

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Wie is gerechtigd tot de waarborgsom?

1. Inleiding

Recentelijk moest de kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden oordelen over de vraag of een kandidaat-notaris al dan niet juist heeft gehandeld bij het terugstorten van een waarborgsom nadat de koper van een woning de koopovereenkomst buitengerechtigd had vernietigd.

In het navolgende ga ik in op deze zaak en bespreek ik ook de vraag wie is gerechtigd tot de waarborgsom en hoe de notaris het beste kan handelen ten aanzien van de waarborgsom. Ik bespreek hierbij uitsluitend het geval dat *de koper* de overeenkomst buitengerechtigd ontbindt/vernietigt.¹ Deze situatie is doorgaans niet te vergelijken met het vaker voorkomende geval waarin het juist *de verkoper* is die de koopovereenkomst buitengerechtigd ontbindt (meestal wegens niet nakoming door de koper).

Ik begin met het bespreken van de casus en de uitspraak van de kamer voor het notariaat, hierna te noemen: 'de kamer' (23 december 2024, ECLI:NL:TNORARL:2024:40, gepubliceerd op 18 februari 2025).

2. De casus

Verkoper heeft zijn woning verkocht aan koper. Na het storten van de waarborgsom heeft de koper de koopovereenkomst eenzijdig buitengerechtigd ontbonden/vernietigd, naar eigen zeggen wegens dwaling en bedrog door de verkoper.² De verkoper verzet zich hiertegen en verzoekt de kandidaat-notaris de waarborgsom niet aan de koper uit te keren. De kandidaat-notaris heeft in dit kader advies ingewonnen bij de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) over hoe te handelen bij een mogelijk (buitengerechtigd) vernietigde koopovereenkomst.

Het KNB-advies van 16 augustus 2023 luidde dat *indien* de koopovereenkomst daadwerkelijk buitengerechtigd was vernietigd, de grondslag voor verschuldigdheid van de waarborgsom was komen te vervallen. De kandidaat-notaris mocht de waarborgsom dan niet langer vasthouden, ook al was de verkoper het niet eens met de vernietiging. Zij moest de koper informeren over

de risico's, maar kon de teruggave van de waarborgsom niet tegenhouden.

De kandidaat-notaris heeft vervolgens op 22 augustus 2023 in een e-mail van 8.39 uur de verkoper geïnformeerd over het KNB-advies en hem medegedeeld dat zij de waarborgsom aan de koper zou terugstorten. Zij heeft dat vervolgens nog diezelfde dag – rond 16.31 uur – gedaan. Dit terwijl de verkoper eerder die dag – om 8.49 uur – aan de kandidaat-notaris had laten weten dat hij de kwestie aan zijn advocaat zou voorleggen. De kamer oordeelt dat de kandidaat-notaris haar zorgplicht heeft geschonden door niet voldoende rekening te houden met de belangen van de verkoper. Zij had het KNB-advies direct na ontvangst op 16 augustus 2023 met partijen moeten delen en hun de gelegenheid moeten geven om te reageren, voordat zij de waarborgsom terugstortte.

Hoewel de kamer begrijpt dat de kandidaat-notaris op het KNB-advies mocht vertrouwen, had zij meer tijd moeten nemen alvorens te handelen. De verkoper had immers al aangegeven dat hij het niet eens was met de ontbinding/vernietiging. Door pas op 22 augustus 2023, een

1. Hierbij realiseer ik mij overigens dat tussen ontbinding en vernietiging aanzienlijke verschillen bestaan die niet allemaal besproken kunnen worden.
2. Dit vormen de grondslagen van de vordering zoals die uit de tuchtspraak blijken. Uit de in deze zaak gevoerde civiele procedure bij rechtbank Gelderland (11 september 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:6211), blijkt dat de koper per brief de koopovereenkomst heeft vernietigd op grond van dwaling/bedrog. Voor het geval vernietiging van de koopovereenkomst niet gerechtvaardigd zou zijn, ontbindt koper in de brief de overeenkomst op grond dat de woning niet de eigenschappen bezit die zij op grond van de presentatie van de woning mocht verwachten.

dag voor de geplande overdracht, met de verkoper te communiceren over het advies en vervolgens nog diezelfde dag de waarborgsom terug te storten naar de koper (terwijl zij wist dat de verkoper het daar niet mee eens was en zich aan het beraden was), heeft de kandidaat-notaris naar het oordeel van de kamer onvoldoende zorgvuldig gehandeld. Zij heeft daardoor namelijk de verkoper de mogelijkheid ontnomen om zich juridisch te beraden en eventuele vervolgstappen te zetten. Volgens de kamer had de kandidaat-notaris (minstens) een week moeten wachten met het terugstorten van de waarborgsom (in dat geval had de verkoper – bijvoorbeeld – beslag onder de notaris op die waarborgsom kunnen leggen).

