

Het wetsvoorstel ter bevordering van de toegankelijkheid en transparantie van de executoriale verkoop van onroerende zaken

BW / Rv.

Thans is een reeds lang verwacht wetsvoorstel betreffende de executoriale verkoop van onroerende zaken via internet in behandeling bij de Tweede Kamer. Kunt u na implementatie van dit wetsvoorstel nu werkelijk onroerende zaken op een executieveiling via het internet kopen en verbetert het wetsvoorstel de positie van de geëxecuteerde?



mr. J.W.
Wiertsema MRE



mr. H.E. Bremer

1. INLEIDING

In 2009 werd in dit tijdschrift door één van de schrijvers van dit artikel een artikel gepubliceerd over executieveilingen van onroerende zaken via internet. De aanleiding voor het schrijven van dat artikel was gelegen in een toezegging van de toenmalige minister van Justitie, Ernst Hirsch Ballin, om executieveilingen van onroerende zaken via internet mogelijk te maken. Drie jaar later is dit uitgemond in een wetsvoorstel (33 484). Dit wetsvoorstel, dat wijzigingen voorstelt met betrekking tot het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv.), werd op 21 november 2012 (het Wetsvoorstel) ingediend bij de Tweede Kamer ter schriftelijke behandeling.

2. DOEL VAN HET WETSVORSTEL

In de Memorie van Toelichting (Mvt) valt te lezen dat de veiling nu niet zelden wordt beheerst door handelaren die de prijs in veel gevallen laag houden. Dit is de wetgever een doorn in het oog. Blijkens de Mvt wenst de wetgever deze situatie te doorbreken en de opbrengst van de verkoop van onroerende zaken op executieveilingen te verhogen. Het middel daarvoor, zo stelt de Mvt, is om de veiling transparanter en voor een breder publiek toegankelijk te maken.

Weliswaar zouden er bij implementatie van het Wetsvoorstel een aantal knelpunten in het veilingproces worden weggenomen (wij komen hier later op terug) toch dringt de vraag zich op of er niet verdergaande maatregelen nodig zijn om de door de wetgever gesignaleerde misstanden weg te nemen.

Recent¹ stelden enkele leden van de Tweede Kamer de vraag of het toezicht op het veilingproces wel afdoende is geregeld. De vraag werd gesteld aan de ministers voor Wonen en Rijksdienst (Stef Blok), van Veiligheid en Justitie (Ivo Opstelten) en van Financiën (Jeroen Dijsselbloem). Minister Blok antwoordde dat de notaris als publiek ambtenaar onafhankelijk toezicht houdt op de executieveiling. Voorts gaf hij aan dat de notaris in de eerste plaats verantwoordelijk is voor een juist verloop van de executieveiling. Bij misstanden zou volgens deze

minister de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) of het Openbaar Ministerie (OM) op kunnen treden. Dit zeer beknopte antwoord getuigt ons inziens niet van een goed inzicht in de 'veilingpraktijk' en kan in elk geval merkwaardig worden genoemd, zoals hierna duidelijk zal worden.

Om met het OM te beginnen; op welke juridische grondslag zou het OM over kunnen gaan tot onderzoek en/of vervolging van potentiële kopers van een onroerende zaak op een executoriale veiling van de desbetreffende onroerende zaak (Veiling en, in meervoud, Veilingen)? Welke norm wordt geschonden? Er bestaat geen publiekrechtelijke noch strafrechtelijke norm ter bescherming van de vastgoedmarkt. Sterker nog, de vastgoedmarkt hetzij een daarmee vergelijkbare term komt niet voor in de wetgeving in Nederland. Hoe anders is dit bij de gereglementeerde markt in de zin van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Waarom kan een deelnemer die aanwezig is bij een Veiling en die gedrag vertoont met het kennelijke doel om het resultaat van de Veiling te beïnvloeden niet worden vervolgd? Hetzelfde gedrag zou, bij beïnvloeding van koersen van in Nederland aan de effectenbeurs genoteerde ondernemingen wel degelijk tot vervolging kunnen leiden, op basis van zowel art. 334 Wetboek van Strafrecht² (Sr., verspreiding van leugachtige berichten) alsook (bij misbruik van voorkennis³) op basis van art. 5:56 en art. 5:58 Wft jo. art. 1, onder 2°, Wet op de economische delicten.

Dat de NMa bevoegdheden heeft (en inzet) om beïnvloeding van de resultaten van een Veiling door kartelvorming tegen te gaan is inmiddels duidelijk. Er zijn echter andere manieren om de prijsvorming op een Veiling te beïnvloeden en daarmee tot misstanden te leiden. In 2007 en 2008 heeft het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) een tweedelig rapport (het Rapport)⁴ gepubliceerd over misstanden. Het Rapport staat bol van voorbeelden van misstanden bij de Veiling.

Het merkwaardige van het antwoord van minister Blok op een vraag die mede aan minister Opstelten van Veiligheid en Jus-

titie was gericht, is dat één van de conclusies van het Rapport is dat er misstanden zijn in het systeem van toezicht op executieveilingen. Het WODC is een onderdeel van het Ministerie van Justitie. Het Rapport werpt een ander licht op de rol van de notaris dan naar voren komt in het antwoord op de eerder genoemde Kamervragen. De Veiling wordt in verband gebracht met het ontstaan van zogenaamde vastgoedcarroussels. Over de rol van onder andere de notaris daarbij valt het volgende te lezen:

“Het aantal actoren dat een rol kan spelen bij malversaties in het vastgoed is groot. Allereerst zijn er de slachtoffers zoals de burger c.q. huurder, (lokale) overheid, de Belastingdienst, energiebedrijven en woningbouwcorporaties. In het onderzoek worden dertien actoren, die hierbij een negatieve rol kunnen spelen, benoemd en beschreven. Het gaat bijvoorbeeld om de individu die onderhuurt, de stroman, de malafide huiseigenaar, het kamerbemiddelingsbureau, het criminele netwerk, de makelaar, de taxateur en de notaris.

