

moelijk te verenigen met hetgeen verkoper en koper overeenkwamen aangaande het moment van risico-overgang, maar ook onredelijk hard voor de executiekoper.

9. Er is nog een punt in het arrest van het hof dat mijn aandacht trok. In r.o. 3.10 overweegt het hof zoals gezegd terecht (zie hiervoor onder 4) dat Spijkerman zich tot Aegon als verkoper van de boerderij kan wenden. Daaraan voegt het hof toe dat dat niet wegneemt dat de (voormalige) eigenaren uiteindelijk het nadeel dragen dat de woning minder opbrengt doordat deze beschadigd is geraakt: "De vordering van Aegon op hen blijft immers in zoverre onvoldaan. In zoverre ook blijft het risico van tenietgaan of beschadiging van de te verkopen zaak vóór de gunning bij die eigenaren liggen en draagt Aegon dat risico dus niet." Twee kleine kanttekeningen daarbij. In de eerste plaats kan de stelling van het hof in die zin gerelativeerd worden, dat de restvordering niet door deze hypotheek wordt gedekt. Hoe minder de zaak waard is, hoe minder het hypotheekrecht waard is. Of dat voor Aegon problematisch is, hangt af van de overige zekerheden die zij mogelijk heeft en de vermogenspositie van de schuldenaar. In de tweede plaats is het een interessante vraag of de eventuele verkopersaansprakelijkheid van de executant jegens de executiekoper er inderdaad toe leidt dat de netto-executieopbrengst met het bedrag waarvoor de verkoper moet opdraaien wordt verminderd. Zijn dit "kosten van executie" als bedoeld in art. 3:277 lid 1 BW? Ik ben geneigd de vraag in het algemeen ontkennend te beantwoorden. Ik denk echter niet dat het hof op deze algemene vraag een antwoord heeft willen geven. De opmerking van het hof zou ik willen lezen in de context van de aan hem voorgelegde casus, waarin het gebrek aan het licht kwam voordat er werd betaald en overgedragen.

S.E. Bartels
hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit
Nijmegen

352

Rechtbank Utrecht
27 juli 2011, rolnr. HA ZA 10-2405, LJN BR5473
(mr. Van Driel van Wageningen)
Noot mr. R.J. van der Weijden

Vormering. Niet inschrijven koop onroerende zaak in openbare registers is onrechtmatige daad notaris. Koper leidt schade nu hij zich niet op verrekening met inmiddels failliete verkoper kan beroepen omdat curator ex art. 37 Fw koopovereenkomst niet gestand wil doen. Causaal verband.

[BW art. 6:162, 7:3; Fw art. 37, 42]

De kern van het debat tussen partijen gaat over het causaal verband tussen de genoemde toerekenbare tekortkoming door gedaagde en de door eiseres gestelde schade. De koopovereenkomst tussen eiseres en failliet bewerkstelligde dat eiseres haar geldvordering van € 100.000 op failliet geheel kon innen door verrekening. (-) Het causaal verband, zo voert gedaagde als verweer aan, is doorbroken doordat de bank niet zou hebben ingestemd – indien daadwerkelijk aan de orde en daarom verzocht – met de koopovereenkomst en de verrekening. Op die wijze zou eiseres immers al € 100.000 betaald krijgen, terwijl de bank niet geheel was voldaan. Dat zou in strijd met de onderlinge positie als zekerheidscrediteuren zijn geweest, want de bank had een eerste hypotheek en eiseres slechts een tweede. Het al dan niet inschrijven van die koopovereenkomst zou dus geen gevolg hebben gehad: de bank stemde in geen geval in, aldus en tot zover gedaagde. Indien de koop was uitgevoerd zou de bank € 365.000 hebben ontvangen, dat is ongeveer € 30.000 tot € 35.000 minder dan haar vordering in die periode. Gelet op de borgtocht van B van € 50.000 is het waarschijnlijk dat het verschil zou zijn overbrugd door deze borg, zoals deze ook ter zitting heeft verklaard. Deze had daarbij immers belang, omdat hem dat minder zou kosten dan de maximale som van de borgstelling. De conclusie is dat het causaal verband niet is doorbroken. (-) Het causaal verband is, zo voert gedaagde verder aan, doorbroken doordat de curator het tweede recht van hypotheek heeft vernietigd op grond van het paulianeuze karakter ervan. Dit verweer gaat niet op, doordat zowel in werkelijkheid als in het hypothetische geval dat de koopovereenkomst zou zijn uitgevoerd er onvol-

