

pauliana worden niet gegeven door Brussel I-bis, maar door IVO II: ten aanzien van een vordering op basis van de faillissementspauliana zijn de rechters van de lidstaat waar een hoofdinsolventieprocedure is geopend, exclusief bevoegd (HvJ EU 14 november 2018, «JOR» 2019/65, m.nt. Veder (*Wiemer & Trachte*)).

mr. J.E.P.A. van Hooff  
advocaat bij Stibbe te Amsterdam

## 298

### **Aansprakelijkheid notaris voor terugbetaling koopsom aan koper na vernietiging van koopovereenkomst**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem  
16 juli 2019, zaaknr. 200.190.821  
(mr. Stoutjesdijk, mr. Van Vugt, mr. Klaassen)  
Noot prof. mr. S.E. Bartels

**Koop en levering van bedrijvencomplex. Na vernietiging van de koop keert de notaris de koopsom uit aan de koper, zonder overleg met de verkoper. De notaris hield de koopsom echter voor de verkoper en kon derhalve niet uitbetalen aan de koper.**

**Aansprakelijkheid notaris. Verwijzing naar HR 30 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4140 (Baarns beslag).**

[Wna art. 17 lid 1, 25 lid 3]

*De (financier van) koper heeft op of omstreeks 7 februari 2012 een bedrag van € 1.293.275 gestort op de derdenrekening van de notaris. Het bedrijvencomplex is op 8 februari 2012 in eigendom aan koper overgedragen door inschrijving van het kortgedingvonnis van 11 januari 2012 in de openbare registers. Vervolgens heeft de notaris overeenkomstig het Reglement rechercheren registergoederen van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) vastgesteld dat er geen beslagen, hypotheek, leveringen of inschrijvingen als bedoeld in art. 7:3 BW aan levering in de weg staan. Hierna heeft de notaris overeenkomstig de Beleidsregel tijdstip uitbetaling van de KNB op 8 februari 2012 een bedrag van € 772.000 overgemaakt aan de hypotheekhouder van appel-*

*lante (verkoper). Het resterende bedrag van € 450.642,76 heeft de notaris op of kort na 8 februari 2012 niet aan appellante overgemaakt vanwege het door koper onder de notaris gelegde conservatoir beslag. Appellante was, nadat de notaris had vastgesteld dat er geen beslagen, hypotheek, leveringen of inschrijvingen aan levering in de weg stonden, onvoorwaardelijk gerechtigd tot de koopsom op de derdenrekening van de notaris en was tot het bedrag van de koopsom juridisch rechthebbende van de vordering op de bank, waarbij de notaris de derdenrekening aanhoudt (art. 25 lid 3 Wna). Dit wordt niet anders door de vernietiging van het arrest van het Hof Leeuwarden van 8 november 2011 door de Hoge Raad bij arrest van 14 juni 2013. Gesteld noch gebleken is dat tussen koper en appellante afspraken zijn gemaakt inhoudende dat de koopsom bij de notaris op de derdenrekening in depot zou blijven staan in afwachting van het arrest van de Hoge Raad of dat zulks anderszins voortvloeit uit de rechtsverhouding tussen koper en appellante. Ten gevolge van die vernietiging verkreeg koper een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling op appellante en niet op de notaris. Het stond de notaris gelet hierop niet vrij om zonder opdracht daartoe te hebben verkregen van appellante het bedrag van € 450.642,76 uit te betalen aan (de financier van) koper. Door dit bedrag op 4 juli 2013 uit te betalen aan (de financier van) koper heeft de notaris in zijn verhouding tot appellante derhalve niet bevrijdend betaald. Het arrest van de Hoge Raad van 30 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4140 (Baarns beslag) waarop de notaris zich beroept, leidt niet tot een ander oordeel, omdat dit arrest ziet op een andere situatie, te weten het geval dat uitbetaling door de notaris plaatsvond vóórdat vaststond dat de koper het registergoed verkreeg vrij van hypotheek en beslagen.*

