

De achteraf bezien onvervulde voorwaarde en de kwaliteitsrekening

HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588 (art. 7:26 lid 3 BW en 25 Wna)

NTBR 2021/13

Het betalingsverkeer bij vastgoedtransacties verloopt meestal via de notariële kwaliteitsrekening. Aangenomen wordt dat de verkoper onder de opschortende voorwaarde van een geslaagde overdracht tot de koopsom is gerechtigd. In het arrest van 16 april 2021 deed zich een bijzondere situatie voor: de overdracht leek geslaagd, maar voor de notaris uitbetaalde, werd de titel vernietigd. De Hoge Raad oordeelde dat deze vernietiging ertoe leidt dat de voorwaarde waaronder de verkoper tot de koopsom gerechtigd is achteraf bezien nooit in vervulling is gegaan. Deze bijdrage bestudeert hoe dit arrest systematisch kan worden ingepast en bespreekt enkele vervolgvragen die het arrest oproept.

1. Inleiding

De regeling van de notariële kwaliteitsrekening vormt al jaren een bron van vragen en discussies. Het lijkt – ondanks vele pogingen – onmogelijk een sluitende juridische verklaring te geven voor wat zich precies afspeelt rondom de cliëntgelden op de kwaliteitsrekening. De onduidelijkheid over de juridische werking van de kwaliteitsrekening leidt ertoe dat het in bepaalde situaties lastig is de gerechtigde tot de gelden op de kwaliteitsrekening aan te wijzen. In het arrest van 16 april 2021 stond een dergelijke situatie centraal: de onroerende zaak is overgedragen aan de koper, maar voordat de notaris de koopsom aan de verkoper heeft uitbetaald, wordt de titel voor overdracht vernietigd. In verband met het causale stelsel van artikel 3:84 BW is de koper nooit eigenaar geworden. Mag de notaris de koopsom dan toch – met het oog op de in eerste instantie geslaagde overdracht – uitbetalen aan de verkoper? Nee, oordeelde de Hoge Raad: “De notaris mag (...) niet tot uitbetaling aan de verkoper overgaan indien tegen het moment van uitbetaling de veronderstelling dat de vrije en onbezwaarde levering tot eigendomsoverdracht heeft geleid, onjuist is gebleken.”²

In deze bijdrage onderzoek ik hoe de uitspraak van de Hoge Raad in het systeem van het vermogensrecht kan worden ingepast en stip ik enkele vragen aan die het arrest oproept. Als geheugenopfrisser begin ik met een korte beschrijving

van de ratio van de kwaliteitsrekening³ en de gerechtigdheid tot de gelden op de kwaliteitsrekening. Vervolgens geef ik een samenvatting van de feiten van het arrest en bespreek ik achtereenvolgens de redenering van de rechtbank, het hof en de Hoge Raad. Aansluitend ga ik in op de achteraf bezien onvervulde voorwaarde en benoem ik enkele vragen die zien op de praktische implicaties van het arrest. Ik rond af met een conclusie. Ten behoeve van de overzichtelijkheid laat ik de betrokkenheid van eventuele financiers groten-deels buiten beschouwing.

2. De kwaliteitsrekening: ratio en de gerechtigdheid tot de gelden⁴

2.1 Ratio

De regeling van de kwaliteitsrekening kent een tweeledige ratio. Allereerst beschermt de kwaliteitsrekening de betrokken partijen tegen het insolventierisico van de notaris. Artikel 25 lid 3 Wna bepaalt dat het vorderingsrecht jegens de bank toekomt aan de ‘gezamenlijke rechthebbenden’. De vordering valt aldus niet in het vermogen van de notaris en blijft daarmee buiten diens eventuele faillissement.

Ten tweede helpt de kwaliteitsrekening de partijen bij een vastgoedtransactie het principe van ‘gelijk oversteken’ te benaderen.⁵ Geen van de partijen wil het eerst presteren en er vervolgens achter komen dat de andere partij niet meer kan nakomen en bovendien geen verhaal biedt. Bij vastgoedtransacties is het lastig precies gelijk over te steken, aangezien de levering van de onroerende zaak enige tijd in beslag neemt: de levering vangt aan met het ondertekenen van de leveringsakte en wordt pas voltooid op het moment van inschrijving van deze akte in de openbare registers. De kwaliteitsrekening biedt uitkomst. De koper stort de koopsom voor ondertekening van de leveringsakte op de kwaliteitsrekening en de notaris betaalt uit aan de koper dan wel verkoper nadat zekerheid is ontstaan over het al dan niet slagen van de overdracht. Enkel wanneer de eigendom van de onroerende zaak ‘vrij van hypotheek en beslagen’ is overgegaan op de koper, betaalt de notaris de koopsom uit aan de verkoper. Op deze wijze beschermt de kwaliteitsrekening de partijen over en weer tegen elkaars insolventierisico.