doende opbrengst was om de tweede hypotheekhouder ook maar iets te voldoen. In werkelijkheid kwam immers de bank tekort als eerste hypotheekhouder. Bij veronderstelde uitvoering van de koopovereenkomst zou de bank ook tekort zijn gekomen en zou eiseres als tweede hypotheekhouder niets hebben ontvangen. Dat eiseres in dat geval wel € 100.000 zou hebben kunnen verrekenen, staat daarvan los. Die verrekening zou eiseres dan niet verrichten in haar hoedanigheid van tweede hypotheekhouder; de verrekening zou eiseres ook hebben kunnen uitvoeren zonder dat zij een tweede recht van hypotheek zou hebben verkregen. (-) Het causaal verband is, zo voert gedaagde ten slotte aan, ook doorbroken doordat de curator de koopovereenkomst als paulianeus zou hebben vernietigd, indien hij zich niet op art. 37 Fw zou hebben kunnen beroepen door het achterwege blijven van de inschrijving van de koopovereenkomst in het register. Door de vernietiging van koopovereenkomst op basis van de actio Pauliana zou eiseres zich niet meer in de positie hebben bevonden dat zij kon verrekenen. Zij had dus haar vordering op failliet van € 100.000 niet op die wijze kunnen innen. De fout van gedaagde is dan niet meer van belang. Voorop staat dat geen conclusies getrokken kunnen worden uit het gegeven dat de curator de koop niet heeft vernietigd. Doordat gedaagde de inschrijving niet had uitgevoerd, kon de curator immers op de voet van art. 37 Fw al zijn doel bereiken, te weten het niet nakomen van de koopovereenkomst tussen eiseres en failliet. In de hypothetische situatie die beoordeeld moet worden, moet ervan uitgegaan worden dat een curator die zijn taak naar behoren verricht een beroep op de pauliana zou hebben gedaan, indien aan de voorwaarden daarvoor was voldaan. Dus moet in deze procedure worden beoordeeld of die voorwaarden vervuld zijn. Eiseres heeft uitsluitend bestreden dat er sprake was van benadeling. Of van benadeling sprake is moet worden gezien naar het actuele moment, niet naar het moment van handelen in april of mei 2009, alle omstandigheden in aanmerking nemende. Er moet een vergelijking worden gemaakt tussen in dit geval twee hypothetische situaties: de hypothetische situatie dat de curator de overeenkomst zou hebben vernietigd op basis van de actio Pauliana en de hypothetische situatie dat de koopovereenkomst met eiseres zou zijn uitgevoerd. In het hypothetische geval dat de overeenkomst zou zijn uitgevoerd, zou niets van de koopopbrengst ter beschikking komen van de andere schuldeisers. De bank en eiseres zouden immers de opbrengst hebben verdeeld. De andere hypothetische situatie is dat de curator de actio

Pauliana zou hebben ingeroepen. Het effect daarvan zou waarschijnlijk volledig vergelijkbaar zijn geweest met wat zich in werkelijkheid heeft voorgedaan door het beroep van de curator op art. 37 Fw. De onroerende zaak zou zijn behouden voor de boedel en verkocht vanuit de boedel of door de eerste hypotheekhouder. Ingeval de curator de actio Pauliana had ingeroepen, was er derhalve hetzelfde gebeurd als in werkelijkheid. In werkelijkheid is de onroerende zaak verkocht door de bank voor een lager bedrag dan haar door een eerste hypotheek gedekte vordering groot was. In werkelijkheid kwam er dus ook geen geld beschikbaar voor de andere schuldeisers. Kortom, in beide gevallen zou niets van de koopsom in het boedelactief zijn gevloeid. Van benadeling is dus geen sprake geweest. De verhaalspositie van de andere schuldeisers is gelijk in beide gevallen. De conclusie die daaruit getrokken moet worden, is dat de curator niet met succes de actio Pauliana had kunnen inroepen. Uit het voorgaande volgt dat geen van de werven van gedaagde ter zake van het causaal verband opgaat.

