtelijke maatstaf die de Hoge Raad in het *Novitaris* arrest heeft geformuleerd.²⁶² De Hoge Raad heeft de verplichting om dienst te weigeren in verband gebracht met de civielrechtelijke positie van een van de partijen bij de akte – in dit geval de beoogd verkrijger – ten opzichte van de betrokken derde. De notaris heeft immers onder bijzondere omstandigheden vanwege zijn functie in het rechtsverkeer een zorgplicht jegens derden.²⁶³ Het verlenen van zijn ministerie resulteert dan in een schending van zijn zorgplicht. In het kader van een levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop is dat het geval indien:

‘de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring.’²⁶⁴

De Hoge Raad noemt vervolgens twee voorbeelden van een dergelijk geval:

- (i) het recht van de derde wordt door een wettelijke regel als het sterkste recht aangewezen
- (ii) de beoogd verkrijger handelt onrechtmatig jegens de derde door levering of bezwaring te verlangen.²⁶⁵

262 De rechtsoverwegingen 3.4.2 tot en met 3.4.6 uit HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*) zijn door het Hof Amsterdam in zijn arrest van 23 januari 2018 in r.o. 6.4.6 ter vermijding van misverstanden integraal overgenomen. In HR 10 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850 heeft de Hoge Raad het criterium nogmaals herhaald.

263 Zie HR 23 december 1994, *NJ* 1996/627 en HR 15 september 1995, *NJ* 1996/629, m.nt. W.M. Kleijn.

264 De Hoge Raad hanteert hiermee hetzelfde criterium – rechtmatig belang – als de tuchtrechter in het arrest Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685, zij het dat in deze tuchtzaak hiermee een uitzondering op de dienstweigering wordt geformuleerd vanwege de schending van een rechtmatig belang van een bij de rechtshandeling betrokken partij.

265 A-G Rank-Berenschot noemt voorts nog als grond voor dienstweigering het geval waarin een onevenredig verschil bestaat tussen het belang van de koper bij nakoming en het belang van de derde bij het kunnen uitoefenen van zijn recht. Zie conclusie A-G, 2.28 voor HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479 (*Novitaris*).

Voor die laatste grond, zo voegt de Hoge Raad nog expliciet toe, is de enkele wanprestatie niet voldoende. Voor onrechtmatig handelen zijn op grond van vaste rechtspraak bijkomende omstandigheden vereist.²⁶⁶ Als een beoogd verkrijger pas vlak voor de overdracht kennis neemt van een contractueel recht van een derde – men denke aan een kettingbeding of voorkeursrecht dat na de recherche van de notaris aan het licht komt – dan handelt hij in beginsel niet onrechtmatig door levering te vorderen vrij van lasten en beperkingen die hij ten tijde van de koop niet kende. Men komt eerst in de sfeer van de onrechtmatigheid als de koper bijvoorbeeld het frustreren van het contractuele recht van de betrokken derde zou bevorderen of bewust zou profiteren van deze contractbreuk. Indien partijen eropuit zijn om wanprestatie tegen een derde te plegen, is dienstweigering geraden.²⁶⁷ Het bewust meewerken aan de onrechtmatige daad van de beoogd verkrijger leidt dan tot onrechtmatig handelen van de notaris zelf.²⁶⁸ In dat geval moet op straffe van zowel tuchtrechtelijke als civielrechtelijke aansprakelijkheid dienstverlening worden afgewezen.²⁶⁹

De andere door de Hoge Raad geformuleerde grond voor dienstweigering betreft het geval waarin aan een derde een sterker recht toekomt dan de beoogd verkrijger.²⁷⁰ Ook in dat geval wordt de beoogd verkrijger geacht geen rechtmatig belang te hebben en strekt de zorgplicht van de notaris zich uit tot de betrokken derde met het sterkere recht. Een dergelijke derde is bijvoorbeeld een koper die zijn koop heeft ingeschreven in de openbare registers op grond van art. 7:3 BW. Deze inschrijving verschaft hem in beginsel een sterker obligatoir recht dan beoogd verkrijgers wier koop niet is ingeschreven.²⁷¹ De notaris zal als gevolg van zijn recherche van de Vormerkung op de hoogte zijn en zijn ministerie moeten weigeren.²⁷²

266 Zie HR 17 november 1967, *NJ* 1968/42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*) en HR 17 mei 1985, *NJ* 1986/760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curacao/Boyé*).

