

Een zo hoog mogelijke netto-opbrengst bij de executoriale verkoop van onroerende zaken

*Mr. dr. I. Visser**

1 Inleiding

De waarde van het zekerheidsrecht van de hypotheekhouder is mede afhankelijk van de wijze waarop de hypotheekhouder zijn recht kan uitoefenen in geval van verzuim. Sinds 1992 schrijft art. 3:268 van het Burgerlijk Wetboek (BW) dwingendrechtelijk voor dat de hypotheekhouder bij verzuim het verbonden goed in het openbaar kan verkopen ten overstaan van een bevoegde notaris ('de executieveiling'), of ondershands met goedkeuring van de koopovereenkomst door de voorzieningenrechter ('de onderhandse executoriale verkoop'). Diverse ontwikkelingen voeren tot de conclusie dat het uitgangspunt van deze wetgeving, het behalen van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst, met de huidige wettelijke regeling niet wordt bereikt, zo heb ik in mijn proefschrift dat ik op 30 mei 2013 te Groningen verdedigde, uiteengezet.¹

Dit besef is inmiddels ook op wetgevingsniveau doorgedrongen: op 21 november 2012 diende de minister van Veiligheid en Justitie het wetsvoorstel getiteld 'Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek in verband met het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken' (33484) in bij de Tweede Kamer. Het voorstel heeft als doel 'de opbrengst van de verkoop van onroerende zaken op executieveilingen te verhogen', aldus de bijbehorende memorie van toelichting.²

Zolang het wetsvoorstel niet is ingevoerd – en wellicht ook na de invoering ervan³ – speelt in de veilingpraktijk de vraag in hoeverre de hypotheekhouder in geval van verzuim van de schuldenaar alternatieve wijzen van verkoop mag kiezen boven het doorlopen van de wettelijk voorgeschreven executoriale verkoopprocedure, met als doel een hogere opbrengst te behalen. Die vraag staat in deze bijdrage centraal, waarbij het

doel is de geoorloofdheid van dergelijke alternatieve verkoopwijzen te beschouwen vanuit de uitgangspunten van de wettelijke regeling van executoriale verkoop. Deze beschouwing start met twee praktijkvoorbeelden van alternatieve wijzen van verkoop (par. 2). Vervolgens worden in paragraaf 3 de uitgangspunten van de procedure van verhaal door de hypotheekhouder geschetst en wordt besproken in welke mate de alternatieve verkoopwijzen in strijd komen met deze uitgangspunten. In paragraaf 4 komt een aantal wenselijke aanpassingen in de wettelijke regeling aan de orde, waarmee recht kan worden gedaan aan zowel de wens van de hypotheekhouder een hogere opbrengst te behalen als de uitgangspunten van de wettelijke regeling. Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (par. 5).

2 Twee voorbeelden van alternatieve wijzen van verkoop

Sinds een aantal jaren is het fenomeen 'de onherroepelijke volmacht tot onderhandse verkoop' weer opgedoken in de veilingpraktijk.⁴ Hiermee wordt beoogd bij verzuim van de schuldenaar de woning te verkopen via de reguliere weg, om daarmee een hogere opbrengst te behalen dan bij de wettelijk voorgeschreven wijze van verhaal. De volmacht wordt afgegeven door de hypotheekgever en strekt ertoe de hypotheekhouder de bevoegdheid te geven de woning onderhands te verkopen en te leveren. Door de verkoop via volmacht is geen sprake van een executoriale verkoop, maar van een vrijwillige verkoop. De door de wet voor de executoriale verkoop voorgeschreven procedure wordt hierbij dus ook niet gevolgd; deze wijze van verkoop en overdracht loopt *de facto* gelijk met de

* Mr. dr. I. Visser is docent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en senior jurist bij het Notarieel Kenniscentrum van Netwerk Notarissen.

1. Voor een overzicht van deze ontwikkelingen, zie mijn proefschrift (I. Visser, *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013).
2. Kamerstukken II 2012/13, 33484, 3, p. 1 (MvT).
3. Voor enkele kritische kanttekeningen bij het wetsvoorstel verwijs ik naar: I. Visser, *Wetsvoorstel Executieveilingen: enige aspecten nader belicht*, NTBR 2013/11.

