

Rubriek onder verantwoordelijkheid van de Stichting
www.notarielestichting.nl

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



De hypotheekhouder als veilingkoper: enkele aandachtspunten voor de veilingpraktijk*

Inleiding

Bij de executoriale verkoop is het uitgangspunt dat iedere geïnteresseerde een bod kan uitbrengen. Daarbij kan het voorkomen dat de hypotheekhouder zelf het hoogste bod uitbrengt. Onlangs deed zich dit voor in een casus die voorlag aan de Rechtbank Midden-Nederland.¹ In dit geval was de hypotheekhouder de enige bieder bij een onderhandse executoriale verkoop. De vraag was of de hypotheekhouder (onder meer) hierdoor misbruik van recht maakte. Uit deze en andere uitspraken, alsmede uit de literatuur en parlementaire geschiedenis, zijn handvatten af te leiden voor het antwoord op de vraag in hoeverre het de hypotheekhouder is toegestaan zelf te kopen op de veiling. Daarbij komt ook de invulling van de zorgplicht van de veilingnotaris en de hypotheekhouder aan bod. In deze bijdrage ga ik in op deze handvatten, mede aan de hand van illustratieve rechtspraak. Opmerking verdient dat in de praktijk vaker sprake is van aankoop door een dochtermaatschappij van de hypotheekhouder, dan van aankoop door de hypotheekhouder zelf. Mijns inziens gelden dan dezelfde aandachtspunten. Omwille van de eenvoud ga ik hierna uit van aankoop door de hypotheekhouder zelf.

Het toe-eigeningsverbod

In de parlementaire geschiedenis bij art. 3:268 BW is geëxpliciteerd dat de hypotheekhouder ook zelf een bod mag doen bij de executoriale verkoop van onroerende zaken.² Voor de pandhouder is dit in art. 3:250 lid 3 BW ook met zoveel woorden bepaald. Voor de hypotheekhouder werd een soortgelijke bepaling niet nodig geacht, 'omdat in het executierecht als uitgangspunt geldt dat iedereen, dus ook de hypotheekhouder zelf, een bod mag doen'.³ Ook in de literatuur wordt deze bevoegdheid van pand- en hypotheekhouder niet betwist. Zo stelt Verhagen: 'De wetgever achtte het blijkbaar zelfs nog wenselijk om in art. 3:250 lid 3 BW uitdrukkelijk te bepalen dat de pandhouder bevoegd is mede te bieden tijdens een executoriale verkoop'.⁴

In deze literatuur wordt de bevoegdheid om een bod uit te brengen en zo koper te worden, vrijwel steeds in verband gebracht met het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW. Dit toe-eigeningsverbod kent een lange historie, zo blijkt uit een lezenswaardig artikel van Verhagen.⁵ Het werd voor het eerst vastgelegd door Constantijn, in een tijd waarin de Romeinse economie een hoge inflatie kende. De ratio van het beding ligt in het voorkomen van misbruik door de schuldeiser (in dit geval de hypotheekhouder) waardoor hem bij verzuim van de schuldenaar meer toekomt dan waarop hij op grond van zijn vordering recht zou hebben.⁶ In de tijdgeest waarin het beding tot stand is gekomen, oversteeg de waarde van de onroerende zaak veelal de hoogte van de vordering. Dit maakt het voor de schuldeiser gunstiger het onderpand toe te eigenen dan te verkopen. De overwaarde komt dan immers toe aan de schuldeiser.

In het huidige Burgerlijk Wetboek heeft het toe-eigeningsverbod vorm gekregen in de zin van een verbod op het bedingen van de bevoegdheid tot toe-eigening in de hypotheekakte. Het verbod voor de hypotheekhouder om zich op een later moment het onderpand toe te eigenen vloeit voort uit art. 3:268 lid 5 BW. Die bepaling verbiedt verhaal op een andere wijze dan in art. 3:268 BW is voorgeschreven. Bij verzuim heeft de hypotheekhouder dus twee mogelijkheden: openbare executoriale verkoop of onderhandse executoriale verkoop. Deze verkoop moet plaats-

* De auteur bedankt mr. W.H. van Heuvel en prof. mr. L.C.A. Verstappen voor hun nuttige opmerkingen en het meedenken bij eerdere versies van dit artikel.

1. Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4478.
2. Parl. Gesch. Boek 3, p. 825-826 (M.O.).
3. Parl. Gesch. Boek 3, p. 826 (M.O.).
4. R. Verhagen, 'Het vervalbeding bij pand en hypotheek. De interpretatio multiplex van het toe-eigeningsverbod (C. 8.34(35).3)', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen 2009-26*, p. 144. Zie ook: Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/392.
5. Verhagen 2009, p. 65-150.
6. Vgl. Verhagen 2009, p. 85.

vinden volgens de formaliteiten van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zo maakt het vierde lid van art. 3:268 BW duidelijk. Deze voorschriften waarborgen dat de executoriale verkoopprocedure plaatsvindt op een zodanige wijze, dat zij leidt tot een zo hoog mogelijke opbrengst.⁷

De organisatie van de executoriale verkoop

Deze waarborgen zijn niet alleen in het belang van de eigenaar, maar ook van andere schuldeisers van de eigenaar.⁸ Deze achterliggende gedachte brengt mee dat het strikt volgen van de wettelijke formaliteiten voor de executoriale verkoop onvoldoende is. Zo kan bijvoorbeeld het aankondigen van de executoriale verkoop op een ongebruikelijke, slecht vindbare website weliswaar conform de tekst art. 516 Rv zijn, maar in strijd met doel en strekking van die bepaling, te weten het bereiken van de meestbiedende gegadigde.⁹ De notaris die de veilingopdracht uitvoert, riskeert mijns inziens een schending van zijn zorgplicht als hij hiervoor onvoldoende oog heeft.

Hierbij speelt ook de informatie die aan de bidders gegeven wordt een belangrijke rol. Een onderzoek van De Keijzer & Van der Vlist over de informatievoorziening bij openbare veilingen in de periode 2012-2014 laat zien dat informatievoorziening en informatiebereik van significante invloed is op de prijs bij de veiling.¹⁰ Mijns inziens is daarnaast, zeker als de hypotheekhouder zelf een bod uitbrengt, van belang dat bidders zoveel mogelijk over dezelfde informatie beschikken als de hypotheekhouder. Zo heeft bijvoorbeeld de hypotheekhouder vaak de beschikking over het taxatierapport en daarmee over de waarde van de te veilen zaak én de executiewaarde ervan. Zo bezien zou het plaatsen van een taxatierapport bij de veilinginformatie op internet in veel gevallen een gelijk speelveld creëren. Gezien de hiervoor vermelde zorgplicht ten aanzien van het bereiken van een zo hoog mogelijke opbrengst, zou het aanbeveling verdienen de informatie over de waarde te delen met andere bidders. Ook een link naar de website waarop openbare informatie staat over de WOZ-waarde is – voor zover mogelijk – in dit verband aanbevelingswaardig.¹¹

Ten aanzien van de zorgplicht de executoriale verkoop zó te organiseren dat deze leidt tot een zo hoog mogelijke opbrengst is een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, hoewel zij ziet op de executoriale verkoop door de pandhouder, illustratief.¹² In deze zaak gaat het om de executoriale verkoop (in opdracht van een Russische pandhouder) van aandelen in een NV. De voorzieningenrechter overweegt hier terecht dat de openbare verkoop, in het belang van de andere

schuldeisers, zodanig moet worden georganiseerd dat de opbrengst hiervan zo hoog mogelijk is: ‘Dat strijdt niet met het belang van PSB, behoudens in het geval dat PSB als executerend pandhouder de aandelen zelf voor een lage prijs wenst te verwerven. De figuur van het pandrecht is echter door de wetgever niet met dat oogmerk in het leven geroepen, zodat dat belang ondergeschikt moet worden geacht aan dat van NFOC (en aan dat van mogelijke andere schuldeisers van [de schuldenaar]).’