De kamer verklaart de klacht dan ook gegrond en legt de kandidaat-notaris de maatregel van waarschuwing op.

Een aantal lezers zal wel begrip kunnen opbrengen voor deze beslissing van de kamer, maar ik wil hierna een meer fundamentele vraag bespreken: wie is gerechtigd tot de waarborgsom?

3. Wie is gerechtigd tot de waarborgsom?

De waarborgsom heeft twee functies. Allereerst is zij een deel van de koopprijs. Daarnaast functioneert de waarborgsom, in de woorden van Bos, als transactie zekerheid ten gunste van de verkoper.³ Daarover zal weinig discussie zijn. Het antwoord op de vraag van wie de waarborgsom is, is minder eenvoudig dan men op het eerste gezicht wellicht zou menen. Doordat de waarborgsom wordt gestort op de derdengeldenrekening van de notaris, wordt de vraag wie gerechtigd is tot de waarborgsom bepaald door art. 25 Wna. In dit kader moet ook worden aangesloten op het *Centavos*-arrest en het *Kadasterkosten*-arrest.⁴

In het *Centavos*-arrest uit 2021 oordeelde de Hoge Raad dat het stelsel van art. 25 leden 2 en 4 Wna in verbinding met art. 7:26 lid 3 BW meebrengt dat na storting van de koopprijs op de derdengeldenrekening zowel de koper als de verkoper tot het beloop van het bedrag van de koopprijs voorwaardelijk is gerechtigd tot het saldo op de derdengeldenrekening. De verkoper is daartoe 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 de *ontbindende* voorwaarde dat deze vrije en onbezwaarde levering juist niet is bewerkstelligd. Uit het *Kadasterkosten*-arrest – ook van 2021 – blijkt dat de gerechtigdheid tot de derdengeldenrekening van de notaris mede wordt bepaald door de vraag ten behoeve van wie de gelden zijn gestort. Ik meen dat de Hoge Raad hiermee een heldere lijn heeft uitgezet die ook van toepassing is op de waarborgsom. Vanwege de functie van de

waarborgsom is die naar mijn mening gestort ten behoeve van de koper, maar wel voorwaardelijk.

In samenhang gelezen kan uit het *Centavos*- en het *Kadasterkosten*-arrest worden geconcludeerd dat zowel de koper als de verkoper onder de voorwaarden als geformuleerd in het *Centavos*-arrest zijn gerechtigd tot de waarborgsom: de verkoper onder opschortende voorwaarde en de koper onder ontbindende voorwaarde.⁵ Het gevolg hiervan is dat de notaris niet zonder meer de waarborgsom terug kan storten naar de koper vanwege zijn zorgplicht jegens de verkoper. Maar wat zijn dan de gevolgen bij ontbinding of vernietiging van de koopovereenkomst?

4. De gevolgen van ontbinding of vernietiging van de koopovereenkomst

Als de koopovereenkomst door tussenkomst van de rechter onherroepelijk wordt ontbonden, is de zaak helder. De verkoper en de koper kunnen dan geen rechten meer ontleenen aan de koopovereenkomst en zijn niet langer gebonden aan de in de overeenkomst opgenomen verplichtingen. Uit het vonnis van de rechter zal dan blijken aan wie de waarborgsom toekomt.

Als het vonnis uitvoerbaar is bij voorraad maar nog niet in kracht van gewijsde is gegaan, dan moet de notaris uitkeren aan de partij aan wie de waarborgsom volgens het vonnis toekomt. Hij doet er in dat geval wel goed aan de hierna in paragraaf 5 gegeven procedurele handvatten te volgen.⁶

3. T.J. Bos, De notaris en gelijk oversteken (AN nr. 184) 2024/3.2.

4. HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, NJ 2023/281 met annotatie van J. Hijma (*Centavos/Stichting Nieuwenhuis*). HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1720, JOR 2022/53 met annotatie van H.W. Heyman (*Kadasterkosten*).

5. Steneker is van mening dat zowel de koper als verkoper een vordering onder opschortende voorwaarde heeft, zie Asser Procesrecht/Steneker 5 2023/132 en eerder al A. Steneker, in: 'Opschorting van uitbetaling', KNB Preadviezen 2018, p. 68 – 74. De gedachte is aantrekkelijk, maar ik vraag mij af wie gerechtigd is tot de waarborgsom totdat de opschortende voorwaarde intreedt.

6. Bedenk dat ook een nog niet onherroepelijk rechterlijk oordeel moet worden nageleefd, vgl. Rechtbank Noord-Holland, 25 januari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:1944 en Melis/Waaijer, De Notariswet 2012/4.7.2.