*Geïntimeerde sub 4 heeft als behandelend kandidaat-notaris niet de zorgvuldigheid betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. De kandidaat-notaris was op grond van art. 17 lid 1 Wna, welk artikel mede invulling geeft aan de voor gemelde zorgvuldigheid geldende norm, gehouden ook de belangen van appellante met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen. Hij had appellante, op het moment van kennisname van het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013 ten gevolge waarvan de titel aan de overdracht was komen te ontvallen, althans uiterlijk voorafgaan-*

*de aan de betaling van het bedrag aan de bank op 4 en 12 juli 2013, dienen mede te delen dat hij van mening was dat hij het bedrag op de derdenrekening niet langer hield voor appellante, maar voor koper. Het bedrag had vervolgens onder de notaris kunnen blijven totdat duidelijkheid was verkregen omtrent de gerechtigdheid tot het bedrag.*

Centavos BV te Groningen,  
appellante,  
advocaat: mr. J.D. Meerburg,  
tegen  
1. X,  
2. Notarissen BV,  
3. Y,  
4. Z,  
geïntimeerden,  
advocaat: mr. T. Riyazi.

(...; red.)

## 2. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in rechtsoverweging 2.1 van het bestreden vonnis van 6 januari 2016 (gepubliceerd onder ECLI:NL:RBOVE:2016:73).

## 3. De motivering van de beslissing in hoger beroep

3.1. Het onderhavige geschil betreft samengevat het volgende. In 2001 heeft de Stichting Nieuwenhuis (hierna: de stichting) een bedrijvencomplex te Hengelo verkocht en geleverd aan Centavos. De stichting is hierbij met Centavos een recht van terugkoop overeengekomen. Het (toenmalige) gerechtshof Leeuwarden heeft bij arrest van 8 november 2011 (ECLI:NL:GHLEE:2011:BU3635) Centavos veroordeeld om haar volledige medewerking te verlenen aan effectuering van het recht van terugkoop van de stichting, meer in het bijzonder om haar medewerking te verlenen aan levering en transport van het bedrijvencomplex. Bij vonnis in kort geding van 11 januari 2012 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Almelo op vordering van de stichting onder meer bepaald dat, indien Centavos weigerachtig is medewerking te verlenen aan levering en transport van het bedrijvencomplex tegen een koopprijs van € 1.293.275,00, het vonnis in de plaats treedt van een in wettige vorm opgemaakte leveringsakte. De (financier van de) stichting heeft de koopprijs gestort op de derdenrekening van de notaris, waarna voormeld vonnis van 11 januari 2012 op 8

februari 2012 is ingeschreven in de openbare registers. De notaris heeft van de koopprijs een bedrag van € 772.000,00 overgemaakt aan de hypotheekhouder van Centavos, zodat het bedrijvencomplex in onbezwaarde eigendom kon worden geleverd. Na verrekening met enige posten resteerde een bedrag van € 450.642,76. De stichting heeft op 15 februari 2012 ten laste van Centavos op dit bedrag onder de notaris conservatoir beslag gelegd ter verzekering van haar vordering tot schadevergoeding ter zake van kort gezegd het recht van terugkoop. De Hoge Raad heeft bij arrest van 14 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ4104) het arrest van het gerechtshof Leeuwarden van 8 november 2011 vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het gerechtshof Amsterdam. Na het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013 heeft de stichting haar conservatoire beslag op het resterende saldo opgeheven, waarop haar financier ABN AMRO de notaris heeft verzocht dit bedrag aan haar over te maken. De notaris heeft op 4 juli 2013, zonder Centavos voordien te informeren, het saldo van (toen) € 451.157,48 aan ABN AMRO overgemaakt. De stichting is op 15 juni 2014 in staat van faillissement verklaard. Het gerechtshof Amsterdam heeft bij arrest van 24 juni 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:2473) geoordeeld dat het recht van terugkoop van de stichting is komen te vervallen. Centavos heeft vervolgens de notaris in rechte betrokken en betaling gevorderd van een bedrag van € 450.462,76, te vermeerderen met rente en kosten. Centavos heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat de notaris het zich onder hem bevindende bedrag niet aan een derde (ABN AMRO) had mogen uitkeren, althans dat die betaling ten opzichte van Centavos niet bevrijdend is geweest en dat de notaris genoemd bedrag alsnog aan Centavos zal moeten voldoen. Door betaling aan Centavos na te laten heeft de notaris volgens Centavos daarnaast een beroepsfout gemaakt op grond waarvan hij de ten gevolge daarvan door Centavos geleden schade dient te vergoeden. De notaris heeft een en ander gemotiveerd betwist.