De wijze waarop de veiling wordt georganiseerd is van invloed op de te behalen verkoopprijs, zo vervolgt de rechter: ‘Het is kwestieus of een aankondiging in uitsluitend twee Nederlands[e] dagbladen, waarvan er slechts één zich specifiek op de relevante doelgroep (voor zover in Nederland gevestigd) richt, voldoende is om die mate van belangstelling die naar verwachting tot een maximale opbrengst leidt, op te roepen. Daar komt bij dat mogelijke bidders zich zullen willen verdiepen in het bedrijf waarin zij een belang kunnen nemen. Een termijn van zes dagen tot het moment van de veiling is daarvoor in omstandigheden als hier aan de orde onvoldoende. [...] De voorzieningenrechter acht verder van belang dat recent reeds aandelen in het kapitaal van de schuldenaar zijn geveild, waarbij de veiling op identieke wijze was georganiseerd. Ter terechtzitting is duidelijk geworden dat op die veiling de executerend pandhouder als enige een bod heeft uitgebracht en zo de aandelen heeft verkregen. Dit gegeven vormt eveneens een aanwijzing dat de gekozen verkoopwijze niet tot een optimale opbrengst leidt.’ Hoewel in casu de wettelijke voorschriften werden gevolgd, verbodt de rechter de pandhouder de veiling voorlopig voort te zetten omdat hiermee niet de hoogste opbrengst zou worden bereikt.

7. Zie hierover mijn proefschrift, met name hoofdstuk 4 (I. Visser, *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2013).
8. Hierover: Visser 2013, p. 65-66.
9. Vgl. Rb. Midden-Nederland 21 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3609. De voorzieningenrechter oordeelde hier dat de aankondiging op de website van de Eerste Amsterdamse Onroerend Goed Veiling, terwijl de te veilen woning 50 kilometer buiten Amsterdam lag, in strijd was met doel en strekking van art. 516 Rv. De veiling moest om deze reden worden uitgesteld.
10. T. de Keijzer & A.J. van der Vlist, ‘Executieveilingen en de rol van informatie: een eerste verkenning’, in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Naar een verbeterde vastgoedketen*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015, p. 20.
11. Vgl. De Keijzer & Van der Vlist 2015, p. 17. Ten tijde van die publicatie was de website wozwaardeloket.nl nog niet beschikbaar.
12. Rb. Amsterdam 30 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:816.

In de tuchtrechtelijke procedure die hierop volgde, werd de notaris de maatregel van berisping opgelegd: ‘De klacht van [een schuldeiser], dat de notaris zijn ministerie had dienen te weigeren, is dan ook gegrond. Door onder de gegeven omstandigheden mee te werken aan een veiling zoals deze in casu was georganiseerd, heeft de notaris immers bewust voor lief genomen, dat belanghebbenden en andere geïnteresseerden niet zouden worden bereikt en van de veiling onkundig bleven, waardoor geen enkele waarborg bestond dat de hoogst mogelijke veilingopbrengst zou worden gerealiseerd, zulks ook ten detrimente van beslagleggers en andere crediteuren.’¹³

De notaris die de veilingopdracht uitvoert, dient hiermee terdege rekening te houden. De zorgplicht brengt mee dat hij niet alleen de belangen van de hypotheekhouder dient, maar ook die van de eigenaar en andere schuldeiser.¹⁴ In voorkomende gevallen dient de notaris dit te benadrukken aan de hypotheekhouder-opdrachtgever, zoals bij een particuliere hypotheekhouder. Onder omstandigheden kan die zorgplicht ertoe leiden dat de notaris dienst dient te weigeren, zoals ook blijkt uit de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Amsterdamse tuchtrechter.

Andere waarborgen

Uit het voorgaande volgt dat bij de voorbereiding van de executoriale verkoop de voor het betreffende registergoed passende maatregelen moeten worden genomen om de meestbiedende gegadigde te bereiken en op deze wijze een zo hoog mogelijke opbrengst te behalen. Is daarmee de aankoop door de hypotheekhouder dan steeds geoorloofd? Ook hiervoor kunnen aanknopingspunten worden gevonden in de jurisprudentie.