Een overeenkomst kan echter ook buitengerechtig worden ontbonden (art. 6:267 lid 1 BW).⁷ Het nadeel van buitengerechterlijke ontbinding moge duidelijk zijn: is ook de wederpartij van oordeel dat terecht is ontbonden? Als het antwoord hierop bevestigend luidt, is daarmee de zaak afgedaan. De overeenkomst bestaat dan niet meer. Maar wat als de wederpartij het hier niet mee eens is, kan de notaris de waarborgsom dan aan de koper restitueren? Als de koopovereenkomst ten onrechte buitengerechtig is ontbonden, is de koopovereenkomst in stand gebleven en kan de waarborgsom niet worden uitgekeerd aan de koper. Maar hiervoor zal wel nodig zijn dat de verkoper de zaak aan de rechter voorlegt.⁸ Als dat niet gebeurt, dan zal men ervan uit moeten gaan dat de koopovereenkomst niet meer bestaat, waardoor alleen de verplichting tot ongedaanmaking van reeds ontvangen prestaties resteert (art. 6:271 BW).

Naast ontbinding van de koopovereenkomst kan ook vernietiging aan de orde zijn. Als de koopovereenkomst door tussenkomst van de rechter onherroepelijk wordt vernietigd, is de positie van de notaris ten aanzien van de waarborgsom dezelfde als in het hiervoor beschreven geval dat de rechter de koopovereenkomst ontbindt. Door de vernietiging zal de waarborgsom aan de koper moeten worden uitgekeerd, tenzij in het vonnis anders is bepaald.

Als de koper de koopovereenkomst buitengerechtig vernietigt (art. 3:49 BW), is de positie van de notaris ten aanzien van de waarborgsom vergelijkbaar met de situatie van buitengerechterlijke ontbinding van de koopovereenkomst.⁹

Voor koper en verkoper zijn de verschillen tussen ontbinding en vernietiging van de koopovereenkomst wel van belang. Zonder hierop verder in te gaan, kan worden geconstateerd dat als de koopovereenkomst voorafgaande aan de levering terecht is vernietigd, de vernietiging niet meer ongedaan gemaakt kan worden.¹⁰ Of zoals Schoordijk schrijft: ‘gezegd is gezegd’.¹¹ De vernietiging heeft terugwerkende kracht en de overeenkomst wordt dus geacht nooit bestaan te hebben. Als de verkoper van mening is dat de koopovereenkomst ten onrechte door de koper is vernietigd zal hij deze kwestie aan de rechter moeten voorleggen. In dat geval zal de rechter oordelen over de vraag of de koopovereenkomst vernietigd kon worden. Vanwege de terugwerkende kracht van de vernietiging hoeft bij vernietiging niet teruggerepen te worden op de ongedaanmakingsverplichting uit art. 6:271 BW. Niettemin geeft art. 3:53 lid 2 BW de rechter onder omstandigheden de bevoegdheid een onbillijke benadeling van een partij te voorkomen. Dit valt echter buiten het onderwerp van dit artikel.

5. Wat moet de notaris doen bij buitengerechterlijke vernietiging of ontbinding van de koopovereenkomst?

Zoals hiervoor besproken brengt zowel de buitengerechterlijke ontbinding als de buitengerechterlijke vernietiging van de koopovereenkomst de notaris in een lastig parket. Als de koper de koopovereenkomst buitengerechtig heeft vernietigd of ontbonden, kan de notaris niet weten of de verkoper die vernietiging of ontbinding nog bij de rechter zal aanvechten. Zo de notaris dat (toch) wel weet, kan hij niet voorstellen wat de uitkomst van de procedure zal zijn. Wat is in dat geval wijsheid? Bij de beantwoording van deze vraag biedt de hiervoor vermelde beslissing van de kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden van 23 december 2024 hanteerbare/praktische handvatten.

Bij buitengerechterlijke ontbinding of vernietiging van de koopovereenkomst door de koper moet de notaris aan de verkoper vragen of deze instemt met de vernietiging/ontbinding. Hoewel dit bij de kamer voor het notariaat niet aan de orde is geweest, zal de notaris hierbij (moeten) te kennen geven dat – als deze vraag met ‘ja’ wordt beantwoord – hij de waarborgsom onverwijld zal restitueren aan de koper. Als de verkoper aan de notaris bericht dat hij van mening is dat de koopovereenkomst ten onrechte buitengerechtig is vernietigd/ontbonden, dan zal de notaris aan hem moeten mededelen dat toch tot restitutie van de waarborgsom aan de koper zal worden overgegaan. Hierbij dient de notaris duidelijk aan te geven op welke termijn hij dat zal doen. Uit de beslissing van de kamer voor het notariaat valt op te maken dat deze termijn (minimaal) acht dagen moet zijn. Dus de notaris

7. Zie hierover Asser/Sieburgh 6-III 2018/687 e.v.

8. In deze casus is dat ook gedaan. De rechtbank Gelderland heeft in zijn vonnis van 11 september 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:6211, geoordeeld dat de koopovereenkomst ten onrechte buitengerechtig is vernietigd (en ontbonden).

9. Zie over (buitengerechterlijke) vernietiging Asser/Sieburgh 6-III 2018/618 e.v.

10. Na de levering is buitengerechterlijke vernietiging van de koopovereenkomst niet meer mogelijk. Na de levering kan alleen de rechter de koopovereenkomst nog vernietigen, art. 3:50 lid 2 BW.

11. H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 173.

kondigt aan de waarborgsom te zullen terugstorten naar de koper op een termijn van (minimaal) acht dagen nadat hij van de verkoper heeft vernomen dat deze het niet eens is met de buitengerechtelijke vernietiging/ontbinding door de koper. Door aldus te handelen biedt de notaris aan de verkoper de mogelijkheid om zich – voordat de waarborgsom daadwerkelijk naar de koper wordt teruggestort – juridisch te oriënteren en eventuele vervolgstappen te zetten, zoals het in overleg treden met de koper of het nemen van stappen om de restitutie van de waarborgsom te voorkomen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door conservatoir beslag te leggen. Daarna is het aan de rechter of aan partijen in onderling overleg.

Deze procedure lijkt mij goed hanteerbaar. Als de notaris niet kan beoordelen aan wie de waarborgsom moet worden uitgekeerd, rest hem niets anders dan die uitkering op te schorten op grond van art. 6:37 BW. De koper en de verkoper zullen zich dan eensluidend moeten uitlaten over de gerechtigdheid tot de waarborgsom of zich tot de rechter moeten wenden. Hun probleem wordt dan niet het probleem van de notaris.

Wat de notaris naar mijn mening niet moet doen, is zelf een oordeel vellen over de vraag of de vernietiging of ontbinding terecht is ingeroepen.¹² Dat oordeel is namelijk niet aan de notaris. De notaris doet er volgens mij goed aan om partijen te adviseren zich juridisch te laten bijstaan door een terzake deskundige advocaat. De onpartijdigheid van de notaris maakt dat hij zich bewust moet zijn van zijn positie en (de schijn van) partijdigheid behoort te voorkomen. Dit is ook de reden tot het hanteren van een termijn van acht dagen voor de uitkering. Dit geeft alle partijen voldoende tijd hun eigen maatregelen te treffen terwijl de notaris zich toch op onpartijdige wijze een eigen oordeel kan vormen omtrent zijn verplichtingen jegens koper en verkoper. Als tussen partijen vaststaat dat de overeenkomst buitengerechtelijk is vernietigd en zij vervolgens in onderling overleg toch weer tot elkaar komen, dan mag niet worden vergeten dat de oorspronkelijke overeenkomst niet meer bestaat.

Dit betekent dat de vernietigde koopovereenkomst zo nodig moet worden bekrachtigd of dat een nieuwe overeenkomst moet worden gesloten. Als het een woning betreft, kan hierbij de bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW opnieuw gaan spelen en is het vanwege de termijn van zes maanden wellicht niet mogelijk om de koopovereenkomst overeenkomstig art. 7:3 lid 1 BW in te schrijven als de vernietigde koopovereenkomst eerder al was ingeschreven. In dit soort gevallen kan een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW e.v.) goede diensten bewijzen. Het zal echter lang niet altijd duidelijk zijn of tussen partijen vaststaat dat de koopovereenkomst terecht buitengerechtelijk is vernietigd. Ter voorkoming van een procedure over de vraag of de koopovereenkomst terecht buitengerechtelijk is vernietigd, zouden partijen tezamen tot een compromis kunnen komen. Dit is vooral denkbaar als partijen weer tot elkaar zijn gekomen. Als de beslissing mede inhoudt dat de oorspronkelijke overeenkomst ten onrechte is vernietigd, heeft dit naar mijn mening tot gevolg dat de oude overeenkomst (in gewijzigde vorm) in stand is gebleven en dus geen nieuwe overeenkomst is gesloten.

6. Conclusie

Communicatie blijkt – zoals zo vaak – de sleutel te zijn tot de oplossing van veel van de problemen waarmee een notaris kan worden geconfronteerd. Door partijen tijdig te informeren en uit te leggen wat de gang van zaken zal zijn, kan een notaris ook bij buitengerechtelijke ontbinding of vernietiging van een koopovereenkomst een situatie creëren waarin partijen het zelf in de hand hebben wat het verdere beloop der dingen zal zijn.

Mr. dr. T.F.H. Reijnen*

12. Graag wil ik benadrukken dat de kandidaat-notaris dat in deze zaak ook niet heeft gedaan.

* VU Amsterdam/FBN Juristen.
(t.f.h.reijnen@vu.nl)

Overleden

Mr. G.H. Denninger,
oud-notaris te Hilversum, op 16 september 2025.