3.2. De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis van 6 januari 2016 de vordering afgewezen. De rechtbank heeft hiertoe kort weergegeven het volgende geoordeeld. Het geschil wordt beheerst door de normen neergelegd in het arrest van de Hoge Raad van 30 januari 1981 (ECLI:NL:HR:1981:AG4140, Baarns beslag). Als

gevolg van de vernietiging van het arrest van het gerechtshof Leeuwarden van 8 november 2011 door de Hoge Raad bij arrest van 14 juni 2013 geldt dat (het hof begrijpt:) Centavos de eigendom van het bedrijvencomplex nooit aan (het hof begrijpt:) de stichting heeft overgedragen en dat Centavos daarom geen recht had op het restant van de koopprijs. De notaris handelde door het bedrag na het opheffen van het beslag (via ABN AMRO) te betalen aan de stichting volgens de rechtbank noch in strijd met de normen zoals neergelegd in het arrest van de Hoge Raad van 30 januari 1981 noch anderszins onzorgvuldig jegens Centavos. De notaris houdt de koopsom in een geval als het onderhavige voor degene die daarop recht blijkt te hebben, in dit geval de stichting. Volgens de rechtbank is er geen sprake van een door de notaris gemaakte beroepsfout.

3.3. Centavos heeft in hoger beroep haar eis gewijzigd. Waar de notaris zich niet tegen de wijziging van eis heeft verzet en hier tegen ook overigens geen bezwaren bestaan zal het hof in hoger beroep recht doen op de gewijzigde eis.

3.4. Het hoger beroep bestrijdt het hiervoor kort weergegeven oordeel van de rechtbank met vijf grieven, die zich lenen voor een gezamenlijke bespreking.

3.5. Centavos heeft haar vordering primair gegrond op de stelling dat de notaris het zich onder hem bevindende bedrag van € 450.462,76 niet aan de stichting c.q. ABN AMRO had mogen uitkeren, althans dat die betaling ten opzichte van Centavos niet bevrijdend is geweest en dat hij genoemd bedrag alsnog aan Centavos zal moeten voldoen. De notaris heeft zulks gemotiveerd bestreden.

3.6. Het hof oordeelt hieromtrent als volgt. Tussen partijen staat vast dat de (financier van de) stichting op of omstreeks 7 februari 2012 een bedrag van € 1.293.275,00 heeft gestort op de derdenrekening van de notaris. Het bedrijvencomplex is op 8 februari 2012 in eigendom aan de stichting overgedragen door inschrijving van het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Almelo van 11 januari 2012 in de openbare registers. Vervolgens heeft de notaris overeenkomstig het Reglement rechercheren registergoederen van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) vastgesteld dat er geen beslagen, hypotheek, leveringen of inschrijvingen als bedoeld in artikel 7:3 BW aan levering in de weg staan. Hierna heeft de notaris overeenkomstig de Beleidsregel tijdstip uitbetaling van de KNB op 8 februari 2012 een

