

Uitstel van executie

Het voorkomen van de executoriale verkoop in crisistijd

*Mr. I. Visser**

1 Inleiding

De economische crisis doet momenteel ook haar invloed gelden op de Nederlandse woningmarkt. Zo volgt uit cijfers van het Kadaster dat de prijzen van verkochte woningen sinds februari 2009 dalen en dat het aantal verkochte woningen sinds 2008 eveneens afneemt.¹ Naar aanleiding van de problematiek op de woningmarkt hebben diverse belangenorganisaties de regering reeds opgeroepen maatregelen te treffen. Zo lanceerde de Vereniging Eigen Huis in januari 2009 een plan om tijdelijke verhuur van te koop staande woningen te vergemakkelijken.² Voorts vroeg onder meer de Nederlandse Vereniging van Makelaars om verhoging van de Nationale Hypotheekgarantie en om de garantstelling ook mogelijk te maken voor leningen boven de € 265.000.³ De afgelopen maanden heeft de regering enkele van deze voorstellen uitgewerkt en concrete maatregelen ten behoeve van de woningmarkt getroffen.⁴ Een van de door de regering getroffen maatregelen betreft de hierna onder te bespreken Woonlastenfaciliteit.

In dit artikel staat één bijzonder aspect van de woningmarkt in tijden van economische crisis centraal: de executoriale verkoop. De bespreking van dit aspect is om een aantal redenen van belang. Zo zal naar verwachting als gevolg van de crisis een toenemend aantal huishoudens in betalingsproblemen komen te verkeren.⁵ Dit brengt ook gevolgen mee voor het aantal executoriale verkopen. Het Kadaster meldt over het eerste kwartaal van 2009 reeds een stijging van het aantal openbare verkopen.⁶ Toch kan het nut van de executoriale verkoop in economisch mindere tijden betwijfeld worden. Zoals in paragraaf 2 aan de orde komt, dient de executoriale verkoop in een dalende woningmarkt, in het belang van zowel de hypotheekhouder als de schuldenaar, zo veel mogelijk te worden voorkomen. In paragraaf 3 komen de resultaten van recent onderzoek aan bod, waarmee dit standpunt nog wordt versterkt. Hier zal blijken dat de effectiviteit van de executoriale verkoop als middel tot verhaal voor de hypotheekhouder momenteel sowieso ter discussie staat.

2 Het voorkomen van de executoriale verkoop

Indien de schuldenaar in verzuim is met zijn verplichtingen waarvoor het hypotheekrecht tot waarborg strekt, is de hypotheekhouder bevoegd het verbonden goed executoriaal te verkopen, zo volgt uit art. 3:268 BW. Aldus is een enkel verzuim van de schuldenaar voldoende voor het ontstaan van de bevoegdheid tot executoriale verkoop. De hypotheekhouder heeft hiermee een sterk middel in handen, waarmee hij op relatief snelle en eenvoudige wijze zijn vordering op de schuldenaar kan

* Mr. I. Visser is promovenda aan de Rijksuniversiteit Groningen en ondersteunend jurist Netwerk Notarissen Centrale Organisatie. Dit artikel is afgerond op 30 juni 2009. De ontwikkelingen die zich nadien hebben voorgedaan zijn derhalve niet meegenomen in dit artikel. Voorts ziet dit artikel slechts op de gevolgen van een economische crisis voor de executoriale verkoop van een door de eigenaar zelf bewoonde woning door de hypotheekhouder, waardoor onder 'schuldenaar' tevens de hypotheekgever wordt verstaan.

1. In mei 2009 zijn de prijzen van verkochte woningen voor de vierde maand op rij gedaald, zie Kadaster, Vastgoedbericht mei 2009, persbericht 22 juni 2009, <www.kadaster.nl>. Uit dit bericht volgt ook, dat het aantal verkochte woningen ten opzichte van 2008 sterk is gedaald, doch dat maandelijks wel lichte stijgingen te zien zijn.

2. Vereniging Eigen Huis, Tijdelijke verhuur van te koop staande woning moet makkelijker worden, persbericht 27 januari 2009, <www.veh.nl>. In zijn antwoorden op de Kamervragen naar aanleiding van de oproep van de Vereniging Eigen Huis attendeerde de minister voor Wonen, Wijken en Integratie reeds op de mogelijkheid van tijdelijke verhuur via Leegstandwet (Kamerstukken II 2008/09, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1409 en 2254; Kamerstukken II 2008/09, 27 562, nr. 26).