4. Zie over de juridische kant hiervan L.C.A. Verstappen & S.E. Bartels, *Verkoop krachtens volmacht/lastgeving of executoriale verkoop?*, WPNR (2011) 6882; H.C.F. Schoordijk, *Privaatrecht actueel. Executieperikelen en onherroepelijke volmacht*, WPNR (2009) 6790. Zie voor een praktische bespreking M. Lindenhovius, *Omzeilen executie door onderhandse verkoop. 'Het toverwoord is communicatie'*, *Notariaat Magazine* december 2008, p. 7-9. Het gebruik van een volmacht om de wettelijke verhaalsprocedure te vermijden is overigens niet nieuw. Zo schrijft Van Nierop over de volmacht die in de jaren vóór invoering van art. 1223 lid 2 BW (oud) werd gebruikt, zie A.S. van Nierop, *Publiek- en privaatrecht 4. Hypotheekrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937, p. 151.

vrijwillige verkoop door de eigenaar, zij het dat de hypotheekhouder optreedt namens de eigenaar.

Een tweede voorbeeld van een alternatieve wijze van verkoop vindt plaats bij vereffening op verzoek van de hypotheekhouder. Deze wijze van verkoop wordt toegepast indien de schuldenaar is overleden en de aan de hypotheekhouder bekende erfgenamen de nalatenschap hebben verworpen. De verplichtingen uit de hypothecaire geldlening worden niet meer voldaan en teneinde de woning te kunnen verkopen (om zich uit de opbrengst te voldoen) verzoekt de hypotheekhouder ex art. 4:204 lid 1, aanhef en sub a, BW (als belanghebbende) of art. 4:204 lid 1, aanhef en sub b, BW (als schuldeiser) aan de kantonrechter een vereffenaar te benoemen. Indien de wettelijke vereffeningprocedure van toepassing is, kan de hypotheekhouder op grond van art. 4:223 BW jo. art. 57 van de Faillissementswet (Fw) de executoriale verkoopprocedure doorlopen. Uit diverse recent gepubliceerde uitspraken blijkt echter dat de hypotheekhouder ervoor kiest de woning onderhands te verkopen, met het oog op de te behalen (hogere) opbrengst.⁵

Hierbij verdient opmerking dat deze procedure ook wel wordt gebruikt voor de zogenaamde ‘partiële vereffening’; dat is een verzoek om de benoeming van een vereffenaar, maar alleen voor zover het betreft de verkoop en levering van de woning die tot de nalatenschap behoort.⁶ In de rechtspraak heerst verdeeldheid over de vraag of partiële vereffening is toegestaan.⁷ Hiervoor is van belang dat de regeling van de vereffening in Boek 4 BW geen partiële vereffening kent; de wet gaat uit van de vereffening van de *gehele* nalatenschap. Ik sluit mij dan ook graag aan bij Kolkman, die hierover opmerkt:

‘Het strookt niet met de rechtsfiguur van de wettelijke vereffening dat deze slechts grip heeft op één bepaald goed (of op een deel) van de nalatenschap. Ik wijs op de parallellen met het faillissementsrecht en breng in herinnering dat met de invoering van Boek 4 BW de artikelen over het faillissement van de nalatenschap uit de Faillissementswet (Fw) zijn verwijderd. Kunt u zich een faillietverklaring indenken waarbij de curator wordt benoemd “slechts met betrekking tot de woning van de failliet”, terwijl diens andere goederen buiten het faillissement vallen? Ik niet. De wettelijke vereffening is van dwingend recht en dient tot een ordentelijke afwikkeling van de nalatenschap ten gunste van alle schuldeisers daarvan.’⁸

Hiermee lijkt het antwoord op de toelaatbaarheid van *deze* alternatieve wijze van verkoop gegeven. De bespreking hierna zal dan ook gericht zijn op het verzoek tot benoeming van een vereffenaar voor de *gehele* nalatenschap op verzoek van de hypotheekhouder, met als doel een onderhandse verkoop te bewerkstelligen ‘om de kans op een restschuld zo klein mogelijk te maken c.q. om de restschuld zo laag mogelijk te houden’.⁹