1 Citeerwijze: E.E. Maathuis, ‘De achteraf bezien onvervulde voorwaarde en de kwaliteitsrekening’, *NTBR* 2021/13, afl. 4. Mr. E.E. (Ellen) Maathuis is docent burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit en als promovenda verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht.

2 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, r.o. 3.1.7.

3 Gezien het onderwerp van deze bijdrage richt ik mij op het gebruik en de werking van de kwaliteitsrekening rondom vastgoedtransacties.

4 Zie voor een recente en uitvoerige weergave van de werking en ratio van de kwaliteitsrekening de conclusie van Wissink: concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2020:800, bij: HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588.

5 Zie over dit principe uitgebreider: T.J. Bos, ‘Gelijk oversteken’ in het notariaat’, in: F.W.J.M. Schols & B.C.M. Waaijer (red.), *Financiële zorgplicht van de notaris* (KNB Preadviezen), Den Haag: Sdu 2018.

Met voornoemde constructie voldoen partijen aan het bepaalde in artikel 7:26 lid 3 BW. Dit artikel vereist dat de koopsom op het moment van passeren van de leveringsakte uit de macht van de koper is en pas na inschrijving in de macht van de verkoper wordt gebracht. Hoewel artikel 7:26 lid 3 BW niet vereist dat het geld in deze periode op de kwaliteitsrekening staat, is dit wel de dagelijkse praktijk.⁶

2.2 *Gerechtigdheid tot de gelden: de inhoud van de voorwaarden*

Hiervoor bleek al dat het vorderingsrecht ten aanzien van de kwaliteitsrekening toekomt aan de gezamenlijke rechthebbenden.⁷ In het arrest Koren/Tekstra heeft de Hoge Raad dit nader toegelicht. De Hoge Raad merkte over een bijzondere kwaliteitsrekening⁸ op dat: “[r]echthebbenden op het saldo van de bijzondere rekening (...) degenen [zijn] ten behoeve van wie gelden op die rekening zijn bijgeschreven, onder de voorwaarden die in hun onderlinge verhouding nader gelden.”⁹ Deze overweging heeft de vraag opgeroepen wat precies de inhoud van deze voorwaarden is. Volgens de in de literatuur heersende leer is sprake van twee spiegelbeeldige voorwaarden: de koper is rechthebbende tot het geld onder de ontbindende voorwaarde van een geslaagde en onbelaste overdracht (of vrije en onbezwaarde levering)¹⁰ en de verkoper is rechthebbende onder een gelijklopende opschortende voorwaarde.¹¹ In het in deze bijdrage centraal staande arrest bevestigt de Hoge Raad deze leer: “De verkoper is daartoe [de koopsom] gerechtigd onder de opschortende voorwaarde van een vrije en onbezwaarde levering (in de veronderstelling dat daarmee ook de overdracht is bewerkstelligd), en de koper onder dezelfde maar dan ontbindende voorwaarde.”¹² Uit deze formulering lijkt te volgen dat de Hoge Raad, in navolging van A-G Wissink, de voorwaarde van een vrije en onbezwaarde levering en de voorwaarde van een geslaagde overdracht op één lijn stelt.¹³

Bedacht moet worden dat koper en verkoper eigenlijk twee vorderingen hebben ten aanzien van de kwaliteitsrekening. Enerzijds een (aandeel in een) (geld)vordering op de bank en

anderzijds een vordering tot uitbetaling jegens de notaris.¹⁴ Aan beide vorderingen is in principe dezelfde opschortende dan wel ontbindende voorwaarde van een geslaagde overdracht verbonden.

2.3 *Gerechtigdheid tot de gelden: de oorsprong van de voorwaarden*

In de praktijk zal aan de voorwaarden vaak een partijafspraken ten grondslag liggen. Zo bepaalt de leveringsakte uit de Modellen voor de Rechtspraak dat de notaris de koopsom voor de koper houdt onder en tot vervulling van de voorwaarde dat de onroerende zaak onbelast door de koper is verkregen en dit aan de notaris uit het kadaster is gebleken.¹⁵ Bovendien wordt in de vastgoedpraktijk in toenemende mate gebruikgemaakt van een zogeheten notary letter, waarin de rol van de notaris en het gebruik en de werking van de kwaliteitsrekening nader omschreven worden.¹⁶ Een dergelijke uitdrukkelijke afspraak is echter niet noodzakelijk. Het bestaan van de voorwaarden volgt volgens de Hoge Raad namelijk ook uit het stelsel van artikel 7:26 lid 3 BW, dat ‘in beginsel’ de rechtsverhouding tussen partijen bepaalt.¹⁷

3. *Het arrest van 16 april 2021*

3.1 *Feiten*

Aan het arrest van de Hoge Raad van 16 april 2021 ligt een ingewikkeld feitencomplex ten grondslag. Enigszins vereenvoudigd komt het op het volgende neer.¹⁸