3. Nederlandse Vereniging van Makelaars, NVM teleurgesteld in uitblijven maatregelen woningmarkt, persbericht 16 januari 2009, <www.nvm.nl>. De verhoging zag op leningen tot € 350.000.

4. In zijn brief van 15 mei 2009 kondigde de minister voor Wonen, Wijken en Integratie aan de Woonlastenfaciliteit te verbeteren (waarover hierna meer): Kamerstukken II 2008/09, 27 562, nr. 26. Verder verscheen op 19 juni 2009 een persbericht van het ministerie van VROM, over de tijdelijke verhoging van de Nationale Hypotheekgarantie per 1 juli 2009: Nationale Hypotheekgarantie tijdelijk verhoogd naar € 350.000, Nieuwsbericht 19 juni 2009, via <www.vrom.nl>.

5. Uit de kwartaalcijfers van de Nationale Hypotheekgarantie over het eerste kwartaal van 2009 komt naar voren dat een toenemend aantal huishoudens in betalingsproblemen verkeert. Ten opzichte van het eerste kwartaal van 2008 is het aantal toegenomen met 25%. Zie: Nationale Hypotheekgarantie, Kwartaalcijfers NHG, persbericht 9 april 2009, <www.nhg.nl>. In het algemeen overleg met de algemene commissie voor Wonen, Wijken en Integratie geeft minister Van der Laan aan dat ongeveer 100.000 huishoudens 'theoretisch een verhoogd risico' hebben, 'gelet op de oplopende werkloosheid, de hypotheekmarkt en de verhouding "loan to value"' (Kamerstukken II 2008/09, 27 562, nr. 33, p. 33).

6. Kadaster, Kwartaalbericht, Kwartaalbericht 21 april 2009. In het eerste kwartaal van 2009 zijn 539 onroerende zaken (waarvan ongeveer 99% eigen woningen) geveild in het openbaar. In 2008 was dit aantal 490, in 2007 455 (<www.kadaster.nl>).

verhalen.⁷ Voor de hypothecaire schuldenaar zal de executoriale verkoop evenwel grote gevolgen meebrengen. Als gevolg van deze verkoop zal de schuldenaar immers zijn woning kwijtraken, terwijl hij bij een onvoldoende opbrengst bovendien met een restantschuld geconfronteerd wordt.⁸ Voor de schuldenaar zal de executoriale verkoop met name dan nadelig zijn wanneer de executieopbrengst minder bedraagt dan de waarde van de woning. Vanwege de grote gevolgen voor de schuldenaar, kan dan ook de vraag worden gesteld of de hypotheekhouder, ondanks zijn formele bevoegdheid tot executoriale verkoop, onder alle omstandigheden gebruik mag maken van zijn recht.

Eén van de omstandigheden waarbij getwijfeld kan worden aan het middel van de executoriale verkoop, vormt de huidige economische crisis. Nu de huizenprijzen dalen, is het immers veelal niet slechts de schuldenaar die de nadelen ondervindt van een executoriale verkoop. Ook aan het nut voor de hypotheekhouder om onder deze omstandigheden te executeren, kan worden getwijfeld; zeker indien hij zijn vordering naar alle waarschijnlijkheid niet geheel voldaan zal zien uit de opbrengst. In tijden waarin de vordering van de hypotheekhouder als gevolg van de economische omstandigheden naar verwachting maar ten dele uit de opbrengst kan worden verhaald, zal mijns inziens een executoriale verkoop zo veel mogelijk moeten worden voorkomen.

Toch zal een hypotheekhouder, wanneer de betalingsachterstand oploopt, niet steeds willen wachten met de executoriale verkoop. In geval van een sterk dalende woningmarkt zal hij dan genoegen nemen met een verlies bij deze verkoop. Dit verlies, het verschil tussen de executieopbrengst en de vordering van de hypotheekhouder, komt uiteindelijk voor rekening van de schuldenaar, die immers met een restschuld wordt geconfronteerd.⁹ Voor deze restschuld heeft de schuldeiser weliswaar geen hypotheekrecht meer, maar de schuld kan nog wel op het vermogen van de schuldenaar worden verhaald. Dit doet de vraag opkomen naar de mogelijkheden voor de schuldenaar om te voorkomen dat de hypotheekhouder in economisch ongunstige

tijden de executoriale verkoop van de woning doorzet. Deze mogelijkheden worden hierna besproken.