bedrag van € 772.000,00 overgemaakt aan de hypotheekhouder van Centavos. Het resterende bedrag van € 450.642,76 heeft de notaris op of kort na 8 februari 2012 niet aan Centavos overgemaakt vanwege het door de stichting onder de notaris gelegde conservatoir beslag. Centavos was, nadat de notaris had vastgesteld dat er geen beslagen, hypotheek, leveringen of inschrijvingen aan levering in de weg stonden, onvoorwaardelijk gerechtigd tot de koopsom op de derdenrekening van de notaris en was tot het bedrag van de koopsom juridisch rechthebbende van de vordering op de bank waarbij de notaris de derdenrekening aanhoudt (artikel 25 lid 3 Wet op het Notarisambt (Wna)). Dit wordt niet anders door de vernietiging van het arrest van het gerechtshof Leeuwarden van 8 november 2011 door de Hoge Raad bij arrest van 14 juni 2013. Gesteld noch gebleken is dat tussen de stichting en Centavos afspraken zijn gemaakt inhoudende dat de koopsom bij de notaris op de derdenrekening in depot zou blijven staan in afwachting van het arrest van de Hoge Raad of dat zulks anderszins voortvloeit uit de rechtsverhouding tussen de stichting en Centavos. Ten gevolge van die vernietiging verkreeg de stichting een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling op Centavos en niet op de notaris. Het stond de notaris gelet hierop niet vrij om zonder opdracht daartoe te hebben verkregen van Centavos het bedrag van € 450.642,76 uit te betalen aan (de financier van) de stichting. Door dit bedrag op 4 juli 2013 uit te betalen aan (de financier van) de stichting heeft de notaris in zijn verhouding tot Centavos derhalve niet bevrijdend betaald. Het arrest van de Hoge Raad van 30 januari 1981 (ECLI:NL:HR:1981:AG4140) waar de notaris zich op beroept leidt niet tot een ander oordeel, omdat dit arrest ziet op een andere situatie, te weten het geval dat uitbetaling door de notaris plaatsvond vóórdat vast stond dat de koper het registergoed verkreeg vrij van hypotheek en beslagen.

3.7. Het voorgaande betekent dat de notaris het bedrag van € 450.642,76 alsnog dient te voldoen aan Centavos. Ingevolge artikel 2 lid 3 Wna oefent de notaris het ambt uit voor eigen rekening en risico. Het verrichten van wettelijke werkzaamheden en werkzaamheden die de notaris in samenhang daarmee pleegt te verrichten berust ingevolge artikel 16 Wna op een overeenkomst van opdracht tussen de notaris en zijn cliënt. Aangezien slechts natuurlijke personen tot notaris

kunnen worden benoemd is de overeenkomst van opdracht (in ieder geval) aangegaan met mr. Y, die voor de uitvoering van zijn werkzaamheden gebruik maakte van de rechtspersoon Notarissen B.V., waarin hij alle aandelen hield via zijn vennootschap X B.V. Dat Notarissen B.V. en/of X B.V. zich mee heeft verbonden voor de uitvoering van de overeenkomst van opdracht is gesteld noch gebleken. Vast staat dat mr. Z met ingang van 1 januari 2013 is gedefungeerd als notaris en vervolgens zijn werkzaamheden voor het notariskantoor als kandidaat-notaris heeft voortgezet. Op het moment van de gewraakte betaling op 4 juli 2013 was mr. Y de fungerend notaris. Gelet hierop komt de primaire vordering slechts voor toewijzing in aanmerking jegens mr. Y.

3.8. Centavos heeft gevorderd dat het bedrag van de hoofdsom wordt vermeerderd met de reguliere voor notarissen geldende rentevergoeding. Gelet op het gemotiveerde verweer van de notaris dat deze vergoeding nihil betreft, heeft Centavos haar primaire vordering in zoverre onvoldoende onderbouwd. Voor vergoeding van de wettelijke handelsrente als bedoeld in artikel 6:1119a BW bestaat evenmin aanleiding, nu geen sprake is van een handelsovereenkomst in de zin van dat artikel. De vordering tot vergoeding van de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van 10 januari 2014 zal als niet weersproken worden toegewezen.

3.9. Gegeven het voorgaande behoeft de subsidiaire grondslag voor wat betreft de persoonlijke aansprakelijkheid van mr. Y geen bespreking meer.

3.10. Centavos heeft haar vordering subsidiair voorts gebaseerd op de persoonlijke aansprakelijkheid van mr. Z.

3.11. Het hof stelt voorop dat vast staat dat mr. Z heeft gehandeld in de hoedanigheid van kandidaat-notaris. Centavos heeft – door de notaris onvoldoende gemotiveerd weersproken – gesteld dat mr. Z als kandidaat-notaris de betaling heeft voorbereid, inclusief het inwinnen van juridisch advies, en de betaling heeft voorgelegd of doen voorleggen aan de tekenbevoegde notaris mr. Y. Dat mr. Z de zaak geheel heeft behandeld blijkt ook uit de brief van mr. Z van 25 maart 2014 (productie 7 bij akte van Centavos in eerste aanleg). De notaris heeft met betrekking tot de rol van mr. Y ook aangevoerd dat deze nimmer persoonlijk betrokken is geweest bij deze kwestie en het dossier nimmer persoonlijk heeft behandeld.