Zoals uit bovenstaande opsomming blijkt, kunnen bij de malafide handel in vastgoed verschillende actoren uit respectabele branches betrokken zijn. Ze maken deel uit van sectoren die de vrije markt zijn opgegaan en mede daardoor beïnvloedbaarder zijn geworden voor de normen van de markt.”

Een ander saillant detail is dat een motie van niemand minder dan de huidige minister van Financiën aanleiding was om het Rapport op te stellen. In 2004 gaf hij in deze motie nog vurig aan: *“een effectieve aanpak van huisjesmelkers in de grote steden dringend noodzakelijk is, dat nog onvoldoende zicht is op deze criminele activiteiten. Het blootleggen van de malafide vastgoedhandel en -exploitatie en de rol van makelaars en notarissen daarbij zou een strafrechtelijke vervolging ondersteunen”*⁵. Zoals aangegeven bevat het Rapport inderdaad tal van aanwijzingen dat het huidige systeem van toezicht onvoldoende functioneert. Voor de inhoud van de kritiek en de aard van de misstanden verwijzen wij kortheidshalve naar het Rapport. Gezien deze achtergrond is het toch merkwaardig dat minister Blok thans beweert, althans suggereert, dat er geen lacunes zijn in het toezicht op executorialie veilingen van onroerende zaken.

Wellicht is het overigens een misvatting bij velen dat er één notaris is die de gehele (in het spraakgebruik gebezigde) begrip veiling controleert. Een notaris controleert slechts dat deel van de veiling dat de door hem te veilen onroerende zaken betreft. Het kan voorkomen dat in een veiling tien verschillende notarissen verschillende delen van de veiling controleren⁶. Ieder van hen kan de veilingvoorwaarden op zijn eigen manier interpreteren. Daarnaast wordt van meerdere typen veilingvoorwaarden gebruik gemaakt. De Algemene Veilingvoorwaarden voor executieveilingen 2006⁷ (AVVE) en de Algemene Veilingvoorwaarden Voor Executieveilingen Via Internet⁸ (AVVEVI) stellen geen voorwaarden aan de bevoegdheid van de notaris om iemand uit te sluiten van deelname aan een Veiling. Bij de voorwaarden die van toepassing op de vrijwillige veiling van onroerende zaken worden hier bij enkele Veilingen⁹ wel voorwaarden aan verbonden. Het normeren van de bevoegdheid van de notaris is de eerste stap op weg naar verdere codificatie van het verbod op manipulatie en andere ongewenste gedragingen tijdens een Veiling. Het Wetsvoorstel zou ons inziens op dit punt moeten worden aangepast. Bij het stellen van een norm zou inbedding van deze norm in een bestuursrechtelijk

kader en een strafrechtelijk kader gewenst zijn. De bij een Veiling betrokken veilingmeester zou, naar het voorbeeld van een marktmeester¹⁰, de status van buitengewoon opsporingsambtenaar kunnen krijgen. Hij zou bij overtredingen van de in het Wetsvoorstel op te nemen norm een boete kunnen geven. Wij zijn het met de opstellers van het Rapport eens dat de bij een veiling betrokken notaris geen goede positie heeft om het toezicht op veilingen op zich te nemen¹¹. Hij is immers maar gedurende een klein deel van de veiling aanwezig. Bovendien raakt hij verstrikt in twee verschillende belangen. Enerzijds het belang van de hypotheekhouder en de hypotheekgever en anderzijds zijn of haar eigen commerciële belang door de veilingkoper ter wille te zijn.

3. LANGS ELEKTRONISCHE WEG, VIA DE DIGITALE WEG, VIA INTERNET, VIA EEN ALGEMEEN TOEGANKELIJKE WEBSITE OF BIJ EEN AAN DE NOTARIS GERICHTE SCHRIFTELIJKE VERKLARING?

Wij raakten bij het lezen van het Wetsvoorstel en de Mvt de (elektronische) weg kwijt. Alle begrippen die in het bovenstaande opschrift zijn genoemd worden in de Mvt gebezigd. Het Wetsvoorstel stelt het begrip ‘via internet’ centraal. De elektronische weg¹² is breder dan ‘via internet’. De elektronische weg omvat bijvoorbeeld ook sms-berichten of andere vormen van telefonie¹³. Bij sommige vormen van communicatie is het onduidelijk of het nu als het uitbrengen van een verklaring (een bieding) via internet kan gelden of niet. Wat als een potentiële koper via internet belt en zo een bieding uitbrengt? Het valt niet uit te sluiten dat er vormen van communicatie ontstaan waarin het voor de gebruikers onduidelijk is of er wel of niet gebruik wordt gemaakt van het internet. Het Wetsvoorstel is met de introductie van het begrip ‘via internet’ niet technologieonafhankelijk gemaakt. Wij beschouwen dit als een mogelijke bron van veel jurisprudentie. De Mvt stelt dat het Wetsvoorstel niet tot een toename van administratieve lasten of nalevingkosten zal leiden. Deze stelling onderschrijven wij om meerdere redenen niet (we komen daar later in dit artikel op terug). Eén van deze redenen zijn de kosten die samenhangen met de te verwachten jurisprudentie betreffende het begrip ‘via internet’.