Kooijmans International BV te Utrecht,
eiseres,
advocaat: mr. G.A.M. de Vries,
tegen
Hermans & Schuttevaer Notarissen NV te Utrecht,
gedaagde,
advocaat: mr. C.J.J.C. Arnouts.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Kooijmans heeft aan Marble Real Estate Investment Group B.V., verder te noemen Marble, een bedrag van € 100.000,- geleend op 15 augustus 2008. In de overeenkomst is vastgelegd dat Kooijmans zich door Marble een hypothecaire zekerheid kon doen verstrekken op een onroerende zaak (onbebouwde grond) aan de Daalseweg naast nr. 25 te Oud-Zuilen.

2.2. Op 2 februari 2009 heeft Marble tot zekerheid voor deze lening een tweede recht van hypotheek verstrekt aan Kooijmans op genoemde onroerende zaak.

2.3. Op 24 april 2009 heeft Marble deze onroerende zaak voor € 465.000,- verkocht aan Kooijmans. Daarbij is overeengekomen dat de koopsom mede zou worden voldaan door verrekening met de

vordering van Kooijmans op Marble van € 100.000,-. De levering zou uiterlijk op 1 november 2009 plaatsvinden.

2.4. Op 7 mei 2009 is de koopovereenkomst in een notariële akte vastgelegd door H&S, met het oog op uitvoering van de opdracht van Kooijmans aan H&S om (die notariële akte betreffende) de koopovereenkomst in te schrijven in de registers van het Kadaster, op de voet van het bepaalde in art. 7:3 BW. Die opdracht is per abuis niet uitgevoerd.

2.5. Kooijmans heeft de onroerende zaak op 15 mei 2009 op gelijke voorwaarden verkocht aan een derde, [A], voor € 465.000,-.

2.6. Op 9 juni 2009 is Marble in staat van faillissement verklaard. De curator heeft te kennen gegeven, op de voet van art. 37 Fw, dat hij de koopovereenkomst niet gestand zou doen en heeft niet geleverd aan Kooijmans. De curator heeft de overeenkomst waarbij het recht van hypotheek van Kooijmans is gevestigd, vernietigd op de voet van art. 42 en volgende Fw (pauliana). De koopovereenkomst tussen Marble en Kooijmans heeft de curator niet vernietigd.

2.7. De eerste hypotheekhouder, de Rabobank, had ten tijde van de faillietverklaring een vordering op Marble van ongeveer € 390.000,- tot € 395.000,-. Nadat geruime tijd is geprobeerd de onroerende zaak onderhands te verkopen is door de Rabobank, nadat de curator haar daartoe een termijn had gesteld op de voet van art. 58 Fw, overgegaan tot openbare verkoop. Deze bracht € 306.506,98 netto op. De Rabobank had daarna een restantvordering van € 114.022,26 op Marble.

2.8. De heer [B], makelaar van Kooijmans, is door de Rabobank aangesproken uit hoofde van borgtocht tot betaling van € 50.000,- in mindering op die restantvordering.

3. *Het geschil*

3.1. Kooijmans vordert – samengevat – veroordeling van H&S tot betaling van € 100.000,-, vermeerderd met rente en kosten. Hieraan legt Kooijmans ten grondslag dat H&S jegens haar toerekenbaar is tekortgeschoten door de opdracht tot inschrijving van de koopovereenkomst niet uit te voeren, waardoor schade is ontstaan ter hoogte van het gevorderde bedrag.

3.2. H&S voert verweer, concluderende tot afwijzing van het gevorderde, met veroordeling van Kooijmans in de proceskosten en de nakosten.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. *De beoordeling*

4.1. Er is tussen partijen geen verschil van mening dat H&S toerekenbaar tekortgeschoten is tegenover Kooijmans door geen gevolg te geven aan de opdracht tot inschrijving (zie 2.4). De rechtbank deelt die opvatting. De rechtbank voegt daaraan toe dat, ware de koopovereenkomst ingeschreven geweest, het bepaalde in art. 7:3 lid 1, aanhef en sub g BW (“Vormerkung”) in beginsel met vrucht tegen de curator had kunnen worden ingeroepen. De curator zou dus in beginsel gebonden zijn geweest aan die inschrijving en hebben moet leveren. Het verweer van H&S – als H&S althans heeft bedoeld dit verweer te voeren (conclusie van antwoord, de eerste drie regels van alinea 20) – dat deze inschrijving van geen belang geweest kan zijn omdat een faillissementscurator deze kan negeren, wordt daarom verworpen.

