

De financiering van ‘Groninger akte’-transacties na het arrest Rabobank/Reuser*

M. Broere & M. Heddemä

1 Inleiding

In dit artikel belichten wij de positie van kopers, verkopers en hun financiers bij vastgoedtransacties die door middel van een zogeheten ‘Groninger akte’ worden gesloten, meer in het bijzonder in de context van het Rabobank/Reuser-arrest van de Hoge Raad.¹ Onder een Groninger akte wordt een registergoed door verkoper geleverd aan koper onder de ontbindende voorwaarde van niet-betaling van de koopprijs voor een bepaalde datum. Meestal wordt de Groninger akte gebruikt met het oog op een (tijdig) beroep op een overdrachtsbelastingfaciliteit,² een nog te voltooien financieringsaanvraag of een in werking te treden (belasting)wetswijziging (zoals de Wet differentiatie overdrachtsbelasting).³

In dit artikel gaan we uit van de volgende situatie, die aansluit bij de huidige praktijk bij vastgoedtransacties die door middel van de Groninger akte worden gesloten. Verkoper en koper bereiken overeenstemming over de (ver)koop en levering van een registergoed. De koopovereenkomst verplicht verkoper tot overdracht van het registergoed aan koper onder de ontbindende voorwaarde van niet (volledige) betaling van de koopprijs voor een bepaalde datum. Het betreffende registergoed is bezwaard met een eersterangs hypotheekrecht ten gunste van de financier van verkoper (hierna: de Uitgaande Financier). Verkoper draagt het registergoed op de leveringsdatum bezwaard met het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier over aan koper onder ontbindende voorwaarde van niet-betaling van de koopprijs voor een bepaalde datum. Koper is voornemens de koopprijs (deels) te voldoen met een lening te verstrekken door zijn financier (hierna: de Inkomende Financier) onder de opschortende voorwaarde van (onder meer) het vestigen van een eersterangs hypotheekrecht op het betreffende registergoed ten gunste van de Inkomende Financier. In beginsel kan koper, op het moment van trekking van de lening door koper, echter slechts een tweederangs hypotheekrecht ten gunste van de Inkomende Financier verstrekken. Het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier zal im-

* Met dank aan Martijn Rongen voor zijn kritische lezing van en waardevolle commentaar op diverse versies van dit artikel.

1 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Reuser).

2 Art. 13 Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR) biedt een vrijstelling indien een onroerende zaak binnen zes maanden na een verkrijging vervreemd wordt.

3 Het tarief voor onroerende zaken, niet zijnde woningen, is gestegen naar 8% per 1 januari 2021 ter dekking van de maatregelen uit het Klimaatakkoord. Dit tarief geldt zowel voor de verkrijging van onroerende zaken, niet zijnde woningen, als voor de verkrijging van aandelen in onroerendezaakrechtspersonen, voor zover deze aandelen niet-woningen vertegenwoordigen.

mers pas tenietgaan als de aan verkoper verstrekte lening is afgelost,⁴ waarvoor verkoper de verkoopopbrengst (deels) zal aanwenden. Het moment van tenietgaan zal aldus samenvallen met de betaling van de koopprijs. Pas na tenietgaan van het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier wordt het hypotheekrecht van de Inkomende Financier eerste in rang.

Wij vragen ons af of voornoemde situatie, en daarmee de huidige praktijk, voldoende recht doet aan de belangen van de Inkomende Financier. Kan analoge toepassing van de rechtsregels uit Rabobank/Reuser leiden tot een meer gebalanceerde uitkomst voor de positie van de Inkomende Financier en de Uitgaande Financier als hypotheekhouders? Het antwoord op deze vraag zal afhangen van de gevolgen van een splitsing van het eigendomsrecht voor een gevestigd hypotheekrecht ten behoeve van een Uitgaande Financier. Bij dit alles hebben wij een structuur voor ogen waarin de Inkomende Financier een eersterangs hypotheekrecht verkrijgt op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de koper en de Uitgaande Financier een eersterangs hypotheekrecht op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de verkoper. Een Inkomende Financier verkrijgt immers bij voorkeur een eersterangs hypotheekrecht bij uitboeken van de gelden aan diens kredietnemer en niet, zoals in de huidige praktijk gebruikelijk is, een tweederangs hypotheekrecht tot de Uitgaande Financier is afgelost door verkoper. Uiteraard zien wij in dat er haken en ogen aan deze structuur zitten en dat een aantal vragen beantwoord moet worden om te beoordelen of deze structuur juridisch en praktisch mogelijk is.

De eerste vraag die wij in dit artikel beantwoorden, is of de rechtsregels uit Rabobank/Reuser van toepassing zijn op registergoederen en, zo ja, of deze analoog van toepassing zijn op de onderhavige casus,⁵ die immers spiegelbeeldig⁶ is aan de casus die ten grondslag lag aan Rabobank/Reuser (par. 5). Zo ja, dan beantwoorden we de vraag wat het gevolg is van de overdracht van het registergoed onder ontbindende voorwaarde voor het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier (par. 6). Ten slotte beantwoorden we in paragraaf 7 de hoofdvraag van dit artikel: moet de huidige praktijk⁷ worden aangepast teneinde meer recht te doen aan de belangen van de Inkomende Financier? Vóór de beantwoording van deze vragen beschrijven

- 4 Als afhankelijk recht in de zin van art. 3:7 BW zal een hypotheekrecht immers tenietgaan bij voltooiing van de met dat hypotheekrecht verzekerde vordering. Meestal zal sprake zijn van een bankhypotheek, zodat de aflossing van de lening het hypotheekrecht in beginsel niet doet vervallen. Afstand/opzegging van de hypotheek zal nodig zijn.
- 5 Waarin de verkoper eigendom overdraagt onder ontbindende voorwaarde van betaling van de koopprijs en de koper eigendom verkrijgt onder ontbindende voorwaarde, hetgeen voor de koper een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van niet-betaling van de koopprijs oplevert, terwijl voor de verkoper een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van niet-betaling van de koopprijs resteert.
- 6 In de onderhavige casus gaat het immers om de positie van de hypotheekhouder die vóór overdracht onder ontbindende voorwaarde een hypotheekrecht op het onvoorwaardelijke eigendomsrecht van de vervreemder heeft en niet, zoals in Rabobank/Reuser, om de positie van de pandhouder die na overdracht onder opschortende voorwaarde een pandrecht verkrijgt op het voorwaardelijke eigendomsrecht van de verkrijger. Bovendien ging het in Rabobank/Reuser om roerende zaken.
- 7 Waarin het hypotheekrecht van de Inkomende Financier tweederangs is tot en met doorhaling van het eersterangs hypotheekrecht.