De belangrijkste wijziging die het Wetsvoorstel teweeg brengt is het faciliteren van de Veiling die alleen via internet verloopt en de Veiling die zowel via internet verloopt alsook door de bijeenkomst in een zaal van de notaris en de geïnteresseerden in een ter veiling aangeboden onroerende zaak. Hiertoe wordt art. 519 Rv. gewijzigd. De laatstbedoelde vorm van veilen wordt in de Mvt ook wel de hybride veiling genoemd. De Veiling die uitsluitend via internet verloopt staat ons inziens, althans op dit moment, op gespannen voet met de plicht van banken om zorg te dragen voor een zo hoog mogelijke opbrengst voor een ter veiling aangeboden onroerende zaak en de bestaande veilingpraktijk. Wij schatten in dat de traditionele gegadigden voor onroerende zaken die worden aangeboden via een executorialie veiling de voorkeur aan een fysieke veiling geven, soms wegens oorbare redenen en soms wegens minder oorbare, maar immer moverende redenen.

Over de schriftelijke verklaring merkt de Mvt in het kader van een toelichting op de wijziging van art. 547 Rv. het volgende op: *“Daarnaast wordt het mogelijk gemaakt om een onderhands bod*

door middel van een schriftelijke verklaring uit te brengen. Aan een eis van schriftelijkheid ook worden voldaan [?] wanneer de verklaring per elektronische weg is gestuurd (vgl. Kamerstukken I 2009-10, 31 358, nr C, p. 6) Dit betekent concreet dat ook een bod kan worden uitgebracht door het zenden van een e-mail aan de notaris.”

Of dit laatste standpunt wel in alle gevallen juist is valt te betwijfelen. Art. 6:227a BW geeft kort gezegd aan dat, onder bepaalde voorwaarden, een langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst onaantastbaar is ook al geldt voor het tot stand komen van de desbetreffende overeenkomst de eis dat dit schriftelijk gebeurt. Deze bepaling komt voort uit de omzetting van een Europese richtlijn inzake E-commerce¹⁴. In de Mvt wordt de parlementaire geschiedenis van onder meer deze bepaling gebruikt om de wijziging van art. 547 Rv. toe te lichten. In de memorie van antwoord van 5 juni 2009, welke is aangehaald ter toelichting op de wijziging van art. 547 Rv.¹⁵, merkt de minister terecht op dat voor de meeste overeenkomsten geen vormvereisten gelden en dat slechts voor een gering aantal overeenkomsten het vereiste van schriftelijkheid is voorgeschreven. Voorts geeft de minister aan dat door invoering van het Wetsvoorstel¹⁶ het aantal overeenkomsten dat alleen schriftelijk (en niet tevens langs elektronische weg) tot stand kan komen verder wordt verminderd. Het aantal overeenkomsten waarbij niet alle daarbij betrokken partijen met een vormvereiste te maken krijgen is nog geringer. Art. 547 Rv. bepaalt de wijze van bieden in het kader van een onderhandse executoriale verkoop van een onroerende zaak. Het stelt slechts (vorm) vereisten aan één van de twee eenzijdige (gerichte) rechtshandelingen, te weten het doen van een aanbod, benodigd voor het bereiken van de beoogde tweezijdige rechtshandeling; de koopovereenkomst. Dit geldt uiteraard alleen voor de onderhandse executoriale verkoopprocedure. Bij een executoriale veiling van onroerende zaken is thans, vóór inwerkingtreding van het Wetsvoorstel, zowel het aanbod alsook de aanvaarding in beginsel vormvrij. Het BW kent niet een expliciete bepaling, analoog aan art. 6:227a BW, voor eenzijdige rechtshandelingen. Dit is volgens de minister ook niet nodig. In een recent artikel in het *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* pleit L.W. Kelterman¹⁸ wel voor invoering van een dergelijke bepaling voor eenzijdige rechtshandelingen en meer in het bijzonder ten aanzien van het verstrekken van een volmacht.

Ten aanzien van het doen van een aanbod langs elektronische weg in algemene zin (niet specifiek ten aanzien van een aanbod in het kader van een executoriale verkoop van onroerende zaken) merkte de minister al eens het volgende op¹⁹:

“De leden van de PvdA-fractie constateren dat artikel 6:221 BW wel een regeling geeft voor de geldigheidsduur van een mondeling of schriftelijk aanbod, maar niet van een elektronisch aanbod. Deze leden vragen of een elektronisch aanbod dezelfde geldigheidsduur dient te hebben als een schriftelijk gedaan aanbod.

Onder een schriftelijk aanbod in de zin van deze bepaling kan tevens een elektronisch aanbod worden begrepen. In de toelichting op deze bepaling is immers opgemerkt dat onder een schriftelijk aanbod tevens een telegrafisch aanbod dient te worden begrepen. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 885. Elektronische en telegrafische communicatie kunnen in dit verband op één lijn worden gesteld. Daarover zij nog opgemerkt dat artikel 6:221 BW bepaalt dat een schriftelijk aanbod vervalt wanneer het niet binnen redelijke termijn wordt aanvaard en

dat het van het geheel van de omstandigheden en bestaande gebruiken afhangt welke termijn als redelijk kan worden beschouwd. Zie eveneens Parl. Gesch. Boek 6, p. 885. Een dergelijke omstandigheid kan ook zijn dat een aanbod niet per post, maar langs elektronische weg wordt gedaan respectievelijk wordt aanvaard.”