Bovenstaande voorbeelden dienen ter illustratie van de zoektocht van de hypotheekhouder naar alternatieven, omdat het doorlopen van de door de wet voorgeschreven procedure van executoriale verkoop niet leidt tot het gewenste resultaat. Het gekozen alternatief, de onderhandse verkoop, komt naar de letter niet in strijd met de verbodsbepalingen van de executoriale verkoop. Niet met het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW), omdat geen sprake is van toe-eigening maar van verkoop, en niet met het verbod op een andere wijze van verhaal (art. 3:268 lid 5 BW), omdat geen sprake is van verhaal.¹⁰ Evenmin worden de in art. 3:268 e.v. BW en art. 514 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) voorgeschreven formaliteiten van de executoriale verkoopprocedure omzeild, omdat deze verkoop geen executoriale verkoop is. Er lijkt dan ook weinig reden om dergelijke alternatieven niet toe te staan. Hierna zal ik uiteenzetten waarom er desondanks enkele vraagtekens te plaatsen zijn bij het gebruik van alternatieve wijzen van verkoop door de hypotheekhouder. Deze vraagtekens zijn, zo betoog ik, gebaseerd op de *strekking* van de verbodsbepalingen en de procedurevoorschriften van de executoriale verkoop.

3 De strekking van de verbodsbepalingen (art. 3:235 en 3:268 lid 5 BW)

De wijze waarop de hypotheekhouder bij verzuim van de schuldenaar mag overgaan tot verhaal wordt (als gezegd) bij wet begrensd door twee artikelen: het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW) en het verbod op een andere wijze van verhaal (art. 3:268 lid 5 BW).

3.1 Het toe-eigeningsverbod

Op grond van art. 3:235 BW is elk beding waarbij de pand- of hypotheekhouder de bevoegdheid wordt gegeven zich het verbonden goed toe te eigenen, nietig; deze bepaling wordt ook wel aangeduid als het toe-eigeningsverbod. Het toe-eigeningsverbod is afgeleid uit het Romeinse recht, waar keizer Con-

5. Rb. Gelderland 20 juni 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3965; Rb. Gelderland 26 juli 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2043; Rb. Oost-Brabant 22 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4959; Rb. Amsterdam 26 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6490; Rb. Midden-Nederland 1 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5433; Rb. Noord-Nederland 20 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7417; Rb. Midden-Nederland 19 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:631.
6. Zie hierover ook W.D. Kolkman, 10 jaar nieuw erfrecht en de wettelijke vereffening, Tijdschrift Erfrecht 2013, afl. 6, p. 112.
7. Zie het overzicht bij Kolkman 2013, p. 112.
8. Kolkman 2013, p. 112.

9. Zoals recentelijk in de procedure die voorlag aan de Rechtbank Midden-Nederland werd aangevoerd, zie Rb. Midden-Nederland 19 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:631.
10. Aldus ook: Verstappen & Bartels 2011. Anders: Schoordijk 2009. Voor een uitgebreidere bespreking verwijs ik naar mijn proefschrift: Visser 2013, p. 303 e.v.

stantijn de Grote het vervalbeding (*lex commissoria*) verbod.¹¹ Achterliggende gedachte is te verhinderen dat de hypotheekhouder misbruik maakt van zijn recht, waardoor hem bij verzuim van de hypotheekgever meer toekomt dan waarop hij op grond van het hem verleende hypotheekrecht recht heeft. Zoals Verhagen het uitdrukt: 'de ratio is dat voorkomen moet worden dat de overwaarde ten goede komt aan de schuldeiser'.¹² Omdat de hypotheekhouder 'slechts' een zekerheidsrecht heeft, zou in gevallen waarin het goed meer waard is dan de vordering van de hypotheekhouder groot is,¹³ enerzijds ongerechtvaardigde benadeling van de hypotheekgever optreden en anderzijds ongerechtvaardigde verrijking van de hypotheekhouder.

In beginsel zal deze ratio niet snel geweld worden aangedaan als de hypotheekhouder overgaat tot onderhandse verkoop. De meeropbrengst (het verschil tussen de verkoopprijs en de hypothecaire vordering) komt immers toe aan de hypotheekgever (of diens schuldeisers), zodat van ongerechtvaardigde benadeling dan wel verrijking geen sprake is.¹⁴ Waar echter Verstappen en Bartels bij hun bespreking van de onherroepelijke volmacht tot onderhandse verkoop in relatie tot de strekking van het toe-eigeningsverbod stellen dat 'geen ontoelaatbare spanning met het toe-eigeningsverbod' optreedt bij het gebruik van de volmacht,¹⁵ wijs ik erop dat bij verkoop voor een te lage prijs benadeling voor de hypotheekgever kan ontstaan, waardoor de onderhandse verkoop toch in strijd kan komen met de strekking van het toe-eigeningsverbod. Gedacht kan worden aan verkoop tegen een te lage prijs aan een dochtermaatschappij van de hypotheekhouder. Om dergelijke benadeling te voorkomen kan bij onderhandse verkoop op basis van een volmacht het vermelden van een minimumprijs (afgeleid uit taxatierapporten van de woning) uitkomst bieden voor de hypotheekgever. Verstappen en Bartels wijzen nog op de mogelijkheid voor de hypotheekgever de hypotheekhouder aan te spreken voor de schade die geleden wordt bij een verkoop voor een te laag bedrag of in geval van het 'aftroggelen' van de volmacht.¹⁶