3.12. Naar het oordeel van het hof heeft mr. Z als behandelend kandidaat-notaris niet de zorgvuldigheid betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Hierbij neemt het hof in aanmerking dat mr. Z op grond van artikel 17 lid 1 Wna, welk artikel mede invulling geeft aan de voor gemelde zorgvuldigheid geldende norm, gehouden was ook de belangen van Centavos met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen. Mr. Z had Centavos, op het moment van kennisname van het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013 ten gevolge waarvan de titel aan de overdracht was komen te ontvallen, althans uiterlijk voorafgaande aan de betaling van het bedrag aan ABN AMRO op 4 en 12 juli 2013, dienen mede te delen dat hij van mening was dat hij het bedrag op de derdenrekening niet langer hield voor Centavos, maar voor de stichting. Het bedrag had vervolgens onder de notaris kunnen blijven totdat, al dan niet door het voeren van een kort geding procedure tussen Centavos en de stichting, duidelijkheid was verkregen omtrent de gerechtigdheid tot het bedrag. Dat de situatie ook volgens mr. Z niet duidelijk was, volgt reeds uit het feit dat hij ter zake bij e-mails van 19 juni en 28 juni 2013 advies heeft ingewonnen bij de KNB en dat hij bij e-mail aan de advocaat van ABN AMRO van 24 juni 2013 suggereerde dat die bank een bankgarantie zou kunnen afgeven ten behoeve van zijn kantoor voor het geval het bedrag ten onrechte aan de bank zou blijken te zijn uitgekeerd. Zulks volgt ook uit genoemde brief van mr. Z van 25 maart 2014. Dat niet mr. Z als kandidaat-notaris maar mr. Y als notaris de uiteindelijke zeggenschap had over de betaling maakt het voorgaande, gegeven de eigen verantwoordelijkheid van mr. Z als behandelend kandidaat-notaris, niet anders. Het bewijsaanbod van de notaris op dit punt dient gelet hierop als niet relevant te worden gepasseerd. Het inlichten van Centavos is, anders dan de notaris betoogt, gelet op de verplichting van mr. Z mede het belang van Centavos met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen, ook niet in strijd met de op mr. Z als kandidaatnotaris uit hoofde van artikel 22 Wna rustende geheimhoudingsplicht. Van eigen schuld als bedoeld in artikel 6:101 BW aan de zijde van Centavos, omdat zij heeft nagelaten bij de notaris te informeren naar de gevolgen van het arrest van de Hoge Raad, is, gegeven de verplichting van mr. Z om juist Centavos hieromtrent te informeren, tot slot geen sprake.

3.13. Centavos heeft de mogelijkheid dat zij schade heeft geleden ten gevolge van het handelen van de notaris voldoende aannemelijk gemaakt. Centavos heeft gesteld dat haar de mogelijkheid ontnomen is het bedrag van € 450.642,76 veilig te stellen teneinde zich in de procedure tegen de stichting te kunnen beroepen op verrekening met haar vordering tot schadevergoeding op de stichting ten bedrage van minimaal € 1.400.000,00. De notaris heeft dit onvoldoende weersproken. De subsidiaire vordering tot veroordeling van mr. Z tot betaling van schadevergoeding nader op te maken bij staat zal dan ook worden toegewezen.

#### *De slotsom*

4.1. De grieven slagen. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd. De primaire en subsidiaire vorderingen zullen alsnog worden toegewezen zoals hierna te melden.

Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof de notaris in de kosten van beide instanties veroordelen. De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van Centavos zullen worden vastgesteld op:  
(...; red.).