De toelichting van de minister op de wijziging van art. 547 Rv. in de Mvt valt uiteindelijk te herleiden tot een memorie van antwoord daterend van 6 april 2004²⁰. Ook toen al, bij de totstandkoming van art. 6:227a BW, is gewezen op de beperkte reikwijdte van die bepaling. De minister verklaarde daarover destijds als volgt:

“Deze leden vroegen waarom de gelijkstelling [langs elektronische weg met schriftelijk] niet is uitgebreid tot alle rechtshandelingen die verband houden met het sluiten van een overeenkomst langs elektronische weg en of dit betekent dat bepaalde handelingen nog schriftelijk dienen plaats te vinden. Uitgangspunt is op grond van de Aanwijzingen voor de regelgeving (nr. 337) dat een wetsvoorstel ter implementatie van een richtlijn alleen regels bevat die noodzakelijk zijn om de richtlijn uit te voeren. Hierdoor wordt voorkomen dat vertraging optreedt door bepalingen die niet tot het uitvoeren van de richtlijn behoren. De onderhavige richtlijn regelt slechts de juridische gelijkstelling van de elektronische vorm met een geschrift op het niveau van de (verbintenisscheppende) overeenkomst. Vandaar dat bij de implementatie nog niet alle rechtshandelingen die verband houden met elektronische gesloten overeenkomsten mee zijn genomen. Het gevolg daarvan is dat voor andere rechtshandelingen dan (verbintenisscheppende) overeenkomsten vooralsnog aan de hand van de bestaande bepalingen zal moeten worden bezien of en onder welke voorwaarden de desbetreffende rechtshandeling ook langs elektronische weg rechtsgeldig kan worden verricht. Het enkele feit dat in de wet het woord «schriftelijk» of een daarvan afgeleid woord is gebruikt, behoeft daaraan overigens niet steeds in de weg te staan. Zoals eerder aangekondigd is het de bedoeling om het privaatrecht op termijn zoveel mogelijk geschikt te doen zijn voor het elektronisch rechtsverkeer. Daartoe zal worden overgegaan wanneer met de in dit voorstel opgenomen bepalingen, alsmede met recentelijk totstandgekomen wetgeving op dit terrein enige ervaring is opgedaan, zodat die ervaringen bij het ontwikkelen van eventuele verdere wetgeving kunnen worden meegenomen.”

Verdere wetgeving is echter goeddeels uitgebleven. Het was ons inziens beter geweest om in het nieuwe art. 547 Rv. expliciet aan te geven dat er kan worden geboden door middel van een schriftelijke verklaring alsook langs elektronische weg. Wellicht was het nog fraaier geweest om te bepalen dat bieden langs elektronische weg alleen kan verlopen via de door de notaris aangewezen algemeen toegankelijke website. Bij gebreke van het aanwijzen van een dergelijke website zou alleen schriftelijk (door middel van een geschrift) kunnen worden geboden en niet langs elektronische weg. Het voordeel van een dergelijke bepaling zou zijn geweest dat, nu de desbetreffende website aan bepaalde minimumeisen moet voldoen, de invulling van de open norm die ziet op de eisen waaraan een bieding langs elektronische weg moet voldoen om gelijkgesteld te worden met een schriftelijke verklaring sneller zou hebben plaatsgevonden. De omstandigheden, een onderhandse executoriale verkoop van onroerende zaken, zullen in de praktijk relatief zware eisen stellen ten aanzien van de langs elektronische weg uit te brengen bieding. Het is maar zeer de vraag of een notaris in een voorkomend geval een e-mail zonder digi-

tale handtekening kan kwalificeren als een bieding die rechtsgeldig langs elektronische weg is uitgebracht, ook al kent hij de (vermoedelijke) afzender en het e-mailadres. Wij denken dat dit niet mogelijk is. Het gevolg hiervan is dat deze bieding, achteraf gezien, niet de vorm had die de wet aan haar stelt en dat betekent weer dat de bieding nietig²¹ is met alle gevolgen van dien. Dit is geen prettig vooruitzicht bij de veiling van een onroerende zaak.

In de MvT wordt stilgestaan bij de aard van het gebruik van internet en de mogelijke gevaren die dat met zich meebrengt. Mogelijke onregelmatigheden die worden genoemd betreffen het manipuleren van een biedproces of het uitvallen van de website die gebruikt wordt voor de Veiling. In de praktijk zijn zelfs deze waarborgen feilbaar gebleken. Bij u, en met name bij diegenen van u die werkzaam zijn in het notariaat, zal de affaire rond Diginotar nog vers in het geheugen liggen. Kortom, deze gevaren moeten worden beteugeld, temeer nu het een belangrijk onderwerp als de executoriale veiling van onroerende zaken betreft dat in menig geval tot gevolg heeft dat iemand zijn woning verliest. De bijzondere positie van het verkrijgen en het verlies van een woning in het recht blijkt onder andere uit jurisprudentie²² en wetgeving. Terwijl koopovereenkomsten al enige tijd langs elektronische weg tot stand kunnen komen heeft de wetgever tot 1 juli 2010 gewacht met het invoeren van het elektronische koopcontract met betrekking tot een woning²³. Voor zover wij weten heeft het elektronische koopcontract, hetzij voor de koop van een woning door een consument hetzij door professionele partijen, zich nog niet mogen verheugen in een grote belangstelling.