4.2. De rechtbank gaat voorbij aan de opmerking van H&S (conclusie van antwoord, alinea 27) dat het nog maar de vraag is of Kooijmans wel tijdig over de koopsom kon beschikken en geenszins aantoonde dat zij de financiering op tijd rond zou hebben gehad. Als deze opmerking al als verweer is bedoeld, is zij te vaag en te vrijblijvend, mede gelet op de doorverkoop door Kooijmans (zie 2.5) om als zodanig als voldoende gemotiveerd te worden beschouwd. Dit zo zijnde, behoeft Kooijmans niets aan te tonen op dit punt.

4.3. De kern van het debat tussen partijen gaat over het causaal verband tussen de genoemde toerekenbare tekortkoming door H&S en de door Kooijmans gestelde schade.

4.4. De koopovereenkomst tussen Kooijmans en Marble bewerkstelligde dat Kooijmans haar geldvordering van € 100.000,- op Marble geheel kon innen door verrekening. H&S werpt op dat daarvoor dan wel nodig is dat aan de voorwaarde van opeisbaarheid van de vordering (van in dit geval € 100.000,-) die voor verrekening geldt, moet zijn voldaan. Dit verweer – als het zo is bedoeld, want het lijkt meer om een betoog bij wijze van gedachtenoefening te gaan (conclusie van antwoord, alinea 34) – ziet eraan voorbij dat tussen Kooijmans en Marble verrekening is overeengekomen, in welke overeenkomst de opeisbaarheid van de vordering van € 100.000,- moet worden geacht te zijn geïmpliceerd.

4.5. Het causaal verband, zo voert H&S als verweer aan, is doorbroken doordat de Rabobank niet zou hebben ingestemd – indien daadwerkelijk aan de orde en daarom verzocht – met de koopovereenkomst en de verrekening. Op die wijze zou Kooijmans immers al € 100.000,- betaald krijgen, terwijl de Rabobank niet geheel was voldaan. Dat zou in strijd met de onderlinge positie als zekerheidscrediteuren zijn geweest, want Rabobank had een eerste hypotheek en Kooijmans slechts een tweede. Het al dan niet inschrijven van die koopovereenkomst zou dus geen gevolg hebben gehad: de Rabobank stemde in geen geval in, aldus en tot zover H&S.

Indien de koop was uitgevoerd zou de Rabobank € 365.000,- hebben ontvangen, dat is ongeveer € 30.000,- tot € 35.000,- minder dan haar vordering in die periode. Gelet op de borgtocht van de heer [B] van € 50.000,- (zie 2.8), acht de rechtbank het waarschijnlijk dat het verschil zou zijn overbrugd door deze borg, zoals deze ook ter zitting heeft verklaard. Deze had daarbij immers belang, omdat hem dat minder zou kosten dan de maximale som van de borgstelling. Met H&S acht de rechtbank het verder waarschijnlijk dat de Rabobank daarmee zou hebben ingestemd, ook al had zij tevoren geen toestemming gegeven voor deze koop en zou het niet vragen van toestemming in strijd geweest zijn met de algemene voorwaarden behorende bij de hypothecaire geldleningsovereenkomst tussen de Rabobank en Marble. De conclusie is dat het causaal verband niet is doorbroken. Het beroep daarop door H&S wordt verworpen.

4.6. Het causaal verband is, zo voert H&S verder aan, doorbroken doordat de curator het tweede recht van hypotheek heeft vernietigd op grond van het paulianeuze karakter ervan. Dit verweer gaat niet op, doordat zowel in werkelijkheid als in het hypothetische geval dat de koopovereenkomst zou zijn uitgevoerd er onvoldoende opbrengst was om de tweede hypotheekhouder ook maar iets te voldoen. In werkelijkheid kwam immers de Rabobank tekort als eerste hypotheekhouder (zie 2.7). Bij veronderstelde uitvoering van de koopovereenkomst zou de Rabobank ook tekort zijn gekomen (zie 4.5) en zou Kooijmans als tweede hypotheekhouder niets hebben ontvangen. Dat Kooijmans in dat geval wel € 100.000,- zou hebben kunnen verrekenen, staat daarvan los. Die verrekening zou Kooijmans dan niet verrichten in haar hoedanigheid van tweede hypotheekhou-

der; de verrekening zou Kooijmans ook hebben kunnen uitvoeren zonder dat zij een tweede recht van hypotheek zou hebben verkregen.