De stichting verkoopt in 2001 een bedrijvencomplex aan Centavos, waarbij een recht van terugkoop wordt overeengekomen. In 2011 veroordeelt het Hof Leeuwarden Centavos tot het meewerken aan de effectuering van het recht van terugkoop van de stichting.¹⁹ Centavos moet het complex terugleveren aan de stichting. Begin 2012 stort de financier van de stichting de koopsom op de kwaliteitsrekening en vervolgens wordt de overdracht ingeschreven. Aangezien Centavos weigert mee te werken aan de levering, wordt in plaats van een leveringsakte een vonnis van de voorzieningenrechter ingeschreven. Na de inschrijving keert de notaris een deel van de koopsom uit aan de financier van Centavos. Het resterende deel van de koopsom houdt de notaris onder zich nu daarop conservatoir beslag is gelegd door de stichting.

In 2013 vernietigt de Hoge Raad het hierboven genoemde arrest van het Hof Leeuwarden waarin Centavos wordt veroordeeld mee te werken aan teruglevering.²⁰ Met deze

6 M.M.G.B. van Drunen, *Failissement en beslag bij vastgoedtransacties (AN nr. 170)*, 2019/1.2.

7 Art. 25 lid 3 Wna.

8 Een bijzondere kwaliteitsrekening is een kwaliteitsrekening die geopend is voor één specifieke transactie of voor meerdere transacties tussen dezelfde partijen. Op een algemene kwaliteitsrekening staan gelden van verschillende transacties en cliënten.

9 HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9441, NJ 2002/371, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.3.

10 Met A-G Wissink ben ik van mening dat met de voorwaarde van een geslaagde levering en de voorwaarde van een geslaagde overdracht hetzelfde wordt bedoeld, zie: concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2020:800, bij: HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, nr. 2.15.

11 Zie bijvoorbeeld: M.L. Tuil, ‘Spiegelbeeldige gerechtigdheid, op de grens van de gemeenschap’, *MvV* 2017/10, p. 299-308 (p. 302); H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties Overdracht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 209; E.C.M. Wolfert, *De kwaliteitsrekening* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2007, p. 123; M.M.G.B. van Drunen & M.W. Tinnemans, ‘De failliete koper bij transacties met notariële tussenkomst’, *TvI* 2012/14; P.C. van Es, ‘Reactie’, *WPNR* 2001/6451, p. 631-634.

12 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, r.o. 3.1.5.

13 Zie voetnoot 10.

14 Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 211.

15 L.C.A. Verstappen, ‘1.3.4.7 Uitgebreide akte tot levering van een onroerende zaak’, in: H.J. Snijders (red.), *Modellen voor de Rechtspraak*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 1 september 2020).

16 A. Furr, ‘De opkomst van de notary letter’, *Recht.nl*, 9 december 2019.

17 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, r.o. 3.1.5.

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, *JOR* 2019/298, m.nt. S.E. Bartels, r.o. 3.1.

19 Hof Leeuwarden 8 november 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU3635.

20 HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4104, NJ 2013/391, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

vernietiging is de titel voor de overdracht van het bedrijvencomplex weggefallen. Hoewel de levering – het ingeschreven vonnis van de voorzieningenrechter – in stand blijft, valt in verband met het causale stelsel uit artikel 3:84 BW de eigendom van het bedrijvencomplex van rechtswege terug in het vermogen van Centavos. De Hoge Raad verwijst de zaak ter verdere behandeling naar het Hof Amsterdam. In de tussentijd heft de stichting het beslag op en verzoekt diens financier de notaris om terugbetaling van de koopsom: de overdracht heeft achteraf gezien immers nooit plaatsgevonden. De stichting is geen eigenaar geworden van het complex en diens financier wil daarom (het restant van) de koopsom terug. De notaris voldoet aan dit verzoek. Hij is van mening dat hij hiermee juist heeft gehandeld: door het wegvallen van de titel is de overdracht niet geslaagd en kan de financier van de stichting het geld als onverschuldigd betaald terugvorderen.²¹ Enige tijd later gaat de stichting failliet.²² Het Hof Amsterdam oordeelt (na verwijzing door de Hoge Raad) dat het recht van terugkoop is vervallen en bevestigt daarmee dat voor de overdracht van het bedrijvencomplex geen geldige titel bestaat.