De toenmalige minister van Wonen, Wijken en Integratie heeft in 2009 in een reactie op Kamervragen aangegeven dat er ter bevordering van de veiligheid van het gebruik van internet bij Veilingen enkele vereisten in het Wetsvoorstel zouden worden opgenomen waaraan de website en de in het kader van de Veilingen via internet gebruikte programmatuur zou moeten voldoen. Deze belofte is de minister niet geheel nagekomen. In het Wetsvoorstel is wel een open norm opgenomen om te verzekeren dat de desbetreffende website moet zijn ingericht met “passende technische maatregelen”. Ook biedt het Wetsvoorstel de mogelijkheid in een algemene maatregel van bestuur nadere voorwaarden te stellen aan het gebruik van internet/een website bij de executoriale veiling van onroerende zaken (de Website). Over de mogelijke inhoud van een dergelijke nadere regeling was ten tijde van de publicatie van dit artikel niets bekend.

4. ORGANISATOREN VAN VEILINGEN, NOTARISSSEN EN EXECUTANTEN

Van organisatoren van Veilingen wordt verwacht dat zij hun Website voorzien van maatregelen die een voldoende niveau aan beveiliging en betrouwbaarheid waarborgen, zo stelt de minister in de MvT. Zoals hiervoor is aangegeven behelst het Wetsvoorstel niet een concrete (technische) norm betreffende de kwaliteit van een Website, dit onderwerp wordt aan de markt overgelaten. De minister concludeert tevreden in de MvT dat de branche deze verantwoordelijkheid zelf oppakt onder andere door het opstellen van een handboek internetveilen waarin aandacht wordt besteed aan de veiligheid van een Website.

De veiligheid van de Website is ons inziens inderdaad belangrijk. Zoals wij hiervoor hebben aangegeven lijkt een hybride Veiling, althans in de komende jaren, het beste te passen bij de zorgplicht van de hypotheekhouder om te zorgen voor een zo hoog mogelijke opbrengst op de Veiling. Bij een hybride Veiling doet zich de vraag voor of het niet bereikbaar zijn van een website, die krachtens het Wetsvoorstel steeds algemeen toegankelijk zou moeten zijn, althans het niet kunnen uitbrengen van een bieding via internet, zou moeten betekenen dat de Veiling in de zaal ook zou moeten worden opgeschort. Wij denken dat dit inderdaad het geval zou moeten zijn. Een deelnemer aan de Veiling via internet dient er volgens ons vanuit te kunnen gaan dat een storing die niet voor zijn rekening behoort te komen niet tot gevolg kan hebben dat hij feitelijk wordt uitgesloten van de Veiling.

De minister geeft in de MvT aan dat in geval de Website niet doorlopend toegankelijk is, de resultaten van de biedingen manipuleerbaar zijn of dat er andere onregelmatigheden voorkomen als gevolg waarvan een onroerende zaak opnieuw moet worden geveild, de voor de Website verantwoordelijke aansprakelijk is voor de geleden schade²⁴. Het wekt in dit verband enige verbazing dat in de MvT niet wordt stilgestaan bij de AVVEVI. De AVVEVI zijn, naar wij aannemen, opgesteld door het Contactorgaan Hypothecaire Financiers in overleg met de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie. In de AVVEVI, dus opgesteld door de branche zelf, is een vergaand exonerationbeding opgenomen ten aanzien van de Website. Dit beding bestaat uit twee leden en is opgenomen in art. 14A, lid 4 en lid 5, AVVEVI. Het exonerationbeding luidt als volgt:

“De beheerder van de website, verkoper en de notaris (waaronder in dit lid tevens begrepen de notaris die toezicht houdt op het op de website verlopende biedproces) zijn niet aansprakelijk voor in het kader van de veiling veroorzaakte schade als gevolg van computerstoringen, waaronder mede worden begrepen gebreken en/of storingen van hard- en/of software. De beheerder van de website, verkoper en de notaris zijn derhalve onder andere niet aansprakelijk voor schade indien de bieder als gevolg van een computerstoring niet in staat is een bod uit te brengen. De beheerder van de website, verkoper en de notaris zijn evenmin aansprakelijk voor in het kader van een veiling veroorzaakte schade als gevolg van eventueel via de website verspreide virussen of andere onrechtmatige programma’s of bestanden. [lid 4]

De in lid 4 opgenomen beperkingen van aansprakelijkheid van de beheerder van de website, verkoper en de notaris (waaronder in dit lid tevens begrepen de notaris die toezicht houdt op het op de website verlopende biedproces) gelden ook tussen hen onderling en worden hierbij tevens bij wijze van derdenbeding bedongen ten behoeve van en aanvaard namens - de door de beheerder van de website, verkoper en de notaris eventueel ingeschakelde derden.” [lid 5]

Nu er duidelijk sprake is van het concentreren van meerdere Veilingen in één (regio)veiling waarbij het de bedoeling is om een uniforme werkwijze te hanteren ligt het in de lijn der verwachtingen dat er op termijn ook slechts een zeer beperkt aantal Websites zal bestaan. Deze ontwikkeling wordt onvoldoende gefaciliteerd door het Wetsvoorstel. Nu is dit eerder een voordeel dan een nadeel, omdat deze door de wetgever gewenste ontwikkeling²⁵ zich in eigen tempo kan voltrekken. De vraag die daarbij wel kan worden gesteld is of de positie

van de organisator van de Veiling, of, in de bewoording van de AVVEVI, de beheerder van de Website, niet onderbelicht is in het Wetsvoorstel. Wij menen dat dit het geval is. Aan de verantwoordelijkheden van deze relatief nieuwe figuur in het recht zou meer aandacht moeten worden gegeven. De *laisser faire* aanpak van het Wetsvoorstel in combinatie met het voortvarend door de branche zelf opgestelde exoneratiebeding lijken in elk geval niet tot een bevredigende situatie te leiden.