Als eerste wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland, waaruit blijkt dat het bod van de hypotheekhouder ook voldoende realistisch moet zijn.¹⁵ In deze zaak was sprake van een executoriale verkoop van een woning. De hypothecaire lening was opgezegd omdat een van de hypotheekgevers werd verdacht van afpersen en witwassen, hetgeen in de media negatieve aandacht had gekregen. Bovendien was conservatoir beslag gelegd door het Openbaar Ministerie. Op de veiling werd er geen enkele bieding gedaan. Dit leidde ertoe dat het openingsbod dat door de bank was uitgebracht ‘om de boel op gang te brengen’ het enige bod was. De hypotheekhouder kreeg hierdoor het woonhuis in eigendom voor € 450.000, terwijl de executiewaarde € 625.000 was. De woning werd na iets meer dan vier maanden doorverkocht voor € 750.000. Deze feiten en omstandigheden waren voor de rechter reden om te oordelen dat de hypotheekhouder zijn zorgplicht tegenover de

hypotheekgevers had geschonden, waardoor de hypotheekhouder schadeplichtig werd tegenover hen: ‘De schending zit vooral in het door de bank als executant aan zichzelf als koper gunnen van het woonhuis, terwijl het bod voor een ander doel was uitgebracht. Dat doel was biedingen op gang brengen. Juist daarom had de bank laag ingezet, nog geen driekwart van de executiewaarde. Als het toeval dan wil dat er geen andere bieders zijn, is het onzorgvuldig van de bank om dan tot verkoop aan haarzelf over te gaan tegen een veel te lage prijs, wat financieel over de rug gaat van [de hypotheekgevers].’

Bij het oordeel van de rechter speelt ook een rol dat de hypotheekhouder een magere onderbouwing heeft gegeven om over te gaan tot de veiling. De hypotheekhouder had in casu ‘het woonhuis niet mogen gunnen aan zichzelf als koper voor deze prijs en opnieuw een veiling moeten uitschrijven of alsnog een volmacht tot onderhandse verkoop moeten vragen aan [de hypotheekgevers] óf de verplichting op zich moeten nemen, nu zij het woonhuis wél aan zichzelf als koper gunde, om de meerwaarde bij een latere verkoop in mindering op de schuld van [de hypotheekgevers] te brengen.’

Hieruit volgt dat de hypotheekhouder niet altijd aan zichzelf zou mogen gunnen, ook al is hij de enige bidder. Is sprake van een sterke afwijking van de executiewaarde, dan kan het aangewezen zijn om opnieuw te veilen. In dat geval zijn er ook voor de notaris gegronde redenen om dienst te weigeren bij de uitvoering van de veiling. Mijns inziens zijn de omstandigheden van het geval van belang. In deze casus zal een belangrijke rol hebben gespeeld dat het bod van de bank niet was bedoeld om zelf eigenaar te worden, maar juist laag was ingezet om biedingen op gang te brengen. Bovendien kan ook bij een bod hóger dan de executiewaarde, sprake zijn van schending van de zorgplicht dan wel misbruik van bevoegdheid, zoals de hierna nog te bespreken recente uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland laat zien. Daarnaast speelt een rol wat de hypotheekhouder doet met de na de executoriale verkoop resterende vordering.