Centavos vordert betaling van de notaris van het aan de financier van de stichting uitbetaalde bedrag en legt aan haar vordering ten grondslag dat de betreffende betaling jegens haar niet bevrijdend was en dat de notaris met de betaling bovendien een beroepsfout heeft begaan. De notaris hield het restant van de koopsom – na het in eerste instantie slagen van de overdracht – onvoorwaardelijk voor Centavos. De stichting heeft in de visie van Centavos een vordering uit onverschuldigde betaling jegens Centavos, niet jegens de notaris.²³ De notaris had moeten uitbetalen aan Centavos, waarna Centavos de vordering uit onverschuldigde betaling van de stichting zou voldoen. Het belang van Centavos is erin gelegen dat zij een vordering tot schadevergoeding jegens de failliete stichting heeft, die zij gedeeltelijk met de vordering uit onverschuldigde betaling zou kunnen verrekenen.²⁴

3.2 *Rechtbank Overijssel*

De rechtbank wijst de vordering van Centavos af. Ter motivering beroept zij zich op het arrest Baarns Beslag. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat de notaris zowel de koper als de verkoper dient te beschermen door (i) pas mee te werken aan de levering van de onroerende zaak als hij de koopprijs in handen heeft en (ii) deze koopprijs pas uit te keren als vaststaat dat de levering vrij van hypotheken en beslagen heeft plaatsgevonden.²⁵ Doordat er geen geldige titel voor overdracht blijkt te zijn, kan Centavos volgens de rechtbank geen

aanspraak meer maken op uitkering van de koopsom. De notaris houdt het geld daarom voor de stichting. Door uit te betalen aan de financier van de stichting heeft de notaris niet gehandeld in strijd met de norm uit Baarns Beslag en ook niet anderszins onzorgvuldig gehandeld jegens Centavos.²⁶

3.3 *Hof Arnhem-Leeuwarden*

In hoger beroep vernietigt het Hof Arnhem-Leeuwarden het vonnis van de rechtbank. Nadat de notaris heeft vastgesteld dat het bedrijvencomplex onbezwaard is overgedragen, is Centavos onvoorwaardelijk rechthebbende tot de koopsom geworden. De latere vernietiging van de titel voor overdracht doet hier niet aan af. Als gevolg van de vernietiging krijgt de stichting een vordering uit onverschuldigde betaling jegens Centavos, niet jegens de notaris. De notaris mocht het resterende deel van de koopsom daarom niet uitbetalen aan de financier van de stichting. Dit oordeel is volgens het hof niet in strijd met het arrest Baarns Beslag, nu dit een andere situatie betreft. In casu is immers reeds vastgesteld dat de overdracht vrij van hypotheken en beslagen heeft plaatsgevonden. Met deze vaststelling is de opschortende voorwaarde waaronder Centavos gerechtigd was tot de koopsom in vervulling gegaan.²⁷

3.4 *De Hoge Raad*

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. De kernoverwegingen van de uitspraak vinden we in de rechtsoverwegingen 3.1.7 en 3.1.8, die ik voor de volledigheid geheel overneem:

“3.1.7 De notaris mag echter niet tot uitbetaling aan de verkoper overgaan indien tegen het moment van uitbetaling de veronderstelling dat de vrije en onbezwaarde levering tot eigendomsoverdracht heeft geleid, onjuist is gebleken. Dit strookt met de aan art. 7:26 lid 3 BW ten grondslag liggende gedachte dat met de levering in beginsel ook de overdracht is bewerkstelligd. Dit strookt voorts met de functie die de kwaliteitsrekening, ter beperking van de wederzijdse risico's van koper en verkoper, vervult bij transacties met betrekking tot registergoederen, en met de taak van de notaris in het rechtsverkeer.

Opmerking verdient dat de notaris, nadat bij de narecherche is vastgesteld dat de levering vrij en onbezwaard heeft plaatsgevonden, in beginsel mag blijven uitgaan van de veronderstelling dat de overdracht is bewerkstelligd en niet met het oog op een voorgenomen uitbetaling eigener beweging behoeft te onderzoeken of op dat moment die veronderstelling nog steeds juist is.

Voor zover vanaf de kwaliteitsrekening aan de verkoper is uitbetaald voordat aan de notaris is gebleken dat de levering niet tot eigendomsoverdracht heeft geleid, is die betaling in de rechtsverhouding tussen koper en verkoper

21 Rb. Overijssel 6 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:73, NJF 2016/122, r.o. 4.1.

22 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, JOR 2019/298, m.nt. S.E. Bartels, r.o. 3.1.

23 Rb. Overijssel 6 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:73, NJF 2016/122, r.o. 3.4-3.5.

24 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, JOR 2019/298, m.nt. S.E. Bartels, r.o. 3.13.

25 HR 30 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4140, NJ 1982/56, m.nt. W.M. Kleijn.

26 Rb. Overijssel 6 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:73, NJF 2016/122, r.o. 5.11.

27 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, JOR 2019/298, m.nt. S.E. Bartels, r.o. 3.6.

zonder rechtsgrond verricht. De koper zal het daarmee gemoeide bedrag dan in de regel als onverschuldigd betaald van de verkoper kunnen terugvorderen.