In paragraaf 2.1 komt aan de orde dat de schuldenaar tijdens de crisis van de jaren dertig een speciale wet ten dienste stond, die executoriale verkoop op dat moment zo veel mogelijk moest voorkomen. Deze wet, de Crisishypotheekaflossingswet 1936, is thans echter niet meer van kracht. Welke middelen de schuldenaar in de huidige crisis wel ten dienste staan, komt hierna in de paragrafen 2.2 en 2.3 aan de orde. Naast een bespreking van de mogelijkheden tot voorkoming van de executoriale verkoop, wordt ook bezien of de huidige middelen tot voorkoming van de executoriale verkoop afdoende zijn of dat herinvoering van de Crisishypotheekaflossingswet 1936 overweging verdient.

2.1 Crisishypotheekaflossingswet 1936

De economische crisis van de jaren dertig bracht veel huiseigenaren in de problemen. Als gevolg van onder meer de algemene waardedaling van de woningen gingen destijds steeds meer hypotheekhouders over tot het opeisen van de lening.¹⁰ Omdat de situatie voor huiseigenaren met de jaren verslechterde, besloot de regering in 1935 in te grijpen met het wetsontwerp houdende 'bijzondere maatregelen ter voorkoming van onredelijke terugvordering van onder verband van hypotheek op onroerend goed uitgeleende gelden', de Crisishypotheekaflossingswet 1936. In de memorie van toelichting bij deze wet geeft de regering aan dat zij hiertoe is gekomen, aangezien:

'haar klachten [hebben] bereikt van hypothecaire schuldenaren, die met executie worden bedreigd, omdat de hypothecaire credietgever zonder dringende redenen de geldleening had opgezegd, terwijl de schuldenaar niet in staat was de geleende som terug te betalen. De schuldenaar kan in de huidige omstandigheden door zoodanige opzegging in grote moeilijkheden geraken, daar onder meer wegens de waardedaling van het onderpand en de terughoudendheid van geldbeleggende personen en instellingen een nieuwe geldleening niet of slechts tot lager bedrag kan worden verkregen.'¹¹

De Crisishypotheekaflossingswet gaf schuldenaren de mogelijkheid een dreigende executoriale verkoop af te wenden via de kantonrechter. Ingevolge art. 1 konden zij bij de kantonrechter een verzoek indienen tot uitstel van betaling van de hoofdsom of tot wijziging van de betalingsregeling. In art. 2 kwam de wens van de regering tot uiting slechts 'den getrouwen' schuldenaar toe te laten tot de regeling. Hier was uitgewerkt in welke gevallen de schuldenaar geen beroep kon doen op deze wet:

'1. Artikel 1 is niet van toepassing in de gevallen, waarin de hoofdsom opeischbaar is geworden:

7. Uit de Toelichting Meijers bij art. 3:268 BW volgt dat de huidige procedure van executoriale verkoop onder meer is ingegeven door de gedachte dat de wijze van uitwinning onder het oud BW nodeloos verdragend was voor de hypotheekhouder, met name waar het de gerechtelijke uitwinning betrof. Zie: Parl. Gesch. Boek 3, p. 822-823 (Toel. Meijers). Overigens is de snelheid en eenvoud van deze procedure wel ter discussie gesteld, bijvoorbeeld in het kader van de onderhandse executoriale verkoop. Zie (o.m.) A.A. van Velten, Literatuur, Kwartaalbericht Nieuw BW 1986, p. 91-92. Zie voor de reactie van de minister van Justitie in de parlementaire geschiedenis: Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1376-1378.
8. In gevallen waarin de lening is aangegaan onder Nationale Hypotheekgarantie kan de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen deze restantschuld betalen. Voor de betaling van de restschuld door de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen gelden strikte voorwaarden. Zie hiervoor Voorwaarden & Normen Nationale Hypotheekgarantie via <www.nhg.nl>.
9. Nu de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen onder bepaalde voorwaarden deze restschuld betaalt wanneer de hypothecaire lening is aangegaan onder NHG-garantie (zie noot 8), is het voorkomen van de executoriale verkoop derhalve ook in het belang van deze stichting, waarvoor de Vereniging Nederlandse Gemeenten en de rijksoverheid als achtervang fungeren.

10. Uit het proefschrift van J. Hazenberg blijken de redenen waarom steeds meer hypotheekhouders overgingen tot opeising van de lening. Zie: J. Hazenberg, De Crisishypotheekaflossingswet 1936 (diss. VU Amsterdam 1943), Goes: Oosterbaan & Le Cointre 1934, p. 11-46.
11. Memorie van toelichting, te kennen uit Hazenberg 1943 (diss. VU Amsterdam), p. 47.