13. Kamer voor het notariaat Amsterdam 2 juni 2016, ECLI:NL:TNORAMS:2016:16.

14. Zie hierover: Visser 2013, p. 145-151.

15. Rb. Midden-Nederland 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5581.

Dat de omgang met de restschuld een belangrijke rol speelt bij de beoordeling van de vraag of de hypotheekhouder zelf kan aankopen, blijkt ook uit de recente uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland. In deze casus had de hypotheekhouder € 250.000 geboden, hetgeen iets hoger was dan de getaxeerde executiewaarde (€230.000). De eigenaar zou hierdoor met een substantiële restschuld blijven zitten. Tijdens de zitting had de hypotheekhouder echter aangegeven deze restschuld niet te zullen innen. De voorzieningenrechter vond dit een 'cruciaal element in de beoordeling van de vraag of deze executie misbruik van recht oplevert'. Nu de hypotheekhouder in casu een belang had bij het voortzetten van de executie, namelijk het afscheid nemen van 'een leningnemer die zich niet houdt aan de gemaakte afspraken' én de eigenaar niet geconfronteerd zou worden met een restschuld, maakte hij geen misbruik van recht door de executoriale verkoop. Overigens wordt uit de casus niet duidelijk *hoe* de onderhandse executoriale verkoop precies georganiseerd is; het onderhandse bod van de hypotheekhouder was wel het enige bod. Ook bij de onderhandse executoriale verkoop is van belang dat deze op zodanige wijze wordt georganiseerd dat de meest biedende gegadigde wordt bereikt.¹⁶

Betaling van de koopprijs

Een laatste aandachtspunt is de betaling van de koopprijs. Deze dient te geschieden volgens de in de wet aangegeven wijze, namelijk door storting onder de notaris (art. 3:270 BW). Verrekening door de hypotheekhouder is uit den boze, zo laten verschillende uitspraken zien.¹⁷ De notaris die meewerkt aan verrekening kan (onder omstandigheden) civiel- en tuchtrechtelijk aansprakelijk zijn.¹⁸ De afwikkeling van de veiling dient hier dus op dezelfde wijze te verlopen als bij een reguliere veiling.

Conclusie

We zien in deze uitspraken dat de eigenaar verschillende gronden kan aanvoeren om aankoop door de hypotheekhouder tegen te houden. Zo kan worden gesteld dat de hypotheekhouder in strijd handelt met zijn zorgplicht of juist dat hij

misbruik maakt van zijn bevoegdheid door zelf aan te kopen. Bij de beoordeling daarvan is het volgende van belang. De hypotheekhouder is bevoegd om bij de executoriale verkoop zelf een bod uit te brengen en zo eigenaar van het registergoed te worden. Van belang is dat de executoriale verkoop steeds zó georganiseerd wordt, dat een zo hoog mogelijke opbrengst verwacht mag worden. Is dat niet het geval, dan is de zorgplicht van de hypotheekhouder en de notaris in het geding. Bij het uitbrengen van een bod moet de hypotheekhouder bovendien een realistisch bod doen, waarbij de executiewaarde en resterende schuld een rol spelen. Is geen sprake van een realistisch bod, dan dient de hypotheekhouder de executoriale verkoop opnieuw te organiseren of de schuldenaar op andere wijze te compenseren. Dit kan bijvoorbeeld door bij doorverkoop de winst in mindering te brengen op de schuld van de hypotheekgever of door deze restschuld deels kwijt te schelden. Uiteraard spelen steeds de omstandigheden van het geval een belangrijke rol. In ieder geval kan uit het bovenstaande worden afgeleid dat de veilingnotaris én hypotheekhouder niet lichtvaardig te werk mogen gaan, in het belang van de hypotheekgever en andere schuldeisers.

Mr. dr. I. Visser*

16. Zie hierover uitgebreider: Visser 2013, p. 110-115.

17. R.J. Holtman, 'De executie van Villa Lila', *WPNR* 1999/6369, p. 645-648; H.M. Sasse, 'Recente rechtspraak. Tucht recht. Kamer van Toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen te Amsterdam d.d. 27 april 1999', *WPNR* 1999/6369, p. 648-650; HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3096, *NJ* 2010/663 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Heembouw/Fortis*); Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten 12 augustus 2014, *JOR* 2014/284 m.nt. A. Steneker en het hoger beroep in deze zaak: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 29 januari 2016, ECLI:NL:OGHACMB:2016:116.

18. Zie de hiervoor vermelde artikelen van Holtman en Sasse en zie ook de annotatie van Steneker onder Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten 12 augustus 2014, *JOR* 2014/284.

* Universitair docent notarieel recht en procesrecht, Rijksuniversiteit Groningen.
(Irene.Visser@rug.nl)