11. 'Omdat onder de bedriegerijen vooral de grofheid van het toeëigeningsbeding bij pandrechten toeneemt, willen wij dat beding de kop indrukken en de herinnering eraan voor de toekomst uitbannen. Als derhalve iemand het slachtoffer is van zo'n beding, kan hij opgelucht ademhalen door deze maatregel, die met de vroegere clausules ook de huidige afstoot en de toekomstige verbiedt' (C. 8.34.3 Imp. Constantinus A. ad populum (vertaling: J.H.A. Lokin, PROTA. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd, Groningen: Chimaira 2008, p. 193). Over het toe-eigeningsverbod uitgebreid: R. Verhagen, Het vervalbeding bij pand en hypotheek. De interpretatie multiplex van het toe-eigeningsverbod (C. 8.34(35).3), Groninger Opmerkingen en Mededelingen 2009, p. 65-146.

12. Verhagen 2009, p. 85.

13. Dat de behoefte aan een toe-eigeningsverbod samenhangt met de economische omstandigheden, maakt ook Verhagen (2009, p. 84-85) duidelijk. In de eerste decennia van de vierde eeuw was sprake van een hoge inflatie, waardoor de waarde van het onderpand het uitgeleende bedrag vaak overtrof.

14. In gelijke zin: Verstappen & Bartels 2011.

15. Verstappen & Bartels 2011.

16. Verstappen & Bartels 2011.

3.2 Later bedingen van toe-eigening wel mogelijk?

Er is ten aanzien van het toe-eigeningsverbod nog een ander punt dat de aandacht verdient. Art. 3:235 BW verklaart alleen nietig de bedingen op grond waarvan de hypotheekhouder de bevoegdheid krijgt zich het goed toe te eigenen. Het *later* overeenkomen van een toe-eigeningsrecht zou zo bezien wel mogelijk zijn.¹⁷ Verhagen wijst hier in zijn bespreking van het toe-eigeningsverbod op, waar hij stelt dat voor ongeldigheid tevens vereist is dat het beding gericht is op *verzuim* van de hypotheekgever dat *in de toekomst* mogelijk plaatsvindt.¹⁸ De gedachte hierachter is dat voorkomen moet worden dat de hypotheekgever bij het aangaan van de geldlening in een afhankelijke positie van de hypotheekhouder verkeert en daardoor toestemt in voor hem nadelige bedingen.¹⁹ Dit punt verdient de aandacht in gevallen waarin de onherroepelijke volmacht tot onderhandse verkoop wordt ingezet als pressiemiddel. In het *Notariaat Magazine* van december 2008 staat het voorbeeld van een volmacht die wordt gebruikt als pressiemiddel, omdat de hypotheekhouder zonder ondertekening van de volmacht niet wil meewerken aan een betalingsregeling.²⁰ Dergelijk gebruik van de volmacht zal in strijd kunnen komen met de strekking van het toe-eigeningsverbod, vanwege de afhankelijke positie waarin de hypotheekgever zich dan bevindt.

3.3 Het verbod op een alternatieve wijze van verhaal

Dat het toe-eigeningsverbod slechts ziet op bedingen in de hypotheekakte is ook van belang in relatie tot art. 3:268 lid 5 BW. Het lijkt, afgaande op het hiervoor besprokene, namelijk wél mogelijk *na* het aangaan van de geldlening overeen te komen dat het goed in eigendom aan de hypotheekhouder overgaat,²¹ omdat de hypotheekgever dan niet meer in een afhankelijke situatie verkeert. Dit wordt onder de huidige wettelijke regeling echter verhinderd door art. 3:268 lid 5 BW, dat aansluit op art. 3:235 BW en verduidelijkt dat het bij verzuim niet mogelijk is een van art. 3:268 BW afwijkende procedure van verhaal (zoals toe-eigening) te doorlopen. Uit de toelichting van Meijers blijkt dat deze bepaling is ingegeven door de verstrekkende gevolgen van de executoriale verkoop, namelijk zuivering en doorhaling van alle op het goed rustende hypotheek, ingeschreven beslagen en niet tegen het recht van de hypotheekhouder inroepbare beperkte rechten (art. 3:273 en 3:274 BW).²² Het *executoriale karakter* wordt derhalve alleen aan de procedure toegekend indien deze op de voorgescreven wijze heeft plaatsgevonden.