3.1.8 In deze zaak is uitgangspunt dat het arrest van het gerechtshof Leeuwarden van 8 november 2011 de titel was voor de met de levering van 8 februari 2012 beoogde overdracht, en dat door de vernietiging van dat arrest door de Hoge Raad in 2013 en de terugwerkende kracht van die vernietiging, geen sprake is geweest van overdracht van het bedrijvencomplex omdat een geldige titel daarvoor ontbrak. Dit betekent dat de voorwaarde waaronder Centavos gerechtigd was tot de restantkoopsom op de kwaliteitsrekening (namelijk: een levering die overdracht heeft bewerkstelligd), achteraf gezien toch niet in vervulling is gegaan. Op het moment dat de Notaris na de opheffing van het beslag en kennisname van het arrest van de Hoge Raad om uitbetaling werd verzocht, had Centavos dan ook geen recht op uitbetaling uit hoofde van art. 25 lid 4 Wna.”

Samengevat zet de Hoge Raad de functie van de kwaliteitsrekening, het stelsel van artikel 7:26 lid 3 BW en de taak van de notaris voorop: na vernietiging gaat de onroerende zaak van rechtswege terug naar Centavos, dus heeft de stichting een rechtstreekse aanspraak op de kwaliteitsrekening. Als daarentegen de visie van Centavos wordt gevolgd, zou de koopsom *via het vermogen van Centavos* terug naar de stichting gaan. In dat geval zou de stichting het insolventierisico van Centavos dragen: gedurende de periode tussen het moment dat de notaris de koopsom uitbetaalt aan Centavos en het moment dat Centavos de koopsom ‘doorbetaalt’ aan de stichting ter voldoening van de vordering uit onverschuldigde betaling, bevindt zowel de koopsom als de onroerende zaak zich in het vermogen van Centavos.

4. Het arrest nader beschouwd

4.1 Het einde van de voorwaardelijkheid

Voor we ingaan op de achteraf gezien onvervulde voorwaarde is van belang of de verkoper in eerste instantie – voordat vernietiging plaatsvond – überhaupt onvoorwaardelijk gerechtigd is geworden tot de koopsom. Bij de beoordeling van de vraag of een voorwaarde is ingetreden, dient de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt tot uitgangspunt te worden genomen,²⁸ in dit geval de geslaagde, onbelaste overdracht (zie paragraaf 2.3). De Hoge Raad geeft aan dat na een geslaagde narecherche “(...) kan worden aangenomen dat de overdracht is bewerkstelligd.”²⁹ Vanaf dat moment kan de verkoper volgens de Hoge Raad uitbetaling verlangen. Wanneer aan zijn gerechtigdheid tot de vordering nog een zweem van voorwaardelijkheid zou kleven, lijkt deze mogelijkheid onaannemelijk: pas wanneer de gerechtigdheid tot de koopsom onvoorwaardelijk is,

mag de notaris tot uitbetaling overgaan. In de woorden van de Hoge Raad: “De taak van de notaris brengt mee dat de koopsom pas wordt uitbetaald aan de verkoper als de voorwaarde is vervuld waaronder de verkoper gerechtigd is tot het bedrag van de koopsom op de kwaliteitsrekening.”³⁰ Ik maak uit deze redenering op dat de voorwaarde waaronder de verkoper tot de koopsom gerechtigd is in principe in vervulling gaat op het moment dat uit de narecherche een geslaagde overdracht blijkt.

De enige situatie waarin verdedigbaar is dat de voorwaarde na een op het eerste gezicht geslaagde overdracht ook ‘in eerste instantie’ niet direct in vervulling gaat, is wanneer de voorwaarde anders is geformuleerd. Partijen kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat de verkoper gerechtigd is tot de koopsom onder de opschortende voorwaarde dat de koper de eigenaar van de onroerende zaak is *op het moment dat de notaris tot uitbetaling overgaat*. Of, zoals Bartels voorstelt, door een gecombineerde voorwaarde te gebruiken: de verkoper is gerechtigd “(...) 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.”³¹ Een dergelijke (gecombineerde) voorwaarde blijkt echter niet uit het onder 2.3 genoemde model, en evenmin uit de formulering die de Hoge Raad hanteert.

4.2 De achteraf gezien onvervulde voorwaarde

Op basis van de vorige paragraaf ga ik ervan uit dat na een geslaagde narecherche de verkoper in principe – *in eerste instantie* – onvoorwaardelijk gerechtigd tot de koopsom is. De Hoge Raad komt vervolgens tot de conclusie dat als later de titel voor overdracht wordt vernietigd, er toch niet aan de verkoper mag worden uitbetaald: de voorwaarde is ‘achteraf gezien’ nooit in vervulling gegaan.³² Deze ‘niet-vervulling na vervulling’³³ van voorwaarden is een bijzonder interessant punt, dat bij mijn weten nog niet eerder zo expliciet aan bod is gekomen. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem heeft zich in 2010 wel in een andere casus over deze problematiek uitgelaten. Toentertijd was de voorzieningenrechter van mening dat “[a]angenomen moet worden dat als de opschortende voorwaarde eenmaal is vervuld, die vervulling niet weer kan komen te vervallen.”³⁴ De Hoge Raad lijkt een andere route te kiezen: een in eerste instantie vervulde voorwaarde kan wel degelijk achteraf onvervuld blijken te zijn.