4.7. Het causaal verband is, zo voert H&S ten slotte aan, ook doorbroken doordat de curator de koopovereenkomst als paulianeus zou hebben vernietigd, indien hij zich niet op art. 37 Fw zou hebben kunnen beroepen door het achterwege blijven van de inschrijving van de koopovereenkomst in het register. Door de vernietiging van koopovereenkomst op basis van de actio Pauliana zou Kooijmans zich niet meer in de positie hebben bevonden dat zij kon verrekenen. Zij had dus haar vordering op Marble van € 100.000,- niet op die wijze kunnen innen. De fout van H&S is dan niet meer van belang.

4.8. De rechtbank stelt voorop dat geen conclusies getrokken kunnen worden uit het gegeven dat de curator de koop niet heeft vernietigd. Doordat H&S de inschrijving niet had uitgevoerd, kon de curator immers op de voet van art. 37 Fw al zijn doel bereiken, te weten het niet nakomen van de koopovereenkomst tussen Kooijmans en de inmiddels failliet verklaarde Marble.

4.9. In de hypothetische situatie die de rechtbank heeft te beoordelen, moet ervan uitgegaan worden dat een curator die zijn taak naar behoren verricht een beroep op de pauliana zou hebben gedaan, indien aan de voorwaarden daarvoor was voldaan. Dus moet in deze procedure worden beoordeeld of die voorwaarden vervuld zijn. Zonder enige twijfel is de koopovereenkomst een onverplichte rechtshandeling geweest. Kooijmans heeft uitsluitend bestreden dat er sprake was van benadeling. De rechtbank gaat er daarom van uit dat – indien die benadeling moet worden aangenomen – de wetenschap van benadeling bij Kooijmans en bij Marble aanwezig was ten tijde van het aangaan van de koopovereenkomst.

4.10. Of van benadeling sprake is moet worden bezien naar het actuele moment, niet naar het moment van handelen in april of mei 2009, alle omstandigheden in aanmerking nemende. Er moet een vergelijking worden gemaakt tussen in dit geval twee hypothetische situaties: de hypothetische situatie dat de curator de overeenkomst zou hebben vernietigd op basis van de actio Pauliana en de hypothetische situatie dat de koopovereenkomst met Kooijmans zou zijn uitgevoerd.

4.11. In het hypothetische geval dat de overeenkomst zou zijn uitgevoerd, zou niets van de koopopbrengst ter beschikking komen van de andere schuldeisers. De Rabobank en Kooijmans zouden immers de opbrengst hebben verdeeld.

De andere hypothetische situatie is dat de curator de actio Pauliana zou hebben ingeroepen. Het effect daarvan zou waarschijnlijk volledig vergelijkbaar zijn geweest met wat zich in werkelijkheid heeft voorgedaan door het beroep van de curator op art. 37 Fw. De onroerende zaak zou zijn behouden voor de boedel en verkocht vanuit de boedel of door de eerste hypotheekhouder. De rechtbank zal derhalve ervan uitgaan dat in geval de curator de actio Pauliana had ingeroepen, er hetzelfde was gebeurd als in werkelijkheid. In werkelijkheid is de onroerende zaak verkocht door de Rabobank voor een lager bedrag dan haar door een eerste hypotheek gedekte vordering groot was. In werkelijkheid kwam er dus ook geen geld beschikbaar voor de andere schuldeisers.

4.12. Kortom, in beide gevallen zou niets van de koopsom in het boedelactief zijn gevloeid. Van benadeling is dus geen sprake geweest. De verhaalspositie van de andere schuldeisers is gelijk in beide gevallen. De conclusie die daaruit getrokken moet worden, is dat de curator niet met succes de actio Pauliana had kunnen invoeren: van benadeling is immers geen sprake, dus is niet aan alle voorwaarden voor paulianus handelen voldaan.

4.13. Uit het voorgaande volgt dat geen van de weren van H&S ter zake van het causaal verband opgaat. H&S is daarom aansprakelijk voor de schade van Kooijmans.