1. omdat de hypotheekaire schuldenaar nalatig is:

a. verschuldigde rente van door hypotheek verzekerde hoofdsommen te voldoen;

b. bij verplichte tusschentijdsche aflossing op een door eerste hypotheek verzekerde hoofdsom zoodanig bedrag of, indien meer dan één aflossing per jaar is bedongen, naar evenredigheid zoodanige bedragen te voldoen, dat daardoor eene totaal-aflossing van ten minste 1 pct. per jaar op de hoofdsom wordt bereikt, of van ten minste de helft van de bedongen tusschentijdsche aflossing in de gevallen, waarin die aflossing minder dan 2 pct. per jaar bedraagt;

c. de op het goed drukkende zakelijke belastingen of erfpachtscanon te voldoen;

2. wegens executoriaal beslag, op het verbonden goed gelegd ter zake van niet-nakoming van andere dan door hypotheek verzekerde verplichtingen;

3. wegens faillissement van den schuldenaar.

2. Artikel 1 is mede niet van toepassing:

a. ten aanzien van vorderingen, welke kunnen voortvloeien uit een crediet, tot zekerheid waarvan tot een bepaald in de akte genoemd bedrag, hypotheek is gesteld en hetwelk is geopend door eene bankinstelling, voor welke het verleen van zoodanige credieten vóór 1 Juli 1935 tot haar gewonen werkring behoorde;

b. ten aanzien van vorderingen, voortvloeiende uit overeenkomsten, gesloten na den dag van de inwerkingtreding der wet.

3. Ter zake van niet-voldoening van verschuldigde rente of van verschuldigde tusschentijdsche aflossing, als bedoeld in lid 1, sub 1, van dit artikel, wordt, niettegenstaande beding van het tegendeel, de hoofdsom slechts opeischbaar, indien de schuldenaar in de voldoening nalatig blijft na ingebrekestelling bij aangeteekenden brief, waarbij hem een termijn van ten minste veertien dagen wordt gelaten om alsnog zijne verplichtingen na te komen.

4. Als hoofdsom in den zin van lid 1, sub 1. b, van dit artikel wordt beschouwd de oorspronkelijke hoofdsom (...).

Hieruit volgt, dat schuldenaren in een groot aantal gevallen de mogelijkheid van een beroep op de wet ontzegd werd. Dit artikel was dan ook, zoals hierna nog zal blijken, een van de redenen waarom slechts weinig schuldenaren de Crisishypotheekaflossingswet hebben gebruikt. Art. 3-19 zagen vervolgens op de procedure bij de kantonrechter en art. 20 op het voortbestaan van deze wet na afloop van de gestelde termijn voor intrekking.

Zoals gezegd is de Crisishypotheekaflossingswet thans niet meer van kracht. Recentelijk toonde Schoordijk zich in het WPNR een voorstander van herinvoering van de wet:

‘Deze wet geldt niet meer en onze wetgever heeft in 1992 herleving van dit voorschrift wellicht niet overwogen, want wie dacht toen aan de barre tijden die wij thans beleven. Goed bezien zou het jammer zijn dat wat de nog liberale

wetgever in 1934 als mogelijkheid gaf, thans niet meer zou opgaan.’¹²

Bij de overweging ook in verband met de huidige crisis een soortgelijke wet in te voeren, dient mijns inziens in ieder geval acht te worden geslagen op de bevindingen van Hazenberg, die in 1943 de wet analyseerde.¹³ In zijn conclusie schrijft Hazenberg, dat een ‘niet onaanzienlijk’ deel van de schuldenaren tussen 1936 en 1941 een beroep op de wet deed. Toch bleef dit aantal, zeker gezien de verwachtingen van de Eerste en Tweede Kamer destijds, beperkt. Hazenberg schrijft dit toe aan een drietal factoren.¹⁴ Allereerst het hiervoor weergegeven art. 2 van de wet, dat het aantal schuldenaren dat een beroep kon doen op de wet ‘aanzienlijk beperkte’. Voorts noemt Hazenberg de preventieve werking, welke van een dergelijke wet kan uitgaan. De derde en laatste factor is het bestaan van de door de diverse belangenorganisaties ingevoerde Bemiddelingscommissies. Deze commissies bemiddelden tussen de hypotheekhouder en de met gedwongen verkoop bedreigde schuldenaar met als doel de executoriale verkoop zo veel mogelijk te voorkomen. Door deze tussenkomst werd een groot aantal executies voorkomen, waardoor de Crisishypotheekaflossingswet in deze gevallen overbodig bleek.