De vraag komt op of ook uit het systeem volgt dat een in eerste instantie vervulde voorwaarde achteraf gezien onvervuld kan zijn. Het Hof Arnhem-Leeuwarden en annotator

28 H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 733.

29 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, r.o. 3.1.6.

30 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, r.o. 3.1.6.

31 S.E. Bartels, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, *JOR* 2019/298.

32 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, r.o. 3.1.8.

33 Olthof, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:38 BW, aant. 4.5.5 (actueel t/m 1 mei 2019).

34 Rb. Arnhem (vzr.) 21 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3350, r.o. 4.6.

Bartels leken hier niet van uit te gaan.³⁵ In zijn proefschrift over de voorwaarde in het vermogensrecht schrijft Stolz dat een voorwaarde intreedt door het *feitelijk* plaatsvinden van de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt.³⁶ Wanneer de nadruk wordt gelegd op deze feitelijke beoordeling lijkt het niet mogelijk dat een eenmaal vervulde voorwaarde achteraf gezien onvervuld blijkt te zijn. Voor voorwaarden die zien op een ‘feitelijke gebeurtenis’ is dit ook het geval. Een voorwaarde die inhoudt dat het op een bepaalde dag regent, treedt in als het op die dag regent en kan niet achteraf onvervuld blijken te zijn: het regende nou eenmaal. De gerechtigdheid tot de gelden op de kwaliteitsrekening is echter niet onderworpen aan een feitelijke voorwaarde. Het gaat om een meer juridische omstandigheid:³⁷ een geslaagde overdracht. Deze kan wel ‘achteraf gezien’ niet hebben plaatsgevonden. Op grond van artikel 3:53 BW doen we na vernietiging alsof er nooit een geldige titel heeft bestaan en artikel 3:84 BW verbindt hieraan de consequentie dat er geen overdracht heeft plaatsgevonden. De implicatie van het arrest dat een ogenschijnlijk vervulde voorwaarde achteraf gezien onvervuld kan blijken te zijn, moet aldus via de terugwerkende kracht van vernietiging worden verklaard: met de op het eerste gezicht geslaagde overdracht lijkt de voorwaarde vervuld, maar door de terugwerkende kracht van vernietiging doen we achteraf alsof de voorwaarde nooit in vervulling is gegaan.

4.3 Een opvallende overweging ten overvloede

Opmerking verdient dat de Hoge Raad uitdrukkelijk vermeldt dat wanneer de notaris al aan de verkoper heeft uitbetaald voor hij wist dat de levering niet tot eigendoms-overdracht heeft geleid, deze betaling in de verhouding koper-verkoper onverschuldigd is.³⁸ De koper dient zich in dat geval tot de verkoper te wenden en draagt daarmee nu wél diens insolventierisico. Een dergelijke situatie doet zich bijvoorbeeld voor als de notaris al voor vernietiging van de titel aan de verkoper heeft uitbetaald. Hoewel deze toevoeging van de Hoge Raad vanuit de praktijk gezien zeer wenselijk is, vraag ik me af of de redenering systematisch consistent is. Als vernietiging van de titel ertoe leidt dat de voorwaarde waaronder de verkoper tot de koopsom gerechtigd is ‘achteraf gezien’ niet is vervuld, verwacht ik dat wanneer de notaris na vernietiging toch aan de verkoper uitbetaalt, *de notaris* onverschuldigd betaalt.³⁹ Hij betaalt immers aan ‘de verkeerde’ uit: de verkoper is niet tot de koopsom gerechtigd en heeft geen vordering tot uitbetaling jegens de notaris (vgl. paragraaf 2.2). Betaalt de notaris toch uit, dan lijkt dit onverschuldigd: de vordering tot uitbetaling

ontbreekt. Waarom is dit anders als de notaris vóór vernietiging uitbetaalt? Volgens de Hoge Raad komt de vordering uit onverschuldigde betaling dan toe aan de koper, terwijl in dat geval – volgens mij – de notaris ook aan de verkeerde heeft uitbetaald, maar nu ‘achteraf gezien’. Achteraf gezien was de verkoper niet tot de koopsom gerechtigd en kwam hem geen vordering tot uitbetaling jegens de notaris toe. Zou in dat geval niet ook gezegd moeten worden dat de notaris onverschuldigd heeft betaald? Hoe valt dit verschil in uitkomst – afhankelijk van het moment van vernietiging ten opzichte van het moment van uitbetaling – te verklaren? Ik vermoed dat dit verschil systematisch lastig te verklaren is en dat de Hoge Raad zich er juist daarom uitdrukkelijk over uitlaat. Het zou immers voor de praktijk bijzonder onwenselijk zijn als uit dit arrest zou kunnen worden afgeleid dat wanneer de notaris uitbetaalt aan de verkoper op een moment dat deze onvoorwaardelijk tot de koopsom gerechtigd is, de notaris na een latere vernietiging van de titel toch bij de verkoper moet aankloppen omdat hij ‘achteraf gezien’ aan de verkeerde heeft uitbetaald. Mogelijk zou de notaris in dat geval nog wel kunnen worden ‘gered’ door de werking van artikel 6:34 lid 2 BW: het recht tot uitbetaling komt met terugwerkende kracht toe aan de koper, maar de nietsvermoedende notaris kan een voor vernietiging gedane betaling aan de verkoper aan de koper tegenwerpen. Ik denk dat de Hoge Raad discussie over bovenstaande gevolgtrekkingen voor wilde zijn en daarom expliciet opmerkt dat de koper zich in een dergelijk geval rechtstreeks tot de verkoper dient te wenden.