M. Broere & M. Heddemma

we wat de Groninger akte inhoudt en hoe hier uitvoering aan wordt gegeven in de praktijk (par. 2). Vervolgens zetten we de belangen van de betrokken financiers uiteen en gaan we in op de behoefte die, naar onze mening, bestaat in de financieringspraktijk (met name aan de zijde van de Inkomende Financier) om de huidige praktijk aan te passen (par. 3). Daarna volgt een korte samenvatting van de rechtsregels die voortvloeien uit Rabobank/Reuser (par. 4).⁸

2 Wat houdt de Groninger akte in en hoe wordt hier uitvoering aan gegeven in de huidige praktijk?

In de hiervoor beschreven situatie hebben verkoper en koper een koopovereenkomst gesloten waarin zij afspraken dat het betreffende registergoed onder ontbindende voorwaarde van niet (volledige) betaling van de koopprijs voor een bepaalde datum wordt overgedragen. In beginsel⁹ hebben, onzes inziens, die koopovereenkomst en de daaruit voortvloeiende leveringsverplichting (de titel) een onvoorwaardelijk karakter, maar verplichten deze tot een voorwaardelijke in plaats van onvoorwaardelijke eigendomsoverdracht.¹⁰ In die zin zit de voorwaardelijkheid dus in de titel die, naar partijbedoeling, verplicht tot voorwaardelijke overdracht en niet in de levering die onvoorwaardelijk is.

Tot het moment dat de koopprijs wordt voldaan door koper, waarmee de Uitgaande Financier wordt voldaan, en bij bankhypotheken, bij het effectief worden van een afstand of opzegging, blijft het betreffende registergoed bezwaard met het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier. De notaris heeft vóór het moment van het passeren van de leveringsakte een (schriftelijke, onherroepelijke) royementsvolmacht in bezit,¹¹ ingevolge waarvan de notaris het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier mag doorhalen na (terug)betaling van (het aan het betreffende registergoed gealloceerde deel van) de lening, rente en provisies en (*break*)kosten. Die (terug)betaling aan de Uitgaande Financier zal (grotendeels) worden gedaan van de koopprijs die door de koper op de kwaliteitsrekening van de notaris wordt gestort op de afgesproken datum. Het betreffende registergoed wordt dus op leveringsdatum bezwaard overgedragen. De Uitgaande Financier zal doorgaans, uit

8 We gaan ervan uit dat de feiten die ten grondslag lagen aan Rabobank/Reuser in voldoende mate bekend zijn bij de lezer.

9 Partijen kunnen hiervan afwijken.

10 Zo ook (in de context van overdracht onder opschortende voorwaarde; eigendomsvoorbehoud) N.E.D. Faber, Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht (Onderneming en Recht, deel 7), Deventer: Kluwer 1997, p. 181, M.H.E. Rongen, Beschikken over de eigendomsverwachting bij voorbehouden eigendom, in: F. Beekhoven van den Boezem, G. Bergervoet & F. Verstijlen (red.), Groninger zekerheid. Liber amicorum Wim Reehuis, Deventer: Kluwer 2014, p. 304-305, W.H.M. Reehuis, Overdracht (Mon. BW nr. B6a), Deventer: Kluwer 2010, nr. 102, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/239 en Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/522. Anders: J.A.J. Peter, Levering van roerende zaken (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 133 e.v., Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006/223 en E.F. Verheul, Eigendomsvoorbehoud (Rechtswenschappelijke publicaties; diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par 4.5.

11 Zie de verplichting hiertoe van de notaris volgend uit het Reglement royementen van de KNB van 14 juli 2010.

De financiering van 'Groninger akte'-transacties na het arrest Rabobank/Reuser

hoofde van zijn kredietovereenkomst met verkoper en/of op grond van het bepaalde in de hypotheekakte, dienen in te stemmen¹² met een dergelijke overdracht.¹³

Met inachtneming van het *nemo plus*-beginsel (en in de regel¹⁴ na instemming van de eersterangs hypotheekhouder) kan de koper zijn onder ontbindende voorwaarde verkregen (met hypotheekrecht ten gunste van de Uitgaande Financier bezwaarde) eigendomsrecht na levering, maar vóór betaling van de koopprijs, bezwaren met een tweederangs hypotheekrecht ten gunste van de Inkomende Financier, hetgeen normaliter een voorwaarde zal zijn voor opname van de lening van de Inkomende Financier. Doorgaans zal de verkrijger onder ontbindende voorwaarde (de koper) vanaf leveringsdatum ook gerechtigd zijn tot de vruchten van het registergoed (i.e. eventuele huurinkomsten).¹⁵ In de tijdspanne tussen het moment van levering en het moment waarop de Uitgaande Financier volledig is voldaan, verliest verkoper daarmee zijn voornaamste (zo niet enige) bron van inkomsten. Nu verkoper gedurende deze periode wel aflossings- en/of renteverplichtingen zal hebben onder de kredietovereenkomst met de Uitgaande Financier, zal laatstgenoemde niet snel geneigd zijn om (zonder meer¹⁶) in te stemmen met een voorwaardelijke overdracht van het registergoed ondanks instandhouding van het eersterangs hypotheekrecht. Denkbaar is dat verkoper en koper voor de tussenliggende periode met elkaar afspreken dat koper de huren weliswaar int, maar rentebetalingverplichtingen van verkoper (direct of indirect) daaruit voldoet aan de Uitgaande Financier. Deze verplichting kan tevens, ter versterking van de positie van verkoper en de Uitgaande Financier, als aanvullende ontbindende voorwaarde worden neergelegd in de Groninger akte.¹⁷

Als de ontbindende voorwaarde – door tijdige en volledige betaling van de koopprijs – vervalt,¹⁸ wordt de koper onvoorwaardelijk eigenaar van het registergoed, wordt het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier doorgehaald (na afstand/opzegging) en het hypotheekrecht van de Inkomende Financier eerste in rang, en groeit het object van het hypotheekrecht uit tot onvoorwaardelijke eigendom. De notaris schrijft in dat geval een akte houdende kwijting en constatering verval van de ontbindende voorwaarde in (in de openbare registers van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers; hierna: het Kadaster).¹⁹

12 Naast instemming onder overdrachtsbeperkingen en bezwaringsbeperkingen uit de kredietovereenkomst en/of hypotheekakte kan worden gedacht aan potentiële impact van de (voorwaardelijke) overdracht op financiële convenanten als de *Projected Interest Cover* en de *Loan to Value*.

13 Wij gaan in dit artikel niet in op de notariële beroepsregels omtrent het handelen van de notaris bij zijn dienstverlening ten aanzien van de overdracht van een bezwaard registergoed.

14 In de praktijk zal een notaris bij het verlenen van zijn ambt voor het leveren van een bezwaard registergoed instemming vragen aan de eersterangs hypotheekhouder.

15 Vgl. art. 5:1 lid 3 BW.

16 Denk aan het stellen van aanvullende zekerheid, zoals een concerngarantie of het in depot storten (op de kwaliteitsrekening van de notaris of een geblokkeerde rekening aangehouden bij de Uitgaande Financier) van het totaalbedrag aan betalingsverplichtingen die opeisbaar worden in de periode tussen leveringsdatum en datum waarop de koopprijs voldaan dient te worden.