Zoals ik in mijn proefschrift heb betoogd, hangt dit samen met de waarborgen die de wettelijke regeling van de executoriale verkoop bevat ten behoeve van degenen die hun recht als gevolg van de executoriale verkoop verloren zien gaan. Niet

17. Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/383.

18. Verhagen 2009, p. 88 en 112.

19. Zie hierover uitgebreider Visser 2013, p. 305-307.

20. Lindenhovius 2008, p. 7.

21. Verhagen 2009, p. 88 en 112.

22. Parl. Gesch. Boek 3, p. 823 (Toelichting Meijers).

alleen de in art. 3:273 BW vermelde gerechtigden verliezen rechten als gevolg van de executoriale verkoop, ook de rechten van een huurder tegen wie een succesvol beroep op het huurbeding is gedaan en persoonlijke rechten gaan in beginsel teniet. Om te voorkomen dat deze rechten *onnodig* verloren gaan, bevat de wettelijke regeling de volgende waarborgen:

- een duidelijke regeling van de rechten die als gevolg van de executoriale verkoop tenietgaan en de wijze waarop dat gebeurt;²³
- informatievoorziening aan de gerechtigden die hun recht verloren zien gaan; en
- een regeling voor de belanghebbenden om voor hun belang op te komen gedurende de procedure van executoriale verkoop.

Bij deze waarborgen wordt hierna nog kort stilgestaan. Voor nu is van belang dat bij een onderhandse verkoop op basis van een volmacht of bij vereffening de procedure van art. 3:268 BW niet wordt doorlopen en dientengevolge de zuivering ex art. 3:273 BW niet intreedt. De hypotheekhouder die wil overgaan tot onderhandse verkoop vrij van hypotheeken en beslagen dient daarvoor een volmacht tot royement van de hypotheekhouders en beslagleggers te hebben. Dat bijvoorbeeld een beslaglegger in beginsel niet gehouden is om zijn beslag op te heffen indien de hypotheekhouder op basis van een volmacht overgaat tot onderhandse verkoop, oordeelde ook het Hof Leeuwarden in 2009.²⁴ Aansluitend daarop overwoog het hof dat dit:

‘slechts anders [zou] zijn, indien zij [de beslaglegger] bij een weigering tot medewerking geen rechtens te respecteren belang zouden hebben. Een dergelijk geval kan zich voordoen indien (i) sprake is van een rechtsgeldige onderhandse verkoop en (ii) evident is dat – zowel binnen als buiten executie – geen zicht bestaat op voldoening van (een deel van) de vorderingen van de beslagleggers. De weigering door de beslagleggers leidt dan immers slechts tot onnodige (executie)kosten en mogelijke schade door een verminderde opbrengst, terwijl daar geen enkel voordeel voor de beslagleggers tegenover staat.’

Hieruit volgt dat bij een onderhandse verkoop van een onnodig verval van hypotheekrechten en beslagen in beginsel geen sprake zal zijn. Waar deze gerechtigden bij executoriale verkoop de mogelijkheid hebben om bij de voorzieningenrechter op te komen voor hun belang om zo te voorkomen dat hun recht onnodig vervalt (art. 518 Rv), hebben zij bij een onderhandse verkoop de bevoegdheid verval van hun recht te voorkomen door bijvoorbeeld te weigeren royement te verlenen. Strijd met art. 3:268 lid 5 BW acht ik dan ook niet aanwezig.