267 Zie Kleijn, *WPNR* 2002/6505, p. 702 en Huijgen, *WPNR* 2012/6954, p. 913.

268 Zie Huijgen, *JBN* 2014/19. Ook voor de zogenoemde ‘rekkelijken’ is het bewust meewerken aan een onrechtmatige daad een stap te ver. Zie Kleijn, *WPNR* 2002/6505, p. 702.

269 De criteria mogen weliswaar duidelijk zijn, de praktijk is weerbarstig. Men komt immers pas aan deze criteria toe wanneer de notaris aanleiding heeft te vermoeden dat er rechten van derden in het spel zijn. De vraag in hoeverre de zorgplicht van de notaris hem ertoe noopt om zich van het ontstaan van een mogelijke wanprestatie te vergewissen alsmede het inventariseren en het wegen van mogelijke bijzondere omstandigheden, laat ik buiten beschouwing. Zie hierover HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, r.o. 3.4.5 en 3.4.6 (*Novitaris*).

270 Ook hier laat ik de vraag hoe de notaris zijn oordeel hieromtrent moet vormen verder rusten. Ik ga uit van de situatie dat deze feiten vaststaan.

271 Een uitzondering is van toepassing indien die koper ten tijde van de inschrijving van zijn koop het eerdere recht van de andere koper kende. Voor deze uitzondering moet aansluiting worden gezocht bij het onrechtmatige daadsvereiste in de zin van het in *Pos/Van den Bosch* ontwikkelde leerstuk.

272 Het feit dat de notaris in dit geval is gehouden om dienst te weigeren draagt bij aan de daadwerkelijke bescherming van de koper die van de Vormerkung gebruik heeft gemaakt. Zijn bescherming kan immers ondanks het in art. 7:3 lid 3 BW opgenomen rechtsgevolg in het gedrang komen indien niettemin wordt geleverd. Zie hetgeen daarover hierboven is opgemerkt op p. 231.

Ten onrechte wordt in de literatuur op grote schaal aangenomen dat een derde ook een sterker recht aan art. 3:298 BW kan ontlenuen.²⁷³ Hoewel deze bepaling de schuldeiser met een ouder recht op levering voorrang toekent boven die met een jonger recht, wordt met de toepassing in dit verband de strekking van deze bepaling miskend. Zoals hierboven in par. 9.2.2 is besproken, is met art. 3:298 BW uitsluitend beoogd te voorzien in een vuistregel voor de situatie waarin beide schuldeisers de levering aan de ander door het leggen van beslag hebben geblokkeerd.²⁷⁴ Op grond van de wettekst is immers voor de toepassing van deze vuistregel vereist dat de schuldeisers daadwerkelijk hun met elkaar botsende rechten op levering *vervolgen*. In een dergelijk geval moet de rechter een maatstaf hebben voor de opheffing van een van beide beslagen. Voor deze vastgelopen situatie kon naar oordeel van de wetgever een materieelrechtelijke regel moeilijk worden gemist.²⁷⁵ Bij gebrek aan een betere regeling heeft de wetgever uiteindelijk de keuze gemaakt voor de prioriteitsregel vanwege zijn duidelijkheid.²⁷⁶ Het voert te ver om deze goederenrechtelijke regel ook in andere situaties dan in de hiervoor genoemde impasse toe te passen. In het verbintenissenrecht is in het algemeen geen plaats voor de prioriteitsregel. Tussen beide schuldeisers met een recht op levering bestaat immers geen rechtsverhouding. Ieder heeft een geldig recht op levering waarvan nakoming kan worden verlangd, behalve indien met die nakoming onrechtmatig jegens de andere koper wordt gehandeld.