Hazenberg maakt vervolgens duidelijk dat de Crisishypotheekaflossingswet met name oplossingen bood bij executoriale verkoop door particuliere hypotheekhouders. Deze waren veelal niet aangesloten bij de Bemiddelingscommissies, waardoor hun schuldenaren waren aangewezen op de Crisishypotheekaflossingswet om executoriale verkoop te voorkomen:

‘Het is de Crisishypotheekaflossingswet geweest, welke die “absoluut vrijen” in zekere zin aan banden heeft gelegd en daarmee verscheiden hypotheekaire debiteuren voor financiële ondergang heeft behoed.’¹⁵

De door Hazenberg genoemde Bemiddelingscommissies bestaan niet langer, doch ook tegenwoordig is de hypotheekhouder op grond van diverse regelingen gehouden eerst overleg te plegen met de schuldenaar bij betalingsachterstanden teneinde een executoriale verkoop zo veel mogelijk te voorkomen. Zo verplicht art. 15 van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen, waar vrijwel alle professionele hypotheekverstrekkers aan gebonden zijn,¹⁶ de hypotheekhouder tot overleg met de schuldenaar ‘om te bezien of het mogelijk is een redelijke en voor de hypotheekfinancier en de consument acceptabele oplossing te vinden voor de gerezen problemen’. Ook de Nationale Hypotheekgarantie verplicht de geldgevers tot overleg met de schuldenaar, indien de schuldenaar ‘niet, niet tijdig, of niet behoorlijk’

12. H.C.F. Schoordijk, *Privaatrecht Actueel. Executie-perikelen en onderhandse volmacht*, WPNR (6790) 2009, p. 211.

13. Zie hiervoor, noot 11.

14. Hazenberg 1943 (diss. VU Amsterdam), p. 151-153.

15. Hazenberg 1943 (diss. VU Amsterdam), p. 152.

16. De Gedragscode Hypothecaire Financiers is te raadplegen via <www.nvb.nl>. Hier is tevens te vinden, welke hypotheekfinanciers de Gedragscode onderschrijven.

aan zijn verplichtingen voldoet.¹⁷ De hierna te noemen Woonlastenfaciliteit en het leerstuk van misbruik van bevoegdheid bieden de schuldenaar eveneens mogelijkheden de executoriale verkoop af te wenden. Hierna zal duidelijk worden dat onzeker is in hoeverre de bestaande regelingen de schuldenaar voldoende waarborgen bieden tegen een executoriale verkoop. Hierdoor is invoering van een wet gelijk de Crisishypotheekaflossingswet zeker het overwegen waard. De schuldenaar krijgt hiermee immers een concreet middel om de executoriale verkoop af te wenden in handen.

2.2 Woonlastenfaciliteit

Bij de bespreking van de te treffen maatregelen in verband met de huidige economische crisis merkte de minister voor Wonen, Wijken en Integratie op:

‘Ik heb horen zeggen dat wij sowieso naar de veilingen moeten kijken om te zien wat eraan kan worden verbeterd. Er is in het overleg met partijen al aan de orde geweest dat er iets moet worden bedacht dat voorkomt dat mensen juist nu hun huis geëxecuteerd zien worden, dus precies op het verkeerde moment. Op dat gebied moeten alle zeilen worden bijgezet. Meer kan ik er nu niet over zeggen.’¹⁸

Deze enigszins cryptische toezegging van de minister werd op 12 mei 2009 concreet. Op die datum lanceerde de Nationale Hypotheekgarantie (NHG) de maatregelen die zij in overleg met de minister voor Wonen, Wijken en Integratie en de Vereniging Nederlandse Gemeenten heeft getroffen om de Nederlandse huizenbezitter in deze crisistijd te helpen.¹⁹ In het kader van het voorkomen van de executoriale verkoop is met name de verbetering van de Woonlastenfaciliteit interessant. Deze faciliteit biedt schuldenaren die kampen met betalingsproblemen de mogelijkheid om in overleg met de hypotheekhouder een tijdelijke betalingsachterstand op te bouwen onder waarborg van de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen.²⁰ De verbeterde versie van de Woonlastenfaciliteit wordt op 1 juli 2009 van kracht. Voor de werking van de Woonlastenfaciliteit wordt verwezen naar de website van de NHG, waar ook de Voorwaarden en Normen voor deze faciliteit zijn opgenomen.²¹