4.14. In alinea 18 van de conclusie van antwoord heeft H&S aangekondigd de schade die Kooijmans lijdt te betwisten. Daarna (alinea 30 en 31) volgt allereerst een betoog dat uitgaat van een mogelijke overwaarde van de onroerende zaak na voldoening van de Rabobank. Dat betoog is achterhaald door de feiten: er is geen overwaarde gerealiseerd. Vervolgens (alinea 33) betoogt H&S dat Kooijmans nog steeds een vordering heeft op Marble en deze vordering kan indienen in het faillissement. Waarom daaruit zonder meer volgt dat geen schade is geleden, zoals H&S stelt (zie alinea 32), ziet de rechtbank niet in. Dat zou alleen zo zijn, indien de concurrente schuldeisers – Kooijmans kan zich in geen geval beroepen op haar tweede recht van hypotheek nu de opbrengst te gering was om daaruit betalingen aan Kooijmans te doen – in het faillissement een volledige uitke-

ring wordt gedaan en daarover heeft H&S niets gesteld. Niettemin strekt een eventuele uitkering in het faillissement aan Kooijmans in mindering op haar schade, waarbij de rechtbank veronderstelt dat Kooijmans uit een oogpunt van schadebeperking haar vordering ter verificatie zal hebben ingediend. Daarmee zal in de beslissing hierna rekening gehouden worden.

4.15. Ter comparitie heeft H&S voor het eerst betoogd dat het de vraag is of, gezien de complexiteit van de zaak, de levering van de onroerende zaak zou hebben plaatsgevonden voor de uiterste datum (1 november 2009), als de Rabobank en de curator uiteindelijk hun toestemming hadden verleend. H&S trekt hieruit de conclusie dat de inschrijving zou zijn vervallen. Daarin volgt de rechtbank H&S niet. De toestemming van de Rabobank zou zijn gevolgd, zo is overwogen in 4.4, terwijl niet valt in te zien waarom dat lang had moeten duren. Uit het niet voor 1 november 2009 afgeven van toestemming door de curator – waarschijnlijk in deze zaak – volgt echter niet dat de inschrijving is vervallen. Een redelijke uitleg van het desbetreffende wetsartikel in relatie tot het fixatiebeginsel brengt mee dat de curator de inschrijving tegen zich heeft te laten gelden, indien op de dag van faillietverklaring aan de voorwaarden daarvoor is voldaan. Het enkele tijdsverloop nadien maakt dit niet anders. De opvatting van H&S zou het voor curatoren profijtelijk maken leveringen op te houden met al dan niet chicaneuze argumenten, opdat een inschrijvingstermijn, na een uitgevoerde inschrijving, verstrijkt en de gevolgen daarvan enige tijd na de datum van de faillietverklaring alsnog vervallen. Dit rechtsgevolg is onwenselijk en kan daarom niet geacht worden door de wetgever te zijn bedoeld.

4.16. Gelet op de uitlegging ter zitting van H&S dat haar opmerkingen in de conclusie van antwoord over rente alleen maar zijn gemaakt om de bij haar bestaande twijfel uit te drukken met betrekking tot het bestaan van de geldleningsovereenkomst en de voorwaarden daarvan, kan de rechtbank deze onderdelen van het betoog in de conclusie van antwoord negeren, nu bedoelde twijfel intussen niet meer bij H&S bestaat.

4.17. Tegen de gevorderde wettelijke rente als zodanig is geen verweer gevoerd. De rechtbank ziet desniettemin aanleiding de ingangsdatum van 2 oktober 2009 te verleggen naar 1 november 2009. Dat was de afgesproken datum waarop de levering van de onroerende zaak aan Kooijmans uiterlijk

zou hebben plaatsgevonden – waarbij opmerking verdient dat door Kooijmans niet is aangevoerd dat deze afspraak na de koop nog is veranderd – en waarop de door Kooijmans beoogde verrekening zou plaatsvinden. Kooijmans lijdt dus schade door het niet doorgaan van die verrekening per 1 november 2009.

4.18. De eindconclusie is dat de vordering van Kooijmans wordt toegewezen, met inachtneming van het hiervoor overwogene over aftrek (4.14) en rente(4.17). H&S wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld, aan de zijde van H&S begroot op € 3.563,89 aan verschotten en op € 2.842,- aan salaris, tezamen € 6.405,89.