Wij merken in dit verband op dat de situatie die zal ontstaan gelijkenis vertoont met een activiteit waarvoor krachtens de Wft een vergunning benodigd is, namelijk het beheren van een gereglementeerde markt. Krachtens art. 5:26 Wft is het verboden om zonder vergunning een gereglementeerde markt te exploiteren of te beheren. De Wft omschrijft een gereglementeerde markt als volgt:

“multilateraal systeem dat meerdere koop- en verkoopintenties van derden met betrekking tot financiële instrumenten – binnen dit systeem en volgens niet-discretionaire regels van dit systeem – samenbrengt of het samenbrengen daarvan vergemakkelijkt op zodanige wijze dat er een overeenkomst uit voortvloeit met betrekking tot financiële instrumenten die volgens de regels en systemen van die markt tot de handel zijn toegelaten, en dat regelmatig en overeenkomstig de geldende regels inzake de vergunning en het doorlopende toezicht werkt.”

Met “financiële instrumenten” worden door de Wft onder andere effecten bedoeld en een effect betreft onder meer “een verhandelbaar aandeel of een ander daarmee gelijk te stellen verhandelbaar waardebewijs of recht niet zijnde een appartementsrecht”.

Toegegeven, bij de executoriale veiling van onroerende zaken is er wel enige ruimte voor de executant om een bieding te accepteren die niet de hoogste koopprijs oplevert, maar in de praktijk zal hier zelden sprake van zijn en overigens biedt de al eerder besproken plicht van hypotheekhouders om te zorgen voor een zo hoog mogelijke opbrengst weinig ruimte om echt te kunnen spreken van “discretionaire regels”. Dat het bij een Veiling gaat om een multilateraal systeem behoeft ons inziens geen nader betoog. Gesteld zou kunnen worden dat bij een executoriale veiling van lidmaatschapsrechten of onverdeelde aandelen in onroerende zaken via internet sprake is van het beheren of exploiteren van een gereglementeerde markt in de zin van art. 5:26 van de Wft.

Wellicht is deze conclusie te vergaand. De praktijk is er ons inziens echter wel bij gebaat om een specifieke regeling op te nemen over de kwaliteit van de Website en de gevolgen van onregelmatigheden bij het gebruik van een Website.

Art. 519 Rv.(nieuw) bepaalt dat de notaris die met de Veiling is belast de Website aanwijst via welke de Veiling zal verlopen. De Website dient algemeen toegankelijk te zijn. Blijkens de Mvt betekent dit ten minste dat de Website continu benaderbaar moet zijn zonder dat daar kosten aan verbonden zijn. Overigens geeft de Mvt ook aan dat te allen tijde back ups bijgehouden dienen te worden van de Website om te voorkomen dat biedgegevens verloren gaan. De minister heeft verzuimd een beperking in tijd aan te geven ten aanzien van deze nieuwe bewaarplicht. Nieuw in dit verband is ook dat de Website niet

alleen de functie heeft van het doorgeven van informatie, er is een plicht om de Website zodanig in te richten dat er biedingen kunnen plaatsvinden via de Website. Daarnaast constateert art. 519, lid 4, Rv. dat de verkoop op de Website plaatsvindt. Dit zal sowieso niet altijd het geval zijn bij een hybride Veiling, immers daar kunnen aanbod en aanvaarding op de thans gebruikelijke wijze tot het ontstaan van de koopovereenkomst leiden. Maar ook in het geval waarin er alleen sprake is van een Veiling via een Website (en niet tevens in een zaal) zal de koopovereenkomst naar onze mening niet in alle gevallen ‘op de Website’ tot stand komen. Weliswaar zal een bieding langs elektronische weg tot stand komen. Aan de aanvaarding daarvan (de gunning) worden geen vormvereisten gesteld. Indien de gunning niet langs elektronische weg geschiedt is er geen sprake van een overeenkomst die langs elektronische weg (hetzij op de Website hetzij op andere wijze) tot stand is gekomen. Aan de gunning stellen het Rv. en de AVVE / AVVEVI geen vormvereiste.

Hoe dit ook zij, de Website wordt in elk geval wel gebruikt om een verklaring van de koper naar de executant over te brengen. Meer in het bijzonder gaat het om een middel dat door of namens de ontvanger wordt ingeschakeld om een verklaring over te brengen, het gebruik van de Website staat immers niet ter vrije keuze van de koper. Bij een hybride Veiling is de keuze van een koper zo beperkt (ofwel bieden in een zaal ofwel via een bepaalde Website) dat deze conclusie niet anders zal worden. De vraag die dan rijst is wie jegens de koper verantwoordelijk is voor onregelmatigheden bij het gebruik van de Website. Voor wiens risico komt het niet, niet tijdig of onjuist overbrengen van biedingen? Wij menen dat dit risico, zonder nadere regeling in het Wetsvoorstel, bij de notaris ligt. Hij is immers degene die de Website heeft aangewezen als middel om de verklaring (de bieding) aan hem / de executant over te brengen. Wij wijzen in dit verband op art. 3:37, lid 3 en lid 4, BW. Denkbaar is echter dat (ook) de executant zelf en/of de veilingorganisator aansprakelijk is/zijn jegens de koper voor het onjuist overbrengen van een bieding. De AVVEVI bepalen dat een bod vervalt zodra een hoger bod is uitgebracht tenzij dit hogere bod vóór het opmaken van het proces-verbaal van veiling wordt afgewezen. Indien dit hogere bod echter het gevolg is van een verkeerd overgebrachte verklaring waarvan de gevolgen voor risico van de notaris dienen te komen lijkt dit een ongelukkige bepaling.