In het kader van dit artikel is van belang op te merken, dat de toepassing van de Woonlastenfaciliteit afhankelijk is van een aantal factoren. Ten eerste kunnen blijkens de Voorwaarden en Normen van de NHG slechts schuldenaren die in betalingsproblemen zijn gekomen als gevolg van ‘werkloosheid, arbeidsongeschiktheid, echtscheiding of overlijden van de partner’ gebruikmaken van de regeling. Voorts staat de Woonlastenfa-

ciliteit alleen ter beschikking van schuldenaren, die reeds een door de NHG gewaarborgde lening hebben.²² Deze voorwaarden beperken aldus de groep schuldenaren die de mogelijkheid van toepassing van de Woonlastenfaciliteit toekomt. Bovendien wordt de beoordeling of in een concreet geval gebruik kan worden gemaakt van deze faciliteit overgelaten aan de hypotheekhouder. Anders dan onder de hiervoor genoemde Crisishypotheekaflossingswet is het derhalve niet een onafhankelijke derde die beslist over toepassing van de betalingsregeling. Hoewel de hypotheekhouder door deze faciliteit wellicht eerder geneigd zal zijn mee te werken aan een betalingsregeling, is de schuldenaar voor de toepassing van de Woonlastenfaciliteit afhankelijk van de wil van de hypotheekhouder. Dit maakt dat nog onzeker is in hoeverre schuldenaren daadwerkelijk zullen profiteren van deze regeling.

2.3 Misbruik van bevoegdheid

De hiervoor genoemde Woonlastenfaciliteit is door de regering ingevoerd als onderdeel van een pakket maatregelen om huiseigenaren te helpen in crisistijd. Van deze maatregelen is met name de Woonlastenfaciliteit gericht op het voorkomen van executoriale verkoop. Naast deze faciliteit biedt ook een in het huidige BW reeds opgenomen bepaling de mogelijkheid een executoriale verkoop onder omstandigheden te voorkomen of uit te stellen: het leerstuk van misbruik van bevoegdheid. Art. 3:13 BW bepaalt dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, deze niet kan invoeren wanneer de bevoegdheid wordt misbruikt. Het tweede lid geeft vervolgens aan wanneer (onder meer) sprake is van misbruik van bevoegdheid:

‘Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.’

De mogelijkheid om met dit leerstuk de hypotheekhouder (tijdelijk) te verbieden tot executoriale verkoop over te gaan, komt met name uit de lagere rechtspraak naar voren.²³ Uit deze rechtspraak valt afleiden dat bij de overweging of in een concreet geval sprake is van misbruik van bevoegdheid onder meer meespeelt of de schuldenaar voldoende mogelijkheden en tijd zijn geboden

17. Zie Voorwaarden & Normen Nationale Hypotheekgarantie, te raadplegen via <www.nhg.nl>.

18. Kamerstukken II 2008/09, 27 562, nr. 22, p. 37.

19. Nationale Hypotheekgarantie, NHG helpt huizenbezitter, persbericht 12 mei 2009 (via <www.nhg.nl>). Zie ook: brief minister voor Wonen, Wijken en Integratie aan de Tweede Kamer van 15 mei 2009, Kamerstukken II 2008/09, 27 562, nr. 26.

20. De Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen is verantwoordelijk voor de uitvoering van de NHG.

21. <www.nhg.nl>.

22. In het Jaarverslag 2008 van de NHG is te lezen, dat 54% van de woningen die binnen de kostengrens van de NHG vallen, is gefinancierd met NHG. In het algemeen overleg met de algemene commissie voor Wonen, Wijken en Integratie merkt commissielid Depla op dat de minister ten behoeve van de schuldenaren zonder borgstelling van de Nationale Hypotheekgarantie de banken gaat aanspreken om ook voor deze schuldenaren een gelijke mogelijkheid te creëren (Kamerstukken II 2008/09, 27 562, nr. 33.) Afgewacht moet worden in hoeverre deze banken daadwerkelijk hiertoe bereid zijn, met name nu hier de NHG niet borg staat voor een aanvullende lening.

23. Zie over het leerstuk van misbruik van bevoegdheid in het kader van de executoriale verkoop door de hypotheekhouder, ook: J.G. Gräler, Veilingjurisprudentie, JBN 2006, 17.

om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen.²⁴ Voorts volgt hieruit dat de rechter ook meeweegt of aan de zijde van de schuldenaar een noodsituatie zal ontstaan als gevolg van de executoriale verkoop dan wel de gevolgen voor de schuldenaar (en diens gezin) erg onwenselijk zijn.²⁵

Hierbij komt de vraag op of ook de huidige economische omstandigheden een rol kunnen spelen bij het bepalen of in een concreet geval sprake is van misbruik van bevoegdheid. De dalende woningmarkt brengt immers mee dat het maar de vraag is of de hypotheekhouder uit de opbrengst van de executoriale verkoop zijn vordering zal kunnen voldoen. De nadelige gevolgen van een verkoop met verlies zouden kunnen meebrengen dat de schuldenaar een succesvol beroep op misbruik van bevoegdheid kan doen. Dit geldt met name wanneer de betalingsachterstand naar verwachting slechts tijdelijk zal zijn, bijvoorbeeld in geval van werkloosheid. Wanneer er uitzicht is op verbetering van de financiële situatie van de schuldenaar, zal een executoriale verkoop zo veel mogelijk moeten worden vermeden. Een tijdelijke adempauze voor de schuldenaar lijkt hier op zijn plaats.²⁶