3.4 De (andere) mogelijkheden van de betrokkenen om voor hun rechten op te komen

Voor een volledig betoog is het van belang ook te wijzen op de mogelijkheden die de executoriale verkoopprocedure bevat voor betrokkenen om *gedurende* de procedure voor hun rechten op te komen, mogelijkheden die bij de onderhandse verkoop (bijvoorbeeld op basis van een volmacht) ontbreken. Bij die verkoop bepaalt de hypotheekhouder – weliswaar gebonden aan de omvang van de volmacht – de wijze van verkoop en hebben betrokkenen geen invloed op deze verkoop. Dit wringt in gevallen waarin getwijfeld kan worden of de hypotheekhouder de verkoopwijze verkiest die leidt tot een zo hoog mogelijke opbrengst.

Ik geef een tweetal voorbeelden om dit te illustreren.²⁵ Allereerst, bij de onderhandse *executoriale* verkoop hebben de hypotheekgever, de hypotheekhouder, de beslaglegger en de beperkt gerechtigden op grond van art. 3:268 lid 2 BW de mogelijkheid een gunstiger bod voor te leggen, indien zij belang hebben bij een hogere opbrengst. Deze mogelijkheid ontstaat als de hypotheekhouder of hypotheekgever besluit een koopovereenkomst ter goedkeuring voor te leggen aan de voorzieningenrechter. Hiermee kunnen deze betrokkenen de uitkomst van de procedure van de onderhandse executoriale verkoop direct beïnvloeden en zo zelf een hogere opbrengst bewerkstelligen. Dit is vooral van belang indien de hypotheekhouder zelf geen belang heeft bij een hogere opbrengst (omdat zijn vordering reeds voldaan kan worden uit de opbrengst van het bod, dat in eerste instantie wordt voorgelegd aan de voorzieningenrechter) en de hypotheekgever ofwel niet actief meewerkt aan een hogere opbrengst, ofwel niet tijdig zelf een koopovereenkomst ter goedkeuring heeft voorgelegd.

Ten tweede, over de wijze waarop verkocht wordt, kan door iedere betrokkene ex art. 518 Rv een geschil aanhangig worden gemaakt bij de voorzieningenrechter. Dit geldt ook voor (de inhoud van) de veilingvoorwaarden,²⁶ de dag, het uur of de plaats van de verkoop. Deze bepaling leidt ertoe dat *alle* betrokkenen bij de executoriale verkoopprocedure direct invloed kunnen uitoefenen op de executoriale verkoopprocedure. Dit biedt bijvoorbeeld uitkomst in situaties waarin de door de hypotheekhouder gekozen wijze van verkoop naar verwachting niet leidt tot een zo hoog mogelijke opbrengst, bijvoorbeeld omdat de *meestbiedende gegadigde* niet wordt bereikt of omdat niet *de beste wijze van voorbereiding* is toegepast.²⁷

23. Zie voor mijn betoog dat de huidige wettelijke regeling wat betreft deze waarborg te wensen overlaat: Visser 2013, p. 313-384.

24. Hof Leeuwarden 11 januari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP1189. Vgl. Rb. Den Haag 4 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16517.

25. Zie Visser 2013, p. 72 voor een overzicht met alle mogelijkheden voor de betrokkenen om voor hun rechten op te komen, gebaseerd op de wettelijke regeling.

26. In de bepaling wordt nog de ouderwetse aanduiding ‘veilconditiën’ gebruikt. Het wetsvoorstel voorziet in een wijziging hierin, zie Kamerstukken II 2012/13, 33484, 2 (voorstel van wet), art. IC, onder 1.

27. Voor een uitgebreidere bespreking van deze criteria verwijs ik naar Visser 2013, p. 89-115.

4 Enkele suggesties voor aanpassing van de wettelijke regeling

Uit het bovenstaande wordt duidelijk dat de door de hypotheekhouder gekozen alternatieven voor het doorlopen van de wettelijke regeling in geval van verzuim van de schuldenaar in beginsel geoorloofd zijn in het licht van (de strekking van) de bepalingen van de executoriale verkoop. Desondanks is er wel iets dat wringt, en dat heeft te maken met het onderhandse karakter van de door de hypotheekhouder gekozen alternatieven, dat maakt dat andere betrokkenen in beginsel weinig invloed hebben op de wijze die de hypotheekhouder verkiest voor de verkoop. Een aantal betrokkenen heeft weliswaar de mogelijkheid te weigeren hun hypotheekrecht of beslagrecht te laten doorhalen en ook is achteraf wellicht een schadevergoedingsvordering mogelijk indien is verkocht voor een te laag bedrag, maar tijdens de rit ontberen de betrokkenen bevoegdheden om een hogere opbrengst te bewerkstelligen of op andere wijze hun invloed uit te oefenen. Bovendien biedt een verkoop met een executoriaal karakter ook voordelen voor de hypotheekhouder. Deze voordelen liggen met name in de zuivering van rechtswege, maar ook in bijvoorbeeld de bevoegdheid tot het invoeren van het huurbeding bij executoriale verkoop en het dientengevolge vrij van huur verkopen. Om deze reden wordt hier een korte beschouwing gewijd aan alternatieven voor de executoriale verkoop die een combinatie bieden van de voordelen van de onderhandse verkoop (een hogere opbrengst) en de executoriale verkoop (waarborgen voor de betrokkenen en zuivering van rechtswege).