5. IDENTIFICATIE VAN DE KOPER EN KOSTEN VAN DE VEILING

In een eerdere versie van het Wetsvoorstel was een bepaling²⁶ opgenomen die nadere eisen stelde aan de identificatieplicht van een koper en een verklaring omtrent diens goedgeheid. Deze bepaling is na internetconsultatie verdwenen. De kritiek op deze bepaling was, kort gezegd, dat dit onderwerp niet in de wet behoeft te worden opgenomen, omdat dit in de praktijk wordt opgenomen in de, door de branche zelf opgestelde, veilingvoorwaarden. Het is nu juist de taak van de wetgever, dunkt ons, om ook de belangen van de geëxecuteerde te beschermen. Dat deze taak niet altijd aan de markt kan worden overgelaten zou onder meer duidelijk moeten zijn uit de (kennelijke) noodzaak om het inroepen van het huurbeding (waarover later meer) in sommige gevallen verplicht te stellen. Het doel van het Wetsvoorstel is uiteindelijk om de positie van de geëxecuteerde te verbeteren. Door het schrappen van deze

bepaling gaat wat ons betreft een verkeerd signaal uit naar banken en het notariaat.

Hetzelfde geldt wat ons betreft voor de aanpassingen aan art. 524a Rv., de bepaling die gaat over de verdeling van de veilingkosten. In de oorspronkelijk voorgestelde bepaling werd bepaald dat alle kosten van de Veiling voor rekening van de hypotheekhouder zouden komen. Bepaald werd ook nog dat de overdrachtsbelasting voor rekening van koper kwam, maar daarvoor was eigenlijk geen separate bepaling nodig. In de meest actuele tekst van art. 524a Rv. is nu juist weer bepaald dat onder andere het honorarium van de notaris voor rekening van de veilingkoper komt en niet voor rekening van de hypotheekhouder. In de Mvt valt te lezen dat de oorspronkelijke tekst van art. 524a Rv. teveel was doorgesloten ten gunste van de (veiling)koper. De logica van deze redenering ontgaat ons volledig. De (veiling)koper, wetende dat er geen nadere kosten voor zijn rekening komen, zal immers bereid zijn een hogere bieding te doen ten aanzien van een bepaalde onroerende zaak dan in het geval hij weet dat er nog bijkomende kosten zijn. Het enige effect van deze wijziging is dat de geëxecuteerde zal blijven zitten met een hogere restschuld en daarmee gaat deze wijziging rechtstreeks in tegen het doel van het Westvoorstel. Hypotheekhouders zullen namelijk beter in staat zijn de kosten van een Veiling te beheersen dan een (veiling)koper. De (veiling)koper wordt geconfronteerd met kosten waar hij in het geheel geen invloed op kan uitoefenen. Hij heeft niet de opdracht gegeven om de executoriale veiling in gang te zetten, maar hij mag daarvoor wel de kosten voldoen. Dit is wat ons betreft een klassiek principaal-agentprobleem.

6. HUURBEDING, BEZICHTIGINGSBEDING, RISICOVERDELING

In het Wetsvoorstel is een plicht opgenomen om het huurbeding in te roepen bij de Veiling van een tot bewoning bestemde onroerende zaak, tenzij, kort gezegd, instandhouding van de huurovereenkomst waarschijnlijk tot een hogere opbrengst van de woning zou leiden. Voorgesteld is om art. 3:264 BW te wijzigen. De ontruimingstermijn wordt verkort van een jaar naar drie maanden.

Er wordt een nieuwe bepaling (art. 3:267a BW) voorgesteld om eenieder die een ter Veiling aangebrachte tot bewoning bestemde onroerende zaak gebruikt te dwingen, desnoods met behulp van de sterke arm, bezichtigingen toe te staan. Wellicht was het goed geweest om nog een stap verder te gaan en om de executant te verplichten ten minste eenmaal een bezichtiging te organiseren en om daarbij expliciet te bepalen dat er, ter publicatie op de Website, afbeeldingen van het interieur van de woning dienen te worden gemaakt. Deze handelswijze staat ons inziens nu op gespannen voet met het bepaalde in art. 139f Sr..

Anders dan nu, krachtens art. 18, lid 1, AVVE, veelal het geval zal zijn gaat het risico van een tot bewoning bestemde onroerende zaak na een Veiling pas over op de (veiling)koper nadat deze de eigendom van de woning heeft verkregen (art. 525 Rv. nieuw). Thans laat de wetgever het bepalen van het moment van de risico-overgang over aan de executant.

Alle bovenstaande wijzigingen nemen de nodige barrières weg voor (veiling)kopers en vallen daarom toe te juichen.

7. CONCLUSIE

Wij hebben in dit artikel alleen de (ons) meest in het oog springende aspecten van het Wetsvoorstel kunnen beschouwen²⁷. Het Wetsvoorstel heeft een sterk sociaal karakter, het beoogt de opbrengst van Veilingen te verhogen en daarmee de positie van de geëxecuteerde te verbeteren. Wij vinden dat de wetgever zich echter gaandeweg teveel door marktpartijen heeft laten beïnvloeden en dat daarmee de slagkracht van het Wetsvoorstel is ondermijnd. Daarnaast, wellicht vanwege budgettaire redenen, heeft de wetgever het systeem van toezicht op Veilingen niet fundamenteel willen herzien. Dit vinden wij een onverstandige keuze. De aanleiding voor het Wetsvoorstel zijn de vele misstanden die tijdens Veilingen zijn geconstateerd (te dezen wordt verwezen naar het rapport *Malafide activiteiten in de vastgoedsector* dat door het WODC is opgesteld²⁸). De vraag is of er met de implementatie van het Wetsvoorstel nu echt iets wordt gedaan aan deze misstanden. Wij twijfelen daaraan.