#### *5. De beslissing*

Het hof, recht doende in hoger beroep: vernietigt het vonnis van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo van 6 januari 2016 en doet opnieuw recht:

veroordeelt mr. Y tot betaling aan Centavos van een bedrag van € 450.642,76, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf 10 januari 2014 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt mr. Z ter zake van het, zoals in rechts-overweging 3.12 overwogen, niet betrachten van de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht tot betaling aan Centavos van schadevergoeding nader op te maken bij staat en te verffenen volgens de wet:

veroordeelt de notaris in de kosten van beide instanties (...; red.)

wijst af het meer of anders gevorderde.

#### **NOOT**

1. Van wie is het geld dat op de kwaliteitsrekening van de notaris staat? Het is een vraag die de we-

tenschappelijke en praktijkmoederen al geruime tijd bezighoudt. Het vertrekpunt is art. 25 lid 3 Wna: "Het vorderingsrecht voortvloeiende uit de bijzondere rekening behoort toe aan de gezamenlijke rechthebbenden." Daarmee zijn natuurlijk niet alle vragen beantwoord. In dit arrest van het Hof-Arnhem-Leeuwarden wordt een klein hoofdstukje toegevoegd aan de debatten over de vraag aan wie, op welk moment, de vordering toekomt bij de overdracht van vastgoed.

2. De notariële kwaliteitsrekening speelt in de vastgoedpraktijk een cruciale rol bij het realiseren van gelijktijdige levering en betaling van de koopprijs. Als op enig moment geld en goed in hetzelfde vermogen zitten, van de verkoper óf de koper, loopt de andere partij een insolventierisico dat beter vermeden kan worden. Door de betaling van de koopprijs te laten lopen via de kwaliteitsrekening van de notaris worden partijen beschermd tegen elkaars insolventie en in beginsel ook tegen insolventie van de notaris. Hoe dat precies werkt? Ik volsta met een verwijzing naar A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005 en H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuisen, *Vastgoedtransacties; Overdracht*, 2019 (hoofdstuk 6).

3. Op enig moment behoort de koopprijs onvoorwaardelijk tot het vermogen van de verkoper. Dat is het geval als de beoogde overdracht aan de koper heeft plaatsgevonden. Vanaf dat moment kan de verkoper uitbetaling van de koopprijs verlangen (althans van hetgeen resteert na betaling van de uit de koopprijs "afgeloste" hypotheekhouder). Als dat is gebeurd, is de transactie echt helemaal afgerond.

4. Een causaal overdrachtsstelsel (art. 3:84 lid 1 BW) brengt echter insolventierisico's met zich voor de koper. Indien na de overdracht blijkt dat er aan de levering geen geldige titel ten grondslag heeft gelegen, bijvoorbeeld omdat de koopovereenkomst die de titel opleverde, nietig blijkt te zijn of vernietigd is, bevinden geld en goed zich beide in het vermogen van de pseudo-verkoper. Het goed blijkt het vermogen van de verkoper nooit te hebben verlaten en de koper heeft een vordering uit onverschuldigde betaling jegens de verkoper. Als op dat moment de verkoper failliet gaat, loopt de koper een serieus verhaalsrisico. Is dat anders als het de mislukte overdracht van vastgoed betreft en (een deel van de) de koopprijs nog niet is uitbetaald aan de

verkoper? Valt de koopprijs (in de vorm van een vordering ex art. 25 lid 3 Wna) dan van rechtswege terug naar de koper? Over deze vraag gaat het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden.