17 R.A. Bol, *De Groninger akte: een lust of een last?*, WPNR 2011, afl. 6895.

18 Door storting van de koopsom op de kwaliteitsrekening van de notaris.

19 Ex art. 3:17 lid 1 sub c BW.

M. Broere & M. Heddema

Als de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat, valt het eigendomsrecht (nog steeds bezwaard met het (eersterangs) hypotheekrecht van de Uitgaande Financier, het (tweederangs) hypotheekrecht van de Inkomende Financier vervalt) van rechtswege weer terug in het vermogen van de verkoper²⁰ en zal de notaris een akte houdende constatering in vervulling gaan ontbindende voorwaarde inschrijven in het Kadaster.²¹ Het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht,²² maar wel goederenrechtelijke werking.²³ Door het gebrek aan terugwerkende kracht, komt de rechtsgrond voor de verbintenis tot betaling van de koopprijs niet te vervallen. Om dit te bewerkstelligen zullen de koopovereenkomst die verplicht tot levering enerzijds en betaling van de koopprijs anderzijds door middel van een aparte handeling van verkoper moeten worden ontbonden op grond van wanprestatie van koper en kan verkoper in verband daarmee eventueel een schadevergoedingsvordering instellen.²⁴ Het hypotheekrecht van de Inkomende Financier gaat teniet door tenietgaan van het recht waaruit het afgeleid is.²⁵

3 Wat zijn de belangen van de betrokken financiers?

In de door ons beschreven situatie, zijn twee financiers betrokken: de Uitgaande Financier en de Inkomende Financier. Zij hebben tegengestelde belangen. De Uitgaande Financier wil zijn hypotheekrecht pas vrijgeven na voldoening van (het aan het betreffende registergoed gealloceerde deel van) de verzekerde (betalings)verplichtingen. Dat is op zijn vroegst op het moment waarop de notaris de betreffende gelden op zijn kwaliteitsrekening houdt voor de Uitgaande Financier²⁶ en op zijn laatst wanneer de Uitgaande Financier (schriftelijk) bevestigt heeft de gelden te hebben ontvangen.²⁷ De Inkomende Financier wil de lening pas aan de koper ter beschikking stellen als de verplichtingen onder de lening verzekerd zijn met een (in beginsel eersterangs) hypotheekrecht ten gunste van de Inkomende Financier. Dit zal doorgaans dan ook gelden als (opschortende) voorwaarde voor het verstrekken van de lening of zelfs het aangaan van de daaraan ten grondslag liggende kredietovereenkomst. Dat leidt tot een patstelling tussen de Uitgaande en Inkomende Financier: het geld verstrekt door de Inkomende Financier is nodig om de Uitgaande Financier af te lossen en dus om diens hypotheekrecht teniet te doen gaan. Tot dat moment is het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier eersterangs en het hy-

20 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/20b.

21 Zie art. 3:17 lid 1 sub c BW.

22 Art. 3:38 lid 2 BW.

23 Art. 3:84 lid 4 BW.

24 Ex art. 6:265 BW. Dit kan anders zijn indien de koopovereenkomst wel onderworpen was aan een ontbindende voorwaarde ter zake van gereed krijgen door koper van de financiering daarvoor (het zogeheten financieringsvoorbehoud), maar dit zal doorgaans niet het geval zijn in de huidige markt.

25 Art. 3:81 lid 2 sub a BW.

26 Dit zal conform de beroepsregels van de notaris niet zijn dan nadat hij (ten minste) een werkdag na inschrijving van de leveringsakte in de openbare registers van het Kadaster zijn narecherche heeft kunnen verrichten en daaruit geen bijzonderheden volgden (bijv. een eerdere levering of (faillissements)beslag).

27 Welk moment acceptabel is voor partijen wordt per transactie bepaald.

potheekrecht van de Inkomende Financier tweederangs. In de huidige vastgoed-financieringspraktijk is het gebruikelijk dat de Uitgaande Financier zijn hypotheekrecht pas vrijgeeft op het moment dat hij is afgelost.²⁸ Dit zal op zijn vroegst de ochtend na inschrijving van de akte van levering in het Kadaster zijn, mits de akte van levering voor 15.00 uur²⁹ op een werkdag is aangeboden ter registratie, de volgende dag tevens een werkdag is en er geen bijzonderheden volgen uit de narecherche. Die praktijk is niet beperkt tot de situatie waarin de Groninger akte wordt gebruikt. De huidige praktijk beslecht de voornoemde patstelling daarmee in het voordeel van de Uitgaande Financier. Door de hierna te vermelden notarisbrief en het gebruikmaken van een notariële kwaliteitsrekening worden in de praktijk de risico's ondervangen. Niettemin vragen wij ons af of die praktijk voldoende recht doet aan de belangen van de Inkomende Financier.

Deze praktijk leidt met name bij niet-Nederlandse financiers (zijnde partijen die niet of minder bekend zijn met het Nederlandse goederenrechtelijke stelsel, kadastrale systeem en marktgebruik) tot weerstand, waarbij de focus ligt op de vraag (i) waarom zij als Inkomende Financier geen eersterangs zekerhedenpositie (kunnen) verkrijgen op het moment van uitboeken van de gelden (of zelfs al bij het aangaan van de kredietovereenkomst³⁰) en (ii) hoe risico's voor de Inkomende Financier in het kader daarvan worden afgedekt. Ter beperking van die risico's worden meestal de op en rond *closing* van de transactie, met name door de notaris, te nemen stappen uitgebreid (in chronologische volgorde) beschreven in een zogenaamde notarisbrief, aangevuld met afspraken omtrent wanneer gesproken kan worden van een succesvolle closing en wat er gebeurt als closing om welke reden dan ook niet als succesvol moet worden geacht.³¹ Met het oog op deze weerstand gaan wij ervan uit dat indien het mogelijk is om bij een 'Groninger akte'-transactie wel een eersterangs hypotheekrecht te vestigen ten gunste van de Inkomende Financier, zij het op een voorwaardelijk eigendomsrecht, dit de (sterke) voorkeur van deze partij zal hebben. We zullen zien dat de Uitgaande Financier hier dan wel zijn medewerking aan dient te verlenen. Het is daarbij wat ons betreft te makkelijk om de in dit artikel voorgestelde structuur al af te wijzen met het standpunt dat een Uitgaande Financier geen reden heeft om mee te werken aan een eersterangs hypotheekrecht voor een Inkomende Financier. De Uitgaande Financier moet immers

28 Soms is de Uitgaande Financier bereid om zijn hypotheekrecht vrij te geven op een eerder moment, namelijk het moment dat de notaris de op zijn kwaliteitsrekening gestorte gelden (althans het relevante deel daarvan) gaat houden voor rekening van de Uitgaande Financier (i.e. het moment dat uit de narecherche is gebleken dat levering heeft plaatsgevonden zoals beoogd en zonder tussentijds gelegde (faillissements)beslagen of eerdere inschrijvingen).

29 Het Kadaster hanteert 15.00 uur als uiterste tijdstip waarvoor in te schrijven akten moeten zijn aangeboden. Wordt een akte later aangeboden ter inschrijving, dan zal deze per 9.00 uur op de eerstvolgende werkdag als ingeschreven worden geacht.

30 Op welk moment het object immers in dit soort 'Groninger Akte'-transacties doorgaans al voorwaardelijk zal zijn overgedragen aan de verkrijger door middel van een onvoorwaardelijke levering en de verkrijger onder ontbindende voorwaarde dit (voorwaardelijk) eigendomsrecht dus reeds heeft verkregen.

31 Het gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten om daar nader op in te gaan. Zie bijv. P.H.N. Quist & D.J.S. Meijeren, *Gelijk oversteken: de notary letter in transacties, delen I en II*, TOP 2020/154, p. 279.