5. De beslissing

De rechtbank:

5.1. veroordeelt H&S aan Kooijmans tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen de somma van € 100.000,-, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 november 2009 tot de dag van betaling, dit alles te verminderen met de eventuele uitkering die Kooijmans ontvangt op deze vordering uit de boedel van Marble,

5.2. veroordeelt H&S in de proceskosten (...; red.),

5.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.4. wijst het anders of meer gevorderde af.

NOOT

1. Kooijmans International BV (“Kooijmans”) heeft aan Marble Real Estate Investment Group BV (“Marble”) een lening verstrekt van €100.000. Tot zekerheid van deze lening heeft Marble ten behoeve van Kooijmans een hypotheekrecht gevestigd op een aan haar toebehorende onroerende zaak. Het betrof een tweede hypotheekrecht, daar Rabobank al een eerste hypotheekrecht had. Op 24 april 2009 heeft Marble de verhypothekerde zaak voor €465.000 verkocht aan Kooijmans. Partijen zijn overeengekomen dat een gedeelte van de koopsom zal worden voldaan door verrekening met de vordering van €100.000 die Kooijmans op Marble heeft. Levering van de onroerende zaak zou uiterlijk op 1 november 2009 plaatsvinden. Kooijmans heeft in dit verband aan Hermans & Schuttevaer No-

tarissen NV (“H&S”) opdracht gegeven de koopovereenkomst overeenkomstig art. 7:3 BW in de openbare registers in te schrijven.

2. In art. 7:3 lid 3, aanhef en onder g, BW is bepaald dat deze zogeheten “Vormerkung” tot gevolg heeft dat het faillissement van de verkoper niet tegen de koper kan worden ingeroepen. Aangenomen wordt dat dit betekent dat de curator (in beginsel) verplicht is om het goed aan de verkoper te leveren, zie *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 095, nr. 3, p. 10. De werking van de Vormerkung is in tijd beperkt; op grond van art. 7:3 lid 4 BW verliest de inschrijving met terugwerkende kracht haar werking als het goed niet binnen zes maanden aan de koper is geleverd. De reden hiervoor is dat de wetgever heeft willen “voorkomen dat de overdracht waartoe de koopovereenkomst strekt tot in lengte van dagen met zakelijke werking kan worden uitgesteld (...) en dat overdracht aan anderen dan de koper tot in lengte van dagen kan worden geblokkeerd”, zie *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 095, nr. 3, p. 5.

3. In het onderhavige geval was H&S vergeten de opdracht tot inschrijving van de koopovereenkomst uit te voeren. Het op 9 juni 2009 uitgesproken faillissement van Marble kon hierdoor dus *wel* tegen Kooijmans worden ingeroepen. De curator van Marble was in beginsel niet verplicht tot levering en heeft bovendien aangegeven de koopovereenkomst tussen Marble en Kooijmans niet gestand te willen doen. Kooijmans stelt hierdoor schade te hebben geleden en vordert veroordeling van H&S tot betaling van €100.000. H&S zou toerekenbaar zijn tekortgeschoten door de opdracht tot inschrijving van de koopovereenkomst niet uit te voeren. H&S bestrijdt echter dat er sprake is van schade c.q. causaal verband tussen haar tekortkoming en de schade. Hiertoe voert zij onder meer aan dat eerste hypotheekhouder Rabobank niet zou hebben ingestemd met de transactie. De verrekening van een gedeelte van de koopsom zou namelijk tot gevolg hebben dat maximaal €365.000 van de opbrengst van de onroerende zaak zou kunnen worden aangewend ter voldoening van de vordering van Rabobank, die op dat moment tussen de €390.000 en €395.000 bedroeg. Dit terwijl de vordering van tweede hypotheekhouder Kooijmans wel volledig zou worden voldaan. Toch gaat de rechtbank ervan uit dat Rabobank zou hebben ingestemd aangezien Rabobank voor

haar restvordering een borg had kunnen aanspreken. Betwijfeld kan overigens worden of het Rabobank – mede met het oog op het bepaalde in art. 6:154 BW – in haar verhouding tot de borg zou zijn toegestaan om met de transactie in te stemmen. Zie over de zorgplicht van de hypotheekhouder jegens de borg bijvoorbeeld A. Steneker, annotaties onder Rb. Rotterdam 6 juni 2007, «JOR» 2007/255 (*ABN Amro Bank/Daglayan*); Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, «JOR» 2008/114 (*Fortis Bank/Van der Zanden*); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 maart 2008, «JOR» 2008/214 (*ABN Amro Bank/Ninaber*) en Gerechtshof Amsterdam 5 juni 2008, «JOR» 2009/51 (*Bronwasser c.s./Fortis Commercial Finance*).