Hoewel de Hoge Raad in het *Novitaris* arrest wel een overweging wijdt aan art. 3:298 BW, volgt hieruit niet dat het betreffende artikel een wettelijke regel betreft die het recht van een derde als het sterkste aanwijst zoals bedoeld in de hierboven onder (i) genoemde grond. In het arrest bevestigt de Hoge Raad in dit kader uitsluitend de juistheid van de strekking van het oordeel van het hof dat een voorkeursrecht een recht op koop betreft en daarmee in de verhouding tot een recht op levering niet onder de toepassing van art. 3:298 BW kan worden gebracht.²⁷⁷ Dat betekent dat art. 3:298 BW niet analoog kan worden toegepast in een conflict tussen rechten van ongelijke aard.²⁷⁸ Uit deze overweging dient niet a contrario te worden afgeleid dat bij analoge toepassing van art. 3:298 BW de voorkeursrechtigde daarmee tevens een sterker recht zou toekomen. De Hoge Raad overweegt dat de *strekking* van het oordeel van het hof – te weten dat het recht van de koper in diens verhouding tot de voorkeursrechtigde ingevolge art. 3:298 BW

273 Zie Heyman, *WPNR* 2015/7067, p. 557, Waaijer, *AA* 2015, p. 693 en Perrick, *MvV* 2015/12, p. 357. Zie ook de conclusie, 2.26 van A-G Rank-Berenschot voor het arrest.

274 De wetgever merkt bovendien op: 'Meer dan een vuistregel kan dit evenwel niet zijn'. Zie *PG Inv. Boek 3 BW*, p. 1397.

275 Zie *PG Inv. Boek 3 BW*, p. 1397.

276 Zie hierover uitgebreid p. 206.

277 Zie HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, r.o. 3.5.4 (*Novitaris*).

278 Daarmee brengt dit arrest niets nieuws op dit punt. Zie hierboven, p. 213. Analoge toepassing lijkt evenwel niet uitgesloten in conflicten tussen voorkeursrechten onderling, omdat het dan rechten van gelijke aard betreft.

in beginsel voorging – juist is en daarmee niet het oordeel als zodanig. Het oordeel als zodanig impliceert namelijk dat aan art. 3:298 BW juist wel een sterker recht kan worden ontleend. Het oordeel van het hof dat de Hoge Raad als juist bestempelt, is hetgeen in dit oordeel *besloten ligt*, te weten dat een voorkeursrecht in de verhouding tot een recht op levering niet onder het bereik van art. 3:298 BW valt. Dát oordeel is juist, aldus de Hoge Raad tot besluit.

Over de invloed van de notariële tussenkomst kan tot slot het volgende worden opgemerkt. De functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden, waaronder bijvoorbeeld obligatoir gerechtigden. Die zorgplicht kan ertoe leiden dat hij gehouden is tot dienstweigerings vanwege een mogelijke schending van een recht van een derde. Van de notaris kan immers vanwege zijn publieke taak, maatschappelijke rol en het vertrouwen dat hij geniet, worden verlangd dat hij oog heeft voor de rechten van derden. Daartegenover staat dat hij vanwege zijn monopoliepositie een zekere verantwoording heeft om niet te snel zijn ministerie te weigeren.²⁷⁹ Het Novitaris-arrest verschaft aanknopingspunten voor de wijze waarop de notaris deze belangen in balans dient te houden voor het geval waarin rechten van derden in het gedrang dreigen te komen. Dat betekent dat een obligatoir recht van een derde aanleiding kan zijn voor dienstweigerings, waardoor de schending van dat recht wordt voorkomen. In plaats van aangewezen te zijn op verbintenisrechtelijke sancties – doorgaans bestaande in het instellen van een schadevergoedingsvordering – wordt de positie van de obligatoir gerechtigde in die zin versterkt dat een later te vestigen goederenrechtelijke recht wordt tegengehouden. Het eigendomsrecht van de beoogd verkrijger komt vanwege de dienstweigerings immers niet tot stand. Daarmee lijkt het obligatoire recht in de verhouding tot het goederenrechtelijke recht dat partijen beogen te vestigen – doch uitsluitend in die verhouding – werking te ondervinden van de prioriteitsregel. Dat is echter niet het geval. De plaats in de rangorde ontleent het obligatoire recht immers niet aan zijn totstandkomingstijdstip. De ouderdom van deze rechten is niet relevant. Bovendien is geen sprake van een goederenrechtelijk recht omdat de notaris de totstandkoming ervan heeft tegengehouden. Het recht van een derde is niet sterker omdat het ouder is, maar omdat de notaris zijn belangen waarborgt door zijn ministerie te weigeren. Het betreft een bescherming die zijn rechtvaardiging vindt in de positie van de notaris in het rechtsverkeer gelet op zijn publieke taak en maatschappelijke functie.²⁸⁰ Die positie brengt mee dat

279 De notaris die ten onrechte dienstweigert, kan voor de schade die daaruit voor partijen voortvloeit aansprakelijk worden gesteld. Ook indien hij zijn ministerie opschort en partijen naar de voorzieningenrechter verwijst, kan hij worden veroordeeld in de kosten van het kort geding. Zie Melis/Waaijer 2012, p. 42.