5. Praktische implicaties

De Hoge Raad zet in het arrest uitdrukkelijk de gedachte achter artikel 7:26 lid 3 BW, de taak van de notaris en de ratio van de kwaliteitsrekening voorop:⁴⁰ de verkoper krijgt als gevolg van het causale stelsel van rechtswege de onroerende zaak terug, dus de koopsom moet – rechtstreeks – terug naar de koper. Het lijkt erop dat de Hoge Raad het feit dat het geld in de onderliggende casus nog op de kwaliteitsrekening stond, ziet als “(...) een opportunity die het mogelijk maakt dit insolventierisico [aan de zijde van de verkoper] nog te vermijden.”⁴¹ Het arrest sluit daarmee goed aan bij de onder paragraaf 2.1 besproken ratio van de kwaliteitsrekening: de koper wordt niet blootgesteld aan het insolventierisico van de verkoper, aangezien de notaris de koopsom direct aan hem terugbetaalt. In dit licht is de uitkomst in deze casus mijns inziens zowel begrijpelijk als bevredigend en vermoed ik dat het oordeel van de Hoge Raad in de praktijk op instemming kan rekenen. Het arrest roept echter verschillende vragen op, waarvan ik er twee aanstip. Met het oog op de complexiteit van de situaties waarop de vragen zien, is deze bijdrage niet de plaats om de vragen gedetailleerd van een antwoord te voorzien. Ik geef enkel mogelijke denkrichtingen weer.

35 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, JOR 2019/298, m.nt. S.E. Bartels, r.o. 3.6; S.E. Bartels, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, JOR 2019/298, punt 7.

36 Stolz 2015, p. 738.

37 Stolz 2015, p. 122.

38 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, r.o. 3.1.7.

39 In een dergelijk geval kan de notaris als lasthebber de vordering uit onverschuldigde betaling instellen, zie: Hof 's-Hertogenbosch 24 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4758, r.o. 3.7.16. Ik ga er daarbij van uit dat de notaris in eigen naam heeft uitbetaald, zie: *Asser/Kortmann 3-III* 2017, nr. 132 en 139.

40 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, r.o. 3.1.7.

41 S.E. Bartels, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, JOR 2019/298.

Allereerst vermeldt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat de notaris na een geslaagde narecherche *in beginsel* ervan mag blijven uitgaan dat de overdracht geslaagd is.⁴² Deze toevoeging leidt tot de vraag op welk moment de notaris niet meer van genoemde veronderstelling mag uitgaan. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de koper de notaris ervan op de hoogte brengt een procedure tot vernietiging van de titel te zijn begonnen. Kan de notaris in dat geval nog uitbetalen aan de verkoper, of doet hij er goed aan de koopsom onder zich te houden tot de rechter heeft beslist? De titel – en daarmee de geldige overdracht – bestaat als zodanig nog, maar staat al op de tocht. In andere woorden: de voorwaarde waaronder de verkoper tot de koopsom gerechtigd is, is vervuld, maar ‘achteraf gebleken niet-ervulling’ ligt al op de loer. Duidelijk moge zijn dat de koper er belang bij heeft dat het geld op de kwaliteitsrekening blijft staan: als de titel dan toch nog komt te vervallen, krijgt hij het geld rechtstreeks van de notaris uitgekeerd. De koopsom gaat niet via het vermogen van de verkoper en de koper wordt aldus niet blootgesteld aan het insolventierisico van de verkoper. Gezien het feit dat de Hoge Raad veel gewicht toekent aan de functie van de kwaliteitsrekening, valt er iets voor te zeggen dat de notaris de koopsom inderdaad ‘nog even’ onder zich houdt. Tegelijkertijd zou men kunnen betogen dat de verkoper (vooralsnog) onvoorwaardelijk gerechtigd is tot de koopsom en om die reden – met het oog op artikel 25 lid 4 Wna – uitbetaling mag verlangen. De notaris die zich met een dergelijke situatie geconfronteerd ziet, kan wellicht met een beroep op artikel 6:37 BW ‘op het geld blijven zitten’ tot hij meer weet over de uiteindelijk gerechtigde.⁴³