M. Broere & M. Heddemma

worden afgelost met gelden geleend van de Inkomende Financier en bij iedere transactie moeten risico's gealloceerd worden en een gebalanceerd standpunt worden gevormd over de positie van alle betrokken partijen.

4 Rechtsregels Rabobank/Reuser

In Rabobank/Reuser heeft de Hoge Raad aanvaard dat een koper onder eigendomsvoorbehoud een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft dat uitgroeit tot volle eigendom na betaling koopprijs. Zolang de voorwaarde niet is vervuld, is zowel de vervreemder als de verkrijger voorwaardelijk eigenaar (de vervreemder onder ontbindende voorwaarde en de verkrijger onder opschortende voorwaarde) en is hun beider beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de desbetreffende zaken dienovereenkomstig beperkt. De verkrijger onder eigendomsvoorbehoud kan zijn voorwaardelijk eigendomsrecht dan ook slechts onder diezelfde voorwaarde vervreemden of bezwaren (art. 3:84 lid 4 Burgerlijk Wetboek (BW)), op de wijze voorzien voor de levering, respectievelijk bezwaring van de zaken zelf. Wordt een pandrecht, overeenkomstig het bepaalde in art. 3:236 lid 1 of art. 3:237 lid 1 BW, op het voorwaardelijk eigendomsrecht gevestigd, dan ontstaat met voltooiing van de vestigingshandeling een onvoorwaardelijk pandrecht op het voorwaardelijk eigendomsrecht.³² Een door de schuldenaar vóór zijn faillissement gevestigd pandrecht op een voorwaardelijk eigendomsrecht als bedoeld in art. 3:92 lid 1 BW, dient te worden aangemerkt als een onvoorwaardelijk pandrecht op een bestaand goed, waarvan de vestiging reeds is voltooid voordat het faillissement intreedt. Derhalve zijn geen nadere beschikkingshandelingen van de schuldenaar meer nodig. Dit brengt mee dat art. 35 lid 1 en 2 van de Faillissementswet (Fw)³³ in zodanig geval toepassing missen.³⁴ Door betaling van de koopprijs, komt het onvoorwaardelijke pandrecht te rusten op de volle eigendom.

In Rabobank/Reuser heeft de Hoge Raad de discussie over de positie van de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud beslist en de voordien reeds in de literatuur ontwikkelde dualistische of splitsingsleer³⁵ aanvaard. Bij een overdracht onder opschortende voorwaarde, zoals een overdracht onder eigendomsvoorbehoud wettelijk wordt vermoed te kwalificeren behoudens andersluidend beding,³⁶ verkrijgt de koper terstond een eigendomsrecht dat aan diezelfde voorwaarde onder-

32 R.o. 4.2.3.

33 Art. 35 lid 1 bepaalt dat leveringen door een schuldenaar niet meer kunnen plaatsvinden indien na faillietverklaring nog een of meerdere handelingen daartoe moeten worden verricht. lid 2 voegt hieraan toe dat bij voorbaat geleverde goederen tevens in beginsel in de boedel vallen, indien zo'n goed eerst na aanvang van de dag (i.e. 00.00 uur) van faillietverklaring wordt verkregen. Deze leden vormen een uitwerking van het fixatiebeginsel dat is neergelegd in art. 23 Fw.

34 R.o. 4.2.5.

35 Zie voor een overzicht van de aanhangers en opvattingen van deze en de monistische leer Asser/Van Mierlo, Mijnsen & Van Velten 3-VI* 2010/550 en de conclusie van A-G Rank Berenschot bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, NJ 2016/290 (Rabobank/Reuser).

36 Zie art. 3:92 lid 1 BW.

hevig is,³⁷ terwijl de verkoper een eigendomsrecht behoudt onder ontbindende voorwaarde van betaling van de koopprijs. Met andere woorden, wordt het eigendomsrecht gesplitst in twee voorwaardelijk eigendomsrechten die complementair zijn. Beide voorwaardelijke eigendomsrechten zijn direct voor beschikking vatbaar, maar de beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de zaak is wel beperkt door en hangende de voorwaarde (dit volgt uit het *nemo plus* beginsel). Er ontstaat aldus geen gemeenschap/mede-eigendom. Wij kunnen ons goed vinden in de uitkomst en motivatie van het arrest door de Hoge Raad en A-G Rank-Berenschot (hierna: A-G) in haar conclusie bij het arrest. Een uitgebreide (dogmatische) analyse van de uitkomst en de motivatie van het arrest alsmede de wijze van uitwinning van een zekerheidsrecht op een dergelijk voorwaardelijk eigendomsrecht (waarop in het arrest niet wordt ingegaan), laten wij hier achterwege.³⁸ Wij zullen hierna enkel ingaan op de toepassing van deze rechtsregels op de onderhavige situatie.

5 Toepassing Rabobank/Reuser op de onderhavige situatie

5.1 Zijn de rechtsregels uit Rabobank/Reuser van toepassing op registergoederen?

In de literatuur is breed aanvaard dat de rechtsregel uit Rabobank/Reuser ook toepasbaar is op de overdracht onder opschortende voorwaarde van registergoederen.³⁹ Daarbij stelt Smelt de vraag aan de orde of een dergelijke erkenning voor de rechtspraktijk toegevoegde waarde heeft. De reden voor erkenning van het overdraagbare vermogensrecht van de verkrijger van een roerende zaak onder eigendomsvoorbehoud, lijkt, volgens Smelt, met name gelegen te zijn in het belang van die verkrijger om de economische waarde die in zijn positie besloten ligt beter te kunnen benutten. Bij de voorwaardelijke overdracht van registergoederen lijkt dit belang niet telkens in diezelfde mate aanwezig te zijn, volgens Smelt.⁴⁰ Wij menen dat dit belang in de onderhavige situatie wel degelijk aanwezig is. Verkrijgers onder

37 Er zal in een zodanig geval immers onvoorwaardelijk zijn geleverd door een beschikkingsbevoegde uit hoofde van een onvoorwaardelijke verbintenis daartoe die verplicht tot voorwaardelijke overdracht; vgl. de eisen van art. 3:84 lid 1 BW.

38 Zie hiertoe bijv. T.H.D. Struycken, Financiering van een koper onder eigendomsvoorbehoud, Bb 2016/53; M.H.E. Rongen, annotatie bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, Ondernemingsrecht 2017/37; B.A. Schuijling, Pandrecht op voorwaardelijke eigendom: een volwaardige zekerheid?, RMThemis 2017, afl. 1, p. 18-26; A.H. Scheltema, Eigendomsvoorbehoud, verpandingen en voorwaardelijk eigendomsrecht. De grens tussen goederenrecht en verbintenissenrecht en mogelijke toepassingen (Rabobank/Reuser), MvV 2017, afl. 3, p. 94-103; HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, JOR 2016/287, m.nt. N.E.D. Faber en S.C.J.J. Kortmann; E.F. Verheul, Hoe harmonieus is de verhouding tussen verkoper en pandhouder na Rabobank/Reuser?, Tvi 2017/10 en Rongen 2014, p. 312 e.v.