280 Ik verwijs naar de kernwaarden van het notariaat – te weten onpartijdigheid, onafhankelijkheid, integriteit, publieke verantwoordelijkheid, vertrouwelijkheid en deskundigheid – zoals besproken door Lekkerkerker 2010, p. 31-63

hij het obligatoire recht van een derde moet beschermen indien dat recht op grond van de wet als sterker recht wordt aangewezen of als jegens die derde een onrechtmatige daad dreigt te worden gepleegd als hij zijn ministerie wel verleent. Aan het sterkere recht van een derde dient een wettelijke bepaling ten grondslag te liggen – men denke aan de Vormerkung – waarmee de bescherming van dat recht op een uitdrukkelijke keuze van de wetgever berust. De notaris bevindt zich in de positie om deze bescherming te waarborgen. In het tweede geval gaat het om een onrechtmatige daad die is gelegen in het handelen van een partij dat als strijdig met de maatschappelijke betamelijkheid moet worden gekwalificeerd. Het past de positie van de notaris niet om aan een dergelijk handelen mee te werken.

9.6 SLOTSOM

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat de prioriteitsregel ook buiten het toneel van het goederenrecht treedt. Dat tekent zich in de eerste plaats scherp af in art. 3:298 BW. Daarin heeft de wetgever de prioriteitsregel tot uitdrukking gebracht in de verhouding tussen twee obligatoire rechten op levering. Aangezien tussen obligatoir gerechtigden in beginsel geen enkele relatie bestaat en ten aanzien van hun verhaalsrecht hun ouderdom evenmin een rol speelt, kan art. 3:298 BW worden beschouwd als een atypische prioriteitstoepassing. De keuze om dit conflict van botsende rechten op levering door de prioriteitsregel te laten beheersen, moet in samenhang met de introductie van het conservatoir leveringsbeslag worden beschouwd. Het leveringsbeslag heeft de mogelijkheid doen ontstaan dat twee kopers in een vastgelopen situatie verzeild raken nadat ieder van hen de levering aan de ander heeft geblokkeerd door het leggen van beslag. Het kwam de wetgever opportun voor – na alle alternatieve opties te hebben afgewezen – om in dit conflict de prioriteitsregel in stelling te brengen. Er moet nu eenmaal een keuze voor de een of de ander worden gemaakt. Daarbij wordt de belangrijke kanttekening geplaatst dat het slechts een vuistregel betreft, waarbij ruimte wordt gelaten voor een andere uitkomst indien dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit. Aangezien voor deze pragmatische keuze verder geen argumenten kunnen worden aangedragen, dient het toepassingsbereik van dit artikel beperkt te blijven tot voornoemde impasse. Dat betekent dat de prioriteitsregel slechts in stelling kan worden gebracht indien beide schuldeisers hun recht op levering daadwerkelijk vervolgen. Voor analoge toepassing bestaat uitsluitend ruimte indien het obligatoire rechten van gelijke aard betreft. De beoordeling van de ouderdom van beide rechten dient in beginsel door een rechter in een bodemprocedure te worden gemaakt. De opheffing van een beslag heeft immers – ook voor derden – onherroepelijke gevolgen. Nadat aan een van de schuldeisers is geleverd – ook al staat vast of komt eerst later vast te staan dat hij de tweede koper is – valt aan art. 3:298 BW geen recht meer te ontlenen. De andere koper zal zich uitsluitend met een actie uit onrechtmatige daad kunnen behelpen. Tenzij de

levering in een onrechtmatige daad jegens de andere koper zou resulteren, vormt het enkele bestaan van een oudere koopovereenkomst voor de notaris ook geen grond om zijn ministerie te weigeren.