5. De aanloop naar dit arrest levert een tamelijk complex beeld op, dat bestaat uit zes rechterlijke uitspraken (plus nog wat tussenarresten). Zie r.o. 3.1 van het arrest van het hof. A leverde ooit aan B, B betaalde aan A (2001). A oefende een terugkooprecht uit, waarop B (via reële executie) weer terugleverde aan A (2012). A betaalde het daarvoor verschuldigde bedrag op de kwaliteitsrekening van de notaris. De overdracht B-A blijkt echter te zijn mislukt, omdat door het Hof Amsterdam (2014), na verwijzing door de Hoge Raad (2013), is beslist dat er geen terugkooprecht van A meer was. De overdracht B-A is mislukt, omdat daarvoor geen geldige titel bestond. De notaris maakt het bedrag dat nog op zijn rekening staat over aan (de financier van) A. Dat geld stond nog op zijn rekening omdat A daarop direct na de levering B-A derdenbeslag had gelegd. Tegen de betaling aan (de financier van) A maakt B bezwaar; die zegt: dat was "mijn" geld. De rechtbank (ECLI:NL:RBOVE:2016:73) oordeelt dat de notaris geen fout heeft gemaakt. De redenering van de rechtbank is: als B nog eigenaar is van het vastgoed (omdat de overdracht wegens titelgebrek is mislukt), dan is A nog rechthebbende van de koopsom (voor zover nog aanwezig). Het hof vernietigt. De kernoverweging uit het onderhavige arrest luidt (r.o. 3.6): "B was [door de levering aan A] onvoorwaardelijk gerechtigd tot de koopsom op de derdenrekening (...) en was juridisch rechthebbende van de vordering op de bank waarbij de notaris de kwaliteitsrekening aanhoudt (...). Dit wordt niet anders door de vernietiging van het arrest van het Hof Leeuwarden (...) door de Hoge Raad (...)". Het geld had daarom niet mogen worden betaald aan (de financier van) A.

6. Het complexe verhaal van dit specifieke geval is goed te vereenvoudigen. Stel V verkoopt en levert aan K, alles lijkt koek en ei, de overdracht vrij van beslagen en hypotheken lijkt te zijn geslaagd. De koopsom staat nog op de rekening van de notaris als de koopovereenkomst wordt vernietigd. In wiens vermogen valt dan de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening? De redenering van het hof volgend blijft het geld (de vordering) dan van de verkoper, zodat de koper het hiervoor onder 4 beschreven insolventierisico

loopt. Ik denk dat het hof gelijk heeft, maar ik kan wel begrip opbrengen voor de andersluidende benadering van de rechtbank. De denklijn van de rechtbank is praktisch bevredigend, maar dogmatisch niet houdbaar.

7. Indien de notaris het geld al zou hebben uitgekeerd aan de verkoper, staat buiten kijf dat de koper het moet doen met een vordering uit onverschuldigde betaling. Wanneer het geld nog op de kwaliteitsrekening van de notaris staat, is dat wellicht te beschouwen als een opportunity die het mogelijk maakt dit insolventierisico nog te vermijden. Het zoveel mogelijk realiseren van "het principe van gelijk oversteken" dat met het gebruik van de kwaliteitsrekening wordt nagestreefd, wordt dan leidend bij de toepassing van art. 25 lid 3 Wna. Zoals gezegd, vind ik dat wel een sympathieke gedachte, maar ik denk niet dat het systeem zo flexibel is. Als je aanneemt dat de verkoper onvoorwaardelijk rechthebbende is geworden van de vordering, dan kan deze niet overspringen naar de koper als later blijkt dat de overdracht toch niet gelukt is. Dat kan alleen in een situatie waarin men kan aannemen dat de voorwaarden (voor de betaling) nog niet in vervulling zijn gegaan. Daarvoor is nodig dat is afgesproken dat de verkoper gerechtigd wordt tot het hem toekomende bedrag op de kwaliteitsrekening onder de opschortende voorwaarde van een (op het eerste oog) geslaagde overdracht én onder de ontbindende voorwaarde dat de overdracht ongeldig blijkt te zijn en het geld nog niet is uitbetaald. Het is niet onmogelijk om dat in de koopovereenkomst af te spreken, maar ik acht het te ver gezocht om het standaard als impliciete voorwaarde aan te nemen.

8. Het arrest van het hof maakt ook duidelijk dat een notaris in complexe situaties als de onderhavige niet te snel tot uitbetaling aan de ene of de andere partij moet overgaan. Als de notaris de precieze rechtsverhouding tussen partijen niet kan overzien, kan hij maar beter op het geld blijven zitten, met een beroep op de betalingsexceptie van art. 6:37 BW.

prof. mr. S.E. Bartels  
hoogleraar burgerlijk recht, verbonden aan het  
Onderzoekcentrum Onderneming & Recht  
(OO&R) van de Radboud Universiteit