39 Rongen 2014, p. 315; M.H.E. Rongen, annotatie bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, Ondernemingsrecht 2017/37, p. 223; A.A.J. Smelt, Het voorwaardelijke eigendomsrecht, WPNR 2017, afl. 7149, voetnoot 21; L.A.G.M. van der Geld, I. Visser & I.C.A. Verstappen, Een alternatieve werkwijze voor de overdracht van onroerende zaken, WPNR 2016, afl. 7118; Scheltema 2017, par. 7; H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, Vastgoedtransacties. Overdracht, Den Haag: Boom juridisch 2019, par. 268; N.E.D. Faber en S.C.J.J. Kortmann, annotatie bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, JOR 2016/287; P.A. Stein, Huurkoop van onroerende zaken – verleden en toekomst, WPNR 2017, afl. 7137, par. 9; J.C. van Straaten, Eigendom onder opschortende voorwaarde: een slapend recht, maar wel een recht, JBN 2016/39, par. 6 en 7.

40 A.A.J. Smelt, Het voorwaardelijk eigendomsrecht, WPNR 2017, afl. 7149, par. 8.

opschortende voorwaarde van registergoederen zullen immers ook belang (kunnen) hebben bij het terstond verkrijgen van een voorwaardelijk eigendomsrecht dat direct verzilverbaar is en bezwaard kan worden met een hypotheekrecht ten gunste van hun financiers in plaats van een enkele eigendomsverwachting. Dit is bovendien een hypotheekrecht dat van rechtswege (zonder nadere (leverings)handelingen) uitgroeit tot een eersterangs hypotheekrecht op de onvoorwaardelijke eigendom bij het vervuld raken van de opschortende voorwaarde (een eventueel faillissement, latere beschikking of wilswijziging kan dat niet meer doorkruisen). Overigens zij erop gewezen dat de A-G in haar conclusie bij het arrest nu juist een belangenafweging (tussen de financier enerzijds en de boedel/overige schuldeisers anderzijds) afwijst en de rechtsvraag op haar merites beantwoordt.⁴¹ Bovendien maakt art. 3:84 lid 4 BW geen onderscheid tussen verschillende goederen.

Onzes inziens, is er – gelet op de onderbouwing die door de Hoge Raad (en in de literatuur) aan de figuur van de eigendom onder opschortende voorwaarde is gegeven – geen reden om aan te nemen dat de rechtsfiguur van het voorwaardelijk eigendomsrecht niet tevens van toepassing zou kunnen zijn op registergoederen. Denkbaar zou zijn dat de rechtszekerheid met zich brengt dat twee, naast elkaar bestaande, voorwaardelijke eigendomsrechten op onroerende zaken/registergoederen onaanvaardbaar zouden zijn. Echter, deze informatie zou met betrekking tot een voorwaardelijk recht op een registergoed evengoed moeten kunnen blijken uit het Kadaster, als gevolg van een daar ingeschreven aankomsttitel (gelijk aan bijvoorbeeld een andere gebruikelijke bezwaring of beperking of een voorwaardelijk recht van een (huur)koper⁴²).

5.2 *Kunnen de rechtsregels uit Rabobank/Reuser analoog worden toegepast op de onderhavige casus?*

In de literatuur is de stelling verdedigd dat de rechtsregels van het arrest Rabobank/Reuser onverkort kunnen worden toegepast op de overdracht onder ontbindende voorwaarde.⁴³ Wij zijn van mening dat die stelling past in het systeem van de wet. In dat geval behelst de rechtspositie van de *vervreemder*, hangende de voorwaarde, een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, terwijl de verkrijger een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde toekomt.⁴⁴ Zowel het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de verkrijger als het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de vervreemder kan worden bezwaard

41 R.o. 2.7.

42 Vgl. de Vormerkung ex art. 7:3 BW en de bescherming van de huurkoper van een onroerende zaak door inschrijving van zijn voorwaardelijk recht in het Kadaster ex art. 7:104 lid 1 BW. Hierover uitvoerig: H.W. Heyman & S.E. Bartels, Toepassingsbereik en derdenwerking in de nieuwe regeling van huurkoop onroerende zaken, WPNR 2017, afl. 7143.

43 M.H.E. Rongen, annotatie bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, Ondernemingsrecht 2017/37, p. 223, J. Hijma & M.M. Olthof, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 133; K.W.C. Geurts & V. Tweehuysen, Nogmaals Rabobank/Reuser en de fiscus, FIP 2019, afl. 7, voetnoot 9; Scheltema 2017, par. 7; N.E.D. Faber en S.C.J.J. Kortmann, annotatie bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, JOR 2016/287.

44 Uit HR 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0171, NJ 1992/605 (Veenendaal q.q./Hogeslag) volgt niet anders, aldus Rongen in Ondernemingsrecht 2017/37. Zie ook Verheul 2018, par. 8.2.5.

met een beperkt recht, en wel op dezelfde wijze als waarop ook de zaak zelf kan worden bezwaard.⁴⁵ In navolging van het voorgaande menen wij dat de rechtsregels van Rabobank/Reuser ook op de onderhavige casus van toepassing zijn.

Interessant is nog hoe de beide voorwaardelijk eigenaars zich tot elkaar verhouden wat betreft de aan het (volle) eigendomsrecht verbonden gebruiks- en genotsrechten. In haar conclusie bij Rabobank/Reuser, merkt de A-G op dat de aanvaarding van de splitsingsleer niet met zich brengt dat uit het eigendomsrecht voortvloeiende gebruiks- en genotsrechten (de A-G spreekt van actieve eigenaarsbevoegdheden, die overigens niet nader gespecificeerd worden) tevens worden gesplitst tussen de voorwaardelijk eigenaars. Hierop stuit dan ook af het door het hof aangehaalde argument tegen de aanvaarding dat de koper onder eigendomsvoorbehoud een onmiddellijk voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt waarover hij kan beschikken, dat eigendom als het meest omvattende recht dan aan twee gerechtigden zou toekomen.⁴⁶ Het meest omvattende recht wordt immers alleen uitgeoefend door de eigenaar onder ontbindende voorwaarde. Er is aldus maar één 'werkend' eigendomsrecht.⁴⁷ Dit is wat ons betreft inderdaad de benadering die het meest recht doet aan de figuur van het eigendomsrecht⁴⁸ en de verhouding tussen de voorwaardelijk eigenaars (waarbij de eigenaar onder opschortende voorwaarde pas het effectief eigendomsrecht verkrijgt bij het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde).⁴⁹ Hierover zullen overigens in de praktijk doorgaans afspraken worden gemaakt door de voorwaardelijk eigenaars, die worden vastgelegd in de Groninger akte.⁵⁰

45 Smelt 2017, par. 5.3. Smelt verwijst naar HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0766, NJ 1990/252 (Puinbreekinstallatie) en Reehuis 2013/53.