4.1 Een regeling analoog aan het verhaal door de pandhouder

Hierbij wijs ik allereerst op de huidige wettelijke regeling voor de pandhouder in art. 3:251 BW. Deze regeling houdt in dat de pandhouder in geval van verzuim op grond van art. 3:251 lid 1 BW de mogelijkheid heeft bij de voorzieningenrechter te verzoeken om een afwijkende wijze van verkoop (een bevoegdheid die ook de pandgever toekomt), of te verzoeken dat het pand voor een door de voorzieningenrechter te bepalen bedrag aan de pandhouder als koper zal verblijven. Voorts kunnen pandhouder en pandgever ex art. 3:251 lid 2 BW als het verzuim is ingetreden een andere wijze van verkoop overeenkomen. Recent heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien de pandgever en pandhouder ex art. 3:251 lid 2 BW overeenkomen dat de onderhandse verkoop door de pandgever zal geschieden, ook sprake is van de uitoefening van het recht van parate executie en de pandhouder zich als separatist kan verhalen op de opbrengst van de onderhandse verkoop.²⁸

Het is opmerkelijk dat de pandhouder met art. 3:251 BW diverse mogelijkheden worden gegeven om de verkoop zó te organiseren dat daarmee de onder omstandigheden zo hoog mogelijke opbrengst wordt behaald én deze verkoop de gevol-

gen van een executoriale verkoop heeft, terwijl de hypotheekhouder in de wet slechts twee mogelijkheden worden geboden. Bovendien geeft de wetgever, door voor te schrijven dat de openbare verkoop bij opbod en afmijning geschiedt en de onderhandse executoriale verkoop van zeer strikte termijnen te voorzien, de hypotheekhouder te weinig ruimte om het goed op een zodanige wijze te verkopen dat dit leidt tot een zo hoog mogelijke opbrengst. Hiermee wordt het gebruik van alternatieve wijzen van verkoop zoals de onherroepelijke volmacht, die leiden tot een hogere opbrengst, in de hand gewerkt.

Wellicht biedt een regeling voor verhaal door de hypotheekhouder gelijk aan die van de pandhouder uitkomst. Ik refereer in dit kader aan de gedachtegang achter het huidige art. 3:268 BW, waarin aan de hypotheekhouder een recht van parate executie wordt toegekend; een mogelijkheid die voor de pandhouder destijds al bestond. Meijers merkte hierover op:

‘De pandhouder heeft krachtens zijn pandrecht het recht van parate executie. Het is niet wel in te zien, waarom de hypotheekhouder een met zijn recht van hypotheek corresponderend recht van parate executie moet missen.’²⁹

Is de tijd rijp om het verhaalsrecht van de hypotheekhouder ook op andere vlakken gelijk te trekken met het verhaalsrecht van de pandhouder? Mij lijkt dit in elk geval het overwegen waard, waarbij ik opmerk dat voor de betrokkenen bij de executoriale verkoop die hun recht verloren zien gaan, de nodige waarborgen moeten zijn ingebouwd, bijvoorbeeld in de vorm van rechterlijke tussenkomst gelijk aan art. 3:251 lid 1 BW voor de afwijkende wijze van verkoop.