De heer Wiertsema MRE is als notaris verbonden aan Westerdok Notariaat.

Mevrouw Bremer is kandidaat-notaris verbonden aan Westerdok Notariaat.

- 1 Aanhangsel Handelingen II 2012-2013, nummer 1035 (Kamervragen van de leden Knops, Omtzigt en Van Hijum / Antwoord van minister Blok), vragen werden gesteld op 28 december 2012, antwoorden werden gegeven op 21 februari 2013.
- 2 HR 6 februari 2007, JOR 2007, 73 (Cardio Control)
- 3 Weliswaar kan niet iedere deelnemer aan het effectenverkeer met dit verbod in aanraking komen, het verbod geldt alleen voor bepaalde in de Wft genoemde personen. Misbruik van 'eigen voorkennis' is niet strafbaar, zo werd duidelijk in de in noot 2 genoemde uitspraak die voortvloeit uit de invoering van de Wet op het financieel toezicht.
- 4 H. Ferwerda, R. Staring, E. de Vries Robbé en J. van de Bunt, *Malafide activiteiten in de vastgoedsector*, WODC, Amsterdam, 2007, ISBN 978 90 6665 839 4.
- 5 Kamerstukken II, 2004-2005, 29 537, nr. 6.
- 6 Een door de ene notaris van een veiling (tijdelijk, want immers slechts tijdens een Veiling) uitgesloten deelnemer kan ons inziens vervolgens bij de Veiling van een volgende onroerende zaak door een andere notaris weer aanwezig zijn. De vraag zou zelfs kunnen worden gesteld of de door een notaris van het bijwonen van een Veiling uitgesloten persoon niet toch weer aanwezig kan zijn bij een daaropvolgende Veiling van een volgende onroerende zaak door dezelfde notaris. Het Rv. neemt de executoriale veiling van een enkele onroerende zaak (hetzij een enkele portefeuille van onroerende zaken) als uitgangspunt en niet zozeer de gehele feitelijke bijeenkomst van geïnteresseerden in de diverse (veelal door verschillende notarissen) ter veiling aangebrachte onroerende zaken. Een veiling omvat dus bijna altijd meerdere Veilingen.
- 7 Deze voorwaarden zijn opgesteld door het Contactorgaan Hypothecaire Financiers in overleg met de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.
- 8 Zie noot 7.
- 9 Zie onder andere het Reglement voor de veiling van registergoederen in het Venduehuis der Notarissen te Den Haag.
- 10 Een marktmeester houdt toezicht op markten die in een bepaalde gemeente worden georganiseerd. Hij heeft opsporingsbevoegdheid en heeft tevens de bevoegdheid om sancties (boetes) op te leggen indien hij een overtreding constateert.
- 11 J. Wiertsema, *Verbetering van het toezicht op de vastgoedmarkt?*, UVA/ Amsterdam School of Real Estate, 2009.
- 12 Wij gaan ervan uit dat er juridisch inhoudelijk geen verschil is tussen de begrippen *digitale weg* en de *elektronische weg*.
- 13 Zie art. 3:15d, lid 3, BW waarin onder meer voorkomt: "Een dienst wordt langs elektronische weg verricht indien deze geheel per draad,

per radio, of door middel van optische of andere elektromagnetische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen met behulp van elektronische apparatuur voor de verwerking met inbegrip van digitale compressie, en de opslag van gegevens.”

- 14 Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel van 13 mei 2004, *Stb.* 2004, 210.
- 15 Kamerstukken I, 2009-2010, 31 358, nr. C.
- 16 Wet Wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer (31 358).
- 17 J. Wiertsema MRE, ‘De executoriale verkoop van onroerende zaken met gebruikmaking van internet’, *Vastgoed Fiscaal & Civiel* (augustus 2009), p. 26 e.v.
- 18 L.W. Kelterman, ‘Nieuwerwetse fratsen: de schriftelijke volmacht bij e-mail’, *WPNR* (2013) 6965, p. 176 e.v.
- 19 Kamerstukken I, 2009 -2010, 31 358, nr. E.
- 20 Zie noot 15.
- 21 Art. 3:39 BW.
- 22 Zie onder andere HR 28 oktober 2011, LJN: BQ9880.
- 23 Uitzonderd woningen die door niet-consumenten worden gekocht, ten aanzien waarvan het vereiste van schriftelijkheid (art 7:2 BW) ten aanzien van de totstandkoming van een koopovereenkomst niet geldt.
- 24 Mits ook aan de overige voorwaarden van art. 6:162 BW wordt voldaan.
- 25 Zie Mvt, p. 3.
- 26 Een nieuw voorgesteld art. 519 Rv.. De tekst van de voorgestelde bepaling luidde: “Verkoop via internet kan slechts plaatsvinden aan een koper die uiterlijk één werkdag voorafgaand aan de veiling een document als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de identificatieplicht, alsmede een zodanige garantie of verklaring dat diens gegoedheid vast komt te staan, overlegt aan de in artikel 514 bedoelde notaris, dan wel een afdoende waarborgsom stort”.
- 27 Zie ook I. Visser, ‘Het wetsvoorstel Executieveilingen (33 484)’, *WPNR* (2013) 6970, p. 274.
- 28 Zie ook noot 4.