46 Deze argumentatie gaat uit van de in de literatuur ontwikkelde monistische leer. Aanhangers van deze leer betogen dat een verkrijger van een onder eigendomsvoorbehoud geleverde roerende zaak niet meer dan een eigendomsverwachting verkrijgt, waarover hij niet (in goederenrechtelijke zin) kan beschikken. Deze leer leek vooral te zijn gestoeld op de toepassing van art. 5:1 en 3:84 lid 3 BW, die zich zouden verzetten tegen een splitsing van eigendom, dat immers het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben. Laatstgenoemde bepaling keert zich tegen rechtshandelingen waarbij de uit een recht voortvloeiende bevoegdheden in de vorm van een 'overdracht' op andere wijze over de betrokkenen zouden worden verdeeld dan door de wet of het stelsel van de wet wordt toegelaten (zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 319). Zie over deze leer ook uitgebreider de conclusie van de A-G vanaf r.o. 2.13.

47 Conclusie A-G, r.o. 2.27. Zie ook Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 242, Rongen 2014, p. 313 en Verstijlen in zijn noot (NJ 2016/290) onder nr. 7. Anders: N.E.D. Faber en S.C.J.J. Kortmann, annotatie bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, JOR 2016/287.

48 Als meestomvattend recht dat een persoon kan hebben met betrekking tot een zaak alsmede in het licht van art. 3:84 lid 3 BW.

49 Zie anders bijv. Scheltema 2017, die in een kritische kanttekening bij het arrest het vanuit de structuur van de wet zuiverder acht om het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde aan te merken als beperkt(er) recht dat is afgeleid uit het eigendomsrecht, en Schuijling 2017, par. 2.2.

50 De Groninger Akte zal regelingen bevatten voor de periode hangende de voorwaarde, zoals: voor wiens rekening de baten en lasten van het registergoed komen, of/in hoeverre de verkrijger de gedaante en/of inrichting van het registergoed mag aanpassen, en op welke wijze huren worden geïnd en eventueel nieuwe huurovereenkomsten worden gesloten.

6 Gevolg van de overdracht van het registergoed onder ontbindende voorwaarde voor het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier

In het navolgende onderzoeken wij wat een ‘splitsing’ van eigendom van een registergoed als gevolg van een overdracht onder ontbindende voorwaarde betekent voor het daarop rustende hypotheekrecht ten gunste van de Uitgaande Financier. De wet noch de jurisprudentie biedt uitkomst over die vraag. Ook in de literatuur is hier nauwelijks aandacht aan geschonken. Op basis van een artikel van Booms, dat handelt over de gevolgen van een kwantitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten,⁵¹ zijn naar onze mening de volgende scenario’s in de voorliggende casus⁵² het beste denkbaar.⁵³

In het eerste scenario gaat het gevestigde beperkte recht teniet omdat het eigendomsrecht tenietgaat en wordt vervangen door twee nieuwe voorwaardelijke eigendomsrechten.⁵⁴ Dit scenario komt ons niet logisch voor, nu volledige, onvoorwaardelijke overdracht van het eigendomsrecht het beperkte recht onverlet laat (goederenrechtelijk gevolg) en er geen reden lijkt om bij een gedeeltelijke of voorwaardelijke overdracht anders te oordelen. Tot een dergelijke conclusie kom je wat ons betreft ook niet door te stellen dat het oude eigendomsrecht tenietgaat en wordt vervangen door twee nieuwe voorwaardelijke eigendomsrechten. Het eigendomsrecht wordt weliswaar gesplitst, maar die twee voorwaardelijke eigendomsrechten zijn complementair en vormen tezamen het volledige eigendomsrecht. De gevolgtrekking dat er in feite twee nieuwe eigendomsrechten ontstaan, verhoudt zich daar naar onze mening niet mee. Een andere conclusie zou overigens ook weinig bevredigend zijn, nu dit scenario geenszins rekening houdt met de belangen van de beperkt gerechtigde. Dat een eigenaar op deze wijze zich zou kunnen ontdoen van een beperkt gerechtigde, buiten de macht van die laatstgenoemde, past ten slotte ook niet in het wettelijk systeem.

In het tweede scenario behoudt de Uitgaande Financier zijn hypotheekrecht op de volle eigendom en kan de latere splitsing van het eigendomsrecht niet aan hem worden tegengeworpen, als gevolg waarvan de Uitgaande Financier zijn hypotheekrecht kan uitoefenen als had de splitsing niet plaatsgevonden. Deze oplossing

51 Zie T.E. Booms, Gevolgen van kwantitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten, NTBR 2015/44. Booms onderscheidt kwantitatieve splitsing van kwalitatieve splitsing. Het eerste ziet volgens hem, kort gezegd, op de situatie dat een goed juridisch of fysiek wordt gesplitst/in stukjes gehakt. Kwalitatieve splitsing ziet op de afsplitsing van een deel van de bevoegdheden van een rechthebbende van een goed door de vestiging van een beperkt recht op dat goed. De in dit artikel behandelde splitsing als gevolg van voorwaardelijke overdracht van een goed dient van voornoemde wijzen van splitsing te worden onderscheiden en is beter aan te duiden, in de terminologie van Struycken, als een temporele splitsing (zie T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 549).

52 Booms noemt in zijn artikel zeven mogelijke oplossingen voor de vraag wat er gebeurt met een beperkt recht als het moederrecht in kwantitatieve zin wordt gesplitst. Wij benoemen enkel de oplossingen die naar onze mening van toepassing kunnen zijn op de onderhavige casus.

53 Zie ook V. Tweehuysen, Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht, O&R 2016, nrs. 149-152.

54 Ingevolge art. 3:8 jo. art. 3:81 lid 2 sub a BW.

past in het systeem van de wet,⁵⁵ nu die lijkt aan te sluiten bij het goederenrechtelijke prioriteitsbeginsel,⁵⁶ en behartigt voorts de belangen van de Uitgaande Financier,⁵⁷ hetgeen gerechtvaardigd lijkt vanuit de optiek dat de Uitgaande Financier in beginsel buiten de splitsing staat. Dit scenario doet echter een soort relatieve eigendomssituatie ontstaan waarbij een driepartijenverhouding tot stand komt: één eigenaar van het registergoed onder ontbindende voorwaarde (koper), één eigenaar van het registergoed onder opschortende voorwaarde (verkoper) en één beperkt gerechtigde (de Uitgaande Financier) die er bij de uitoefening van zijn recht van mag uitgaan dat zijn recht nog steeds rust op onvoorwaardelijke (ongesplitste) eigendom. Dat is wat ons betreft systematisch onwenselijk (een belangrijk kenmerk van (voorwaardelijke) eigendom is immers dat deze in die zin absoluut is dat het bestaan ervan jegens eenieder kan worden ingeroepen) en daarmee iets wat zo veel mogelijk voorkomen zou moeten worden.

In het derde scenario splitst, als gevolg van de splitsing van het eigendomsrecht, het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier zich in (i) een onvoorwaardelijk hypotheekrecht op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van verkoper en (ii) een onvoorwaardelijk hypotheekrecht op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van koper. Dit scenario sluit aan bij het beginsel van goederenrechtelijk gevolg.⁵⁸ Tegen dit scenario kan worden aangevoerd dat de rechtspositie van de beperkt gerechtigde kan verzwakken als gevolg van de splitsing; bijvoorbeeld doordat hij in geval van uitwinning zijn hypotheekrecht op twee eigendomsrechten moet uitwinnen om de volle eigendom over te kunnen dragen aan een executiekoper.⁵⁹ Daardoor kan een afkoelingsperiode⁶⁰ of termijnstelling⁶¹ in geval van faillissement van zowel de verkoper als de koper de executie bemoeilijken. Dat is in het tweede scenario waarschijnlijk niet het geval, nu in dat geval de *voorwaardelijkheid* van de overdracht aan de verkrijger de hypotheekhouder niet kan worden tegengeworpen.⁶² Daardoor is in beginsel alleen het risico van faillissement van de *verkrijger* van belang voor de Uitgaande Financier.

