

De frictie tussen de Vormerkung en art.

7:226 BW, fictie of realiteit?

Auteur: A.J.L. Boonman

Studentnr.: 9605371

Scriptiebegeleiding: Mr. J.J. Dammingh

Afstudeerdatum: 22 maart 2004

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave.....	I
Lijst van afkortingen	II
1 Inleiding.....	1
1.1 Algemeen.....	1
1.2 Probleemstelling.....	2
1.3 Grenzen van het onderzoek.....	4
1.4 Verantwoording van de opzet.....	6
2 ‘Koop breekt geen huur’ (art. 7:226 BW).....	7
2.1 Inleiding.....	7
2.2 Art. 7A:1612 BW-oud.....	11
2.3 Art. 7:226 BW.....	13
2.3.1 Voorgeschiedenis.....	13
2.3.2 Inhoud en werking van art. 7:226 BW.....	14
2.4 Conclusie.....	17
3 De ‘Vormerkung’ (art. 7:3 BW).....	18
3.1 Inleiding.....	18
3.2 Voorgeschiedenis	18
3.3 Inhoud en werking van art. 7:3 BW	20
3.4 Art. 7:3 BW versus art. 7:226 BW	25
4 Conclusie.....	32
Literatuurlijst.....	36
Jurisprudentielijst	42
Wetgeving	43

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
art.	artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
CN	Code Napoléon
d.w.z.	dat wil zeggen
E.M.M.	Mr. E.M. Meijers
e.v.	en verder
EV I	Eindverslag (van de Eerste Kamer)
HR	Hoge Raad
Kad. Wet	Kadasterwet
Ktg.	Kantongerecht
MvA I	Memorie van Antwoord (van de Eerste Kamer)
MvT II	Memorie van Toelichtingen (van de Tweede Kamer)
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NEV I	Nota naar aanleiding van het Eindverslag (van de Eerste Kamer)
<i>NJB</i>	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV II	Nota naar aanleiding van het Verslag (van de Tweede Kamer)
PRG	PraktijkGids
PW	Pachtwet
WO	Wetsontwerp
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
ROZ	Raad van Onroerende Zaken
Stb.	Staatsblad
Toel.	Toelichting
TM	Toelichting Meijers
TWHOZ	Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken
VV I	Voorlopig Verslag (van de Eerste Kamer)

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Bij wet van 15 november 1989 kwam een algemene regeling van de koop (titel 7.1) tot stand.¹ In deze titel waren voornamelijk bepalingen te vinden ten aanzien van de koop van roerende zaken. Ter aanvulling hiervan bevat de wet van 5 juni 2003, houdende aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het Burgerlijk Wetboek, een aantal artikelen die beogen de koper van een registergoed te beschermen.² Zo wordt in artikel 7:3 BW de inschrijfbaarheid van de koopovereenkomst met betrekking tot registergoederen geïntroduceerd. Art. 7:3 BW luidt als volgt:³

“1. De koop van een registergoed kan worden ingeschreven in de openbare registers, bedoeld in afdeling 2 van titel 1 van boek 3, tenzij op het tijdstip van de inschrijving levering van dat goed door de verkoper nog niet mogelijk zou zijn geweest wegens de in artikel 97 van Boek 3 vervatte uitsluiting van levering bij voorbaat van toekomstige registergoederen. Bij de koop van een tot woning bestemde onroerende zaak kan, indien de koper een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, van het in de vorige zin bepaalde niet ten nadele van de koper worden afgeweken.

(...)

3. Tegen de koper wiens koop is ingeschreven kunnen niet worden ingeroepen:

(...)

d. een na de inschrijving van de koop tot stand gekomen verhuring of verpachting;

(...)”

Deze inschrijving in de openbare registers ter ‘verzekering’ van een persoonlijk recht op een registergoed wordt doorgaans aangeduid met de Duitse term ‘Vormerkung’.⁴ Op het eerste gezicht lijkt art. 7:3 BW een heldere bepaling die zekerheid verschaft over de rechtspositie van partijen. In art. 7:3 lid 3 BW wordt een precieze en vrij uitvoerige regeling gegeven van

¹ Stb. 1990, 378.

² Voluit: Aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk), Stb. 2003, 238. Deze wet is per 1 september 2003 in werking getreden, en wordt wel de wet ‘Koop onroerende zaken’ genoemd, Stb. 2003, 272.

³ Voor zover op dit moment relevant. Voor de volledige tekst verwijs ik naar hoofdstuk 3, alwaar de Vormerkung besproken zal worden.

⁴ Ook wel ‘priority note’ of ‘voorinschrijving’ genoemd. Bartels (1997), p. 81; Hensen (1992), p. 1488.

de door de Vormerkung verkregen zakelijke werking van de koop.⁵ Bij lezing van art. 7:3 lid 3 sub d BW -dat vermeldt dat een na de inschrijving van de koop tot stand gekomen verhuur of verpachting niet aan de koper kan worden tegengeworpen- rijst echter de vraag hoe men dit moet zien in verhouding tot art. 7:226 BW. Art. 7:226 BW biedt de huurder immers bescherming tegen overdracht van de reeds gehuurde zaak.⁶ Art. 7:226 BW luidt:⁷

“1. Overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft en vestiging of overdracht van een recht van vruchtgebruik, erfpacht, of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, door de verhuurder doen de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger.
(...)”

Staan art. 7:3 BW en art. 7:226 BW lijnrecht tegenover elkaar? Dient art. 7:226 BW te prevaleren? Of is het juist art. 7:3 BW dat de werking van art. 7:226 BW ontkracht? De werking van beide artikelen strekt zich uit over een periode waarin op beide artikelen aanspraak gemaakt lijkt te kunnen worden door betrokken partijen ingeval er sprake is van botsende rechten op het moment van levering. Men kan zodoende gerust zeggen dat hier sprake kan zijn van een frictie, en wel een frictie waardoor de huurder in de problemen zou kunnen komen. Op de huurder rust, in tegenstelling tot bijvoorbeeld hetgeen bij een tweede koper het geval is, geen onderzoeksplicht ten aanzien van de openbare registers. De huurder hoeft zodoende niet op de hoogte te zijn van het bestaan van een Vormerkung. Hij kan zich beschermd wanen door artikel 7:226 BW, terwijl hij in feite onbeschermd is gezien de werking van artikel 7:3 lid 3 sub d BW. Delft de huurder door de Vormerkung daadwerkelijk het onderspit? En zo ja, is dit wenselijk?

1.2 Probleemstelling

Het lijkt erop dat het recht van de huurder enerzijds (7:226 BW) en het recht van de koper anderzijds (7:3 BW) met elkaar kunnen botsen op het moment van de levering. Is dit daadwerkelijk het geval? En zo ja, leidt de botsing van deze rechten tot onwenselijke gevolgen?

⁵ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 8 (MvT).

⁶ Art. 7:226 BW vervangt sinds 1 augustus 2003 het oude art. 7A:1612 BW, Stb. 2003, 230.

⁷ Voorzover relevant voor deze scriptie. Voor de volledige tekst verwijs ik naar paragraaf 2.3.2, alwaar het artikel wordt besproken.

Om antwoord te kunnen geven op bovenstaande en de in de vorige paragraaf gestelde vragen onderzoek ik in deze scriptie hoe de artt. 7:3 lid 3 sub d BW en 7:226 BW zich tot elkaar verhouden. Mocht blijken dat een frictie tussen beide artikelen zal (kunnen) leiden tot onwenselijke gevolgen, dan zal ik aanbevelingen doen om tot een aanvaardbare oplossing te komen. Om een duidelijk beeld te geven van (de gevolgen van) de mogelijke frictie tussen art. 7:3 BW en art. 7:226 BW, zal ik onderstaande casus als uitgangspunt nemen:

V verkoopt op 2 februari zijn (monumentale) woning, vrij van bijzondere beperkingen of lasten, aan koper K. Afgesproken wordt dat de levering zal plaatsvinden op 1 mei.

V verhuurt de (verkochte) woning op 1 maart voor onbepaalde tijd aan huurder H, waarop deze het gehuurde onmiddellijk betreft.

Volgens het recht van vóór 1 september 2003 heeft huurder H in bovenstaande situatie waarschijnlijk niks te vrezen. H wordt op grond van art. 7:226 BW (art. 7A:1612 BW-oud) beschermd tegen de levering, hij zal zodoende gewoon huurder kunnen blijven: K zal de positie van verhuurder V overnemen, de huurverhouding met huurder H zal van rechtswege worden voortgezet. Verkoper V zal op grond van art. 7:15 BW juncto art. 7:20 BW aansprakelijk zijn jegens koper K: er rust immers een last op het huis, terwijl dit niet het geval had behoren te zijn.

Sinds de inwerkingtreding van art. 7:3 BW per 1 september 2003 zijn de volgende situaties denkbaar:

- 1) inschrijving van de koop op grond van art. 7:3 BW vindt niet plaats;
- 2) de inschrijving van de koop op grond van art. 7:3 BW vindt plaats op 10 maart, dus ná verhuring van de woning door V aan H;
- 3) de inschrijving van de koop op grond van art. 7:3 BW vindt plaats op 5 februari, dus vóór verhuring door V aan H.

De eerste twee situaties verschillen in rechtsgevolg niet ten opzichte van de gang van zaken van vóór de inwerkingtreding van art. 7:3 BW. Aangezien de koop op het moment van verhuur van de woning (nog) niet was ingeschreven in de openbare registers, is art. 7:3 lid 3 sub d BW niet van toepassing en wordt K, gelijk aan de oude situatie, niet beschermd tegen H. Ook nu heeft huurder H niks te vrezen van koper K. Op deze situaties zal ik in deze scriptie niet verder ingaan.

De derde situatie echter, de situatie die in deze scriptie centraal zal staan, geeft duidelijk weer welke verandering de inwerkingtreding van art. 7:3 BW heeft teweeg gebracht.

De casus luidt, uitgaande van de derde situatie, als volgt:

V verkoopt op 2 februari zijn (monumentale) woning, vrij van bijzondere beperkingen of lasten, aan koper K. Afgesproken wordt dat de levering zal plaatsvinden op 1 mei.

V verhuurt de (verkochte) woning op 1 maart voor onbepaalde tijd aan huurder H, waarop deze het gehuurde onmiddellijk betreft. De inschrijving van de koop op grond van art. 7:3 BW vindt plaats op 5 februari, dus vóór de verhuring door V aan H.

Uit art. 7:3 lid 3 sub d BW volgt dat K door de inschrijving van zijn koop wordt beschermd tegen een ná deze inschrijving tot stand gekomen verhuring van de verkochte woning. H kan op grond van dit artikel geen aanspraak maken op voortzetting van de huurverhouding jegens K als nieuwe eigenaar van de woning. Huurder H belandt op straat. Maar welke plaats neemt art. 7:226 BW in dit verhaal in?

Om tot beantwoording te komen van de vraag hoe de artt. 7:3 lid 3 sub d BW en 7:226 BW zich tot elkaar verhouden, zullen de volgende sub-vragen worden behandeld:

- Hoe was de bescherming van de huurder bij verkoop van het gehuurde geregeld tot 1 augustus 2003?
- Wat is de strekking van art. 7:226 BW?
- Brengt de gewijzigde redactie van art. 7A:1612 BW-oud in art. 7:226 BW verandering in de bescherming van de huurder tegen overdracht van het gehuurde?
- Hoe was de koop vóór de inwerkingtreding van de wet van 1 september geregeld?
- Wat houdt het recht van Vormerkung in?
- Wat is het doel van art. 7:3 BW?

1.3 Grenzen van het onderzoek

Het onderzoek in deze scriptie zal zich vooral richten op de mogelijke frictie tussen art. 7:3 lid 3 sub d BW en art. 7:226 BW. De nadruk zal liggen op de verhouding tussen de (ver-)huurder en de (ver-)koper. Ik zal niet ingaan op de overige in art. 7:3 lid 3 BW voorkomende rechtsverhoudingen, deze vallen buiten het kader van deze scriptie. Bespreking van de pachtovereenkomst zal eveneens achterwege worden gelaten, alhoewel zij wordt genoemd in art. 7:3 lid 3 sub d BW. Art. 7:226 BW heeft betrekking op (ver)huur van zaken. De

begrippen huur en verhuur zijn gedefinieerd in art. 7:201 BW. Op zichzelf zou de pachtovereenkomst ook onder deze definitie vallen, ware het niet dat in art. 7:201 lid 3 BW daarvoor een uitdrukkelijke uitzondering is gemaakt. Gevolg van deze uitzondering is dat art. 7:226 BW niet van toepassing is op de pachtovereenkomst. Voor de pachtovereenkomst bestaat een met art. 7:226 BW overeenstemmende regeling, art. 34 van de Pachtwet. In deze scriptie richt ik mij echter alleen op de verhouding tussen art. 7:226 BW en art. 7:3 BW, de pachtovereenkomst zal verder buiten beschouwing worden gelaten.

Op grond van art. 7:3 BW is de koop van alle registergoederen inschrijfbaar. Dit betekent dat niet alleen de koop van onroerende zaken inschrijfbaar is, maar ook die van te boek staande schepen, te boek staande luchtvaartuigen en de op registergoederen gevestigde beperkte rechten (vruchtgebruik, erfpacht, opstal). Voorts is voor de inschrijfbaarheid van de koop niet vereist dat de koper een consument is. Kopers die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf kunnen derhalve ook van de inschrijfbaarheid van de koop profiteren. Om het onderzoek in deze scriptie niet te breed te laten worden, heb ik gekozen voor een beperking tot die registergoederen zijnde bestemd voor bewoning door een consument (een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf), verder kortweg 'woningen' genoemd. Bij art. 7:226 BW, dat in het belang van de huurder geldt voor elk verhuurd goed, beperk ik mij om dezelfde reden tot de bovengenoemde categorie.

Graag zou ik de beperkte rechten op bovengenoemde registergoederen bij mijn onderzoek betrekken. De vestiging van een beperkt recht op het gehuurde valt immers ook onder de werking van art. 7:226 BW, waardoor de beperkt gerechtigde eveneens gebonden is aan de huurovereenkomst.⁸ Helaas is het ruimtebestek te gering om in deze scriptie op de zijn eigen problematiek met zich meebrengende beperkte rechten in te gaan.⁹

De scriptie richt zich op de verhouding tussen art. 7:3 BW en art. 7:226 BW en de betekenis hiervan voor de praktijk: een verduidelijking van de posities van partijen na inwerkingtreding van de betreffende artikelen. Verbintenisrechtelijke consequenties zullen slechts worden genoemd, en niet worden uitgewerkt.¹⁰

⁸ Mits natuurlijk aan alle vereisten is voldaan.