Toch is voorzichtigheid met de toepassing van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid geboden.²⁷ In beginsel is de hypotheekhouder bij verzuim van de schuldenaar bevoegd tot executoriale verkoop; pas wanneer sprake is van een zodanige onevenredigheid tussen de belangen van de hypotheekhouder en de schuldenaar, dat de hypotheekhouder in redelijkheid niet tot de uitoefening had kunnen komen, zal misbruik kunnen worden aangenomen.²⁸ Het is dan ook nog maar de vraag in hoeverre de huidige economische omstandigheden en de kans op verbetering van de financiële situatie van de schuldenaar hierbij een rol kunnen spelen. Evenals bij de hiervoor besproken Woonlastenfaciliteit zal dus moeten worden afgewacht of het leerstuk van misbruik van bevoegdheid de met executie bedreigde schuldenaar tijdens de huidige economische crisis zal helpen.

3 Twijfels aan het huidige systeem van executoriale verkoop

Hiervoor is uitgewerkt dat in crisistijd de executoriale verkoop zo veel mogelijk voorkomen dient te worden. Een dergelijke verkoop is noch in het belang van de schuldenaar, noch in het belang van de hypotheekhouder wanneer de opbrengst bij de executoriale verkoop naar verwachting onvoldoende zal zijn om de vordering van de hypotheekhouder (gedeeltelijk) te voldoen.²⁹ Dit standpunt wordt nog versterkt door de resultaten van recent economisch onderzoek. Het in 2008 gepubliceerde onderzoek van Brounen toont de opbrengsten van 290 executieveilingen. Deze opbrengsten vergelijkt Brounen met de middels een hedonistisch prijsmodel vastgestelde marktwaarde van de geveilde woningen.³⁰ Uit deze vergelijking komt naar voren dat de opbrengst van een woning bij executoriale verkoop gemiddeld 37% onder de hedonistisch vastgestelde marktwaarde ligt. De door Brounen berekende prijskorting is aanzienlijk hoger dan de meestal door hypotheekhouders in de hypotheekakte berekende 15% voor het verschil tussen de marktwaarde en de executiewaarde.

Als voornaamste verklaringen voor het prijsverschil geeft Brounen twee factoren: de asymmetrische informatie en de kostenstructuur.³¹ De eerste verklaring ziet op de (on)mogelijkheid van potentiële veilingkopers om voorafgaande aan de verkoop voldoende informatie over de woning en de staat van onderhoud te verkrijgen teneinde op basis daarvan een realistisch bod op de woning te doen. Het tweede aspect, de kostenstructuur, heeft betrekking op de aan een veilingkoop verbonden kosten. In vergelijking met de reguliere verkoop zijn de kosten bij een executoriale verkoop aanzienlijk hoger, waarmee de bieder dan ook rekening zal houden bij zijn biedingen.

De resultaten van het onderzoek zetten aan tot nadenken over de huidige procedure van executoriale verkoop. Naast het zoeken naar maatregelen ter voorkoming van de executieverkoop op korte termijn, zal derhalve voor de lange termijn tevens moeten worden gekeken naar de maatregelen om de opbrengsten bij de executoriale verkoop te verbeteren.³² Hierbij dient te worden

24. V.zr. Rb. Almelo 30 juni 2008, LJN BD6302; V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 22 mei 2008, LJN BD5452; Rb. Alkmaar 4 oktober 2007, LJN BB4841; V.zr. Rb. Groningen 10 maart 2006, LJN AV6087; V.zr. Rb. Groningen 1 april 2005, LJN AT3186; V.zr. Rb. Arnhem 22 april 2004, LJN AP4174.
25. V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 7 april 2008, LJN BC8896; V.zr. Rb. Zutphen 13 november 2007, LJN BB7913.
26. Een adempauze die, onder bijzondere omstandigheden, door tussenkomst van de rechter kan worden afgedwongen. Zie de hiervoor genoemde uitspraak van V.zr. Rb. Groningen 10 maart 2006, LJN AV6087. Voor de door de voorzieningenrechter genoemde gronden voor de 'terme de grâce' wordt naar deze uitspraak verwezen.
27. Zie over de mogelijkheid om de hypotheekhouder op grond van misbruik van bevoegdheid te verbieden om tot executie over te gaan ook, met betrekking tot de uitwinning in geval van waardevermindering van vastgoed: B. Brouwer, *Distressed assets: de belegger en de bank veroordeeld tot elkaar?*, *Vastgoed Fiscaal en Civiel* 2009/02, <www.ndfr.nl, alleen toegankelijk voor abonnees>.
28. Zie over de criteria van misbruik van bevoegdheid in een executiegeschil van een ontruimingsvonnis, o.m. HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 m.nt. WHH. Overigens kan de schuldenaar ook een beroep doen op de andere in lid 2 van art. 3:13 BW genoemde aanknopingspunten voor misbruik van bevoegdheid: uitoefening met geen ander doel dan de schuldenaar te schaden dan wel met een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend.