Voor zowel het tweede als het derde scenario zijn aldus aanknopingspunten te vinden in het systeem van de wet. Ondanks dat de Uitgaande Financier nadeel kan

55 Booms stelt tevens dat dit scenario lijkt aan te sluiten bij hetgeen ten aanzien van splitsing van een dienend erf bij een erfdiensbaarheid is bepaald in art. 5:76 lid 2 BW. Alhoewel het resultaat van de bepaling hier inderdaad bij aan lijkt te sluiten (i.e. de houder van de erfdiensbaarheid kan zijn recht blijven uitoefenen als had de splitsing niet plaatsgevonden), lijkt de tekst van voornoemde bepaling echter te suggereren dat de erfdiensbaarheid zich splitst over de twee dienende erven.

56 Voor registergoederen wettelijk verankerd in art. 3:21 BW.

57 Het recht van de Uitgaande Financier blijft exact hetzelfde. Daarmee worden de belangen van de partij die buiten de splitsing staat beschermd.

58 Wordt het moederrecht overgedragen, dan blijft het beperkte recht erop rusten.

59 Zie Booms 2015, par. 4. Booms stelt dat zolang de beperkt gerechtigde er niet op achteruitgaat hij niet betrokken hoeft te worden. Hij geeft geen nadere invulling aan die betrokkenheid, maar geeft als voorbeeld van een situatie waarin de beperkt gerechtigde erop achteruit zou gaan, het naar beneden bijstellen van het maximumbedrag waarvoor een hypotheekrecht kan worden uitgewonnen.

60 Art. 63a Fw.

61 Art. 58 lid 1 Fw.

62 De overdracht als zodanig echter wel, zij het met inachtneming van de *nemo plus*-regel (het registergoed blijft bezwaard met hypotheek).

M. Broere & M. Heddemma

ondervinden van een zodanige splitsing van zijn hypotheekrecht, zijn wij – in lijn met wat Booms verdedigt met betrekking tot kwantitatieve splitsing van met een beperkt recht bezwaard goed – van mening dat het derde scenario de voorkeur verdient. Ons meest zwaarwegende argument hiervoor is (zoals eerder genoemd) dat het tweede scenario leidt tot een vorm van relativering van de voorwaardelijke eigendomsrechten van de vervreemder en de verkrijger (hetgeen wij systematisch onwenselijk vinden), terwijl de belangen van de beperkt gerechtigde onzes inziens in het derde scenario voldoende gewaarborgd zijn door het goederenrechtelijk gevolg. Bovendien is het de vraag of de prioriteitsregel met betrekking tot het onderhavige geval meer met zich brengt dan het *droit de suite*. De Uitgaande Financier kan immers in beginsel door uitwinning van beide eigendomsrechten aan een executiekoper de volle eigendom verschaffen. Hierbij verdient opmerking dat de door ons voorgestelde constructie enkel werkt bij toepassing van het derde scenario, nu bij toepassing van het tweede scenario voor de hypotheekhouder geldt dat hij één hypotheekrecht heeft op onvoorwaardelijke eigendom. Daardoor kun je in het tweede scenario niet toekomen aan afstand c.q. opzegging of rangwisseling⁶³ van het hypotheekrecht op de eigendom onder ontbindende voorwaarde en behoud van een hypotheekrecht op de eigendom onder opschortende voorwaarde.

7 Aanpassing van de huidige praktijk

Zoals te doen gebruikelijk zal de theorie pas in praktijk worden gebracht nadat de Hoge Raad zich expliciet over de rechtsvragen heeft uitgelaten die wij behandelden in paragraaf 5 en 6. Tot de Hoge Raad duidelijkheid verschaft over de mogelijkheid en gevolgen van de toepassing van Rabobank/Reuser op de onderhavige situatie zal een Uitgaande Financier waarschijnlijk niet zonder meer bereid zijn om mee te werken aan een dergelijke constructie⁶⁴ en blijft het onderhavige een vooral theoretische discussie. Dat neemt niet weg dat de voorliggende hoofdvraag beantwoordt verdient: zou de huidige praktijk⁶⁵ kunnen worden aangepast teneinde meer recht te doen aan de belangen van de Inkomende Financier?

De Inkomende Financier komt pas in beeld op het moment dat de koper de gelden nodig heeft om de koopprijs te voldoen. Bij gebruik van de Groninger akte valt dat moment niet samen met het moment van levering en overdracht. Op het moment dat de koopprijs door koper (dan wel de Inkomende Financier) wordt voldaan door storting op de kwaliteitsrekening van de notaris, vervalt de ontbindende voorwaarde waaronder het registergoed was overgedragen aan koper. Daarmee is de koper vanaf dat moment onvoorwaardelijk eigenaar van het registergoed. De notaris stelt ten bewijze daarvan een ‘akte van kwijting en constatering verval van de

63 Art. 3:262 BW.

64 Waarbij de Inkomende Financier een eersterangs hypotheekrecht heeft op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de koper en de Uitgaande Financier een eersterangs hypotheekrecht heeft op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de verkoper. Zie verder par. 5.

65 Waarin het hypotheekrecht van de Inkomende Financier tweederangs is tot en met doorhaling van het eersterangs hypotheekrecht.

ontbindende voorwaarde' op. Die akte wordt ingeschreven in het Kadaster. Zoals bij de meeste vastgoedtransacties zal de Uitgaande Financier dan worden afgelost en zal de notaris een royementsakte passeren en inschrijven in het Kadaster. Zoals in paragraaf 3 uitvoerig beschreven, stelt de Inkomende Financier normaliter de voorwaarde van vestiging van een eersterangs hypotheekrecht op het registergoed voor het door de financier te verstrekken krediet.

Nu wij betogen dat Rabobank/Reuser analoog kan worden toegepast op de onderhavige situatie en het hypotheekrecht van de Uitgaande Financier zich ten gevolge daarvan splitst over de beide voorwaardelijke eigendomsrechten, kan de huidige praktijk (die daar niet van uitgaat) worden aangepast om meer recht te doen aan de positie van de Inkomende Financier. De Inkomende Financier is dan niet veroordeeld tot een tweede hypotheek, maar kan, weliswaar alleen met medewerking van de Uitgaande Financier die (i) afstand doet van zijn hypotheekrecht c.q. zijn hypotheekrecht opzegt of (ii) meewerkt aan een rangwisseling van zijn hypotheekrecht op de voorwaardelijke eigendom van de koper, een eersterangs hypotheekrecht verkrijgen op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. De Uitgaande Financier behoudt zijn eersterangs hypotheekrecht op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. De Uitgaande Financier zal wat water bij de wijn moeten doen ten opzichte van de huidige situatie, maar de positie van beide financiers is ook bij een aanpassing van de huidige praktijk door goederenrechtelijke waarborgen omkleed. De huidige situatie doet wat ons betreft onvoldoende recht aan de positie van de Inkomende Financier en een betere balans is mogelijk en wenselijk.