De prioriteitsgedachte steekt eveneens de kop op waar obligatoire rechten door de wet met goederenrechtelijke elementen worden versterkt. Deze versterkingen berusten veelal op maatschappelijk-politieke overwegingen. Zo houdt het recht van de huurder onder omstandigheden stand tegen derden met een goederenrechtelijk recht. Nadere bestudering van het adagium 'koop breekt geen huur' maakt echter duidelijk dat de prioriteitsregel hier geen rol heeft. De huurder ontleent zijn bescherming immers niet aan het tijdstip waarop zijn huurovereenkomst is ontstaan. Art. 7:226 BW geeft hem de bevoegdheid om bij een vervreemding van de verhuurde zaak of de bezwaring ervan met een beperkt genotsrecht zijn huurrecht tegen de verkrijger in te roepen.

Een koper die zijn recht op levering in de openbare registers doet inschrijven, wordt gedurende zes maanden beschermd tegen de in art. 7:3 lid 3 BW genoemde gebeurtenissen en rechtstoestanden. De wetgever biedt met de Vormerkung de koper van een onroerende zaak bescherming vanwege de grote (financiële) belangen die veelal met de koop van een woning zijn gemoeid. Het rechtsgevolg van de Vormerkung houdt in dat een aantal limitatief opgesomde rechtsfeiten niet tegen de betreffende koper kan worden ingeroepen. Conform de prioriteitsregel wordt bepaald of het ingeschreven recht van de koper in rang voor een ander recht gaat, met als gevolg dat dit recht niet tegen de koper kan worden ingeroepen. De daadwerkelijke bescherming tegen deze rechtsfeiten wordt gewaarborgd door de notaris die op straffe van aansprakelijkheid is gehouden om beschikkingen in weerwil van een Vormerkung tegen te houden.

Ook de kwalitatieve verplichting is een voorbeeld van een rechtsfiguur die op het systeem een uitzondering maakt – als gevolg waarvan de prioriteitsregel het verbintenisrecht binnendringt – waaraan een tegemoetkoming aan een praktijkbehoefte ten grondslag ligt. De wetgever heeft de mogelijkheid toegestaan om verplichtingen ten aanzien van een registergoed te doen overgaan op opvolgende verkrijgers. Voor deze derdenwerking van een overeenkomst is vereist dat deze verplichting in de openbare registers is ingeschreven. Vanaf dat tijdstip neemt dit obligatoire recht rang in conform de prioriteitsregel, zelfs in de verhouding tot persoonlijke rechten met betrekking tot het goed.

Een uitzondering op de toepassing van de prioriteitsregel maakt de wet op het terrein van rechtsvordering in art. 505 lid 3 Rv. Een verhaalsbeslaglegger wordt daar in afwijking van de prioriteitsregel achtergesteld bij verkrijgers van een goederenrechtelijk recht indien het beslag wordt gelegd na het passeren van de notariële akte en die akte uiterlijk de volgende werkdag wordt ingeschreven. Aan deze uitzondering ligt opnieuw een beschermingsgedachte ten grondslag, ditmaal ten behoeve van kopers en hun hypothecaire financiers die in het belang van een vlot verlopend rechtsverkeer zekerheid moeten hebben dat het goed na het passeren van de tot overdracht

streckende notariële akte niet meer blootstaat aan uitwinning door schuldeisers van de vervreemder.

Tot slot kan ook de notariële tussenkomst met zich brengen dat een obligatoir recht van een zekere versterking wordt voorzien. Op de notaris rust vanwege zijn functie in het rechtsverkeer, zijn maatschappelijke rol en het vertrouwen dat hij geniet een zorgplicht die zich onder omstandigheden ook tot derden met een eventueel obligatoir recht uitstrekt. Die zorgplicht jegens derden kan meebrengen dat hij zijn ministerie moet weigeren als gevolg waarvan de totstandkoming van een goederenrechtelijk recht wordt verhinderd. Van een prioriteitstoepassing is evenwel geen sprake omdat het goederenrechtelijke recht in het geheel niet tot stand komt en de rangorde niet door de volgorde van de totstandkomingstijdstippen wordt bepaald. Het recht van een derde komt in dit geval als sterkste uit de bus omdat de notaris zijn medewerking aan de totstandkoming van een goederenrechtelijk recht weigert.