29. Dit standpunt leidt wel uitzondering, indien de verwachte opbrengst bij uitstel nog veel verder zal dalen. Voorts zal ook moeten worden bezien in hoeverre uitstel gerechtvaardigd is, wanneer de verwachte waardeinstijging bij uitstel niet boven de renteopbrengsten van de executieopbrengst uitkomen.
30. Met een hedonistisch prijsmodel kan de marktwaarde van een woning worden benaderd aan de hand van een aantal kenmerken van deze woning (bij Brounen: leeftijd, oppervlakte, locatie, woningtype, parkeergelegenheid en tuin). Over het algemeen komt de met dit model berekende marktwaarde voor 85% overeen met de gerealiseerde verkoopprijs (bij een reguliere verkoop). Zie Brounen 2008, p. 23-24.
31. Brounen 2008, p. 24-32.
32. Het onderzoek van Brounen reeds heeft geleid tot Kamervragen, zie Kamerstukken II 2008/09, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 749. In zijn antwoorden kondigt de minister voor Wonen, Wijken en Integratie aan overleg te zullen voeren over het gebruik van het beheerbeding (art. 3:267 BW) als middel om bezichtigingen mogelijk te maken. Voorts kondigt de minister aan dat het ministerie van Justitie momenteel de mogelijkheden voor internetveilingen onderzoekt. Uit Notariaat juni 2009 wordt ook duidelijk, dat ook door de bij de veiling betrokken partijen gewerkt wordt aan de verbetering van de opbrengst, zie W. van Hoeflaken, *Hogere opbrengst executieveilingen*, *Notariaat* juni 2009, p. 8-10.

opgemerkt, dat in het onderzoek van Brounen niet is gekeken naar opbrengsten bij de onderhandse executoriale verkoop (art. 3:268 lid 2 BW). Bij het zoeken naar maatregelen ter verhoging van de opbrengsten zal derhalve ook moeten worden onderzocht in hoeverre de opbrengst bij deze vorm van executoriale verkoop de marktwaarde van de woning wel benadert. Alsdan kan worden bezien in hoeverre de in 1992 geïntroduceerde mogelijkheid van onderhandse executoriale verkoop een ‘geschikt middel’ is ‘om een behoorlijke prijs te verkrijgen’.³³

4 Conclusie

Nu de kredietcrisis haar sporen nalaat op de Nederlandse woningmarkt, komt ook de vraag op naar de gevolgen van deze crisis op het gebied van de executoriale verkoop. In dit artikel is betoogd dat de executoriale verkoop in crisistijd zo veel mogelijk dient te worden voorkomen. De combinatie van een dalende woningmarkt en weinig efficiënte regelgeving maakt dat een executoriale verkoop noch in het belang van de schuldenaar, noch in het belang van de hypotheekhouder zal zijn.

De mogelijkheden die de schuldenaar heeft om de executoriale verkoop af te wenden, zijn hiervoor behandeld. Het is afwachten hoe de kredietcrisis zich ontwikkelt en hoeveel schuldenaren als gevolg van de crisis in (tijdelijke) betalingsproblemen komen te verkeren. Alsdan kan ook worden bezien in hoeverre de huidige mogelijkheden ter voorkoming van de executoriale verkoop afdoende zijn. Wanneer de regering de schuldenaar een concreet middel ter afwending van executie zou willen geven, dan kan zij inspiratie vinden in de Crisishypotheekaflossingswet 1936.

33. Parl. Gesch. Boek 3, p. 824 (MvA II). Hier werd de door de wetgever geïntroduceerde mogelijkheid van onderhandse verkoop verdedigd met (onder meer) het standpunt dat ‘veiling in de tegenwoordige praktijk een steeds minder geschikt middel [blijkt] om een behoorlijke prijs te verkrijgen’.