## 299

**Peildatum en verdisconteringsvoet bij schadevergoeding wegens gederfde winst**

Hoge Raad  
30 augustus 2019, nr. 17/05256,  
ECLI:NL:HR:2019:1291  
(mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Polak,  
mr. Du Perron, mr. Sieburgh)  
(Concl. A-G Hartlief, niet opgenomen, wel op  
opmaat.sdu.nl)  
Noot mr. J.B.R. Regouw

**Wanprestatie. Schadestaatprocedure. Vordering tot schadevergoeding wegens gederfde winst. Peildatum. Relevantie feiten en omstandigheden die zich na peildatum daadwerkelijk hebben voorgedaan. Geen toepassing risico-opslag in verdisconteringsvoet. Cassatie van Hof Den Haag 8 augustus 2017, «JOR» 2017/339.**

[BW art. 6:95, 6:96, 6:97]

*Volgens art. 6:97 BW begroot de rechter schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Volgens vaste rechtspraak heeft de rechter bij het begroten van schade de vrijheid om de geleden en te lijden schade te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Ook bij een dergelijke wijze van begroten blijft het uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade wordt begroot. Bij dit uitgangspunt past niet dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over wat de toekomst zou kunnen brengen. Het staat hem derhalve vrij rekening te houden met feiten en ontwikkelingen die zich nadien daadwerkelijk hebben voorgedaan.*

*Het hof heeft in navolging van de deskundigen geoordeeld dat de schade moet worden vastgesteld met als peildatum 1 januari 1976, de dag waarop verweerster (in cassatie) verwachtte te kunnen beginnen met de door de beoogde uitbreiding verhoogde productie. Eveneens in navolging van de deskundigen heeft het hof geoordeeld dat*

*de schade op 1 januari 1976 gelijk is aan het verschil tussen de waarde van de per 1 januari 1976 verwachte geldstromen in de situatie met schadeoorzaak (het IST-scenario) en de waarde van de per 1 januari 1976 verwachte geldstromen in de situatie zonder schadeoorzaak (het SOLL-scenario). Bij het construeren van het SOLL-scenario hebben de deskundigen volgens het hof terecht rekening gehouden met de feiten en omstandigheden die zich na 1 januari 1976 daadwerkelijk hebben voorgedaan. Deze oordelen van het hof geven in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Evenmin zijn zij onvoldoende gemotiveerd.*

*De deskundigen hebben aan hun oordeel dat in de disconteringsvoet rekening moet worden gehouden met een opslag voor het ondernemingsrisico, het volgende ten grondslag gelegd. Bij de uitbreiding van de onderneming van verweerster zou sprake zijn geweest van ondernemingsrisico. Daarom moet bij het disconteren van de als gevolg van deze uitbreiding te verwachten kasstromen met een opslag voor dat risico worden gerekend. Het hof is van deze opvatting van de deskundigen afgeweken. Het heeft daartoe overwogen dat het SOLL-scenario zoals dat door de deskundigen is geconstrueerd, niet een verwachting weergeeft op 1 januari 1976, maar de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Het hof heeft vastgesteld dat de deskundigen ervan zijn uitgegaan dat verweerster, als de wanprestatie niet zou hebben plaatsgevonden, haar productie zou hebben uitgebreid en de daartoe benodigde investeringen zou hebben gedaan. Voorts heeft het hof van belang geacht dat bij die reconstructie in de hybride methode die de deskundigen hebben gevolgd, ook rekening is gehouden met feiten en omstandigheden van na 1 januari 1976. In deze overwegingen ligt het oordeel van het hof besloten dat het SOLL-scenario zodanig zeker was dat daarvan bij het berekenen van de schade kon worden uitgegaan, omdat de deskundigen daarin alle relevante onzekerheden zoveel mogelijk hadden verwerkt, en dat daarmee ook de risico's gerelateerd aan markt, branche en bedrijfs-grootte in dit scenario waren meegenomen. Daaruit volgt ook dat het hof de stelling heeft verworpen dat verweerster bij discontering zonder opslag voor het ondernemingsrisico, ten onrechte beloond zou worden voor een ondernemingsrisico dat zij in werkelijkheid niet heeft gelopen. Het hof*