

2.

Vormerkung en posterieur hypotheekrecht

In WPNR van 17 januari 2009 nummer 6782 stond een artikel van mr. J.C. van Straaten over vorderingen tot vergoeding die in de plaats treden van bezwaarde of beslagen goederen.

In dit artikel wordt onder andere gemeld dat art. 3:177 lid 1 BW het beperkte recht niet alleen verloren doet gaan als een gemeenschappelijk goed wordt toegedeeld aan een andere deelgenoot dan degene die op zijn aandeel het beperkte recht had gevestigd, maar ook als dit goed door de gezamenlijke deelgenoten in zijn geheel wordt overgedragen aan een derde.

Stel dat een echtpaar of samenwoners, ieder voor de helft een onroerende zaak bezitten en deze samen verkopen. Op deze woning is na de Vormerkung nog een hypotheek gevestigd. Wordt dit dan ook als een transactie in de zin van art. 3:177 BW beschouwd of is dit iets anders nu het echtpaar of de samenwoners samen op de gehele onroerende zaak hypotheek hebben gevestigd (en dus niet ieder op hun aandeel)?

Graag ontvang ik hierop uw antwoord, aangezien dit volgens mij van belang is aan wie de notaris gaat uitbetalen. Zou dit worden beschouwd als een transactie in de zin van art. 3:177 BW dan moet de notaris namelijk uitbetalen aan de hypotheekhouder. Is dit artikel hier niet van toepassing dan kan de notaris gewoon aan de verkoper uitbetalen.

A.B.W. te H.

Uit uw vraag maak ik op dat het gaat om een geval waarin een registergoed is verkocht, de koop op de voet van art. 7:3 BW is ingeschreven (Vormerkung), nadien door verkopers op het betreffende registergoed een hypotheekrecht is gevestigd ten behoeve van een derde en ten slotte dat het registergoed binnen zes maanden na de inschrijving aan de koper is geleverd. Wat betreft de verkopers merkt u op dat het gaat om "een echtpaar of samenwoners, [die] ieder voor de helft een onroerende zaak bezitten en deze verkopen". Uw vraag ziet op het bepaalde in art. 3:177 BW, meer in het bijzonder of de onderhavige transactie wordt bestreken door art. 3:177 BW en de notaris alsdan moet uitbetalen aan de hypotheekhouder in plaats van aan de verkoper.

Bij de beantwoording van uw vraag dient allereerst de "status" van de verkopers te worden gezien. Zijn verkopers "echtlieden" in een huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap, dan kan het zijn dat de huwelijksgemeenschap al dan niet ontbonden is. In het eerste geval - de niet ontbonden huwelijksgemeenschap - worden twee opvattingen verdedigd. Zit het registergoed in een nog niet ontbonden huwelijksgemeenschap, dan zijn in de ene opvatting geen aandelen te onderscheiden, omdat ieder van de

echtlieden dan gerechtigd is voor het geheel en niet voor de helft, terwijl - in de andere opvatting ieder van de echtlieden gerechtigd is voor de helft (zie voor de relevante vindplaatsen van voor- en tegenstanders van de zogenaamde breukdelengemeenschap: M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 113, voetnoot 36. Zie ook HR 9 september 1988, NJ 1989, 239, m.nt. W.M. Kleijn (Van der Kammen/Van der Kammen). Zowel in de een of de andere opvatting komt men aan toepassing van art. 3:177 BW niet toe, om reden dat blijkens het bepaalde in art. 3:189 lid 1 BW titel 3.7 BW - derhalve ook art. 3:177 BW - niet gelden voor een niet ontbonden huwelijksgemeenschap.

In het (tweede) geval - de ontbonden huwelijksgemeenschap -, kan in beginsel het bepaalde in art. 3:177 BW aan de orde komen op grond van de schakelbepaling van art. 3:189 lid 2 BW. Voor "samenwoners" en echtlieden die, behoudens het registergoed, met uitsluiting van iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap zijn gehuwd (de zgn. eenvoudige gemeenschap), geldt hetzelfde. Daarmee is niet gezegd dat art. 3:177 BW ook daadwerkelijk in het onderhavige geval aan de orde is. Integendeel. Mijns inziens speelt art. 3:177 BW in het geheel niet in het door u geschetste geval, omdat dáár het gehele registergoed (en dus niet een aandeel daarin) met het hypotheekrecht is bezwaard, door de echtgenoten of samenwoners tezamen op grond van art. 3:189 lid 2 jo. art. 3:170 lid 3 BW.

Door de *Vormerkung* kan het hypotheekrecht niet worden tegengeworpen aan de koper, mits de levering plaatsvindt binnen zes maanden na de inschrijving is geschied. Het tenietgaan van het hypotheekrecht is een resultante van de regeling inzake de *Vormerkung*, waarvoor het bepaalde in art. 3:177 lid 1 BW van geen belang is. Zie over de verhouding tussen *Vormerkung* en beslag tamelijk recent: HR 6 februari 2009, LJN:BG 5850 (met fraaie inleidende beschouwingen over de *Vormerkung* in de conclusie onder 2.1 tot en met 2.9 van A-G Rank-Berenschot), alsmede Mon. Privaatrecht 10 (Mijnssen/Van Mierlo), 2009, p. 67 e.v. Mijn conclusie is dan ook dat de notaris aan de verkoper moet uitbetalen. Een en ander laat wel onverlet de mogelijkheid voor de 'hypotheekhouder' om ten laste van de verkopers derdenbeslag te leggen onder bijv. de notaris.

A.I.M.v.M.