Aan voorgaande zal dan ook praktisch invulling moeten worden gegeven. Het eersterangs hypotheekrecht van de Uitgaande Financier op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de koper vervalt onzes inziens (conform het in par. 6 beschreven derde scenario) niet van rechtswege. Hij zal dus afstand moeten doen van zijn hypotheekrecht c.q. het hypotheekrecht moeten opzeggen of mee moeten werken aan een rangwisseling, voor zover dit hypotheekrecht rust op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Vervolgens zal een en ander door de notaris worden verwerkt in het Kadaster.⁶⁶ Maar welke reden heeft de Uitgaande Financier om in te stemmen met een dergelijke constructie? Wat ons betreft dezelfde reden als de reden waarom de Uitgaande Financier in de regel in zal stemmen met het vestigen van een tweederangs hypotheekrecht ten gunste van een Inkomende Financier, namelijk dat hij volledig afgelost zal worden (mede) uit de door de Inkomende Financier te verstrekken lening. Indien de wet ruimte laat voor een meer gebalanceerde, bovendien met goederenrechtelijke waarborgen omklede, verhouding tussen de Uitgaande Financier en de Inkomende Financier dan de huidige, zal een Inkomende Financier de voorwaarde stellen dat deze ruimte wordt benut en er dus ten gunste van hem een eerste- en geen tweederangs hypotheekrecht wordt gevestigd. Zolang (onder meer) niet aan deze voorwaarde wordt voldaan, stelt de Inkomende Financier de lening niet ter beschikking, en dat betekent

66 De doorhaling van het hypotheekrecht betreft een louter administratieve handeling en is dus geen constitutief vereiste voor het tenietgaan ervan. Wel is de doorhaling relevant in het kader van derdenwerking/-bescherming (vgl. art. 3:22 e.v. BW).

M. Broere & M. Heddemma

dat de ontbindende voorwaarde van niet-betaling in vervulling gaat. Dat is uiteraard niet in het belang van de betrokken partijen (inclusief mogelijk de Uitgaande Financier).

Bovendien zien wij in de voorgestelde constructie enkel een theoretisch risico voor de Uitgaande Financier. Namelijk dat hij zijn hypotheekrecht wenst uit te winnen vóór verval of in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde binnen de daaraan gekoppelde termijn. In dat geval kan hij enkel een hypotheekrecht uitwinnen op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de verkoper en dat zal in beginsel leiden tot een (aanzienlijk) lagere executieopbrengst, als er zich überhaupt gegadigden aandienen. Dit maakt dat de Uitgaande Financier niet lichtvaardig zal instemmen met of meewerken aan de hier beoogde constructie, indien hij twijfels heeft over de financiële gesteldheid van de verkoper. De Uitgaande Financier zal bij uitstek een accuraat en compleet beeld hebben van de financiële situatie van zijn kredietnemer, de staat van de door hem gedreven onderneming en het renderen van het registergoed vanwege de rapportageverplichtingen van kredietnemer en financiële convenanten die periodiek (meestal ieder kwartaal) getest worden, hetgeen hij zal meewegen in zijn besluit om wel of niet mee te werken aan de beoogde constructie. Het is om die reden, behoudens uitzonderlijke gebeurtenissen die de onderneming van verkoper rechtstreeks en hard treffen, onwaarschijnlijk dat de financiële situatie van verkoper na de datum van de Groninger akte en voor de uiterste datum van betaling van de koopprijs zodanig materieel nadelig wijzigt dat de Uitgaande Financier zich genoodzaakt ziet tot uitwinning van zijn hypotheekrecht over te gaan.

Wij zien een aantal opties om dit risico te mitigeren voor de Uitgaande Financier. Ten eerste kan de betaling van de koopprijs zo worden geconstrueerd dat deze (althans het relevante deel daarvan) in geval van faillissement van verkoper rechtstreeks aan de Uitgaande Financier zal moeten worden gedaan in plaats van aan de curator van verkoper.⁶⁷ Ook kan de Uitgaande Financier de afstand c.q. opzegging of rangwisseling voorwaardelijk maken aan de vestiging door verkoper van een pandrecht op de vordering tot betaling van de koopprijs op koper (voor zover dit nog niet volgt uit de kredietdocumentatie). Hier speelt dan wel mogelijk een paulianarisco.⁶⁸ Ter beperking daarvan zal bij voorbaat een titel voor deze verpanding moeten worden opgenomen in de kredietovereenkomst⁶⁹ en/of de stampandakte.⁷⁰ Verder is denkbaar dat de Uitgaande Financier slechts (gedeeltelijk) afstand doet van zijn hypotheekrecht c.q. dat hypotheekrecht opzegt onder de ontbindende voorwaarde van een (voortdurend) betalingsverzuim van verkoper onder de kredietdocumentatie met de Uitgaande Financier, waarvoor Uitgaande Financier zijn

67 Bol 2011. De grondslag voor deze betaling is een contractuele afspraak.

68 Vgl. art. 42 en 47 Fw.

69 Dit zal doorgaans het geval zijn in de vorm van een zogeheten *positive pledge*.

70 Waar doorgaans ook nog een verplichting uit volgt om aanvullende pandakten te ondertekenen en registreren bij de Belastingdienst voor (stil te verpanden) vorderingsrechten die niet voortvloeien uit ten tijde van het aangaan van de stampandakte bestaande rechtsverhoudingen; vgl. art. 3:239 lid 1 BW.

De financiering van 'Groninger akte'-transacties na het arrest Rabobank/Reuser

hypotheekrecht zou willen uitwinnen.⁷¹ Dat betekent dat het hypotheekrecht tenietgaat en vervolgens door vervulling van de voorwaarde herleeft (zonder terugwerkende kracht). Dat is wellicht echter een wijze van rechtsverkrijging die de wet niet toestaat.⁷² Beter is om een rangwisseling overeen te komen. In dat geval stelt de Uitgaande Financier zijn hypotheekrecht op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde achter bij het hypotheekrecht van de Inkomende Financier op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.

8 Conclusie

Wij menen dat de rechtsregels van Rabobank/Reuser analoog op de onderhavige situatie van toepassing zijn en deze toepassing leidt tot een splitsing van het hypotheekrecht, maar de praktische toepassing afhangt van een uitspraak van de Hoge Raad over deze kwestie. Als de Hoge Raad zich bevestigend uit zou spreken over (i) de toepassing van de rechtsregels van Rabobank/Reuser op de onderhavige casus en (ii) dat toepassing van die rechtsregels leidt tot een splitsing van het hypotheekrecht wanneer de eigendom onder ontbindende voorwaarde wordt overgedragen, dan zou de huidige praktijk kunnen worden aangepast, zodat de koper op het moment van trekking onder zijn financiering ten gunste van de Inkomende Financier een eersterangs hypotheekrecht kan vestigen op zijn eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde.

71 Dit zou, afhankelijk van onderhandeling, natuurlijk nog kunnen worden beperkt tot bepaalde gekwalificeerde betalingsverzuimen en/of worden gekoppeld aan het doen van mededeling van opeising van de lening.

72 Art. 3:80 lid 3 BW.