Ten tweede komt de vraag op naar de positie van schuldeisers van de verkoper die onder de notaris derdenbeslag hebben gelegd. Na een geslaagde overdracht houdt de notaris de koopsom voor de verkoper. Het derdenbeslag krijgt op dat moment als het ware ‘vat’ op de koopsom. Het beslag rust immers op “(...) het deel van de koopprijs dat de notaris ten behoeve van de verkoper onder zich houdt (het zogenoemde overschot).”⁴⁴ Het heeft met andere woorden enkel effect “(...) indien en voor zover de koopprijs onvoorwaardelijk tot het vermogen van de verkoper behoort.”⁴⁵ Wanneer we het arrest van de Hoge Raad naar deze situatie doortrekken, leidt de vernietiging van de titel er mogelijk toe dat de schuldeisers de koopsom tussen hun vingers door zien glijpen. De vordering ten aanzien van de koopsom behoorde in eerste instantie onvoorwaardelijk tot het vermogen van de verkoper, maar achteraf gezien toch niet. Wanneer al voor vernietiging aan de beslagleggers is uitbetaald, mogen zij het geld waarschijnlijk houden: de betaling is immers in de verhouding koper-verkoper onverschuldigd. Indien de koopsom daarentegen op het moment van vernietiging nog op de kwaliteitsrekening staat, is het niet ondenkbaar dat

de derdenbeslagleggers achter het net vissen. Een langdurig geschil over de onderlinge verdeling – waarbij de koopsom bij de notaris blijft staan – vormt daarmee een mogelijk risico voor de schuldeisers. Om de beslagleggers tegemoet te komen, zou men nog kunnen denken aan een aan artikel 507b Rv spiegelbeeldige conversie van het beslag. Dit artikel converteert een na Vormerkung (art. 7:3 BW) gelegd beslag op de onroerende zaak in een beslag op het deel van de koopsom dat de notaris ten behoeve van de verkoper onder zich houdt. In bovenstaand geval zou het beslag op de koopsom moeten worden geconverteerd in een beslag op de onroerende zaak. Onder meer met het oog op het publiciteitsbeginsel lijkt dit echter een brug te ver. De schuldeisers kunnen wel na vernietiging alsnog beslag leggen op de onroerende zaak, die heeft immers achteraf gezien het vermogen van de verkoper nooit verlaten.

6. Ter afsluiting

In het arrest van 16 april 2021 heeft de Hoge Raad een interessante, nieuwe regel aangenomen: de notaris mag “(...) niet tot uitbetaling aan de verkoper overgaan indien tegen het moment van uitbetaling de veronderstelling dat de vrije en onbezwaarde levering tot eigendomsoverdracht heeft geleid, onjuist is gebleken.”⁴⁶ De voorwaarde waaronder de verkoper tot de koopsom gerechtigd is, is in dat geval achteraf gezien niet in vervulling gegaan.

Hoewel de Hoge Raad in de onderliggende casus – mede met het oog op de functie van de kwaliteitsrekening – het wenselijke resultaat bereikt, leidt het arrest tot verschillende vragen voor de praktijk. Ik heb er in deze bijdrage twee aangestipt. Wat als de notaris op de hoogte is van een aanhangige procedure tot vernietiging van de titel? Geldt dan nog steeds de aanname dat de verkoper onvoorwaardelijk tot de vordering is gerechtigd, en mag om die reden aan hem worden uitbetaald? Of moet de uitkomst van de procedure worden afgewacht? En wat gebeurt er met de schuldeiser van de verkoper die onder de notaris derdenbeslag heeft gelegd? Vist hij achter het net, vanwege het feit dat de notaris na vernietiging van de titel de koopsom niet langer voor de verkoper houdt?

Alles overziend heeft de Hoge Raad een interessant arrest gewezen, dat op verschillende punten stof tot nadenken geeft. Belangrijk is nog om op te merken dat de situatie uit het arrest zich in ‘normale’ gevallen niet snel zal voordoen. Normaliter maakt de notaris de koopsom betrekkelijk snel na de narecherche over aan de verkoper, waardoor het geld na de overdracht slechts kort op de kwaliteitsrekening staat. In de onderhavige casus stond het geld nog op de kwaliteitsrekening, omdat door de koper beslag was gelegd. Wellicht bedoelde de Hoge Raad enkel voor deze specifieke casus een oplossing te geven. Desalniettemin zijn de hierboven geschetste situaties verre van ondenkbaar en zouden de betrokkenen ook dan moeten weten waar ze aan toe zijn.

42 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, r.o. 3.1.7.

43 S.E. Bartels, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, JOR 2019/298, punt 8.

44 Van Drunen, *Faillissement en beslag bij vastgoedtransacties (AN nr. 170)*, 2019/3.3.4.

45 Heyman, Bartels & Tweehuysen 2019, p. 232.

46 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, r.o. 3.1.7.