4. H&S heeft bovendien aangevoerd dat het vanwege de complexiteit van de situatie maar de vraag is of de levering van de onroerende zaak vóór 1 november 2009 – de datum waarop de termijn van 6 maanden zou zijn verstreken – zou hebben plaatsgevonden (als de overeenkomst *wel* door haar was ingeschreven). Ook hierin wordt H&S niet gevolgd. Volgens de rechtbank valt op de eerste plaats niet in te zien waarom de hiervoor genoemde toestemming van *Rabobank* lang had moeten duren. Daarnaast overweegt zij:

“Uit het niet voor 1 november 2009 afgeven van toestemming door *de curator* [cursivering: R.JvdW] – waarschijnlijk in deze zaak – volgt echter niet dat de inschrijving is vervallen. Een redelijke uitleg van het desbetreffende wetsartikel in relatie tot het fixatiebeginsel brengt mee dat de curator de inschrijving tegen zich heeft te laten gelden, indien op de dag van faillietverklaring aan de voorwaarden daarvoor is voldaan. Het enkele tijdsverloop nadien maakt dit niet anders. De opvatting van H&S zou het voor curatoren profijtelijk maken leveringen op te houden met al dan niet chicaneuze argumenten, opdat een inschrijvingstermijn, na een uitgevoerde inschrijving, verstrijkt en de gevolgen daarvan enige tijd na de datum van de faillietverklaring alsnog vervallen. Dit rechtsgevolg is onwenselijk en kan daarom niet geacht worden door de wetgever te zijn bedoeld.” (r.o. 4.15)

Met deze overweging lijkt de rechtbank op twee punten de mist in te gaan. Op de eerste plaats is toestemming van *de curator* niet vereist. Zoals aangegeven leidt inschrijving van de koopovereenkomst ertoe dat het faillissement van de

verkoper niet tegen de koper kan worden ingeroepen en dat de curator derhalve *gehouden* is het goed te leveren. Daarnaast komt het oordeel van de rechtbank met betrekking tot de termijn van art. 7:3 lid 1, aanhef en onder g, BW mij onjuist voor. Het uitgangspunt lijkt te zijn dat de termijn ook *tijdens* het faillissement van de verkoper kan verstrijken. Dit is in overeenstemming met de hiervoor genoemde ratio van art. 7:3 lid 4 BW. Uit de wet, noch uit de Parlementaire Geschiedenis volgt dat de wetgever in dit verband een uitzondering op de hoofdregel heeft willen maken. Dit mag er uiteraard niet toe leiden dat een verkoper/curator door tijd te rekken het steeds voor elkaar zou moeten kunnen krijgen om de werking van de Vormerkung met terugwerkende kracht te laten vervallen. In de literatuur is dan ook verdedigd dat de werking van de Vormerkung onder omstandigheden zou moeten voortduren wanneer niet binnen de termijn van 6 maanden geleverd is. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval waarin de koper voor het verstrijken van de termijn een rechtsovereenkomst tot levering jegens de weigerachtige verkoper/curator heeft ingesteld, zie W.M. Kleyn, 'De positie van de koper bij het naderen van de einddatum van de Vormerkung', JBN 2004/1, p. 4; S.E. Bartels, noot onder Rb. 's-Gravenhage 24 augustus 2007, «JOR» 2007/286 (*Hoving q.q./Lek c.s.*), onder 5; H.W. Heyman, 'Naar een verbeterde Vormerkung', WPNR 2009/6871, p. 4-5 en A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2009, p. 156-157. In de rapportage 'Wet Koop onroerende zaken; de evaluatie', p. 108 wordt aanbevolen de wet op dit punt aan te passen. Moet worden aangenomen dat een dergelijke mogelijkheid om de werking van de Vormerkung te laten voortduren naar huidig recht niet bestaat, dan betekent dit niet zonder meer dat de koper na het verstrijken van de termijn aan het kortste eind trekt. Verdedigbaar is dat een beroep op het verstrijken van de vervaltermijn door de curator onder omstandigheden misbruik van bevoegdheid oplevert of in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, zie Bartels, t.a.p.

R.J. van der Weijden
onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht