

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/183131>

Please be advised that this information was generated on 2021-04-10 and may be subject to change.

Beslag of faillissement aan de zijde van de koper bij vastgoedtransacties

1. Inleiding

Leidt de mogelijkheid van beslag of faillissement aan de zijde van de koper tot onzekerheden bij vastgoedtransacties?¹ Het gaat daarbij om het volgende. Een verkoper verkoopt een registergoed, laten we aannemen een onroerende zaak, aan een koper. De koper stort de koopprijs op de kwaliteitsrekening van de notaris waarbij de levering van de zaak plaats zal vinden. Vervolgens wordt door een schuldeiser van de koper beslag gelegd op de koopprijs onder de notaris, of wordt de koper failliet verklaard. Vormt dit beslag of faillissement een probleem voor afwikkeling van de transactie? Kan de notaris de leveringsakte passeren en de koopprijs uitbetalen aan de verkoper? In deze bijdrage zal ik deze vragen beantwoorden. Ik beperk mij tot de gevolgen van beslag en faillissement aan de zijde van de koper voor het betalingsverkeer via de algemene notariële kwaliteitsrekening.² Voorts abstraheer ik van eventuele betrokkenheid van (hypothecaire) financiers.³

2. De notariële kwaliteitsrekening

2.1. Inleiding

De juridische constructie van de notariële kwaliteitsrekening heeft twee aspecten die van belang zijn voor beantwoording van de vraag of beslag of faillissement aan de zijde van de koper een probleem voor afwikkeling van de transactie vormt: de gemeenschap en de voorwaardelijke gerechtigdheid. Beide aspecten dienen een ander doel, waarop ik hieronder inga.

2.2. Gemeenschap

Om te voorkomen dat aan de notaris toevertrouwde gelden bij een faillissement van de notaris in diens failliete boedel vallen en zij die gelden aan de notaris hebben toevertrouwd (belanghebbenden) slechts een concurrente vordering hebben,⁴ voorziet art. 25 Wna in een constructie waarbij de belanghebbenden gemeenschappelijk gerechtigd zijn tot het vorderingsrecht uit de kwaliteitsrekening (art. 25 lid 3, eerste zin Wna).⁵ Een vergelijkbare constructie is in de Wge terug te vinden, waarbij beleggers gemeenschappelijk gerechtigd zijn tot in bewaring gegeven effecten. Het doel is steeds hetzelfde. De gemeenschapsfiguur dient ertoe de gemeenschappelijke goederen buiten het vermogen van de bewaarder te



Mw. mr. drs.
V. Tweehuysen*

* Als universitair docent burgerlijk recht verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit en als professional support lawyer aan Loyens & Loeff N.V. (v.tweehuysen@jur.ru.nl)

1. Dit artikel is een uitwerking en actualisering van de presentatie die ik over dit onderwerp gaf op het symposium 'Onzekerheden rondom vastgoedtransacties' dat op 8 juni 2017 te Utrecht plaatsvond. M.M.G.B. van Drunen, 'Betaling via de notariële kwaliteitsrekening bij aandelentransacties. Gevolgen van een beslag onder de notaris gelegd door een schuldeiser van de koper', *MvO* 2017/8-9 ('Van Drunen 2017'), besteedde nadien nog aandacht aan het onderwerp van beslag aan de zijde van de koper, maar dan in het kader van aandelentransacties. Zijn analyse onderschrijf ik en gaat ook op voor vastgoedtransacties. Eerder besteedde hij in M.M.G.B. van Drunen & M.W. Tinnemans, 'De failliete koper bij transacties met notariële tussenkomst', *TvI* 2012/14 ('Van Drunen & Tinnemans 2012') en M.M.G.B. van Drunen, 'Gevolgen faillissement koper', *WPNR* 2014/7036, p. 999-1006 ('Van Drunen 2014') reeds aandacht aan het risico van faillissement van de koper. Niettemin meen ik aan zijn bijdragen nog wat toe te kunnen voegen, met name door mijn analyse in paragraaf 2.3.
2. Zie voor de gevolgen van het faillissement voor de totstandkoming van de koopovereenkomst M.M.G.B. van Drunen, 'Artikel 24 Faillissementswet en de failliete koper bij transacties met notariële tussenkomst', *TvI* 2014/3 ('Van Drunen 2014b').
3. Zie daarvoor onder meer H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: BJu 2012 ('Heyman & Bartels 2012')/471 e.v.; M.M.G.B. van Drunen & E.E. Dijkhorst, 'Levering en hypotheek: risico faillissement koper bij niet-inschrijven hypotheekakte op dezelfde dag als leveringsakte', *WPNR* 2014/7039; H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Reactie', *WPNR* 2015/7051; A. Steneker, 'Koper failliet? Geen probleem', *WPNR* 2016/7107; F.J. Vonck, 'Reactie', *WPNR* 2016/7114 en de bijdrage van Heyman in dit bijzondere nummer.
4. Zie voor een dergelijk geval HR 3 februari 1984, *NJ* 1984/752 (Slis-Stroom).
5. Zie over de vraag of het hier één of meer vorderingsrechten betreft V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016 ('Tweehuysen 2016')/215, met verdere verwijzingen. Zie voorts E. Wolfert, *De kwaliteitsrekening*, Deventer: Kluwer 2007 ('Wolfert 2007')/103. Omwille van de leesbaarheid zal ik hierna uitgaan van het bestaan van één vorderingsrecht.

houden.⁶ In het geval van art. 25 Wna gaat het dan om de vordering op de bank. De notaris is daarover exclusief bevoegd te beschikken en deze te beheren (art. 25 lid 2, eerste zin Wna). De kwaliteitsrekening staat dan ook op zijn naam (art. 25 lid 1, eerste zin Wna). Het vorderingsrecht op de bank dat uit die rekening voortvloeit, behoort echter niet toe aan de notaris, maar aan de gezamenlijke rechthebbenden. Zij verkrijgen door storting een aandeel in de gemeenschappelijke vordering op de bank naar rato van de door hun gestorte bedragen (art. 25 lid 3, tweede zin Wna). Dat wil zeggen dat bij een faillissement van de notaris de kwaliteitsrekening niet in de boedel valt.⁷

Deze constructie beschermt overigens niet volledig tegen een notaris die ‘een greep in de kas’ doet en in strijd met art. 25 lid 2, slot Wna gelden van de kwaliteitsrekening bijvoorbeeld naar zijn privérekening overmaakt of uitgeeft aan een andere bestemming dan waarvoor het geld gestort is.⁸ Er ontstaat dan een tekort op de kwaliteitsrekening, wat de notaris verplicht is aan te vullen en waar hij aansprakelijk voor is (art. 25 lid 3, slot Wna). Bij een faillissement van de notaris zal dit een voormalig rechthebbende niet veel baten, aangezien dit slechts een concurrente vordering oplevert. Weliswaar kan de handeling van de notaris op grond van art. 25 lid 6 Wna vernietigd worden, maar rechten van derden te goeder trouw anders dan om niet verkregen, worden geeerbiedigd, waardoor ook vernietiging niet altijd soelaas biedt.

Beslag op het aandeel van een rechthebbende in de vordering op de bank wordt niet gelegd onder de bank, maar onder de notaris. Vanuit theoretisch oogpunt is dit merkwaardig, omdat de notaris niet de schuldenaar van de vordering is. Art. 25 lid 5 Wna gaat hier echter wel van uit en dat is vanuit praktisch oogpunt ook begrijpelijk. Aangezien de rekening op naam van de notaris staat, heeft de bank geen zicht op wie gerechtigd zijn tot de vordering en naar rato van welk bedrag.⁹

2.3. Voorwaardelijke gerechtigdheid

2.3.1. Gelijk oversteken

De gemeenschapsconstructie van art. 25 Wna beschermt tegen faillissement van de notaris, maar beschermt verkoper en koper nog niet tegen elkáárs insolventie, terwijl dat toch de reden is om het betalingsverkeer via de kwaliteitsrekening te laten lopen.¹⁰ De kwaliteitsrekening biedt die bescherming, omdat door het gebruik ervan aan het principe van ‘gelijk oversteken’ recht wordt gedaan.¹¹ Betaling van de koopprijs en levering van het gekochte dienen in principe gelijktijdig te geschieden. Dit principe is als hoofd-

regel in art. 7:26 lid 2 BW neergelegd. De gedachte daarachter is dat partijen over en weer zo min mogelijk insolventie- of verhaalsrisico lopen. De verkoper raakt niet zijn eigendom kwijt zonder dat hij betaling ontvangt en de koper hoeft er niet voor te vrezen dat hij al heeft betaald, maar vervolgens niet krijgt waar hij recht op heeft.¹²

Bij levering langs de weg van art. 3:89 BW is ‘gelijk oversteken’ nog niet zo eenvoudig. Zou door de koper worden betaald op het moment van het passeren van de akte, dan is de levering nog niet voltooid, omdat inschrijving nog moet volgen. Zou de koper betalen op het moment

6. In plaats van de structuur waarbij gebruik wordt gemaakt van gemeenschap, had ook gekozen kunnen worden voor een afgescheiden vermogen. Zie over deze verschillende constructies V. Tweehuysen, ‘Bescherming van derivatenbeleggers via een afgescheiden vermogen in de Wet giraal effectenverkeer’, *NTBR* 2016/17, met verdere verwijzingen. Overigens is het niet de gemeenschapsfiguur die ervoor zorgt dat een zekere vermogensscheiding plaatsvindt. De wetgever had evenzeer kunnen bepalen dat iedere belanghebbende volledig gerechtigd is tot een afzonderlijk vorderingsrecht op de bank. Doordat de Hoge Raad art. 25 Wna van overeenkomstige toepassing acht op een *bijzondere* kwaliteitsrekening, doet zich daarbij dit geval mogelijk voor. Zonder dat sprake is van een *gemeenschappelijk* vorderingsrecht, zijn de belanghebbenden daartoe (voorwaardelijk, zie hierna in de hoofdtekst) gerechtigd, ook al staat de rekening op naam van de notaris en is hij exclusief bevoegd tot beschikking en beheer. Zie het obiter dictum in HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1139, r.o. 3.4.3, waar de Hoge Raad terug lijkt te komen op het in HR 12 januari 2001, *NJ* 2002/371 (Koren/Tekstra) gegeven oordeel dat ook bij een bijzondere kwaliteitsrekening sprake zou zijn van gemeenschap. Zie hierover M.L. Tuil, ‘Spiegelbeeldige gerechtigdheid, op de grens van de gemeenschap’, *MvV* 2017/10, p. 299-308 (‘Tuil 2017’), m.n. p. 307.
7. A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005 (‘Steneker 2005’), p. 205 e.v.; Wolfert 2007/20 e.v.
8. Aldus ook Wolfert 2007/41. Een voorbeeld vormt de casus van het recente met art. 81 RO afgedane arrest HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1043, conclusie A-G ECLI:NL:PHR:2017:43.
9. Steneker 2005, p. 223; Wolfert 2007, p. 22; A. Steneker, ‘Beslag onder de notaris’, *FIP* 2010/5 (‘Steneker 2010’), p. 130-135.
10. Steneker 2005, p. 24-25 noemt dit de ‘meervoudige zekerheidsfunctie’ van de kwaliteitsrekening. Zie ook Heyman & Bartels 2012/451 en de bijdrage van Van Drunen in dit bijzondere nummer.
11. Vgl. Steneker 2005, p. 38; Van Es, *GS Vermogensrecht*, art. 3:89 BW, aant. 23.2 (online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2013).
12. Vgl. Asser/Hijma 7-I* 2013/567, 571. In het oud BW kwam dit principe ook al voor: Art. 1514 BW (oud): “De verkoper is niet verplicht het goed te leveren, indien de koper den koopprijs niet betaalt, en de verkoper hem geen uitstel van betaling heeft toegestaan.” Art. 1550 BW (oud): “Indien er bij het aangaan van den koop niets daaromtrent bepaald is, moet de koper betalen ter plaatse alwaar, en op den tijd waarop de levering geschieden moet.”

van inschrijving, dan biedt ook dat hem niet voldoende zekerheid. Pas op een later moment kan namelijk worden vastgesteld of de zaak daadwerkelijk in eigendom is overgegaan en of dat vrij van hypotheken en beslagen is gebeurd. Dat komt door de terugwerkende kracht van het faillissement tot 0.00 uur van de dag waarop het is uitgesproken (art. 23 Fw) en doordat voor de notaris ten tijde van het aanbieden van de akte ter inschrijving niet kenbaar is of kort tevoren nog een vervreemding, bezwaring of beslaglegging heeft plaatsgevonden.¹³

Bij betaling door de koper nadat de notaris heeft vastgesteld dat de overdracht is geslaagd, loopt daarentegen de verkoper het risico dat hij wel zijn eigendom kwijt is, maar de koper geen verhaal (meer) biedt. Om die reden verloopt het geldverkeer via de kwaliteitsrekening van de notaris. De verkoper heeft dan zekerheid dat hij zijn geld krijgt als de eigendom is overgegaan en de koper heeft dan de zekerheid dat hij zijn geld niet kwijt is, voordat hij daadwerkelijk eigenaar is geworden. De koper stort de koopprijs voorafgaand aan de levering op de kwaliteitsrekening van de notaris en de notaris voert eerst een 'narecherche' uit, voordat hij overgaat tot uitbetaling van de koopprijs aan de verkoper.¹⁴

2.3.2. Baarns beslag en art. 7:26 lid 3 BW

De hiervoor beschreven praktijk is in navolging van het Baarns beslag-arrest¹⁵ gecodificeerd in art. 7:26 lid 3 BW.¹⁶ In dat artikel wordt bepaald dat het verschuldigde ten tijde van de ondertekening van de akte uit de macht van de koper moet zijn gebracht en dat het pas na de inschrijving in de macht van de verkoper hoeft te worden gebracht. In het Baarns beslag-arrest betaalde de notaris de gelden aan de verkoper uit voordat vast was komen te staan dat de koper de zaak vrij van hypotheken en beslagen had verkregen. Na de uitbetaling bleek dat nog vóór de inschrijving van de leveringsakte beslag op de zaak was gelegd, waardoor de koper niet vrij van beslag had verkregen. De koper sprak daarop de notaris aan. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof, dat de notaris door op deze manier te handelen wanprestatie heeft gepleegd jegens de koper, in stand.

In het Ontwerp-Meijers van het huidige art. 7:26 lid 3 BW werd nog bepaald dat betaling ten tijde van de ondertekening van de akte door de verkoper diende te geschieden. Kleijn wees erop dat deze bepaling niet strookte met de op het zojuist genoemde arrest gebaseerde praktijk dat de notaris pas een dag na het transport de koopprijs aan de verkoper uitbetaalt. Om die reden is het ontwerpartikel aangepast naar de vorm waarin het tegenwoordig in de wet terug te vinden is.¹⁷

De bedoeling van art. 7:26 lid 3 BW is daarmee duidelijk, namelijk partijen beschermen tegen het verhaalsrisico dat zij op elkaar lopen. De bescherming van de verkoper wordt bereikt doordat de koper de koopprijs vóór de levering in handen van de notaris stort. De Hoge Raad en in navolging daarvan art. 7:26 lid 3 BW gaan uit van het moment van ondertekenen van de akte. De koper wordt beschermd, zo oordeelde de Hoge Raad, "doordat de notaris de doorbetaling van de koopprijs aan de verkoper ophoudt, totdat zekerheid omtrent de levering vrij van hypotheken en beslagen bestaat" (r.o. 3).¹⁸ De verplichting van de notaris om op deze wijze te handelen is nu als een verplichting van de koper neergelegd in art. 7:26 lid 3 BW.

2.3.3. Het uit de macht brengen

Met de vaststelling dat partijen door gebruikmaking van de notariële kwaliteitsrekening risico's beogen uit te sluiten, zijn we er nog niet. Hier vóór in paragraaf 2.2 constateerde ik namelijk dat het aandeel in de vordering op de bank toebehoort aan de belanghebbende. Door storting van de koopprijs op de kwaliteitsrekening, blijft het geld in het vermogen van de koper. In plaats van een vordering op zijn eigen bank heeft hij nu alleen een aandeel in de vordering op de bank waar de notaris zijn kwaliteitsrekening aanhoudt. Weliswaar is de notaris exclusief bevoegd tot beschikking en beheer over de bijzondere rekening (art. 25 lid 2 Wna), maar een rechthebbende heeft voor zover uit de aard van zijn recht niet anders voortvloeit, te allen tijde recht op uitkering van zijn aandeel (art. 25 lid 4 Wna).¹⁹ Er bestaat dus een zeker spanningsveld tussen de exclusieve beheers- en beschikkingsbevoegd-

13. Heyman & Bartels 2012/451.

14. Aldus ook Steneker 2005, p. 38; Heyman & Bartels 2012/451. Zie over de narecherche Van Es, *GS Vermogensrecht*, art. 3:89 BW, aant. 23.2 (online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2013); Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/488; W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken (Mon. Pr. nr. 9)* 2017/25. Zie voorts art. 11 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 (KNB); Reglement rechercheren registergoederen (KNB 2012); Beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden (KNB 2007), alle online te raadplegen via wet-en-regelgeving-notariaat.nl.

15. HR 30 januari 1981, *NJ* 1982/56 (Baarns beslag of Krans/Tan).

16. Aldus ook Heyman & Bartels 2012/454.

17. Parl. Gesch. Inv. Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, p. 260-262. Zie ook Heyman & Bartels 2012/452-453; Asser/Hijma 7-I* 2013/571; Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken (Mon. Pr. nr. 9)* 2017/25.

18. HR 30 januari 1981, *NJ* 1982/56 (Baarns beslag of Krans/Tan).

19. Vgl. Heyman & Bartels 2012/457.

heid van de notaris, die ertoe zou kunnen leiden dat de koopprijs daadwerkelijk uit de macht van de koper is gebracht, en het recht op uitbetaling van de belanghebbende.

De koper die rechthebbende is van het aandeel zou – ook na het passeren van de akte – van gedachte kunnen veranderen en op grond van art. 25 lid 4 Wna de koopprijs aan hemzelf uit kunnen laten betalen. Ook zou de curator in een eventueel faillissement van de koper uitbetaling kunnen vorderen. Dit is in lijn met art. 3:276 BW; het aandeel in de vordering behoort immers tot het vermogen van de koper.²⁰ Dit alles kan niet de bedoeling van partijen zijn.²¹ Het strookt ook niet met de eerder besproken gedachte achter art. 7:26 lid 3 BW.²² Veeleer zal het hun bedoeling zijn dat een ‘vacuüm’ bestaat met betrekking tot het aandeel in de vordering vanaf het moment dat de akte is gepasseerd tot aan het moment dat de notaris vaststelt of de overdracht heeft plaatsgevonden zoals bedoeld. Tijdens dit vacuüm kunnen de koper of diens schuldeisers, noch de verkoper of diens schuldeisers de hand leggen op het bedrag op de kwaliteitsrekening ter hoogte van de koopprijs.

Wolfert is van mening dat gebruik van de kwaliteitsrekening echter niet zo ver mag gaan dat de belanghebbende wordt beschermd tegen verhaal door zijn eigen schuldeisers en dat een ‘zwevend vermogen’ ontstaat.²³ Naar mijn mening dwingen de achtergrond en ratio van art. 7:26 lid 3 BW van ‘gelijk oversteken’²⁴ en de praktische (on)mogelijkheden daarvan daar echter wel toe. Omdat pas achteraf, een dag of enkele dagen na de levering, vastgesteld kan worden of succesvol is overgedragen, moet het tot dat moment voor de koper of diens schuldeisers onmogelijk zijn de hand te leggen op de koopprijs. Zou dit niet het geval zijn, dan is gebruik van de kwaliteitsrekening zinloos.²⁵

Mogelijk zou hier tegenin gebracht kunnen worden dat de bescherming die de kwaliteitsrekening de verkoper biedt, slechts zo ver mag gaan dat de koper het geld niet meer voor andere doeleinden kan aanwenden, maar dat schuldeisers zich nog wel zouden moeten kunnen verhalen op het aandeel in de vordering. Naar mijn mening dient echter zo veel mogelijk bij het ‘gelijk oversteken-principe’ aangesloten te worden en dient de verkoper dus ook beschermd te worden tegen eventueel beslag op de koopprijs of faillissement van de koper. Dat strookt ook met de gedachte uit het Baarns beslag-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de notaris zorg moet dragen voor uitvoering van de koopovereenkomst zodanig dat ‘de verkoper geen risico loopt ter zake van de betaling van de

koopprijs’.²⁶ Voorts strookt het met de uitkomst van het arrest Koren/Tekstra, waarin de curator van de stortende partij geen uitbetaling kon verlangen van een op een bijzondere kwaliteitsrekening in depot gehouden bedrag. Slechts een voorwaardelijk vorderingsrecht viel in de boedel.²⁷ Over deze voorwaardelijkheid hierna meer.

2.3.4. De voorwaardelijkheid

In andere literatuur wordt ook van deze verregaande bescherming van de verkoper uitgegaan.²⁸ Het ‘uit de macht brengen’ van art. 7:26 lid 3 BW wil zeggen dat niets meer aan uitbetaling aan de verkoper in de weg kan staan, behalve het niet (op de juiste wijze) plaats hebben gevonden van de eigendomsoverdracht. Om dit resultaat te kunnen verklaren, wordt aangenomen dat koper en verkoper voorwaardelijk gerechtigd zijn tot het bedrag op de kwaliteitsrekening. Men verschilt van mening over hoe deze voorwaardelijke gerechtigdheid precies in elkaar steekt.²⁹

Steneker zoekt bijvoorbeeld aansluiting bij de wettelijke regeling en het arrest Koren/Tekstra³⁰ van de Hoge Raad en is van mening dat koper en verkoper samen met andere belanghebbenden een gemeenschappelijke onvoorwaardelijke vordering op de bank hebben tot betaling van een geldsom. Daarnaast hebben zij een voorwaardelijk recht op toedeling oftewel uitbetaling op de notaris. De vordering van zowel koper als verkoper op de notaris is in de visie van Steneker een vordering onder *opschortende* voorwaarde, namelijk de voorwaarde van een niet respectievelijk wel geslaagde overdracht.³¹

20. Vgl. Steneker 2010, p. 130.

21. Vgl. Steneker 2005, p. 25; Steneker 2010, p. 133; Heyman & Bartels 2012/457.

22. Vgl. Steneker 2005, p. 27-28.

23. Wolfert 2007/42.

24. Zie paragraaf 2.3.1-2.

25. Vgl. Steneker 2010, p. 133.

26. HR 30 januari 1981, *NJ* 1982/56 (Baarns beslag of Krans/Tan), r.o. 3.

27. HR 12 januari 2001, *NJ* 2002/371 (Koren/Tekstra), r.o. 3.5.

28. Steneker 2005, p. 27-28, 2010, p. 132-133 doet dat expliciet. Meer impliciet zijn Heyman & Bartels 2012/451, 466. Zie ook Van Drunen & Tinnemans 2012, par. 4.1; Van Drunen 2017, par. 3.7.

29. Zie voor details van de discussie Steneker 2005, p. 24-28; Heyman & Bartels 2012/458 e.v. Zie ook Wolfert 2007/101 e.v.

30. HR 12 januari 2001, *NJ* 2002/371 (Koren/Tekstra).

31. Steneker 2005, p. 25-26, 210; Steneker 2010, p. 132-133.

Heyman en Bartels zijn pleitbezorgers van een andere opvatting. In die visie hebben zowel koper als verkoper ten eerste een voorwaardelijk aandeel in de vordering op de bank en ten tweede een voorwaardelijk recht op uitbetaling op de notaris. De koper is gerechtigd onder *ontbindende* voorwaarde van een correcte overdracht en de verkoper onder dezelfde, nu *opschortende*, voorwaarde. In hun visie wordt het feit dat de koper het door hem gestorte geld niet van de kwaliteitsrekening terug kan vorderen (en dat schuldeisers daar geen verhaal op kunnen nemen) hangende de voorwaarde verklaard door art. 25 lid 4 Wna. Daarin is bepaald dat de belanghebbende recht heeft op uitkering van zijn aandeel, tenzij uit de aard van zijn recht anders voortvloeit. Dat laatste is hier het geval.³²

Voor beide opvattingen valt veel te zeggen. Het sterke punt van de opvatting van Steneker is dat een opschortende voorwaarde naar mijn mening inderdaad beter het doel van het gebruik van een kwaliteitsrekening benadert. De rechthebbende van een vordering of een aandeel onder ontbindende voorwaarde is gerechtigd dat recht uit te oefenen totdat de ontbindende voorwaarde is vervuld.³³ Dat zou betekenen dat de koper de koopprijs van de kwaliteitsrekening kan opnemen indien hij dat wenst, dat diens curator dat ook kan en dat ook beslag doel treft.³⁴ Heyman en Bartels ondervangen dit door aan te nemen dat uit het recht van de koper anders voortvloeit in de zin van art. 25 lid 4 Wna. Nemen zij daarmee in wezen niet toch een opschortende voorwaarde voor het recht op uitbetaling aan?

Anderzijds is het voordeel van de opvatting van Heyman en Bartels dat daarin beter verklaard kan worden waarom het bedrag op de kwaliteitsrekening niet meteen al bij storting 'uit de macht' wordt gebracht, maar mogelijk pas op een later moment.³⁵ Met een aanpassing van de theorie van Steneker zou indien gewenst ook dat gevolg daarin verklaard kunnen worden, bijvoorbeeld door de voorwaardelijkheid pas op een later moment in te laten treden. Over of dit juist en gewenst is, zie de volgende subparagraaf.

Een recent arrest van de Hoge Raad biedt mogelijk nog steun aan de opvatting van Heyman en Bartels.³⁶ De Hoge Raad sprak daar in een obiter dictum van 'belanghebbenden die onder elkaar uitsluitende (spiegelbeeldige) voorwaarden tot het saldo gerechtigd zijn'. Het betrof daar echter een bijzondere kwaliteitsrekening en bovendien kan over wat 'elkaar uitsluitende (spiegelbeeldige) voorwaarden' zijn gesteggeld worden, maar ik lees in deze terminologie een aanwijzing dat niet slechts het recht op uitbetaling voorwaarde-

lijk is, maar ook de gerechtigdheid tot (het aandeel in) de vordering zelf.

Een variant waarin zowel koper als verkoper onder opschortende voorwaarde gerechtigd zijn tot het aandeel in de vordering op de bank, waarbij hangende de voorwaarde vanwege de aard van het recht geen uitbetaling kan worden gevorderd (art. 25 lid 4 Wna) is ook nog denkbaar, maar ben ik in de literatuur niet tegengekomen. Deze opvatting is ook wat gecompliceerd, omdat geen gerechtigde onder ontbindende voorwaarde tot het aandeel is aan te wijzen. Om die reden moet in deze visie worden aangenomen dat twee vorderingen onder opschortende voorwaarde op de bank bestaan, die in de gemeenschap vallen, waarbij iedere deelgenoot in de kwaliteitsrekening een aandeel in iedere vordering op de kwaliteitsrekening heeft.³⁷

Dogmatisch wringt de constructie van de kwaliteitsrekening aan alle kanten.³⁸ In geen van de hiervoor besproken opvattingen is de theoretische constructie helemaal sluitend te krijgen. Wat partijen in wezen beogen met gebruikmaking van de kwaliteitsrekening bij vastgoed-

32. Heyman & Bartels 2012/458, 464, 467.

33. Art. 6:22, slot en 26 BW; H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2015 ('Stolz 2015'), p. 288, 499.

34. Met vorderingen onder ontbindende voorwaarde is iets merkwaardigs aan de hand. Enerzijds is de gerechtigdheid een gerechtigdheid onder ontbindende voorwaarde. Dat impliceert dat wanneer beslag wordt gelegd op een dergelijke vordering, vervulling van de voorwaarde ook jegens de beslaglegger ingeroepen kan worden, in die zin dat het object van beslag verdwijnt (art. 6:22 BW) en daarmee ook het beslag. Anderzijds verschilt de vordering tot aan het moment van intreden van de ontbindende voorwaarde nauwelijks van een onvoorwaardelijke vordering. Indien de vordering opeisbaar is, zal hij moeten worden nagekomen. Zie Stolz 2015, p. 288, 499; vgl. Steneker 2010, p. 133. Wanneer het beslag executoriaal is, dient aan de deurwaarder te worden betaald (art. 477 lid 1 Rv). De ontbindende voorwaarde verklaart het 'uit de macht brengen' in de zin van art. 7:26 lid 3 BW dus niet. Dit is een belangrijk verschil met beslag op een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en wordt veroorzaakt doordat een vordering in tegenstelling tot een eigendomsrecht bestaat uit het recht op een prestatie en het vorderingsrecht met het leveren van die prestatie tenietgaat. Over dit onderwerp valt nog veel meer te zeggen. Ik verwijs hiervoor naar Stolz 2015.

35. Heyman & Bartels 2012/467-468.

36. HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1139, r.o. 3.4.3. Zie ook Tuil 2017, p. 307.

37. Dit laatste is niet ongebruikelijk, zie Tweehuysen 2016/209, 212, maar strookt niet met de tekst van art. 25 lid 3 Wna die impliceert dat er maar één vorderingsrecht zou zijn. Zie over de vraag of sprake is van één of meer vorderingen Wolfert 2007/103.

38. Zie ook Steneker 2005.

transacties en wat de wetgever daar gelet op art. 7:26 lid 3 BW mee beoogt,³⁹ is het geld tijdelijk uit hun beider vermogens te halen en onder te brengen bij de notaris. De wetgever heeft er met de regeling van art. 25 Wna echter voor gezorgd dat de vordering op de bank juist wél in hun vermogen valt. Daardoor moeten we ons op theoretisch niveau in bochten wringen om het door partijen en de wetgever gewenste gevolg van het gebruik van de kwaliteitsrekening te verklaren.

2.3.5. *Moment van het uit de macht brengen*

Uiteindelijk is het voor het praktische resultaat gelukkig niet van belang welk verklaringsmodel wordt aangehangen. De verschillende auteurs zijn het eens over de rechtsgevolgen van de storting op de kwaliteitsrekening.⁴⁰ De voorwaardelijkheid van het recht, dan wel de aard van het recht van de koper in de zin van art. 25 lid 4 Wna, zorgen ervoor dat de koopprijs uit de macht van de koper wordt gebracht in de zin van art. 7:26 lid 3 BW. Ik abstraheer hierna dan ook van de precieze juridische constructie, maar zal de gevolgen zoals besproken in paragraaf 2.3.3 samenvatten met de term 'uit de macht brengen'.

Vanaf welk moment is het bedrag uit de macht van de koper gebracht? Gelet op de ratio van art. 7:26 lid 3 BW is het in ieder geval uit diens macht vanaf het moment van het passeren van de akte. Alleen op die manier kan 'gelijk worden overgestoken'. De tekst van art. 7:26 lid 3 BW gaat ook van dat moment uit. Om recht te doen aan de eerder besproken (paragraaf 2.3.1-2) ratio van deze bepaling, dient het moment nog verder naar voren te worden gehaald, namelijk naar 0.00 uur van de dag van het passeren van de akte.⁴¹ Vanwege de terugwerkende kracht van de faillietverklaring (art. 23 Fw) bestaat anders het risico dat achteraf wordt geconstateerd dat de koper failliet was op het moment van het 'uit de macht brengen'. De koopprijs valt dan in de boedel en er kan alsnog niet gelijk overgestoken worden. Zie hierna, paragraaf 4. Door de niet-failliete koper de koopprijs één dag voor het passeren van de akte te laten storten, wordt wanneer het bedrag vervolgens om 0.00 uur uit de macht van de koper raakt, verzekerd dat de verkoper bij een correcte overdracht zal kunnen worden uitbetaald.⁴²

Waarom niet ervan uitgaan dat de koopprijs al op het moment van storting op de kwaliteitsrekening uit de macht van de koper is? De storting kan dagen of weken voorafgaand aan het transport plaats hebben gevonden. Naar mijn mening zal het doorgaans niet de bedoeling van partijen zijn méér dan 'gelijk oversteken' mogelijk te maken. De koper kan beslissen de overeenkomst niet na te komen en het geld van de kwaliteits-

rekening af te halen tot aan de dag van het passeren van de akte.⁴³ Art. 7:26 lid 3 BW is van aanvullend recht⁴⁴ en heeft tot gevolg dat wanneer de koopprijs voor het passeren van de akte op de kwaliteitsrekening is gestort die in ieder geval vanaf dat moment uit de macht van de koper is gebracht en bij storting vóór de dag van passeren van de akte vanaf 0.00 uur.⁴⁵

Partijen kunnen echter anders overeenkomen.⁴⁶ Dit is doorgaans het geval wanneer sprake is van een depot in afwachting van oplossing van een geschil, of bij storting van een waarborgsom. Het zal dan de bedoeling van partijen zijn dat degene die het geld heeft gestort dit niet weer op kan nemen, totdat duidelijk is wie recht heeft op het bedrag.⁴⁷ Ook buiten deze situaties kunnen partijen iets dergelijks overeenkomen. Zo zouden zij bij een koopovereenkomst niet alleen de waarborgsom uit de macht van de koper kunnen brengen, maar alvast de gehele koopprijs. Art. 7:26 lid 3 BW gaat niet zo ver, maar daarvan kan in beginsel⁴⁸ afgeweken worden. Door het uit de macht brengen van de koopprijs (ver) voor de levering, wordt dat bedrag aan verhaal door de schuldeisers van de koper onttrokken.⁴⁹ Vanaf de dag van levering is dat vanwege art. 7:26 lid 3 BW gerechtvaardigd, maar in de periode daarvoor moet er rekening mee worden gehouden dat dit mogelijk paulianeus kan zijn.⁵⁰

39. Zie ook HR 30 januari 1981, NJ 1982/56 (Baarns beslag of Krans/Tan).

40. Heyman & Bartels 2012/466.

41. Om discussie te voorkomen moet het strikt genomen gaan om 23.59 uur van de dag voorafgaand aan de faillietverklaring, zodat duidelijk is dat het moment van het 'verschieten van kleur' van de aanspraak van de koper op de kwaliteitsrekening niet wordt geblokkeerd door art. 23 Fw. Vanwege de leesbaarheid zal ik blijven aansluiten bij 0.00 uur op de dag van faillietverklaring.

42. Heyman & Bartels 2012/469; P.H. Tieskens, 'De notariële kwaliteitsrekening en risico's van faillissement van een koper of verkoper', V&O 2014/6, p. 114-118 ('Tieskens 2014'), p. 116; Van Drunen & Tinnemans 2012, par. 4.1.

43. Aldus ook W.M. Kleyn, 'Wie is rechthebbende op gelden kwaliteitsrekening?', WPNR 2006/6667, p. 404-406 ('Kleyn 2006'), met verwijzing naar lagere jurisprudentie.

44. Heyman & Bartels 2012/454.

45. Aldus ook Heyman & Bartels 2012/469.

46. W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken* (Mon. Pr. nr. 9) 2017/25. Vgl. ook Steneker 2005, p. 24-25.

47. Kleyn 2006; Heyman & Bartels 2012/468; Steneker 2010, p. 132-133.

48. Zie art. 7:26 lid 4 BW.

49. Heyman & Bartels 2012/468-469.

50. Aldus ook Heyman & Bartels 2012/468, slot.

3. Beslag onder de notaris door een schuldeiser van de koper

Een schuldeiser van de koper die beslag legt onder de notaris zal dat doen in de hoop dat de transactie, om welke reden dan ook, niet doorgaat en hij de hand op het geld kan leggen. Voor dat de koopprijs op de kwaliteitsrekening wordt gestort, kan de schuldeiser beslag leggen onder de bank waar de koper zijn bankrekening aanhoudt. Het risico bestaat dan dat de koper niet in staat is de koopprijs op de kwaliteitsrekening te storten. Dan zal de levering om die reden niet doorgaan. Legt de schuldeiser van de koper na een geslaagde levering beslag onder de notaris, dan is hij te laat, omdat het aandeel in de vordering op de bank dan door het vervullen van de voorwaarde aan de verkoper toebehoort. Op die gevallen ga ik niet verder in.

Ik heb nu het oog op de situatie waarin een schuldeiser van de koper beslag legt onder de notaris in de zin van art. 25 lid 5 Wna op het moment dat de koopprijs door de koper op de kwaliteitsrekening is gestort en de levering nog niet is voltooid.⁵¹ In het bovenstaande is het antwoord op de vraag of zo'n beslag betekent dat de levering geen doorgang kan vinden al impliciet beantwoord. Het doel van het 'uit de macht brengen' van het verschuldigde door de koper is nu juist onder meer bescherming te bieden tegen beslag door een schuldeiser van de koper op het door de koper op de kwaliteitsrekening gestorte bedrag.

Daarbij is het wel van belang op welk moment het beslag wordt gelegd. Zoals besproken wordt bij overdracht van een onroerende zaak het verschuldigde in de regel⁵² op zijn vroegst om 0.00 uur van de dag van passeren van de akte uit de macht van de koper gebracht, ook al zou de koopprijs eerder zijn gestort. Staat de koopprijs al eerder op de kwaliteitsrekening en wordt vóór 0.00 uur van de dag van ondertekening van de akte beslag gelegd, dan treft het beslag doel en zal de levering geen doorgang kunnen vinden.⁵³ Wordt beslag gelegd op de dag van het passeren van de akte, dan kan ondanks het beslag de levering doorgang vinden en de notaris bij een geslaagde overdracht de koopprijs aan de verkoper uitbetalen.⁵⁴

Zoals besproken staat ter discussie waaruit deze gevolgen precies voortvloeien. In alle opvattingen heeft de koper indien de overdracht onverhoopt *niet* correct is geschied weer een onvoorwaardelijke aanspraak op de koopprijs.⁵⁵ Hetzij door het vervullen van de opschortende voorwaarde van een niet-geslaagde overdracht, hetzij door het niet meer vervuld zullen worden van de ontbindende voorwaarde van een correcte

overdracht.⁵⁶ Een beslag dat is gelegd terwijl het verschuldigde uit de macht van de koper was, staat dus aan uitbetaling na een correcte overdracht niet in de weg, maar heeft mijns inziens wel werking in zoverre dat wanneer de koper weer onvoorwaardelijk gerechtigd is, het beslag op het aandeel van de koper rust.⁵⁷ Oftewel: het heeft voor een schuldeiser van de koper dus ook als de koopprijs uit de macht van de koper is nog zin om beslag te leggen, maar uitsluitend voor het geval de overdracht niet slaagt.⁵⁸

4. Faillissement van de koper

Ook de vraag of het faillissement van de koper een risico vormt, is hierboven impliciet al aan bod geweest. Heyman & Bartels hebben erop gewezen dat het zich niet snel voor zal doen dat een koper in staat zal zijn vlak voor zijn faillissement nog de koopprijs op te hoesten en die te storten op de kwaliteitsrekening.⁵⁹ Toch is het, althans in theorie, denkbaar dat de koper failliet gaat nadat de koopprijs is gestort. Is op dat moment de koopprijs al uit de macht van de koper gebracht, zoals besproken in paragraaf 2.3.3, dan kan een faillissement geen roet in het eten gooien.⁶⁰ De notaris kan dan de akte passeren en bij een gebleken correcte eigendomsoverdracht aan de verkoper uitbetalen.

51. In veel gevallen wordt de koopprijs de ochtend van de dag van het passeren van de akte op de kwaliteitsrekening gestort, zie Van Drunen & Tinnemans 2012, par. 4.2; Heyman & Bartels 2012/468, slot. De schuldeiser van de koper moet in zo'n geval dus wel goed geïnformeerd zijn, wil hij überhaupt in staat zijn beslag te leggen onder de notaris.

52. Partijen kunnen anders overeenkomen, hetgeen doorgaans het geval zal zijn bij bijvoorbeeld storting van een waarborgsom, zie paragraaf 2.3.5.

53. Vgl. Van Drunen 2017 die in paragraaf 4 een ander geval bespreekt waarin beslag wordt gelegd op het aandeel van de koper voordat dat uit diens macht is gebracht.

54. Aldus ook Van Drunen 2017, par. 3.7.

55. Afhankelijk van de visie die men aanhangt is de voorwaardelijkheid gelegen in het recht op uitbetaling (voorwaardelijk recht op toedeling) of in zowel het recht op uitbetaling als in de gerechtigdheid tot het aandeel in de vordering op de bank. Zie boven, paragraaf 2.3.4.

56. Vgl. Stolz 2015, p. 731; Stenekker 2005, p. 26-27; Stenekker 2010, p. 133.

57. Vgl. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (Rabobank/Reuser) wat betreft het 'uitgroeien' van het object.

58. Vgl. Stenekker 2010, p. 133; Van Drunen 2017, noot 20.

59. H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Reactie', WPNR 2015/7051.

60. Zie ook Van Drunen & Tinnemans 2012, par. 4.1; Heyman & Bartels 2012/466; Van Drunen 2014, par. 4.4.1; vgl. HR 12 januari 2001, NJ 2002/371 (Koren/Tekstra). Maar zie ook Van Drunen 2014b.

Het faillissement van de koper is wel problematisch, indien hij failliet is ten tijde van het storten. De koper is dan beschikkingsonbevoegd (art. 23 Fw) en een door hem gedane storting op de kwaliteitsrekening heeft daarom geen gevolg.⁶¹ Hoewel het geld het vermogen van de koper bij storting op de kwaliteitsrekening niet verlaat, wordt toch aangenomen dat art. 23 Fw hierop van toepassing is.⁶² Dat is naar mijn mening in ieder geval zo indien de koopprijs uit de macht van de koper wordt gebracht. Daarmee wordt een voorwaardelijkheid gecreëerd die gelijk kan worden gesteld met een beschikkingshandeling als bedoeld in art. 23 Fw.

Het moment van crediteren van een rekening is bepalend voor de vraag of de curator vanwege art. 23 Fw het gestorte terug kan vorderen.⁶³ Het gaat doorgaans om het moment van crediteren van de rekening van de schuldeiser aan wie wordt betaald.⁶⁴ Nu is daar bij storting op de kwaliteitsrekening geen sprake van, maar ook hier moet deze regel voor toepassing op de kwaliteitsrekening vertaald worden: niet het moment van crediteren is doorslaggevend, maar het moment van het voorwaardelijk gerechtigd worden van de verkoper; het moment van 'uit de macht brengen'. In sommige gevallen vallen die momenten samen, maar niet altijd, zie paragraaf 2.3.5. Dat het moment van het uit de macht brengen van de koopprijs het relevante moment is, betekent dat ook een door de koper vóór diens faillietverklaring gegeven betalingsopdracht nog stuk kan lopen. Dat is het geval wanneer de betalingsopdracht de dag voor het passeren van de akte wordt gegeven, maar de creditering van de kwaliteitsrekening pas een dag later plaatsvindt en de koper die dag failliet is verklaard.

Bij dit alles is problematisch dat vanwege de terugwerkende kracht van het faillissement tot 0.00 uur van de dag van faillietverklaring (art. 23 Fw) de notaris vóór het passeren van de leveringsakte en/of vóór inschrijving daarvan niet kan controleren of de koper in staat van faillissement verkeerde ten tijde van het uit de macht brengen van de koopprijs. Anderzijds staat faillissement van de koper niet aan diens eigendomsverwerving in de weg (art. 20 Fw). Zo kan zich dus de situatie voordoen dat de koper eigenaar is geworden, maar de koopprijs ook in de boedel valt.⁶⁵ Narecherche kan dit niet ondervangen. Op dat moment is het kwaad al geschied, in die zin dat de koper dan al eigenaar is geworden.

In verband hiermee betoogde ik in paragraaf 2.3.5 dat het 'uit de macht brengen' op grond van art. 7:26 lid 3 BW aanvangt om 0.00 uur van de dag van het passeren van de leveringsakte. Door

de koopprijs één dag voor het ondertekenen van de akte op de kwaliteitsrekening te laten storten, kan op de dag van ondertekening worden nagegaan of de koper de dag ervoor op het moment van storten niet failliet was. Aangezien faillissementen niet *realltime* bekend worden gemaakt, maar daar enkele dagen overheen kan gaan, kan alleen zekerheid worden verkregen door navraag te doen bij alle griffies van rechtbanken.⁶⁶ Indien blijkt dat de koper de dag ervoor niet failliet was, kan de notaris de akte passeren en bij een geslaagde overdracht aan de verkoper uitbetalen, ook al mocht naderhand blijken dat de koper op de dag van het passeren van de akte al failliet was. Op dat moment was de koopprijs immers al succesvol uit diens macht gebracht.⁶⁷

Het al vóór de dag van levering laten storten van de koopprijs kan op praktische bezwaren stuiten.⁶⁸ In de literatuur worden daarom als alternatieven genoemd de levering onder opschortende voorwaarde van het niet failliet zijn van de koper op de dag van levering, of het namens de koper laten ondertekenen van de akte bij volmacht (in verband met art. 3:72 a BW).⁶⁹ Uiteindelijk zijn al deze maatregelen lapmiddelen om aan de terugwerkende kracht van het faillissement te ontkomen. De analyse van Heyman in dit bijzonder nummer van de wetsgeschiedenis van art. 23 Fw laat zien dat voor de terugwerkende kracht van het faillissement tegenwoordig geen goede grond meer bestaat.⁷⁰

61. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689 (JPR/Gunning q.q.), r.o. 3.10.3. Zie ook B.A. Schuijling & R.J. van der Weijden, 'Girale betaling en het faillissement van de rekeninghouder', *FIP* 2010/1, p. 24-29.

62. Van Drunen & Tinnemans 2012, par. 4.2; Van Es, *GS Vermogensrecht*, art. 3:89 BW, aant. 23.2.1 (online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2013); Van Drunen 2014, par. 4.4.2; Tieskens 2014.

63. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689 (JPR/Gunning q.q.), r.o. 3.10.3.

64. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689 (JPR/Gunning q.q.), r.o. 3.10.2.

65. Aldus ook Van Drunen & Tinnemans 2012, par. 4.2.

66. Vgl. *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, nr. 3, p. 16-17.

67. Aldus ook Van Drunen 2014, par. 4.4.1.

68. Vgl. Van Drunen & Tinnemans 2012, par. 4.2.

69. Van Drunen & Tinnemans 2012; Tieskens 2014. Vgl. ook de bijdrage van Van Drunen in dit bijzondere nummer.

70. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz I*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 358-360.

5. Conclusie

Of beslag en faillissement aan de zijde van de koper een probleem vormen voor de afwikkeling van de transactie, hangt er vanaf op welk moment beslag wordt gelegd of de koper failliet wordt verklaard. Is de koopprijs al uit de macht van de koper gebracht, dan staan een beslag onder de notaris door een schuldeiser van de koper of het faillissement van de koper niet in de weg aan uitbetaling van de koopprijs aan de verkoper bij een geslaagde overdracht.

Over wat dit 'uit de macht brengen' juridisch-dogmatisch precies inhoudt, bestaat discussie, maar over deze uitkomst zijn alle auteurs het eens. Ook over wanneer de koopprijs uit de macht van de koper is gebracht, verschilt men van mening. Naar mijn mening is de koopprijs op grond van art. 7:26 lid 3 BW in ieder geval uit de macht van de koper gebracht om 0.00 uur op de dag van het passeren van de akte. Partijen kunnen anders overeenkomen, zoals het moment van storten van de koopprijs. Dit zal het geval zijn bij een depot of een waarborgsom.

Is al beslag gelegd of is de koper reeds failliet op het moment dat de koopprijs uit de macht van de koper wordt gebracht, dan staat dit aan uitbetaling aan de verkoper in de weg. De koper kan echter wel eigenaar worden, indien aan hem wordt geleverd. Dit is een risico waar bij vastgoedtransacties rekening mee gehouden dient te worden.

Dit risico kan zich voordoen wanneer de koopprijs al enkele dagen of een dag voorafgaand aan het passeren van de akte op de kwaliteitsrekening is gestort en vervolgens nog vóór de dag van passeren beslag wordt gelegd of de koper failliet gaat. Het beslag en faillissement staan er dan aan in de weg dat de koopprijs om 0.00 uur uit de macht van de koper wordt gebracht. In een dergelijk geval heeft de notaris echter voor het passeren van de akte het beslag of faillissement op kunnen merken, waardoor de levering zal worden afgeblazen.⁷¹

Ernstiger is de situatie wanneer de koopprijs op de dag van het passeren van de akte wordt gestort en de koper achteraf failliet blijkt te zijn geweest op het moment van storting. Door de terugwerkende kracht van het faillissement (art. 23 Fw) was de koper niet bevoegd de koopprijs uit zijn macht te brengen. Indien wel succesvol is geleverd, is de koper eigenaar geworden, maar mag de koopprijs niet aan de verkoper worden uitbetaald, omdat die in de boedel valt. Dit risico kan niet door recherche worden ondervangen.

Om dit risico te ondervangen kan de koopprijs minimaal één dag voor het passeren van de akte worden gestort op de kwaliteitsrekening, kan geleverd worden onder opschortende voorwaarde dat de koper niet failliet is op de dag van levering of kan gebruik worden gemaakt van een volmacht van de koper. Dit zijn echter noodoplossingen. Het zou beter zijn als de wetgever de terugwerkende kracht van de faillietverklaring afschaft.

71. Vgl. Tieskens 2014, p. 116.