⁹ Voor meer informatie over de beperkte rechten in deze context verwijs ik naar Asbreuk-van Oss (2000), p. 31-35 en de reacties op haar betoog van Westrik (2000); Van Erp (2000); en Thomas en Ziepzeerder (2000).

¹⁰ Dat wil niet zeggen dat ze onbelangrijk zijn, het ligt echter buiten het bestek van deze scriptie om hier lang bij stil te staan.

1.4 Verantwoording van de opzet

De scriptie is opgebouwd uit vier hoofdstukken. Na het inleidende hoofdstuk zal ik in het tweede hoofdstuk art. 7:226 BW en diens voorganger art. 7A:1612 BW-oud bespreken. Vervolgens zal ik in het derde hoofdstuk kort ingaan op de wijze waarop de koop vóór inwerkingtreding van de wet Koop en ruil op 1 september 2003 was geregeld. De wet van 5 juni 2003 tot aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek¹¹, zoals reeds vermeld per 1 september 2003 in werking getreden, heeft veel verandering op het gebied van de koop van onroerende zaken teweeg gebracht. Ik zal aandacht besteden aan het in art. 7:3 BW van deze wet geïntroduceerde begrip Vormerkung: Waar komt dit begrip vandaan? Wat houdt het precies in, en wat voor gevolgen heeft de Vormerkung voor de gang van zaken bij de koop van een woning. In dit hoofdstuk zal eveneens de verhouding tussen art. 7:3 BW en art. 7:226 BW worden onderzocht. Bekeken zal worden of deze verhouding tot onduidelijkheden kan leiden, en zo ja, of hiervoor een oplossing te bedenken is. Tenslotte zal in het vierde en laatste hoofdstuk middels een kritische beschouwing over het geheel de probleemstelling worden beantwoord. De in de inleidende paragraaf geschetste casus van respectievelijk de situatie vóór en ná inwerkingtreding van art. 7:3 BW zal hierbij als uitgangspunt worden genomen.

¹¹ In het vervolg aan te duiden als de wet ‘Koop onroerende zaken’.

2 ‘Koop breekt geen huur’ (art. 7:226 BW)

2.1 Inleiding

In ons land gaat men uit van de overtuiging dat de huurder na overdracht van het gehuurde in beginsel niet in een nadeligere positie dan voorheen dient te komen. Deze overtuiging is niet iets van de laatste eeuwen. Reeds in de oudste codificatie van het stadsrecht van Lubeck, een codificatie uit het midden van de twaalfde eeuw, is een beginsel te vinden dat de nieuwe eigenaar in de plaats van de oude eigenaar stelde.¹ In de loop der eeuwen is vervolgens in de diverse rechtsstelsels getracht om de -in beginsel zwakke- rechtspositie van de huurder te verbeteren ten opzichte van de eigenaar/verhuurder en diens eventuele rechtsopvolger onder bijzondere titel.² Krachtens de strikte indeling in persoonlijke en zakelijke rechten kan een huurder namelijk de dupe worden van een eigendomsoverdracht van het gehuurde pand door de verhuurder. Een nieuwe eigenaar heeft immers als zakelijk gerechtigde in beginsel niets te maken met persoonlijke afspraken van zijn rechtsvoorganger, de oorspronkelijke verhuurder. Gevolg hiervan is dat de nieuwe eigenaar de huurder niet behoeft te dulden. Dit is een hoogst onbillijk gevolg, omdat de huurder daarmee als persoonlijk gerechtigde overgeleverd zou zijn aan de grillen van de verhuurder. Het bestaande huurrecht kan immers worden aangetast doordat het verhuurde goed wordt verkocht en geleverd door de verhuurder aan een derde. Het heeft echter lange tijd geduurd voordat het beginsel ‘koop breekt geen huur’ in een abstracte rechtsregel werd neergelegd. Als oorzaak hiervan kan de discussie over het al dan niet zakelijke karakter van de huur worden aangewezen, die als een rode draad door de geschiedenis loopt: men wilde de huurder wel bescherming geven, maar men wilde allerm minst de aard van het (persoonlijke) huurrecht wijzigen tot een absoluut zakelijk recht. Men was huiverig om bescherming aan de huurder toe te kennen in de vorm van een abstracte rechtsregel, omdat men vreesde dat het huurrecht in die mate zou verzakelijken dat het wel tot een zakelijk recht zou verworden. En dat was nu juist allerm minst de bedoeling van de wetgever. Het huurrecht diende een zuiver persoonlijk recht (uit overeenkomst) te blijven. De angst om het beginsel ‘koop breekt geen huur’ neer te leggen in een abstracte rechtsregel is echter overwonnen: in 1838 werd het beginsel in ons wetboek vastgelegd, en wel in art.

¹ Nelissen (1880), p. 180.

² Westrik (2001), p. 231.

7A:1612 BW-oud (de voorloper van het huidige art. 7:226 BW)³. Ook nu werd geen wijziging in de aard van het recht beoogd. Het huurrecht verkreeg echter wel enkele zakelijke trekjes.⁴ Gevolg van de verzakelijking van het huurrecht is dat in de verhouding huurder/verkrijger het risico dat de vervreemder (de oorspronkelijke verhuurder) bij de vervreemding van het verhuurde goed de verkrijger onjuist of onvolledig heeft voorgelicht omtrent de huurverhouding, voor rekening van de verkrijger komt.⁵ In de verhouding verkoper/koper komt een verzwegen verhuring voor risico van de verkoper: de koper kan schadevergoeding van de verkoper vorderen. De huurder blijft buiten schot. Het belang van de verkrijger moet wijken voor het belang van de huurder dat ook na vervreemding de huurovereenkomst wordt voortgezet. De belangenafweging ten gunste van de huurder is volgens Kleingeld en Zuidema niet onredelijk omdat het in het maatschappelijk verkeer regelmatig voorkomt dat een zaak verhuurd is. Zij zijn dan ook van mening dat van de verkrijger mag worden verwacht dat hij onderzoekt of er sprake is van verhuur.⁶ Ook de toelichting op het NBW stelt dat de belasting van de koper met het risico dat het gekochte verhuurd blijkt te zijn, gerechtvaardigd wordt doordat de koper gezien het aantal verhuringen op verhuring bedacht kan zijn.⁷

Rechtvaardiging of niet, art. 7:226 BW blijft een vreemde eend in de bijt. De huurder heeft geen zakelijk recht dat hij zonder meer tegen derden kan doen gelden, en toch gaat het persoonlijke recht van de huurder boven een later zakelijk recht van de (eigenaar geworden) koper zelfs wanneer deze ten tijde van de koop en de levering de huurovereenkomst kende noch had kunnen kennen.⁸ Zoals reeds opgemerkt geeft de huurovereenkomst de huurder in beginsel slechts een persoonlijk recht. Een persoonlijk (relatief) recht verleent de rechthebbende aanspraak jegens een of meer bepaalde personen, er worden alleen verbintenissen gevestigd tussen de partijen die de overeenkomst aangingen (in dit geval dus de huurder en de verhuurder), en niet jegens derden. Art. 7:226 BW wijst in die zin op een zeker zakelijk gerechtigd zijn: het verschaft de huurder een bepaalde zeggenschap over het gehuurde. Een zakelijk (absoluut) recht namelijk doet zeggenschap ontstaan ten opzichte van een bepaald goed, en is tegen eenieder inroepbaar. De verkrijger onder bijzondere titel moet

³ Art. 7A:1612 BW is per 1 augustus 2003 vervangen door art. 7:226 BW, Stb. 2003, 230.

⁴ Vgl. Hof 's-Gravenhage 1 november 1950, *NJ* 1952, 75; Rb. Middelburg 30 september 1981, *NJ* 1983, 98.

⁵ HR 15 maart 1940, *NJ* 1940, 848; HR 11 december 1981, *NJ* 1982, 239; Hof 's-Hertogenbosch 9 oktober 1991, *Praktijkids* 1991, 3583.

⁶ Kleingeld en Zuidema (1993), p. 61.

⁷ Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 942, nr. 9.

⁸ Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 940-941, nrs. 6 en 7; hiernaar wordt verwezen in de MvT ad art. 7:226 BW, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35.

het recht van de huurder eerbiedigen, terwijl hij aanvankelijk geen partij was bij het sluiten van de huurovereenkomst. Ook in de rechtspraak wordt het enigszins zakelijk gerechtigd zijn aangenomen; zo wordt bijvoorbeeld wel beslist dat de huurder in geval van een zuiver feitelijke stoornis de vordering uit art. 6:162 BW heeft tegen iedere 'stoorder'. De rechter mag daarbij zelfs feitelijk herstel in de vorige toestand bevelen, en ook ontruimingsacties worden toegekend.⁹ De verzakelijking van de huurovereenkomst, bewerkstelligd door art. 7:226 BW, verklaart waarom een eerder (nu dus niet meer volledig) persoonlijk recht prevaleert boven een later zakelijk recht van de verkrijger van het goed. Een kenmerk van zakelijke rechten is immers, dat indien er op een goed twee of meer zakelijke rechten rusten, het prioriteitsbeginsel geldt. Dit houdt kort gezegd in dat het oudere recht voor het jongere recht gaat. Het prioriteitsbeginsel komt onder meer tot uitdrukking in art. 3:21 BW, waarin wordt bepaald dat de rangorde van rechten op registergoederen wordt bepaald door de tijdstippen van inschrijving. Wanneer een zakelijk recht met een persoonlijk recht in botsing komt, gaat het zakelijk recht vóór. Voor persoonlijke rechten geldt in beginsel de regel dat deze in rang gelijk zijn, ongeacht de ouderdom, behalve daar waar twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering hebben. In hun onderlinge verhouding gaat dan het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit, aldus art. 3:298 BW. In hoofdstuk 3 zal ik verder ingaan op deze voorrangregels. In dat hoofdstuk zal de bespreking van art. 7:3 BW plaats vinden. Art. 7:3 BW heeft, net als indertijd ook bij de huurovereenkomst het geval is geweest, aan de koopovereenkomst enkele zakelijke trekken toegekend. In het kader van de bespreking van de frictie tussen art. 7:3 BW en art. 7:226 BW zal deze materie verder worden besproken.

Voor de bespreking van art. 7:226 BW is het van belang een onderscheid te maken tussen de situatie waarin de koper een reeds verhuurd huis koopt, en de situatie waarin de koper een onverhuurd huis koopt, dat eerst na het sluiten van de koopovereenkomst (doch vóór de levering) door de vervreemder wordt verhuurd. Voor de eerste situatie geldt dat de huurder, mits aan alle in het artikel gestelde vereisten is voldaan, zonder meer een beroep op de toepasselijkheid van art. 7:226 BW kan doen. Dit was zo onder het oude recht (voor 1 augustus 2003), en zal ook in de toekomst het geval zijn. Op deze situatie zal ik verder niet

⁹ Asser/Abas (Huur) 5-II a (2001), nr. 15; Rb. Utrecht 28 november 1917, *NJ* 1918, p. 393; HR 24 mei 1918, *NJ* 1918, p. 637; Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 1942, *NJ* 1943, 246.

ingaan. De tweede situatie echter staat centraal in deze scriptie.¹⁰ Reeds voor de introductie van de Vormerkung¹¹ heerste er verdeeldheid over de vraag wanneer (en óf) de huurder, in het geval dat de huurovereenkomst ná het sluiten van de koopovereenkomst, doch vóór de levering tot stand kwam, een beroep kon doen op de bescherming van art. 7:226 BW wanneer zijn rechten botsten met de rechten van de koper van de onroerende zaak op het moment van levering. Er zijn schrijvers die uitgaan van het standpunt dat de huurder in het genot van het gehuurde dient te zijn, wil een beroep op de bescherming mogelijk zijn wanneer de rechten van de huurder en de rechten van de koper botsen op het moment van levering.¹² Als reden hiervoor wordt het kenbaarheidsvereiste aangevoerd. Indien de huurder het gehuurde goed nog niet onder zich heeft, zou het risico van de kwade trouw van de verkoper/verhuurder bij de huurder dienen te liggen. Volgens deze opvatting dient het belang van de koper om af te kunnen gaan op hetgeen voor hem kenbaar is, te prevaleren boven het belang van de huurder bij een ononderbroken huur. De wetgever en de Hoge Raad¹³ stellen zich op een ander standpunt. Volgens hen is de koper steeds gebonden aan de huurovereenkomst, mits deze vóór de levering aan hem (de koper) is gesloten, ongeacht de vraag of de huurder al dan niet reeds in het genot van het gehuurde is.¹⁴ Deze opvatting hangt nauw samen met de ratio van het artikel. Volgens de toelichting op art. 7.4.4.1 wordt het belang van de huurder immers op grond van de billijkheid boven dat van de koper gesteld.¹⁵ Daar komt dan als grond om de koper ook met het risico van onjuiste en onvolledige gegevens te belasten bij, dat de verzwijging van de verhuur door de verkoper/verhuurder plaatsvindt in diens relatie tot de koper en niet in die tot de huurder.

Ik zal niet verder ingaan op bovenstaand verschil in opvatting¹⁶, het dient ter illustratie van de onduidelijkheid die reeds vóór 1 september 2003 heerste over de werking van art. 7:226 BW. Vanaf de inwerkingtreding van art. 7:3 BW per 1 september 2003 is er opnieuw onduidelijkheid ontstaan. Art. 7:3 lid 3 sub d BW bepaalt dat een ná de inschrijving van de

¹⁰ Deze situatie is ook het uitgangspunt van de in hoofdstuk 1 geschetste casus.

¹¹ De Vormerkung werd geïntroduceerd in de wet van 5 juni 2003, houdende aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk), Stb. 2003, 238. Deze wet is per 1 september 2003 in werking getreden, Stb. 2003, 272.

¹² Nelissen (1880), p. 258-262; Asser/Abas (Huur) 5-II a (2001), nr. 94.

¹³ Zie HR 22 februari 1929, *NJ* 1929, p. 1339 m.n. E.M.M.

¹⁴ Vgl. de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 1999/00, 26 089, nr. 5, p. 15.

¹⁵ Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 940-941, nrs. 6 en 7; hiernaar wordt verwezen in de MvT ad art. 7:226 BW, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35.

¹⁶ Voor een volledige uiteenzetting met betrekking tot de verschillende opvattingen over het bepalende moment voor de werking van art. 7A:1612 BW, en over de vraag of de huurder al dan niet in het genot van het gehuurde dient te zijn voor de toepasselijkheid van het artikel, verwijs ik naar Westrik (2001), p. 138-154.

koop van een registergoed tot stand gekomen verhuring of verpachting (let wel: vóór de levering!) niet meer aan de koper kan worden tegengeworpen.¹⁷ Een koper, die tot aan het moment van levering geen zakelijk recht heeft, kan er in de toekomst voor zorgen dat zijn persoonlijke aanspraak door het inschrijven van de koopovereenkomst enkele zakelijke trekken gaat vertonen. Waarschijnlijk zal de introductie van dit artikel tot rechtsonzekerheid leiden: de werking van art. 7:3 BW, meer precies van art. 7:3 lid 3 sub d BW, gaat niet samen met de werking van art. 7:226 BW. Per 1 september 2003 rijst de vraag of het recht van de koper met een Vormerkingsrecht (art. 7:3 BW) prevaleert boven het recht van de huurder bij botsing van deze rechten op het moment van levering. Of trekt de koper juist aan het kortste eind?

In deze scriptie onderzoek ik de frictie tussen art. 7:226 BW (de opvolger van art. 7A:1612 BW-oud) en art. 7:3 BW. Zowel art. 7:226 BW (ter bescherming van de huurder) als art. 7:3 BW (ter bescherming van de koper) lijkt inroepbaar op het moment dat beide rechten met elkaar botsen op het moment van levering. Om een duidelijk beeld te kunnen krijgen van het spanningsveld tussen beide artikelen zal ik de artikelen eerst afzonderlijk bespreken.

In dit tweede hoofdstuk zal de werking van art. 7:226 BW (en diens voorganger art. 7A:1612 BW-oud) aan bod komen. Het artikel zal worden besproken met in het achterhoofd de relatie met art. 7:3 BW. Met het oog op deze relatie zullen alleen de voor de samenhang met dat artikel van belang zijnde aspecten worden besproken.¹⁸

2.2 Art. 7A:1612 BW-oud

Zoals in de vorige paragraaf al naar voren kwam is art. 7A:1612 BW-oud de voorganger van het per 1 augustus 2003 ingevoerde art. 7:226 BW. Art. 1612 stamt uit het Burgerlijk Wetboek van 1838, en werd kort voor de invoering van het huidige BW in 1992 ‘vernummerd’ tot art. 7A:1612 BW.¹⁹ Het artikel bleef inhoudelijk en redactioneel echter al die jaren ongewijzigd. Art. 7A:1612 BW-oud luidde:

“1. Door verkoop van het verhuurde wordt eene tevoren aangegane huur niet verbroken, ten ware dit bij de verhuring mogt voorbehouden zijn.

¹⁷ Zie voor weergave van de relevante passages van het artikel de inleiding van hoofdstuk 1.

¹⁸ Voor de overige aspecten verwijs ik naar de handboeken omtrent huur of de parlementaire geschiedenis van het artikel.

¹⁹ Parl. Gesch. Boek 7 (1991), p. XI-XII.

2. Bij zoodanig voorbehoud, kan de huurder, zonder uitdrukkelijk beding geene aanspraak op vergoeding maken, maar met dat laatste beding, is hij niet tot ontruiming verplicht, zoo lang de verschuldigde vergoeding niet is gekweten.”

Art. 7A:1612 BW-oud wordt ook wel samengevat met het alom bekende adagium ‘koop breekt geen huur’, een beginsel dat reeds eeuwen lang gangbaar was. Ondanks de lange voorgeschiedenis van het beginsel kan men naar mijn idee niet spreken van ‘dé bron’ waaruit art. 1612 zou zijn voortgesprongen. Er zijn in het verleden veel verschillende rechtsstelsels geweest, zij het met één gemeenschappelijke deler: ongeacht de systematiek van de rechtsstelsels bevond de huurder zich vrijwel altijd in een zwakke positie ten opzichte van de eigenaar/verhuurder en diens opvolger onder bijzondere titel.²⁰ Of het nu in de vorm van een hoofdregel was, of juist in de vorm van een uitzondering op de hoofdregel, in vrijwel ieder rechtsstelsel zocht men, om redenen van doelmatigheid en billijkheid, naar een verbetering van deze positie van de huurder ten opzichte van de eigenaar/verhuurder. Dit resulteerde uiteindelijk in het wat ongelukkig samengevatte beginsel ‘koop breekt geen huur’. Kamphuisen meent, en wordt daarin gevolgd door Abas, dat het beginsel ‘koop breekt geen huur’ een reactie is tegen de strikt juridische logica gegrond op overwegingen van billijkheid en algemeen belang. Dit voert Abas uiteindelijk tot de stellingname dat men art. 1612 moet zien als een zuiver uit opportuniteitsoverwegingen opgenomen bepaling, die moet worden uitgelegd op een zodanige wijze, dat zoveel mogelijk redelijke resultaten worden bereikt.²¹ Ook de toelichting op het ontwerp NBW argumenteert met als uitgangspunt dat aan art. 1612 nu eenmaal de opvatting ten grondslag ligt, dat het billijk is het belang van de huurder zwaarder te doen wegen dan dat van de koper.²² De achtergrond of ratio van art. 1612 BW is zodoende vooral te omschrijven als de neerslag van een maatschappelijk gevoelen dat in verschillende rechtsstelsels heeft geleefd en nog leeft, namelijk: de bescherming van de huurder wegens diens niet zeer sterke rechtspositie.²³ Een diepgaande en in de literatuur breed uitgemeten belangenafweging tussen de belangen van de koper en die van de huurder heeft zich verder (nog) niet voorgedaan. Ook bij de totstandkoming van art. 7:3 BW is geen sprake geweest van zo een belangenafweging, terwijl het zelfs lijkt alsof de huurder terrein verliest ten aanzien van de verkrijger. Art. 7:3 BW lijkt immers bescherming van de huurder bij

²⁰ Als reden hiervoor kan de in de vorige paragraaf besproken indeling in persoonlijke en zakelijke rechten worden aangehaald ten gevolge waarvan de huurder aanvankelijk werd overgeleverd aan de grillen van de verhuurder.

²¹ Asser/Abas (Huur) 5-IIa (2001), nr. 88.

²² Zie b.v. Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 940 aant. 6.

²³ Westrik (2001), p. 232.

verkoop van het gehuurde uit te sluiten voor de periode waarin er sprake is van een huurovereenkomst die tot stand is gekomen ná het ontstaan van de Vormerkung ten aanzien van de verkochte (nog niet geleverde!) zaak.²⁴ Of de wetgever hier bij stil heeft gestaan, kan men in twijfel trekken wanneer men kijkt naar de maatschappelijke fundamenteel geachte bescherming van de huurder.²⁵

2.3 Art. 7:226 BW

2.3.1 Voorgeschiedenis

Het huurrecht was voor 1 augustus jongstleden bijzonder versnipperd en onoverzichtelijk. Op 2 juli 1998 is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend tot vaststelling van titel 7.4 BW, betreffende huur (wetsvoorstel 26 089). Dit wetsvoorstel werd op 21 november 2002 door de Eerste Kamer goedgekeurd²⁶ en de datum van inwerkingtreding werd in het besluit van Stb. 2003, 230 bekendgemaakt: 1 augustus 2003. Een belangrijke doelstelling van het wetsvoorstel was de huidige wetgeving op het gebied van woonruimte te integreren teneinde daarmee tot een eenvoudiger, overzichtelijker en evenwichtiger stelsel te komen.²⁷ De regeling in het wetsvoorstel bouwt voort op het voorontwerp voor titel 7.4 uit 1972, ontworpen door mr. Ph. A. N. Houwing, en behelst de art. 201 tot en met 282, voorzien van een memorie van toelichting.²⁸ Art. 7:226 BW regelt de materie van art. 7A:1612 BW-oud, en volgt in hoofdzaak de versie van het in het voorontwerp neergelegde beginsel 'koop breekt geen huur', uitgewerkt in art. 7.4.4.1 voorontwerp (1972). De memorie van toelichting bij art. 7:226 BW verwijst voor de technische verduidelijkingen van dit artikel ten opzichte van art. 7A:1612 BW-oud dan ook naar de Toelichting van het Ontwerp BW (TM).²⁹ De inhoud en de strekking van het artikel -bescherming van de huurder bij eigendomsoverdracht van het gehuurde- zijn hetzelfde gebleven, de redactie van art. 7:226 BW is echter aangepast aan op art. 7A:1612 BW-oud geuite kritieken. Een aantal van deze 'verbeteringen' is zodoende niets

²⁴ Of dit daadwerkelijk het geval is zal worden gezien in het derde hoofdstuk.

²⁵ Ktg. Amsterdam 16 januari 1990, *Praktijkids* 1990, 3215. Zie ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26 089, nr. 6, p. 28 e.v. (onder nummer 5a).

²⁶ Wet van 21 november 2002, *Stb.* 2002, 587.

²⁷ *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 1.

²⁸ *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 1-53.

²⁹ Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 939-943, zie de MvT ad art. 7:226 BW, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35.

anders dan codificatie van jurisprudentie van de Hoge Raad.³⁰ Het is te verwachten dat ook art. 7:226 BW, ondanks de redactionele wijzigingen, samengevat zal worden met het reeds eeuwen lang gangbare en alom bekende beginsel 'koop breekt geen huur'.³¹ Of de vernieuwde redactie een einde betekent van de onduidelijkheid omtrent het artikel? Op het eerste zicht lijkt dit het geval te zijn, plaatst men het artikel echter naast art. 7:3 BW dan wordt duidelijk dat het nog niet gedaan is met de onzekerheden rond art. 7:226 BW.

2.3.2 Inhoud en werking van art. 7:226 BW

Zoals hiervoor al enige malen aangegeven, liet de tekst van art. 7A:1612 BW-oud niet aan duidelijkheid over. Zo werd in de arresten van de Hoge Raad reeds lang aangenomen dat het artikel niet alleen gold in het geval van de in de tekst van art. 7A:1612 BW-oud gebezigde term *verkoop*, maar dat het op iedere (titel van) eigendomsoverdracht van toepassing was, vestiging van een beperkt recht daaronder begrepen.³² In overeenstemming met het voorgaande is het nieuwe art. 7:226 BW aangepast aan de vaste jurisprudentie en wordt er gesproken van eigendomsoverdracht.³³ Waar art. 7A:1612 BW-oud spreekt van *verkoop* (de obligatoire fase), vindt de overgang van de huur krachtens dit artikel volgens vaste jurisprudentie eerst door de eigendomsoverdracht, d.w.z. door de levering (de zakenrechtelijke fase), plaats.³⁴ De levering van een onroerende zaak is immers pas voltooid bij de inschrijving van de (leverings)akte in de openbare registers; zie art. 3:89 lid 1 BW.³⁵ Het woord 'eigendomsoverdracht' ondervangt ook de bezwaren op dit punt. Door de nieuwe terminologie is ook het veel onduidelijkheid in het leven roepende woordje 'tevoren' verleden tijd. De mogelijkheid van een ná de koop nog gesloten huurovereenkomst brengt met zich mee dat de koper ook op het tijdstip van levering nog waakzaam moet zijn en dat hij niet alleen wat de toestand op het ogenblik van de koop, maar ook wat de toestand op het ogenblik van de levering betreft van de goede trouw van de verkoper afhankelijk is. Art. 7A:1612 BW-oud hield in dat door verkoop een 'tevoren' aangegane huur niet verbroken werd. Volgens de

³⁰ Kluwer losbladig commentaar ad art. 1612 (R.A. Dozy), aant. 3.

³¹ Kluwer losbladig commentaar ad art. 226 (A.S. Rueb), aant. 4.

³² HR 22 februari 1929, *NJ* 1929, p. 1339. Onder iedere vorm van vervreemding valt zodoende ook de schenking, het legaat en de ruilovereenkomst. Asser/Abas (Huur) 5-IIa (2001), nr. 99; Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 939 sub 1. Art. 7A:1612 BW geldt niet voor de overgang onder algemene titel. De verkrijger treedt dan immers volledig in de rechten en verplichtingen van zijn rechtsvoorganger, waardoor hij van rechtswege de 'nieuwe' verhuurder wordt.

³³ Een greep uit de jurisprudentie waaruit dit is afgeleid: HR 9 november 1906, W 8453; HR 22 februari 1929, *NJ* 1929, p. 1339; HR 4 juni 1880, W 4520; HR 13 november 1908, W 8764; HR 19 april 1918, *NJ* 1918, p. 569.

³⁴ HR 4 juni 1880, W 4520; 13 november 1908, W 8764 en 19 april 1918, *NJ* 1918, p. 569.

³⁵ Voor een verdere uitleg van de gang van zaken bij (ver)koop van registergoederen verwijs ik naar Hst. 3.

HR viel onder ‘tevooren’ ook ‘vóór de levering’. Zoals gezegd sluit de term ‘eigendomsoverdracht’ in dat het artikel eerst gelding heeft vanaf dat moment. De voor de levering tot stand gekomen verhuuring valt zodoende gewoon onder de werking van art. 7:226 BW, of de huurder nu in het genot is van het gehuurde of niet.

In art. 7:226 BW is eveneens expliciet neergelegd dat het tevens geldt voor de overdracht of vestiging van beperkte rechten. Hoewel ik zojuist heb aangegeven dat de bescherming van art. 7:226 BW verder reikt dan alleen de *verkoop* van het gehuurde, zal ik mij in deze scriptie richten op alleen deze vorm van eigendomsoverdracht. Dit volgt uit de probleemstelling waarop het onderzoek in deze scriptie is gebaseerd. Art. 7:3 BW en art. 7:226 BW worden in onderlinge samenhang gezien, om de (eventuele) frictie tussen beide artikelen aan het licht te brengen. Art. 7:3 BW heeft slechts betrekking op de (ver)koop van registergoederen. Door het onderzoek te richten op (ver)koop komt het spanningsveld tussen beide artikelen extra duidelijk naar voren.³⁶

Art. 7:226 BW is op bovenstaande punten aan in literatuur en jurisprudentie geuite kritieken aangepast. Art. 7:226 BW luidt:

- “1. Overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft en vestiging of overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht, of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, door de verhuurder doen de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger.
2. Overdracht door een schuldeiser van de verhuurder wordt met overdracht door de verhuurder gelijkgesteld.
3. De verkrijger wordt slechts gebonden door die bedingen van de huurovereenkomst, die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie.
4. Bij huur van een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan alsmede van een woonwagen in de zin van artikel 235 en van een standplaats in de zin van artikel 236, kan niet van de voorgaande leden worden afgeweken.”

Kijken we naar het artikel, dan valt meteen op dat het uit veel meer artikelleden bestaat dan het twee leden tellende art. 7A:1612 BW-oud. Zoals reeds eerder opgemerkt zal ik alleen de

³⁶ Ik beoog hier dus niet een engere uitleg van het artikel, ik heb slechts gemaks- en duidelijkheidshalve gekozen voor deze selectie.

voor de samenhang met art. 7:3 BW van belang zijnde aspecten van art. 7:226 BW bespreken. De leden 3-6 van art. 7:226 BW zullen zodoende niet aan bod komen.

Op grond van art. 7:226 BW gaan de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst over op de verkrijger.³⁷ Ook op dit punt heeft er een redactionele wijziging plaatsgevonden: onder art. 7A:1612 BW-oud was dit eveneens het geval, het artikel verwoordde dit echter ongelukkig door te stellen dat de huur door de verkoop niet *verbroken* werd. De verkrijger van het gehuurde wordt met de eigendomsoverdracht (de eigendomsovergang) van het gehuurde in plaats van de verkoper (vorige eigenaar/verhuurder) partij bij de bestaande huurovereenkomst.³⁸ De werking van art. 7:226 BW wordt dan ook wel aangeduid als een contractsovergang van rechtswege.³⁹ De strekking van art. 7:226 BW - bescherming van de huurder tegenover de verkrijger- is, zij het in een andere bewoording, gelijk aan de strekking van diens voorganger. Voor de werking van het artikel kunnen wij uitgaan van hetgeen ook onder vigeur van art. 7A:1612 BW-oud gold. Belangrijk vereiste voor de toepasselijkheid van art. 7:226 BW is zodoende of er wel sprake is van een *huurovereenkomst* in de zin van art. 7:201 BW.⁴⁰ Hiervoor zal het gebruiksrecht dienen te beantwoorden aan de kenmerken die volgens de wet tot het wezen van de huurovereenkomst behoren: 'Huur is de overeenkomst waarbij de ene partij, de verhuurder, zich verbindt aan de andere partij, de huurder, een zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie', aldus art. 7:201 BW. Logisch gevolg is dat art. 7:226 BW niet voor analogische toepassing in aanmerking komt op 'woonovereenkomsten' die niet als huur te kwalificeren zijn.⁴¹ De economische eigendomsoverdracht, een buitenwettelijke rechtsfiguur waarbij er wél verkoop plaats vindt, maar vooralsnog geen levering, valt niet onder het bereik van art. 7:226 BW. De verkoper blijft immers *ex lege* eigenaar en behoudt derhalve zijn kwaliteit als verhuurder.⁴²

³⁷ *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35, verwijzende naar Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 939 onder 3.

³⁸ Asser/Abas (Huur) 5-II a (2001), nr. 89.

³⁹ Dit is sinds het arrest van HR 5 november 1896, W 6882 vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie ook HR 5 maart 1897, W 6937; HR 20 april 1906, W 8368; HR 9 november 1906, W 8453; HR 13 november 1908, W 8764; HR 22 februari 1929, *NJ* 1929, p. 1339; HR 4 december 1953, *NJ* 1954, 210; HR 8 mei 1964, *NJ* 1964, 315; Ktg. Amsterdam 18 augustus 1989, *Praktijkids* 1989, 3133.

⁴⁰ Asser/Abas (Huur) 5-II a (2001), nr. 4; HR 8 november 1968, *NJ* 1969, 11.

⁴¹ HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 580 (Sanders/Sanders).

⁴² Dozy en Jacobs (1999), p. 154; aldus ook Ktg. Zaandam 21 februari 1991, *Praktijkids* 1991, 3523 en Ktg. Amsterdam 24 januari 1991, *WR* 1993, 16.

2.4 Conclusie

Als op zichzelf staand artikel is er duidelijk vooruitgang geboekt: termen die tot veel onduidelijkheid hebben geleid zijn door meer de lading dekkende begrippen vervangen. Door bijvoorbeeld het woord ‘overdracht’ te hanteren in plaats van het woord ‘verkoop’ komt tot uitdrukking dat ook huurders die ná het sluiten van de koopovereenkomst doch vóór de levering van het gehuurde een huurovereenkomst hebben gesloten, een beroep kunnen doen op de toepasselijkheid van het artikel. Bovendien valt uit de toelichting te concluderen dat men duidelijk standpunt heeft ingenomen ten aanzien van de discussie omtrent het al dan niet in het genot van het gehuurde dienen te zijn wil men de bescherming van art. 7:226 BW kunnen genieten. Redactioneel gezien is er dus meer helderheid verkregen. Deze helderheid lijkt echter weer onderuit gehaald te worden door de komst van art. 7:3 BW. Onder redactie van art. 7:226 BW springt, duidelijker nog dan onder art. 7A:1612 BW-oud het geval was, in het oog dat er een botsing kan ontstaan tussen beide artikelen. Beide artikelen zien immers op bescherming van een partij bij de eigendomsoverdracht (het moment van levering) van een woning hetgeen kan leiden tot botsende rechten van huurder en koper op het moment van levering. Hoe dient men de werking van art. 7:226 BW te zien in het licht van art. 7:3 BW? Welk artikel is wanneer van toepassing? Is het tij gekeerd en wint de koper terrein? Mogelijk is dat men voor art. 7:226 BW, als dit artikel in samenhang met art. 7:3 BW wordt gezien, een verduidelijking moet overwegen.

3 De ‘Vormerkung’ (art. 7:3 BW)

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk kwam naar voren dat de huurovereenkomst op grond van art. 7:226 BW (waarin het alom bekende gezegde ‘koop breekt geen huur’ is neergelegd) enkele zakelijke trekjes heeft verkregen. Door deze ‘verzakelijking’ van de huurovereenkomst kan de huurder zich beschermen wanneer zich bij vervreemding van de gehuurde woning een botsing voordoet tussen de rechten van de koper en de rechten van de huurder bij levering van de woning. De minister gaf in de Memorie van Toelichting bij het artikel aan dat het belang van de huurder op grond van de billijkheid boven dat van de koper gesteld dient te worden. Als extra grond om de koper met het risico van onjuiste en onvolledige gegevens te belasten werd aangevoerd, dat de verzwijging van de verhuur door de verkoper/verhuurder plaatsvindt in diens relatie tot de koper en niet in die tot de huurder.¹

Met de komst van de Vormerkung (art. 7:3 BW) lijkt er echter op het werkingsterrein van art. 7:226 BW te worden beknibbeld. Uit art. 7:3 lid 3 sub d BW volgt dat een ná de Vormerkung (doch vóór de levering op grond van art. 3:89 BW) tot stand gekomen verhuring niet meer aan de koper kan worden tegengeworpen. Vóór de komst van art. 7:3 BW gold art. 7:226 BW echter ook voor díe situaties.² In de volgende paragrafen zal ik de (werking van de) Vormerkung bespreken.

3.2 Voorgeschiedenis

Waar de totstandkoming van art. 7A:1612 BW (de voorloper van art. 7:226 BW) vele honderden jaren in beslag heeft genomen, verstreek er bij de totstandkoming van art. 7:3 BW minder tijd. Ook hier betreft het een artikel dat verzakelijking (zij het van tijdelijke aard³) van een van oorsprong persoonlijk recht bewerkstelligt. Heden ten dage heeft men er kennelijk minder moeite mee om zo een bepaling in een abstracte rechtsregel neer te leggen. De ervaring heeft immers geleerd dat de overeenkomst zelf dan niet per definitie tot een zakelijk

¹ Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 940-941, nrs. 6 en 7; hiernaar wordt verwezen in de MvT ad art. 7:226 BW, *Kamerstukken II 1997/98*, 26 089, nr. 3, p. 35.

² Mits aan de vereisten voor toepasselijkheid van het artikel was voldaan. Art. 7:226 BW blijft onveranderd zijn werking behouden indien er géén Vormerkung tot stand is gekomen.

³ Zie art. 7:3 lid 4 BW.

recht hoeft te verworden, iets waar men indertijd bij het vastleggen van het beginsel ‘koop breekt geen huur’ nogal huiverig voor was. Het toekennen van zakenrechtelijke bescherming aan een in de openbare registers ingeschreven obligatoire overeenkomst is overigens geen nieuw fenomeen in Nederland.⁴ Reeds in de in 1973 ingevoerde Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken⁵ werd de mogelijkheid geboden tot het inschrijven van een huurkoopovereenkomst in de openbare registers (art. 4 TWHOZ).⁶ Ook in het scheepsrecht kwam men een dergelijk figuur tegen.⁷

In tegenstelling tot de koper van onroerend goed genoot de koper van een teboekgesteld schip een afdoende bescherming.⁸ Bij de invoering van titel 7.1 van het huidige BW in 1992 waren de koop van onroerende zaken regelende bepalingen namelijk zeer schaars. Het merendeel van de artikelen had betrekking op de consumentenkoop, waar de koop van onroerende zaken op grond van art. 7:5 lid 1 BW van is uitgesloten. Alleen art. 7:15, art. 7:17 en art. 7:20 BW kunnen van toepassing zijn op zowel de consumentenkoop als de koop van onroerende zaken. Indertijd leefde wel reeds de gedachte dat de koper van een onroerende zaak, met name voor zover het de koper van een woning betreft, bijzondere bescherming verdient. Er werd ruimte gereserveerd voor enkele bepalingen op dit gebied, met het oog op een spoedige opvulling hiervan. In april 1993 was het zo ver en werd wetsvoorstel 23 095 ingediend, dat de bepalingen bevatte omtrent de bescherming van de kopers van onroerende zaken.⁹ Dit wetsvoorstel heeft geleid tot de wet van 5 juni 2003, houdende aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.¹⁰ Deze wet is in september 2003 in werking getreden, en wordt wel de wet ‘Koop onroerende zaken’ genoemd.¹¹ Uiteindelijk heeft het dus toch tien jaar geduurd eer de ‘leemte’ op het gebied van de kopersbescherming kon worden opgevuld. Reden voor deze vertraging was de vele kritiek op het wetsvoorstel, met name op de niet op de Vormerkung betrekking hebbende onderdelen zoals de bedenktijd en de

⁴ In Frankrijk en Duitsland kent men eveneens de mogelijkheid tot inschrijving van de koopovereenkomst, voor een rechtsvergelijking verwijs ik naar Bartels (1997), p. 98 e.v.; vgl. ook Zwitser (1994a), p. 859-861 en Zwitser (1994b), p. 881-885.

⁵ Ten tijde van de invoering geheten: Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerend Goed.

⁶ Bartels (1997), p. 80 en p. 95; Bartels (1996a), p. 124.

⁷ Stein (1983), p. 309-316. Art. 7:3 BW geldt voor alle registergoederen, dus ook voor teboekgestelde schepen. De oude bepalingen in het scheepsrecht omtrent de inschrijving in de openbare registers zijn inmiddels vervallen.

⁸ Stein (1983), p. 312.

⁹ De verkopers van onroerende zaken komen er nog immer bekaaid vanaf, de nieuwe beschermingsregels bieden alleen de kopers van onroerende zaken bescherming.

¹⁰ [Voluit: Aanvulling van titel 7.1 \(Koop en ruil\) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 \(Aanneming van werk\), Stb. 2003, 238.](#)

¹¹ [Stb. 2003, 272.](#)

(overigens geschrapte) verplichte tussenkomst van een notaris. Opmerkelijk is dat de Vormerkung eigenlijk met name in de literatuur onder spervuur lag. Er bestond een duidelijk verschil van mening over het al dan niet wenselijk zijn van de introductie van de Vormerkung in Nederland. Van Velten heeft zich hiervoor jarenlang sterk gemaakt, terwijl bijvoorbeeld de Boer en Bloembergen van mening waren dat het een hoogst overbodig instrument was en dat Nederland niet gebaat zou zijn bij de komst hiervan.¹² In de parlementaire stukken bij wetsvoorstel ‘Koop onroerende zaken’ wordt, in tegenstelling tot de ruchtbaarheid die er in de literatuur aan dit onderwerp is gegeven, verrassend genoeg weinig aandacht besteed aan de Vormerkung.¹³ Men heeft volstaan met de vermelding dat men bij het invoeren van de Vormerkung ervoor heeft gekozen het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming te beschermen.¹⁴ Als reden hiervoor wordt de veelal grote betekenis (niet alleen in financieel opzicht) voor de koper van de koop van een registergoed aangevoerd.¹⁵ Schadevergoeding uit eventuele wanprestatie (met het eventuele risico van faillissement van de verkoper) is slechts een schrale troost als men op straat staat met familie en huisraad, terwijl men in de veronderstelling verkeerde de gekochte woning te kunnen betrekken. Het belang bij levering van juist de betreffende zaak heeft de doorslag gegeven.¹⁶ Van een belangenafweging waaruit blijkt of (en zo ja, waarom) de bescherming van de koper de voorkeur geniet boven de bescherming van de huurder is evenwel geen sprake. Na de bespreking van de inhoud en de werking van de Vormerkung kom ik hierop terug en zal ik bekijken of het recht van de huurder enerzijds en het recht van de koper anderzijds daadwerkelijk met elkaar kunnen botsen op het moment van de levering.

3.3 Inhoud en werking van art. 7:3 BW

Art. 7:3 BW luidt als volgt:

“1. De koop van een registergoed kan worden ingeschreven in de openbare registers, bedoeld in afdeling 2 van titel 1 van boek 3, tenzij op het tijdstip van de inschrijving levering van dat goed door de verkoper nog niet mogelijk zou zijn geweest wegens de in artikel 97 van Boek 3 vervatte uitsluiting van levering bij voorbaat van toekomstige registergoederen. Bij de koop van een tot woning bestemde onroerende zaak

¹² Zie bijv. Van Velten (1982), p. 232 e.v.; De Boer (1993), p. 1243-1244 en Bloembergen (1983), p. 57-60.

¹³ Ook Bartels verwondert zich hierover: Bartels (1996b), p. 154.

¹⁴ Bartels (1996a), p. 126.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10.

¹⁶ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10; Bartels (1996a), p. 126.

Verwijderd:

kan, indien de koper een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, van het in de vorige zin bepaalde niet ten nadele van de koper worden afgeweken.

2. Gedurende de bedenktijd, bedoeld in artikel 2 lid 2, kan inschrijving slechts plaatsvinden indien de koopakte is opgesteld en mede ondertekend door een in Nederland gevestigde notaris.

3. Tegen de koper wiens koop is ingeschreven kunnen niet worden ingeroepen:

a. een na de inschrijving tot stand gekomen vervreemding of bezwaring door de verkoper, tenzij deze vervreemding of bezwaring voortvloeit uit een eerder ingeschreven koop of plaatsvond uit hoofde van een recht op levering dat volgens artikel 298 van Boek 3 ging voor dat van de koper en dat de koper op het tijdstip van de inschrijving van de koop kende of ten aanzien waarvan op dat tijdstip het proces-verbaal van een conservatoir beslag tot levering was ingeschreven;

b. vervreemdingen of bezwaringen die plaatsvinden als vervolg op de onder a bedoelde vervreemding of bezwaring door de verkoper;

c. een onderbewindstelling die na de inschrijving van de koop is tot stand gekomen of die, zo zij tevoren was tot stand gekomen, toen niet in de openbare registers was ingeschreven, dit laatste tenzij de koper haar op het tijdstip van de inschrijving van de koop kende;

d. een na de inschrijving van de koop tot stand gekomen verhuring of verpachting;

e. een na de inschrijving van de koop ingeschreven beding als bedoeld in artikel 252 van Boek 6;

f. een executoriaal of conservatoir beslag waarvan het proces-verbaal na de inschrijving van de koop is ingeschreven.

4. De inschrijving van de koop verliest de in lid 3 bedoelde werking met terugwerkende kracht, indien het goed niet binnen zes maanden na de inschrijving aan de koper geleverd is. In dat geval wordt bovendien de koop niet geacht kenbaar te zijn door raadpleging van de openbare registers.

5. Nadat de inschrijving haar werking heeft verloren, kan gedurende zes maanden geen koop tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde goed worden ingeschreven.

6. Inschrijving van de koop vindt slechts plaats indien onder de koopakte een ondertekende en gedateerde verklaring van een notaris is opgenomen, die zijn naam, voornamen, standplaats en kwaliteit bevat en waarin verklaard wordt dat de leden 1, 2 en 5 niet aan de inschrijving in de weg staan.

7. De leden 1–6 zijn niet van toepassing op huurkoop.”

In het voorgaande is naar voren gekomen dat de Vormerkung (art. 7:3 BW) het mogelijk maakt -van een verplichting is geen sprake- (het recht op levering uit) de koopovereenkomst ter zake van een registergoed in te schrijven in de openbare registers. In tegenstelling tot hetgeen de omschrijving van het begrip ‘Vormerkung’ zou kunnen doen vermoeden, is het niet de koopovereenkomst zélf die wordt ingeschreven in de openbare registers, doch een notariële verklaring (zie art. 7:3 lid 6 BW, zijnde géén notariële akte) met daaraan gehecht de koopakte. De notaris dient in de verklaring aan te geven dat zowel de koper als de verkoper hebben meegedeeld met de Vormerkung in te stemmen, dan wel dat bewijsstukken aan hem zijn overgelegd die genoegzaam aantonen dat de koop inderdaad is gesloten (aldus art. 26

juncto art. 37 Kadasterwet).¹⁷ Voor de Vormerkung is dus wel vereist dat van de (eventueel mondeling tot stand gekomen) koop een akte is opgemaakt. Dit vereiste geldt ongeacht de hoedanigheid van de koper en ongeacht de aard van de door deze gekochte zaak.¹⁸ Aan de koopovereenkomst zelf worden in art. 7:3 BW verder geen eisen gesteld. In art. 7:2 BW is voor de koop van een woning door een consument echter dwingendrechtelijk vastgesteld dat de koopovereenkomst schriftelijk tot stand dient te komen.¹⁹ Art. 7:2 BW luidt (voor zover relevant):

- “1. De koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan wordt, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, schriftelijk aangegaan.
2. De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de koper ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de verkoper van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de koper het recht de koop te ontbinden. Komt, nadat de koper van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde zaak of hetzelfde bestanddeel daarvan opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.
3. (...)
4. Van het in de leden 1–3 bepaalde kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6.”

De minister merkt hierover op dat zolang niet aan het vormvereiste van een schriftelijke koopovereenkomst is voldaan, de koop niet rechtsgeldig tot stand is gekomen. De sanctie op het niet voldoen aan dit vormvereiste is nietigheid van de koop, overeenkomstig de hoofdregel van art. 3:39 BW.²⁰ Van Velten merkt op dat art. 7:2 BW hierdoor een zwaardere lading heeft gekregen dan men op het eerste gezicht zou denken.²¹ Wil men als consument koper van een woning een Vormerkung maken, dan dient er immers eveneens voldaan te zijn aan het schriftelijkheidsvereiste, aangezien er anders van een koopovereenkomst geen sprake is. Bij gebrek aan een (schriftelijke) koopovereenkomst kan hiervan geen akte opgemaakt worden, en zal men geen Vormerkung kunnen verkrijgen.

¹⁷ [Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 7](#) en p. 11 (MvT); Van Velten (2002), p. 24.

¹⁸ [Kamerstukken II 2001/02, 23 095, nr. 178b](#), p. 5.

¹⁹ Het schriftelijkheidsvereiste voor de koop van een woning door een consument is voor die overeenkomst noodzakelijk met het oog op de voor deze categorie kopers in art. 7:2 lid 2 voorziene bedenktijd: [Kamerstukken II 2001/02, 23 095, nr. 178b](#), p. 4; vgl. Breedveld-de Voogd (2003), p. 114-119.

²⁰ [Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5](#), p. 13; vgl. Breedveld-de Voogd (2003), p. 117-119.

²¹ Van Velten (2003), p. 856.

Wil men reeds gedurende de in art. 7:2 lid 2 BW vervatte bedenktijd overgaan tot inschrijving, dan dient de koopovereenkomst te zijn neergelegd in een door een (in Nederland gevestigde!) notaris opgestelde en medeondertekende akte (art. 7:3 lid 2 BW).²² Geen notaris, geen Vormerkung, valt zodoende uit art. 7:3 BW af te leiden. Wil men een Vormerkung, dan zal men immers over ofwel een notariële akte²³, ofwel een notariële verklaring²⁴ dienen te beschikken. De toetsing door de notaris is in de wet opgenomen om de bewaarder van de openbare registers niet onnodig te belasten met allerlei controles die een onderzoek van de aangeboden stukken zelf te buiten gaan. De minister merkt op dat hierbij gedacht moet worden aan de vraag of niet van een toekomstig goed sprake is, of een bedenktijd heeft bestaan dan wel is afgelopen (hetgeen van belang is als geen notariële tussenkomst bij de totstandkoming van de koop heeft plaatsgevonden) en of niet binnen de afgelopen zes maanden een eerdere Vormerkung met betrekking tot hetzelfde goed en dezelfde partijen haar werking heeft verloren.²⁵

Vóór de inwerkingtreding van art. 7:3 BW had de koper, indien hij werd geconfronteerd met een (ná het sluiten van de koopovereenkomst doch vóór de levering) verhuurde woning, de keuze tussen de volgende opties:²⁶

- A) het huis in verhuurde toestand geleverd krijgen (evt. tegen gereduceerde prijs);
- B) de koopovereenkomst ontbinden (eventueel met eis tot schadevergoeding);
- C) de koopovereenkomst ongedaan maken door vernietiging op grond van dwaling.

Met de komst van de Vormerkung kan de koper zich bij voorbaat wapenen tegen een eventueel na de koop tot stand komende verhuring (art. 7:3 lid 3 sub d BW) en de overige in art. 7:3 lid 3 BW limitatief opgesomde gebeurtenissen. Deze gebeurtenissen, die zich kunnen voordoen ná de koop²⁷, kunnen niet meer worden tegengeworpen aan de koper ten gunste van wie de Vormerkung is gemaakt. Het voordeel van de Vormerkung wordt echter in een voor de praktijk belangrijk opzicht beperkt: als binnen zes maanden na de koop niet aan de koper is

²² Deze bedenktijd geldt alléén voor consument-koper die overgaat tot de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan (art. 7:2 lid 1 BW).

²³ Wanneer men gedurende de in art. 7:2 BW gestelde driedaagse bedenktijd wenst over te gaan tot een Vormerkung, zie art. 7:3 lid 2 BW.

²⁴ Dit geldt voor de Vormerkung die buiten de bedenktijd tot stand komt, zie art. 7:3 lid 6 BW.

²⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 5.

²⁶ Zoals ik reeds in het eerste hoofdstuk heb vermeld zal ik hier verder niet op ingaan, aangezien het buiten het bestek van deze scriptie ligt om hier lang bij stil te staan.

²⁷ De koper heeft ná de koop immers nog slechts een recht op levering van de gekochte zaak, hij wordt pas eigenaar daarvan door de levering op grond van art. 3:89 lid 1 BW.

geleverd, vervalt de zakelijke werking met terugwerkende kracht. In dat geval wordt bovendien de koop niet geacht kenbaar te zijn door raadpleging van de openbare registers, aldus art. 7:3 lid 4 BW. Door de beperkte duur van het aan de Vormerkung verbonden rechtsgevolg wil de wetgever onder meer voorkomen dat overdracht aan anderen dan de koper tot in de lengte der dagen door de Vormerkung kan worden geblokkeerd.²⁸ Mogelijk blijft, aldus de wetgever, om bijvoorbeeld te bedingen dat levering voorlopig niet of eerst na een termijn van zes maanden of langer plaats zal vinden. Ook dan kan Vormerkung zin hebben, namelijk indien dit geschiedt op een tijdstip waarop de tot de levering resterende periode minder dan zes maanden bedraagt. Een dergelijke afspraak wordt niet geacht in strijd te zijn met het (bij koop door consumenten) dwingende karakter van art. 7:3 lid 1 BW, aangezien dit slechts verbiedt de bevoegdheid van de Vormerkung geheel uit te sluiten.

Over de precieze uitwerking van de eenmaal gemaakte Vormerkung is in de kamerstukken nauwelijks gerept. Het enige aanknopingspunt dat hierover is te vinden, is dat de minister in de nota naar aanleiding van het eindverslag heeft opgemerkt dat door de inschrijving van de koop het belang van de koper wordt beschermd bij werkelijke nakoming *door de verkoper van diens verplichting* tot nakoming.²⁹ Hieruit zou men kunnen afleiden dat het de *verkoper* is die uiteindelijk voor de (onbezwaarde) levering zorg moet dragen, ook al bevindt het goed zich inmiddels reeds onder een derde (bijv. de huurder). Na het ontstaan van de Vormerkung is de verkoper nog eigenaar en ook, naar doorgaans wordt aangenomen, beschikkingsbevoegd.³⁰ Bartels merkt op dat het veelal zo wordt uitgedrukt dat de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar is 'beperkt' of gerelativeerd, evenwel zonder dat de koper reeds een beperkt zakelijk recht heeft verkregen.³¹ Haak en Kortmann kiezen voor een enigszins afwijkende constructie. Zij gaan er vanuit dat de verkoper volledig beschikkingsbevoegd blijft, maar dat de derde, die in weerwil van de Vormerkung de woning geleverd krijgt, slechts een relatief recht verkrijgt, dat tegen eenieder behalve tegen de Vormerkungsgerechtigde inroepbaar is. Gelijk aan de opvatting van de minister komt zowel de opvatting van Haak en Kortmann als de opvatting van Bartels er op neer dat het de

²⁸ *Kamerstukken II 1992/93*, 23 095, nr. 3, p. 5 (MvT).

²⁹ *Kamerstukken II 1995/96*, 23 095, nr. 8, p. 10.

³⁰ Bartels (1997), p. 81, Haak en Kortmann (1997), p. 47. Tenzij de verkoper om andere redenen beschikkingsonbevoegd zou zijn, maar dat terzijde.

³¹ Bartels (1997), p. 81-82.

verkoper is die uiteindelijk voor de levering aan de koper zorg moet dragen.³² Voor levering in onbezwaarde toestand wel te verstaan. Dit houdt in dat er, wanneer er sprake is van een huurovereenkomst die tot stand is gekomen ná de Vormerkung, sprake is van een botsing tussen de rechten van de koper van de woning (de Vormerkungsgerechtigde, deze heeft op grond van art. 7:3 BW immers recht heeft op levering van een *onbezwaard* huis) en de huurder (die op grond van art. 7:226 BW beschermd wordt tegen overdracht van het gehuurde tot het moment van levering) op het moment van levering. Vervolgens rijst de vraag of de huurder wiens huurovereenkomst tot stand is gekomen ná de Vormerkung, nog een geslaagd beroep op art. 7:226 BW zal kunnen doen. Of staat art. 7:3 lid 3 sub d BW hieraan in de weg? In de volgende paragraaf zal ik verder ingaan op de frictie tussen beide artikelen.

3.4 Art. 7:3 BW versus art. 7:226 BW

Het lijkt allemaal zo simpel: bij zakenrechtelijke rechten gaat het oudste recht (op levering) voor (de prioriteitsregel) en kan de rechthebbende zijn rechten uitoefenen, ongeacht onder wie het voorwerp van zijn recht zich bevindt (droit de suite). Persoonlijke rechten zijn, ongeacht het moment waarop zij ontstaan, gelijk van rang (*paritas creditorum*) en hebben geen derdenwerking.³³ Een kind kan de was doen, ware het niet dat er ook weer uitzonderingen op de hoofdregels mogelijk zijn, zo volgt uit art. 3:298 BW. Art. 3:298 BW luidt als volgt:

“Vervolgen twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering, dan gaat in hun onderlinge verhouding het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.”

Art. 7:3 BW is een wettelijke bepaling waarop in art. 3:298 BW wordt gedoeld en die afwijking van de hoofdregel rechtvaardigt. De belangen van de (eerste) koper worden niet voldoende gediend door art. 3:298 BW. Deze bepaling heeft een veel beperktere strekking dan art. 7:3 BW. Anders dan art. 3:298 BW betreft art. 7:3 BW niet alleen met elkaar botsende rechten op levering, maar onder meer ook de botsing tussen enerzijds een ingeschreven recht van levering uit koop en anderzijds een huurrecht.³⁴ Art. 7:3 BW biedt de koper bovendien een sterkere bescherming dan hij aan art. 3:298 BW kan ontnemen, nu hij in de in art. 7:3 lid 3 BW omschreven gevallen zijn ingeschreven recht op levering zonder meer tegen derden kan

³² Haak en Kortmann (1997), p. 310; Bartels (1997), p. 97-98.

³³ Bij persoonlijke rechten is er geen sprake van droit de suite.

³⁴ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 30.

inroepen, terwijl op de regel van art. 3:289 BW, zoals hierboven reeds aangegeven, uitzonderingen mogelijk zijn.³⁵ In het Nederlandse recht is inschrijving van feiten die alleen persoonlijke rechten geven (zoals in het geval van de Vormerkung de koopovereenkomst) slechts mogelijk indien een speciale wettelijke bepaling daarin voorziet, aldus art. 3:17 lid 2 BW. Art. 7:3 lid 1 BW is zo een bijzondere bepaling in de zin van art. 3:17 lid 2 BW.³⁶ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ‘Koop onroerende zaken’ wordt hierover opgemerkt dat de zakelijke werking van het artikel precies moet worden omlijnd, aangezien het niet gaat om iets wat uit de aard van de openbaarmaking in de registers volgt, maar om een werking die door het betreffende artikel uitdrukkelijk wordt toegekend.³⁷

Met de komst van art. 7:3 BW is het Burgerlijk Wetboek weer een zakelijk werkende rechtsfiguur rijker.³⁸ Een ander klassiek voorbeeld van een overeenkomst met zakelijke trekken is de huurovereenkomst, waaruit in beginsel tussen partijen persoonlijke rechten voortvloeien, maar die tegelijk in verschillende opzichten ook tegen derden werken (dankzij art. 7:226 BW).³⁹ Vooropgesteld dient te worden dat noch de huurovereenkomst, noch de Vormerkung een zakelijk recht is. Beide figuren hebben slechts *zakelijke trekken* verkregen. Verzakelijkte obligatoire overeenkomsten met betrekking tot een bepaalde onroerende zaak kunnen natuurlijk ook met elkaar in botsing komen op het moment van levering. En van zo een botsing is, zoals bleek, sprake in de situatie waarin een huurovereenkomst met betrekking tot een bepaalde woning tot stand is gekomen nádat de Vormerkung met betrekking tot dezelfde woning tot stand kwam. In art. 7:3 lid 3 sub d BW wordt voor deze botsing een oplossing aangedragen. Uit deze bepaling volgt dat de huurder aan het kortste eind zal trekken. Waarom? Men zou kunnen aanvoeren dat de prioriteitsregel (kort gezegd: ‘wie het eerst komt die het eerst maalt’) krachtens wettelijke bepaling (lees art. 7:3 lid 3 sub d BW) wordt toegepast op de bovengenoemde verzakelijkte obligatoire overeenkomsten. Deze redenering is echter veel te kort door de bocht⁴⁰, er is meer aan de hand.

³⁵ Ervan uitgaande dat aan de overige vereisten van art. 7:3 BW is voldaan. *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 30.

³⁶ Van Velten (2002), p. 22; zie ook Bartels (1996b), p. 151.

³⁷ [Kamerstukken II 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 8](#) (MvT).

³⁸ Bartels (1996a), p. 124; Hensen (1992), p. 1487.

³⁹ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 089, nr. 6, p. 28 e.v. (onder nummer 5a).

⁴⁰ En geldt niet voor alle situaties: niet alle in art. 7:3 lid 3 BW opgesomde gebeurtenissen betreffen immers verzakelijkte overeenkomsten.

Sinds jaar en dag leefde het maatschappelijk gevoelen dat de bescherming van de huurder prevaleerde boven het belang van de koper van het verhuurde goed.⁴¹ Ten grondslag hieraan ligt de overtuiging dat de huurder na overdracht van het gehuurde in beginsel niet in een nadeligere positie dan voorheen dient te komen. Volgens de Toelichting Meijers bij art. 7:226 BW wordt het belang van de huurder op grond van de billijkheid boven dat van de koper gesteld.⁴² Volgens Kleijngeld en Zuidema is de belangenafweging ten gunste van de huurder niet onredelijk omdat het in het maatschappelijk verkeer regelmatig voorkomt dat een zaak verhuurd is. Zij zijn dan ook van mening dat van de verkrijger mag worden verwacht dat hij onderzoekt of er sprake is van verhuur.⁴³ Ook de toelichting op het NBW stelt dat de belasting van de koper met het risico dat het gekochte verhuurd blijkt te zijn, gerechtvaardigd wordt doordat de koper gezien het aantal verhuringen op verhuring bedacht kan zijn.⁴⁴ Bovengenoemde argumenten kunnen in het geval van een ná de Vormerkung tot stand gekomen verhuring mijns inziens echter eveneens worden aangevoerd ten gunste van de koper van de woning: ook verkoop komt regelmatig voor, ook de huurder kan op deze mogelijkheid bedacht zijn.

De door art. 7:226 BW bewerkstelligde verzakelijking van de huurovereenkomst heeft ervoor gezorgd dat de positie van de huurder werd versterkt ten opzichte van de positie van de verkrijger van de onroerende zaak. Per 1 september 2003 is de positie van de koper eveneens versterkt, dit (mogelijk) ten koste van de huurder. Het doel van art. 7:3 BW is de koper te beschermen tegen het risico, dat het registergoed dat hij heeft gekocht hem niet (onbelast) wordt geleverd als gevolg van bijvoorbeeld een latere verhuring.⁴⁵ De minister ziet de rechtvaardiging van het belang van de koper bij werkelijke nakoming in de -niet alleen in financieel opzicht- veelal grote betekenis voor de koper van de koop van een registergoed. Dit wordt toegelicht met de volgende voorbeelden:

‘Men denke bij voorbeeld aan de consument die in een (wellicht krappe) markt erin is geslaagd, een hem passende woning te kopen teneinde te kunnen voorzien in zijn eigen behoefte aan woonruimte. Ook kan worden gedacht aan de koper die reeds op de afwikkeling van de koop is vooruitgelopen, bij voorbeeld

⁴¹ Mits natuurlijk de huurovereenkomst tot stand was gekomen vóór de levering van de woning ex art. 3:89 BW. Zie o.a. Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 940-941, nrs. 6 en 7; in de MvT ad art. 7:226 BW wordt hiernaar verwezen, [Kamerstukken II 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35.](#)

⁴² Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 940-941, nrs. 6 en 7; hiernaar wordt verwezen in de MvT ad art. 7:226 BW, [Kamerstukken II 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35.](#)

⁴³ Kleijngeld en Zuidema (1993), p. 61.

⁴⁴ Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 942, nr. 9.

⁴⁵ [Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10.](#)

door omtrent de onroerende zaak te contracteren met derden (aanneming van werk, huur etc.). Voorts is de onderhavige bescherming van de koper ook daarom op haar plaats, omdat met het vervullen van de vereisten voor levering van een registergoed in de praktijk niet zelden enige maanden gemoeid zijn. De kans dat zich gedurende deze periode derden aandienen met aanspraken op het registergoed die gaan boven die van de koper, is bepaald niet denkbeeldig.⁴⁶

Volgens de toelichting bij art. 7:226 BW is de koper gebonden aan de huurovereenkomst die is gesloten ná de koop, maar vóór de levering.⁴⁷ Dit uitgangspunt wordt volgens Asbreuk-van Oss ten aanzien van registergoederen volledig verlaten met art. 7:3 BW.⁴⁸ In art. 7:3 BW is nauwkeurig omschreven hoe de Vormerkung de koopovereenkomst zakelijke trekken verschaft. Uit art. 7:3 lid 3 sub d BW volgt dat de huurder, wiens huurovereenkomst tot stand is gekomen ná de inschrijving van de koop in de openbare registers, het onderspit delft ten opzichte van de met een Vormerkingsrecht begunstigde koper. Mijns inziens impliceert het voormelde niet dat het uitgangspunt dat de koper gebonden is aan de huurovereenkomst die is gesloten ná de koop, maar vóór de levering, *volledig* wordt verlaten. De bescherming van de koper treedt namelijk niet automatisch (en ook zeker niet altijd) in werking. De koper zal eerst moeten besluiten tot Vormerkung over te gaan, alvorens hij de daaraan verbonden voordelen kan genieten. In het voorgaande kwam naar voren dat hiervoor de hulp van een notaris nodig zal zijn. Het zal dus enige tijd en moeite kosten de voordelen van het beschermingsmechanisme te verkrijgen. De Vormerkung is bovendien gebonden aan de in art. 7:3 lid 4 BW genoemde fatale termijn. Wordt deze termijn overschreden, dan vervalt de Vormerkung met terugwerkende kracht, waardoor een beroep op art. 7:226 BW wederom kans van slagen zal hebben.

Zoals in het voorgaande te zien was, wordt art. 7:226 BW niet automatisch opzij gezet. De Vormerkung zet bovendien niet het hele werkingsterrein van art. 7:226 BW opzij. Men kan art. 7:3 lid 3 sub d BW beschouwen als een *lex specialis* ten opzichte van de algemene regel van art. 7:226 BW. Is er géén Vormerkung of is de huurovereenkomst tot stand gekomen vóór de Vormerkung, dan kan men onverkort een beroep doen op de bescherming van art. 7:226 BW. De werking van het artikel wordt slechts beperkt in die gevallen waarin de huurovereenkomst tot stand is gekomen ná de Vormerkung. In laatstgenoemde gevallen delft

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10.

⁴⁷ MvT ad art. 7:226 BW, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35, waar wordt verwezen naar het Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 940-941, nrs. 6 en 7.

⁴⁸ Asbreuk-van Oss (2001), p. 631.

de huurder het onderspit. Dit kan men beschouwen als een keerpunt in de eeuwenoude traditie de huurder bescherming te bieden tot het moment waarop de levering heeft plaatsgevonden. Wat mij betreft had dit keerpunt al veel eerder plaats mogen vinden. Ook de koper wordt gedurende de (vaak aanzienlijk lange) periode liggende tussen het moment van het sluiten van de overeenkomst en het moment van levering blootgesteld aan de grillen van de verkoper. Waarom de huurder hier wel tegen beschermen en de koper niet? Gedurende deze periode is het belangrijk de vooruitlopend op de (voorspoedige) afwikkeling van de koop aangegane contracten met derden veilig te stellen (denk bijvoorbeeld aan aanneming van werk). Ook heeft de koper vaak al bepaalde kosten gemaakt ten aanzien van de betreffende woning (denk aan de kosten voor een bodemonderzoek of een bouwkundig rapport), iets waar in het geval van huur meestal in aanzienlijk mindere mate sprake van is. Bovengenoemde redenen lijken mij, nog afgezien van de overige enorme financiële verplichtingen van de koper, dusdanig zwaar wegen dat het mij rechtvaardig voorkomt de belangen van de koper gedurende de periode waarin er sprake is van een Vormerkung te laten prevaleren boven die van de huurder wiens overeenkomst ná de Vormerkung is tot stand gekomen.

Ik vind het jammer dat er in de kamerstukken met geen woord is gerept over de afweging van de belangen van de huurder en die van de Vormerkungsgerechtigde koper van de woning. Er worden argumenten aangevoerd die pleiten voor de bescherming van de koper van een onroerende zaak.⁴⁹ Vervolgens wordt er gesteld dat art. 7:3 BW ertoe strekt de koper te beschermen tegen het risico, dat het registergoed dat hij heeft gekocht hem niet (onbelast) wordt geleverd als gevolg van bijvoorbeeld een latere verhuring.⁵⁰ Mijns inziens impliceert het voorgaande dat de wetgever ervoor heeft gekozen de rechten van de Vormerkungsgerechtigde koper te laten prevaleren boven de rechten van de huurder. Zou dit niet het geval zijn, dan zou de koper ondanks de Vormerkung immers alsnog worden geconfronteerd met een verhuring waar niks tegen is in te brengen. Om deze situatie tegen te gaan is art. 7:3 lid 3 sub d BW toch juist in het leven geroepen? Het geheel blinkt echter niet uit in duidelijkheid. Voor hetzelfde geld heeft men deze botsing over het hoofd gezien. Zou de werking van art. 7:3 lid 3 sub d BW afketsen op de werking van art. 7:226 BW, dan zou deze bepaling, en daarmee een deel van de pas verworven (toe te juichen) bescherming van de koper van een woning meteen weer tot een wassen neus verworden. Dit is vast niet de

⁴⁹ *Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10.*

⁵⁰ *Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10.*

bedoeling van de wetgever. Om twijfel te voorkomen, had de wetgever er mijns inziens goed aangedaan enige woorden aan de belangenafweging ‘vuil te maken’, maar helaas.

Ik vind het bovendien een kwalijke zaak dat de huurder in art. 7:226 BW niet wordt gewezen op de regeling van art. 7:3 BW, dit terwijl deze van grote invloed kan zijn op diens beschermingspositie. Ik vind dit extra bezwaarlijk aangezien ook art. 7:226 BW van recente datum is.⁵¹ Men had kunnen overwegen de inwerkingtreding van dit artikel op te schorten in afwachting van de uitkomst omtrent inwerkingtreding van de Vormerkung. Het was op het moment van inwerkingtreding van art. 7:226 BW nog onzeker óf de Vormerkung een plekje in de wet zou krijgen, toch had men wellicht ook een versie van het artikel kunnen ontwerpen voor het geval de Vormerkung daadwerkelijk een feit werd. In de huidige situatie zou de nietsvermoedende lezer van art. 7:226 BW in de veronderstelling kunnen verkeren dat de bescherming van art. 7:226 BW nog immer (zonder voorbehoud) strekt tot het moment van levering van de woning. De huurder zal bedrogen kunnen uitkomen wanneer blijkt dat de Vormerkung roet in het eten gooit. De Vormerkung heeft een plaatsje gekregen in de Wet Koop onroerende zaken. Een huurder die zich niet heeft verdiept in de regeling aangaande de koop van onroerende zaken, kan vervolgens plotsklaps onaangenaam verrast worden met een op zijn situatie van toepassing zijnd aspect uit een “ver van zijn bed show” lijkende regeling. Om bovengenoemde reden zou het mijns inziens wenselijk zijn art. 7:226 BW aan te passen. Het zou duidelijker zijn als de beperking van art. 7:3 BW direct in bijvoorbeeld een vijfde lid van art. 7:226 BW zou worden aangegeven. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan de volgende formulering:

“5. De leden 1 en 2 zijn gedurende de in artikel 3 van Boek 7 bedoelde inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers niet van toepassing op het betreffende gehuurde registergoed.”⁵²

Men zou zo gelijk op de hoogte zijn van de mogelijke gevaren, zonder naderhand geconfronteerd te worden met akelige valkuilen.

Een andere (minder voor de hand liggende) mogelijke oplossing is de aanleg van een register met daarin de beschikkingsbevoegden ten aanzien van (bijvoorbeeld de verhuur van)

⁵¹ Het artikel is per 1 augustus 2003 in werking getreden; Stb. 2003, 230. Dit is slechts één maand voor de inwerkingtreding van art. 7:3 BW; Stb. 2003, 272.

⁵² Vgl. het voorstel van Asbreuk-van Oss (2001), p. 629.

woningen.⁵³ Dit natuurlijk in combinatie met een onderzoeksplicht van de huurder. Met een onderzoeksplicht alleen is men er nog niet. In veel gevallen is de verhuurder van de woning immers niet ook de eigenaar, terwijl hij wel beschikkingsbevoegd is.

Welke invloed de Vormerkung heeft op de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper (tot het moment van levering nog eigenaar van de woning) is nog niet helemaal duidelijk. Op dit punt verschilt bijvoorbeeld de opvatting van Haak en Kortmann nog met die van Bartels.⁵⁴ Mijns inziens heeft de Vormerkung wel degelijk invloed op de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper. Niet in die mate dat de koper reeds (beperkt) beschikkingsbevoegd wordt.⁵⁵ Gedurende de periode waarin er een Vormerkung bestaat, kán de verkoper nog wel beschikken (hij is nog eigenaar van het goed), op grond van art. 7:3 BW is hij volgens mij echter niet meer bevoegd de in dat artikel limitatief opgesomde handelingen (zoals bijvoorbeeld verhuur) te verrichten (tenzij anders is overeengekomen). Mijns inziens zou er gelijktijdig met de inschrijving van de koop een aantekening van de Vormerkung gemaakt kunnen worden in het register van de beschikkingsbevoegden. Het kost wat meer moeite (al zou dat met de huidige stand van de techniek mee moeten vallen), maar het schept duidelijkheid in de stand van zaken. Problemen met onbevoegde verhuur zouden op deze manier ook ondervangen kunnen worden, de huurder heeft er per saldo dus alleen maar baat bij. En dat lijkt mij geen overbodige luxe. Ten gevolge van de regeling van de Vormerkung is het lot van de huurder er namelijk niet zekerder op geworden.

⁵³ Of van alle registergoederen, art. 7:3 BW is immers niet alleen van toepassing op tot bewoning bestemde onroerende zaken of bestanddeel daarvan, maar op alle registergoederen.

⁵⁴ Haak en Kortmann (1997), p. 310; Bartels (1997), p. 97-98.

⁵⁵ De Vormerkung doet de eigendom niet overgaan, de zakelijke werking is beperkt tot de in art. 7:3 BW nauwkeurig omschreven werking.

4 Conclusie

In deze scriptie heb ik onderzocht of het recht van de huurder enerzijds (art. 7:226 BW) en het recht van de koper anderzijds (art. 7:3 BW) met elkaar kunnen botsen op het moment van de levering, en zo ja, of dit tot onwenselijke gevolgen zou kunnen leiden.

Naar voren is gekomen dat voor het onderzoek naar de mogelijke frictie tussen art. 7:3 BW en art. 7:226 BW gekeken moet worden naar de situatie waarin een huurovereenkomst met betrekking tot een bepaalde woning tot stand is gekomen ná de Vormerkung met betrekking tot dezelfde woning. In die situatie lijkt op zowel art. 7:3 BW als op art. 7:226 BW aanspraak gemaakt te kunnen worden door betrokken partijen ingeval er sprake is van botsende rechten op het moment van levering. Deze situatie kan verduidelijkt worden aan de hand van de reeds in het eerste hoofdstuk geïntroduceerde casus. De casus luidt als volgt:

V verkoopt op 2 februari zijn (monumentale) woning, vrij van bijzondere beperkingen of lasten, aan koper K. Afgesproken wordt dat de levering zal plaatsvinden op 1 mei.

V verhuurt de (verkochte) woning op 1 maart voor onbepaalde tijd aan huurder H, waarop deze het gehuurde onmiddellijk betreft. De inschrijving van de koop op grond van art. 7:3 BW vindt plaats op 5 februari, dus vóór de verhuring door V aan H.

Uit art. 7:3 lid 3 sub d BW volgt dat K door de inschrijving van zijn koop wordt beschermd tegen een ná deze inschrijving tot stand gekomen verhuring van de verkochte woning. H kan op grond van dit artikel geen aanspraak maken op voortzetting van de huurverhouding jegens K als nieuwe eigenaar van de woning. Huurder H belandt op straat. Maar welke plaats neemt art. 7:226 BW in dit verhaal in?

Verdiept men zich in art. 7:226 BW, dan komt naar voren dat men ervoor heeft gekozen het recht van de huurder van een woning op grond van de billijkheid te laten prevaleren boven dat van de koper. De door art. 7:226 BW bewerkstelligde verzakelijking van de huurovereenkomst heeft ervoor gezorgd dat de positie van de huurder werd versterkt ten opzichte van de verkrijger van de onroerende zaak. De huurder, met in beginsel slechts een persoonlijk recht, zou anders zijn overgeleverd aan de grillen van de verkoper. Om de huurder tegen de overdracht van de gehuurde woning te beschermen, is de koper volgens de toelichting bij art. 7:226 BW gebonden aan de huurovereenkomst die is gesloten ná de koop,

maar vóór de levering.¹ Het lijkt erop dat deze zienswijze deels is veranderd.

Met de introductie van de Vormerkung in de Wet Koop onroerende zaken wint de koper terrein. In de Nota naar aanleiding van het Eindverslag worden ter motivering van de introductie van art. 7:3 BW argumenten aangevoerd die pleiten voor de bescherming van de koper van een onroerende zaak.² Aangevoerd wordt de veelal grote betekenis (niet alleen in financieel opzicht) voor de koper van de koop van een registergoed. Denk bijvoorbeeld aan de consument, die in een (wellicht krappe) markt erin is geslaagd een hem passende woning te kopen, teneinde te kunnen voorzien in zijn eigen behoefte aan woonruimte.³ Het belang bij levering van juist de betreffende zaak heeft de doorslag gegeven.⁴ Er wordt gesteld dat art. 7:3 BW ertoe strekt de koper te beschermen tegen het risico, dat het registergoed dat hij heeft gekocht hem niet (onbelast) wordt geleverd als gevolg van bijvoorbeeld een latere verhuring.⁵ Mijns inziens impliceert het voorgaande dat de wetgever ervoor heeft gekozen de rechten van de Vormerkungsgerechtigde koper te laten prevaleren boven de rechten van de huurder. Let wel: alléén dan wanneer er sprake is van verhuring ná de totstandkoming van de Vormerkung. Zou dit niet het geval zijn, dan zou de koper ondanks de Vormerkung immers alsnog worden geconfronteerd met een verhuring waar niks tegen is in te brengen. Om deze situatie tegen te gaan, is art. 7:3 lid 3 sub d BW mijns inziens juist in het leven geroepen.

Het geheel blinkt niet uit in duidelijkheid. Bekijkt men zowel art. 7:226 BW als art. 7:3 lid 3 sub d BW, dan ziet men dat er in eerste instantie sprake is van een botsing tussen enerzijds een huurrecht en anderzijds een ingeschreven recht van levering uit koop.⁶ In art. 7:3 lid 3 sub d BW wordt voor deze botsing echter ook meteen een oplossing gegeven. Uit deze bepaling volgt, dat een na de Vormerkung tot stand gekomen verhuring niet meer aan de koper kan worden tegengeworpen.

Men kan art. 7:3 lid 3 sub d BW beschouwen als een *lex specialis* ten opzichte van de algemene regeling van art. 7:226 BW. Enkel en alleen in de gevallen waarin er sprake is van

¹ MvT ad art. 7:226 BW, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35, waar wordt verwezen naar het Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 940-941, nrs. 6 en 7.

² *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10.

³ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10.

⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10; Bartels (1996a).

⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10.

⁶ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 30.

een ná de Vormerkung tot stand gekomen verhuuring, zal art. 7:226 BW toepassing missen. Voor de overige gevallen zal art. 7:226 BW onverkort van toepassing kunnen zijn.

Het uitgangspunt dat de koper is gebonden aan de huurovereenkomst die is gesloten ná de koop maar vóór de levering⁷, wordt slechts ten dele verlaten. Er is alleen sprake van een beperking in de gevallen waarin de koper daadwerkelijk overgaat tot het maken van een Vormerkung.⁸ Men is hiertoe niet verplicht. Uit de regeling van art. 7:3 BW volgt, dat de koper hiervoor enige moeite zal moeten doen. Heeft de koper eenmaal een Vormerkung gemaakt, dan is de situatie nog niet helemaal uitzichtloos voor de huurder wiens huurovereenkomst pas daarna tot stand is gekomen. De Vormerkung vervalt namelijk van rechtswege na een termijn van zes maanden (art. 7:3 lid 6 BW). Na het verstrijken van deze termijn staat art. 7:3 BW een geslaagd beroep op art. 7:226 BW niet langer in de weg.

Op zichzelf vind ik het alleszins toe te juichen dat de koper zich door middel van art. 7:3 BW kan beschermen tegen het risico dat het registergoed dat hij heeft gekocht, hem niet (onbelast) wordt geleverd als gevolg van bijvoorbeeld een latere verhuuring.⁹ Er zijn immers veel (niet alleen financiële belangen) gemoeid bij levering van juist de betreffende woning. Ook de koper wordt, net als de huurder, gedurende de (vaak aanzienlijk lange) periode liggende tussen het moment van het sluiten van de overeenkomst en het moment van levering blootgesteld aan de grillen van de verkoper. Dankzij de Vormerkung heeft de koper de mogelijkheid eventuele contracten die hij vooruitlopend op de (voorspoedige) afwikkeling van de koop met derden is aangegaan (bijvoorbeeld aan aanneming van werk) veilig te stellen. Hij heeft vaak ook al bepaalde kosten gemaakt ten aanzien van de betreffende woning (denk aan de kosten voor een bodemonderzoek of een bouwkundig rapport), iets waar in het geval van huur meestal in aanzienlijk mindere mate sprake van is.

Aan de introductie van de Vormerkung kleeft echter ook een schaduwzijde. Daar waar het de rechtsbescherming van partijen betreft, is het wenselijk dat er zo weinig mogelijk onduidelijkheid bestaat over het al dan niet beschermd zijn in een bepaalde situatie. Mijns inziens faalt de wetgever op dit gebied bij het samenspel van art. 7:226 BW en art. 7:3 BW. Afgezien van de onduidelijkheid die ontstaat ten gevolge van de botsing tussen enerzijds art.

⁷ MvT ad art. 7:226 BW, *Kamerstukken II 1997/98*, 26 089, nr. 3, p. 35, waar wordt verwezen naar het Ontwerp voor een Nieuw BW - Toelichting (1972), p. 940-941, nrs. 6 en 7.

⁸ De Vormerkung hoeft bovendien niet de hele periode tussen het sluiten van de koop en de levering te beslaan, vóórdat de Vormerkung is gemaakt is art. 7:226 BW eveneens overkort van toepassing.

⁹ *Kamerstukken II 1995/96*, 23 095, nr. 8, p. 10.

7:3 BW en anderzijds art. 7:226 BW, vind ik het bijzonder kwalijk dat de huurder in art. 7:226 BW niet wordt gewaarschuwd voor de mogelijkheid dat een beroep op dit artikel gedwarsboemd kan worden door een eerdere Vormerkung. Het is voor de huurder al niet plezierig dat hij er in zijn beschermingsmogelijkheid op achteruit kan gaan, het is natuurlijk helemaal onwenselijk als dit als donderslag bij heldere hemel komt. Om de ten gevolge van de introductie van de Vormerkung ontstane onduidelijke situatie te verhelpen, zou het mijns inziens wenselijk zijn aan art. 7:226 BW een extra artikellid toe te voegen, waarin de huurder wordt gewaarschuwd voor de (beperkende) werking van de Vormerkung.

Een andere (minder voor de hand liggende) oplossing is het aanleggen van een register met daarin de beschikkingsbevoegden ten aanzien van onroerende goederen. Dit natuurlijk in combinatie met een onderzoeksplicht voor de huurder. De Vormerkung beïnvloedt mijns inziens de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper voor de handelingen genoemd in het derde lid van art. 7:3 BW. Wordt er een Vormerkung gemaakt, dan zou dit tegelijkertijd kunnen worden ingeschreven in dit register.

Voor welke oplossing er ook wordt gekozen, het is mijns inziens belangrijk dát er een komt. Het is niet wenselijk dat de huurder, op wiens beschermingsmogelijkheid wordt beknibbeld, hierdoor ook nog eens onaangenaam wordt verrast. Hij kan op straat komen te staan met enkel en alleen een vordering tot schadevergoeding, hetgeen dan slechts een pleister op de wonde is. Blijft de huidige situatie ongewijzigd, dan ben ik bang dat er nog heel wat pleisters aan te pas zullen moeten komen.

Literatuurlijst

(Verkort) aangehaalde literatuur:

- Asbreuk-van Oss (2000)
M.M. Asbreuk-van Oss, 'De regel "koop breekt geen huur" in Wetsvoorstel 26 089 vertoont (verborgen) gebreken', *WPNR* 6386 (2000), p.31-35
- Asbreuk-van Oss (2001)
M.M. Asbreuk-van Oss, 'Een laatste dringende oproep om de tekst van de ontwerpartikelen 7:226 en 7:227 BW ('koop breekt geen huur') te herzien', *WPNR* 6451 (2001), p. 624-631
- Asser/Abas (2001)
C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten, Deel 5-II a (Huur en Pacht)*, tweede supplement op de 7^e druk, bewerkt door P.Abas, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001
- Bartels (1996a)
S.E. Bartels, 'Over de wenselijkheid van de Nederlandse "Vormerkung" en de werking ervan in meerpartijenverhoudingen (I)', *WPNR* 6212 (1996), p. 123-126
- Bartels (1996b)
S.E. Bartels, 'Over de wenselijkheid van de Nederlandse "Vormerkung" en de werking ervan in meerpartijenverhoudingen (II, slot)', *WPNR* 6213 (1996), p. 151-155
- Bartels (1997)
S.E. Bartels, 'Voorwaardelijke eigendom en relatieve beschikkingsbevoegdheid', in: Nieskens-Ispording, Hemmen en Struycken 1997, p.79-103
- Bloembergen (1983)
A.R. Bloembergen, 'Boekbespreking (bespreking van: A.A. van Velten, Kopers en economische eigenaars van onroerend goed. Een privaatrechtelijke studie naar het recht van kopers van onroerend goed (al of niet tevens economisch eigenaars) op juridische levering van het door hen gekochte en naar waarborgen welke economische eigenaars (anders dan krachtens beperkt zakelijk genotsrecht) hebben tegen ondergraving van hun economische eigendom, diss.AmsterdamUvA), Deventer: Kluwer), *WPNR* 5638 (1983), p. 57-60

- De Boer (1993)
J. De Boer, 'Huizenkoop en notaris', *NJB* 1993/35, p. 1243-1244
- Breedveld-de Voogd (2003)
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Het schriftelijkheidsvereiste in de nieuwe regeling voor de koop van onroerende zaken', *NbBW* 2003, p. 114-119
- Van Erp (2000)
J.H.M. van Erp, 'Koop breekt geen huur', *WPNR* 6407 (2000), p. 457-459
- Haak en Kortmann (1997)
M. Haak en J. Kortmann, 'Ontwikkelingen in de derdenbescherming', *AA* (46)1997, p. 306-315
- Hensen (1992)
J. F. M. Hensen, 'Koop van onroerende zaken. De voorgestelde regeling in vergelijkend perspectief', *NJB* 1992/44, p. 1484-1490
- Kleingeld en Zuidema (1993)
M. Kleingeld en Tj. Zuidema, 'Eigendomsoverdracht van verhuurde woonruimte: theorie en praktijk', *Woonrecht* (1993), p. 61-66
- Nelissen (1880)
A.P.J. Nelissen, *Huur en vervreemding* (diss. Leiden 1880), 's Hertogenbosch: Lutkie & Cranenburg 1880
- Nieskens-Isphording, Hemmen en Struycken (1997)
B.W.M. Nieskens-Isphording, E.M. Hemmen en T.H.D Struycken (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997
- Stein (1983)
P.A. Stein, 'Het recht op levering bij de koop van onroerend goed', *WPNR* 5652 (1983), p. 309-316
- Thomas en Ziepzeerder (2000)
E. Thomas en M.J. Ziepzeerder, 'Huur als beperkt zakelijk recht: fiscale consequenties? (I)' *WPNR* (2000) 6425, p. 857-859
- Van Velten (1982)
A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed. Een privaatrechtelijke studie naar het recht van kopers van onroerend goed (al of niet tevens economische eigenaars) op juridische levering van het door hen gekochte en naar waarborgen welke economische eigenaars (anders dan krachtens beperkt*

zakelijk genotsrecht) hebben tegen ondergraving van hun economische eigendom,
(diss. Amsterdam UvA), Deventer 1982

- Van Velten (2002)
A.A. van Velten, *Koop van onroerende zaken*, serie Monografieën Nieuw BW – B65c,
Deventer: Kluwer 2002
- Van Velten (2003)
A.A. van Velten, 'Bedenkingen omtrent de bedenktijd', *WPNR* (2003) 6554, p. 855-856
- Westrik (2000)
R. Westrik, 'Reactie: Koop breekt geen huur in het ontwerp BW', *WPNR* 6395 (2000),
p. 214-217
- Westrik (2001)
R. Westrik, *Koop breekt geen huur en het huurbeding* (diss. Rotterdam), Den Haag:
Koninklijke Vemante 2001
- Zwitser (1994a)
R. Zwitser, 'De zakenrechtelijke positie van de koper van onroerend goed (I)', *WPNR*
6161 (1994), p. 857-862
- Zwitser (1994b)
R. Zwitser, 'De zakenrechtelijke positie van de koper van onroerend goed (II, slot)',
WPNR 6162 (1994), p. 881-885

Geraadpleegde literatuur:

- P. Abas, 'Wetsvoorstel 26 089: een gemiste kans op een nieuw huurrecht', *NTBR*,
1999/2, p. 35-38
- M.M. Asbreuk-van Os, 'Naschrift bij koop breekt geen huur in het Ontwerp BW',
WPNR 6395 (2000), p. 217-218
- A.L.M. van Berckel, *Het rechtskarakter der huur van onroerend goed volgens
hedendaagsch Nederlandsch recht* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Boek- en
kunstdrukkerij Geurts 1920
- A.L. Croes, 'Enige bedenkingen tegen de bedenktijd bij de koop van onroerende
zaken' *NTBR* 2001/7, p. 334-339

- A.L. Croes, ‘Antwoorden van de Minister van Justitie op vragen van de Eerste Kamer de Staten Generaal, of: Hoe stuur je in het poldermodel de senaat met een kluitje in het riet?’, *NTBR* (2002), p. 448-449
- C.C. van Dam, ‘Het wetsvoorstel inzake koop van onroerende zaken’, *NbBW* 1993, p. 71-71
- J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer 2002
- J.J. Dammingh, ‘Boekbespreking’ (bespreking van: A.A. van Velten, *Koop van onroerende zaken*, serie Monografieën Nieuw BW – deel B 65c, Deventer: Kluwer, 2002), *WPNR* 6526 (2003), p. 298-303
- R. A. Dozy en Y.A.M. Jacobs, *Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk*, Arnhem 1999
- J. Elders, ‘De rechtsbescherming van de koper van onroerend goed naar komend recht’, *WPNR* 6583 (1984), p. 74-75
- G. Hamaker, ‘Eigendomsoverdracht en huur’, *WPNR* 5010 (1968), p. 401-407
- A.S. Hartkamp, ‘Titel 7.1 (koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek’, *Ars Aequi* 1990-5, p. 295-301
- H.W. Heyman en M.M. van Rossum, ‘Artikel 7:15 BW: Een valkuil voor verkoper en koper van onroerend goed (I)’, *WPNR* 6046 (1992), p. 307-314
- H.W. Heyman en M.M. van Rossum, ‘Artikel 7:15 BW: Een valkuil voor verkoper en koper van onroerend goed (II, slot)’, *WPNR* 6047 (1992), p. 329-334
- N.M. van der Horst, ‘Het nieuwe huurrecht’, *NbBW* 1999/2, p. 14-16
- N.M. van der Horst, ‘Het nieuwe huurrecht’, *NTBR* 1999/3, p. 79-94
- W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999
- W.G. Huijgen, ‘De nieuwe regeling inzake de koop van onroerende zaken’, *BR* (2002), p. 1003-1010
- W.M. Kleijn, ‘Welke eisen moeten aan de koop van onroerend goed gesteld worden?’, in: *Liber Amicorum Nieuw Burgerlijk Wetboek. Opstellen aangeboden aan Mr Drs D.C. de Die*. Arnhem: Gouda Quint, Deventer: Kluwer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991
- W.M. Klein, *Koop van onroerend goed en efficiënte consumentenbescherming* (Afscheidsrede RU Leiden), Arnhem 1992

- C.A. Kraan en A.A. van Velten, 'De afweging van de belangen van verkopers en kopers van woningen', *WPNR* 5363 (1976), p. 595-601
- H.B. Krans, 'De nieuwe regeling der 'Vormerkung'', *NbBW* 2003/11, p. 176-178
- J.G.A. Linssen, 'Van Nieuw BW naar BW. Koopovereenkomst (Titel 7.1 BW) (I)', *Advocatenblad* 1993/8, p. 218-224
- J.G.A. Linssen, 'Van Nieuw BW naar BW. Koopovereenkomst (Titel 7.1 BW) (II)', *Advocatenblad* 1993/8, p. 253-259
- M.B.M. Loos, 'Consumentenbescherming bij de koop van onroerende zaken en aanneming van werk: een nog altijd onevenwichtig en onvoldoende doordacht wetsvoorstel', *NTBR* 2002/8, p. 356-367
- J.A. de Mol, *Huurrecht*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1980
- B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Na de "Vormerkung" nu ook de "Anwartschaftsrechte"?', in: Nieskens-Isphording, Hemmen en Struycken 1997, p.105-114
- B.W.M. Nieskens-Isphording, "'Vormerkung" met doorwerking: een andere kijk op art. 7:3 BW', *WPNR* 6277 (1997), p. 459-460
- B.W.M. Nieskens-Isphording, *Overdracht/Übertragung. Eigendomsverkrijging naar Nederlands en Duits recht*, Serie Ars Aequi Cahiers Rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis deel 4, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999
- B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Een laatste dringende oproep om de tekst van de ontwerp artikelen 7:226 en 7:227 BW ('koop breekt geen huur') te herzien', *WPNR* 6451 (2001), p. 624-631
- B.W.M. Nieskens-Isphording en R.D. Vriesendorp, 'Slotbeschouwing' in: Nieskens-Isphording, Hemmen en Struycken (1997), p. 193-197
- B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Derdenbescherming*, serie Monografieën Nieuw BW - A22, Deventer: Kluwer 2002
- *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek*, van Prof. Mr. E.M. Meijers, Ingevolge opdracht van de Minister van Justitie opgesteld onder leiding van Mr. F.J. de Jong, Toelichting, Vierde gedeelte (Boek 7), Den Haag 1972
- Pitlo/Croes e.a., *Bijzondere overeenkomsten*, Arnhem: Gouda Quint 1995
- A.J.H. Pleysier, 'De regel 'koop breekt geen huur' uit het nieuwe Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 5395 (1977), p. 386-392

- W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5, en 6, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer 1991
- E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1992
- J. Rombach, 'Grensconflicten en samenvallen', *WPNR* 5395 (1977), p. 392-399
- A.H.M. Santen, 'Bescherming van kopers van woningen. Bespreking preadviezen', *WPNR* 5752 (1985) p. 589-591
- H.C.F. Schoordijk, Boekbespreking A.A. van Velten, 'Koop van onroerende zaken', *Monografieën Nieuw BW*', in *WPNR* 5719 (1984), p. 718-720
- H.C.F. Schoordijk, boekbespreking (bespreking van: A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed*, diss. Amsterdam 1982, Deventer: Kluwer) *NJB* 1983/29, p. 968-969
- E.J.H. Schrage, *Koop breekt geen huur . Enkele grepen uit de geschiedenis van het geleerde recht inzake de gevolgen van de vervreemding van een verhuurde zaak*, Deventer 1984
- W. Snijders, 'Botsende rechten op levering', in: *Recht door zee*, (Schadee-bundel), Liber Amicorum 1980, Zwolle 1980
- H.J. Schnijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001
- J.C. Toorman, 'Inwerkingtreding wijziging Wet Voorkeursrecht Gemeenten', *WPNR* 6245 (1996), p. 833-835
- A.A. van Velten, 'Verkopers verplichting tot (vrije en onbezwaarde) levering van onroerende zaken in het NBW', *WPNR* 5672 (1983), p. 685- 688
- A.A. van Velten, 'Koop van onroerende zaken en aanneming van werk (I)', *WPNR* 6138 (1994), p. 381-386
- A.A. van Velten, 'Koop van onroerende zaken en aanneming van werk (II)', *WPNR* 6139 (1994), p. 397-401
- A.A. van Velten, 'Koop van onroerende zaken en aanneming van werk (III, slot)', *WPNR* 6140 (1994), p. 418-421
- A.A. van Velten, 'De verdere lotgevallen van Wetsvoorstel 23 095', *WPNR* 6469 (2001), p. 1027-1029
- A.A. van Velten, 'Hoe het verder is gegaan met Wetsvoorstel 23 095', *WPNR* 6473 (2002), p. 93-95

- A.A. van Velten, 'De behandeling van de wetsvoorstellen inzake koop, aanneming en huurkoop van onroerende zaken in de eerste kamer en de positie van de notaris: never a dull moment', *WPNR* 6538 (2003), p. 496-501
- W.G.Ph.E. Wedekind, 'Wetsontwerp ("consumenten")koop van onroerende zaken bij Tweede Kamer ingediend', *Bouwrecht* 1994-5, p. 365-368

Jurisprudentielijst

Hoge Raad:

HR 4 juni 1880, W 4520
 HR 5 november 1896, W 6882
 HR 5 maart 1897, W 6937
 HR 20 april 1906, W 8368
 HR 9 november 1906, W 8453
 HR 19 november 1906, *WPNR* 1931 (1906), p. 671-675
 HR 13 november 1908, W 8764
 HR 19 april 1918, *NJ* 1918, p. 569
 HR 24 mei 1918, *NJ* 1918, p. 637
 HR 22 februari 1929, *NJ* 1929, p. 1339 m.n. E.M.M
 HR 15 maart 1940, *NJ* 1940, 848
 HR 4 december 1953, *NJ* 1954, 210
 HR 8 mei 1964, *NJ* 1964, 315
 HR 8 november 1968, *NJ* 1969, 11
 HR 11 december 1981, *NJ* 1982, 239
 HR11 december 1981, *NJ* 1982, 239
 HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 580 (Sanders/Sanders)
 HR 2 juni 1989, *NJ* 1990, 253
 HR 7 juni 1991, *NJ* 1992, 262

Hof:

Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 1942, *NJ* 1943, 246
 Hof 's-Gravenhage 1 november 1950, *NJ* 1952, 75
 Hof 's-Hertogenbosch 9 oktober 1991, *Praktijkids* 1991, 3583

Rechtbank:

Rb. Utrecht 28 november 1917, *NJ* 1918, p. 393
Rb. Amsterdam 24 april 1985, *NJ* 1986, 168
Rb. Middelburg 30 september 1981, *NJ* 1983, 98

Kantongerecht:

Ktg. Amsterdam 18 augustus 1989, *Praktijkids* 1989, 3133
Ktg. Amsterdam 16 januari 1990, *Praktijkids* 1990, 3215
Ktg. Amsterdam 24 januari 1991, *WR* 1993, 16
Ktg. Zaandam 21 februari 1991, *Praktijkids* 1991, 3523

Wetgeving

Kamerstukken :

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3
Kamerstukken II 1997/98, 26 089, nrs. 1-2
Kamerstukken II 1997/98, 26 089, nr. 3
Kamerstukken II 1999/00, 26 089, nr. 5
Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10
Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr.178, p. 1-3
Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr. 178a, p. 1-10
Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 1-21

Staatsblad:

Stb. 1990, 378
Stb. 2002, 587
Stb. 2003, 230
Stb. 2003, 238
Stb. 2003, 272