

Faillissement bij de koop van vastgoed en 'vormerkung'

01-04-2010 15:56

Tussen het moment van het sluiten van een koopovereenkomst en de daadwerkelijke levering van de onroerende zaak verstrijkt veelal een aantal maanden, waarin veel kan gebeuren. In de huidige financiële crisis komt het steeds vaker voor dat een partij voor de overdracht failliet gaat. Ik zal hierna bespreken wat dan de rechtspositie van de andere partij is, welke rol de curator hierbij speelt en hoe partijen zich tegen een faillissement kunnen beschermen.

Rechtsposities na faillissement

Gaat koper of verkoper failliet, dan verliest de betreffende partij de beschikkingsbevoegdheid over zijn gehele vermogen en wordt de curator beschikkingsbevoegd. De beschikkingsonbevoegdheid vangt aan om 0:00 uur op de dag waarop de faillietverklaring is uitsproken en heeft dus terugwerkende kracht.

Een koper wordt door zijn faillissement niet handelingsonbekwaam, zodat een door hem ondertekende leveringsakte op de dag van de faillietverklaring zijn rechtskracht behoudt. De rechtsgeldigheid van de betaling van de koopprijs op die dag is echter wel in het geding. Door ondertekening van de leveringsakte is de notaris de koopprijs (koper had deze reeds bij de notaris gestort en deze hield de koopprijs voor de koper onder zich) voor beide partijen gaan houden. Partijen hebben hiermee een voorwaardelijk recht op toedeling van de koopprijs verkregen; voor de verkoper onder de ontbindende voorwaarde, dat hij niet aan zijn verplichting tot levering vrij van hypotheek en beslagen heeft voldaan en voor de koper onder de opschortende voorwaarde dat verkoper niet aan deze verplichting voldoet.

Door ondertekening van de leveringsakte heeft de koper in principe dus geen recht meer op de koopprijs, tenzij de opschortende voorwaarde in vervulling is gaan. Een faillietverklaring van de koper op de dag van ondertekening heeft door de terugwerkende kracht van het faillissement tot gevolg dat de betaling die dag door een beschikkingsonbevoegde is gedaan. De curator kan de gelden, die op deze wijze aan het vermogen zijn onttrokken, als onverschuldigd betaald van de verkoper terugvorderen. Omdat de koopprijs dan feitelijk nog niet is betaald, heeft de verkoper een tegenvordering ter hoogte van de koopprijs en kan hij zich tegenover de curator op verrekening beroepen. Of de levering van het gekochte uiteindelijk zal plaatsvinden, is vervolgens volledig afhankelijk van de medewerking van de curator.

Als op het moment van faillietverklaring van de verkoper nog niet alle leveringshandelingen (ondertekening van de leveringsakte én inschrijving in de openbare register van het Kadaster) zijn verricht, kan de levering van de onroerende zaak niet (meer) rechtsgeldig gebeuren. Op grond van artikel 37 Faillissementswet (Fw.) kan de koper de curator schriftelijk een redelijke termijn (van minimaal twee weken) stellen om de overeenkomst na te komen.

Wil of kan de curator de koopovereenkomst niet nakomen, dan kan de koper de koopovereenkomst ontbinden en maakt hij tevens aanspraak op contractuele boetes en/of schadevergoeding. De vordering tot betaling van een contractuele boete en/of schadevergoeding is ingevolge artikel 37a Fw echter een concurrente vordering in het faillissement, zodat de kans op uitbetaling klein is.

'Vormerkung'

Voor zover het de koop van een niet-toekomstige onroerende zaak betreft, kan de koper zich tegen een faillissement van de verkoper beschermen door (een uittreksel van) de koopakte in te schrijven in de openbare registers van het Kadaster. Deze zogenaamde "vormerkung" is geregeld in artikel 7:3 lid 1 BW en beschermt de koper tegen onder meer een faillissement van de verkoper in de periode tussen de inschrijving van de koop en de levering (artikel 7:3 lid 3 onder g BW). Wordt het faillissement van de verkoper op de dag na de inschrijving

uitgesproken, dan kan het faillissement de koper niet worden tegengeworpen en is de curator verplicht de koopovereenkomst na te komen.

Partijen kunnen de mogelijkheid tot vormerkung in de koopovereenkomst uitsluiten. Van het recht op inschrijving van de koop kan echter niet ten nadele van een consumentkoper van een woning worden afgeweken. De overige bepalingen van artikel 7:3 BW zijn van goederenrechtelijke aard, zodat partijen hiervan eveneens niet kunnen afwijken.

De vormerkung kent geen onbepaalde houdbaarheidsduur. De vormerkung vervalt (met terugwerkende kracht) indien de levering van de betreffende onroerende zaak niet binnen zes maanden na de inschrijving van de koop heeft plaatsgevonden (art. 7:3 lid 4 BW). Na het einde van de vormerkung kan gedurende zes maanden geen koop van hetzelfde vastgoed tussen dezelfde partijen worden ingeschreven (art. 7:3 lid 5 BW). De koopakte kan gedurende de bedenktijd alleen worden ingeschreven als de koopakte is opgesteld en meeondertekend door een in Nederland gevestigde notaris (art. 7:3 lid 2 BW).

Tot slot moet onder de koopakte een ondertekende en gedateerde notariële verklaring zijn opgenomen, dat de koop een niet-toekomstige onroerende zaak betreft, dat de bedenktijd al dan niet is verlopen en dat er in de voorafgaande zes maanden geen koop tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde onroerende goed is ingeschreven. De notaris verricht vervolgens de handelingen die noodzakelijk zijn voor de inschrijving in de openbare registers.

Conclusie

Het strekt tot aanbeveling de koop van een onroerende zaak in de openbare registers in te laten schrijven. De koper wordt zo in ieder geval maximaal zes maanden beschermd tegen een eventueel faillissement van de verkoper. Daarnaast beschermt de vormerkung (tegen relatief geringe kosten) de koper na de datum van inschrijving tegen vervreemding, verhuring/verpachting of bezwaring van de onroerende zaak door hypotheek en beslagen of kwalitatieve verplichtingen. Ook deze gebeurtenissen kunnen de koper dan niet worden tegengeworpen. Mocht u meer willen weten over de mogelijkheden van "vormerkung", dan doet u er verstandig aan hierover tijdig juridisch advies in te winnen.

mr drs. Jochem van den Bosch is werkzaam bij De Advocaten van Van Riet te Utrecht en gespecialiseerd in vastgoedrecht.