4.2 Aanpassing van de onderhandse executoriale verkoopprocedure

Ik zie echter ook andere mogelijkheden. Zo bespreek ik in mijn proefschrift de wenselijkheid van aanpassing van de huidige regeling van onderhandse executoriale verkoop door meer flexibiliteit te bieden.³⁰ De onderhandse executoriale verkoop lijkt namelijk sterk op de onderhandse verkoop die de hypotheekhouder buiten de wet om bewerkstelligt, maar de wettelijke procedure bevat thans te strikte termijnen om daadwerkelijk een alternatief te vormen. Door meer flexibiliteit in te bouwen kan de openbare veiling op de lange baan worden geschoven en een serieuze poging worden gedaan om de zaak onderhands, maar mét de waarborgen én gevolgen van de executoriale verkoop te verkopen. Hiermee wordt derhalve de executoriale verkoop ingezet, maar wordt feitelijk langs de reguliere weg verkocht, bijvoorbeeld met behulp van een makelaar die de woning ‘in de markt zet’. Hiervoor is essentieel dat de woning tevoren kan worden bezichtigd door de geïnteresseerden en dat de voorwaarden waaronder gekocht wordt transparant zijn. Door het gebruik van reguliere verkoopkanalen kan een andere kopersgroep dan de traditionele veilingkopers (voornamelijk onroerendgoedhandelaren) wor-

28. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319 (ING/Feenstra q.q.). Zie voor een opmerkelijke (overigens fiscale) uitspraak over onderhandse verkoop door de hypotheekhouder in dit verband HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4072.

29. Parl. Gesch. Boek 3, p. 823 (Toelichting Meijers).

30. Zie Visser 2013, p. 312-314.

den bereikt. Hiermee kan met relatief kleine ingrepen in de wettelijke regeling het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst via *executoriale* weg een nieuwe impuls worden gegeven. Doordat de waarborgen voor de belanghebbenden met dit alternatief niet worden gewijzigd, wordt ook aan dit aspect van de executoriale verkoopprocedure recht gedaan.

4.3 Vente amiable sur autorisation judiciaire

Een laatste mogelijkheid is een procedure vergelijkbaar met de Franse regeling van de *vente amiable sur autorisation judiciaire*. De *vente amiable* biedt de hypotheekgever de mogelijkheid om na een aangezegde executoriale verkoop bij de rechter te verzoeken om het goed door middel van een onderhandse verkoop (al dan niet door middel van een volmacht voor de hypotheekhouder) te verkopen. Indien het verzoek wordt toegewezen, bepaalt de rechter de voorwaarden van deze onderhandse verkoop en wordt de executieveiling uitgesteld. Hiermee wordt aan de hypotheekgever de mogelijkheid gegeven actief te participeren tijdens de executoriale verkoopprocedure en zodoende zelf een hogere opbrengst te bewerkstelligen.

Deze procedure is in de parlementaire stukken bij het op dit moment aanhangige wetsvoorstel ook geopperd voor de Nederlandse wetgeving.³¹ In de nota naar aanleiding van het verslag heeft de minister aangegeven weinig te voelen voor een dergelijk onderhands traject tijdens de executoriale verkoopprocedure.³² Echter, juist omdat onder de huidige Nederlandse regeling de problemen ook sterk samenhangen met (het gebrek aan) de participatie van de hypotheekgever tijdens de executoriale verkoopprocedure, lijkt mij een onderzoek naar de werkbaarheid en de opbrengst van dit alternatief de moeite waard.

5 Conclusie

In deze bijdrage is besproken in hoeverre de hypotheekhouder gebruik kan maken van alternatieve vormen van verkoop indien de schuldenaar in verzuim is met zijn verplichtingen, aan de hand van twee voorbeelden. De conclusie is dat deze alternatieven in beginsel geoorloofd zijn in het licht van de huidige wettelijke regeling van de executoriale verkoop. Desondanks is gekeken naar mogelijkheden om de huidige wettelijke regeling aan te passen. Het doel daarvan is te bezien in hoeverre het mogelijk is door deze aanpassingen recht te doen aan zowel de wens een hogere opbrengst te behalen als de waarborgen voor de betrokkenen in de executoriale verkoopprocedure, alsmede het executoriale karakter van de verkoop te behouden, zodat bijvoorbeeld na de verkoop zuivering optreedt. Hiertoe zijn drie alternatieven (een regeling analoog aan het verhaal door de pandhouder, aanpassing van de onderhandse executoriale verkoopprocedure en de *vente amiable sur autorisation judiciaire*) besproken. Nu de huidige wettelijke regeling thans wordt herzien met het wetsvoorstel 33484, lijkt mij dit een mooie kans deze alternatieven in overweging te nemen tijdens de behandeling van het wetsvoorstel.

31. Kamerstukken II 2013/14, 33484, 5, p. 2 en 3 (Verslag II).

32. Kamerstukken II 2013/14, 33484, 6, p. 3-4 (NV II).