

## **De kwaliteitsrekening na HR 12 januari 2001 (JOR 2001, 50, mr. Koren q.q./mr. Moulijn)**

### **Inleiding**

De kwaliteitsrekening houdt de juridische wereld sterk verdeeld. In zijn arrest van 3 februari 1984, NJ 1984, 752 (notaris Slis-Stroom) heeft de Hoge Raad de mogelijkheid aanvaard om een speciale bankrekening door de notaris te laten openen, waarbij de vordering op de bankinstelling van het overige vermogen van de notaris wordt afgescheiden. Er zal dan sprake moeten zijn van een 'afzonderlijke rekening ten name van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de achterliggende belanghebbenden of van een – voor wat betreft het afgescheiden blijven van het overgemaakte bedrag van het vermogen van de notaris – daarmee gelijk te stellen weg'. Het feit dat de specifieke kwaliteitsrekening afgescheiden vermogen vormt, leidt ertoe dat bij faillissement van de notaris de op de kwaliteitsrekening gestorte bedragen niet in de boedel van de notaris vallen. Het Slis-Stroom-arrest gaf echter geen duidelijkheid omtrent de vraag wie (de belanghebbenden dan wel de notaris) rechthebbende is op de vordering op de bank.

Met zijn arrest van 12 januari 2001, JOR 2001, 50 (mr. Koren q.q./mr. Moulijn), heeft de Hoge Raad de discussie omtrent de kwaliteitsrekening weer aangewakkerd. In deze casus gaat het om een notaris die ten behoeve van twee belanghebbenden een rekening houdt bij een bank, terwijl vervolgens een van de twee belanghebbenden faillieert. De Hoge Raad neemt in dit arrest een standpunt in omtrent de vraag wie rechthebbende is op de vordering op de bank. Bovendien wijdt de Hoge Raad enkele beschouwingen aan de algemene en de specifieke kwaliteitsrekening, waarop ik hierna nader zal ingaan. Tevens zal ik kort stilstaan bij de betekenis van dit arrest voor de escrow-overeenkomst.

### **Artikel 25 Wet op het notarisambt**

Het Slis-Stroom-arrest heeft aanleiding gevormd om in artikel 25 van de Wet op het notarisambt (Wet van 3 april 1999, Stb. 190, in werking getreden op 1 oktober 1999) een regeling te treffen voor de algemene notariële kwaliteitsrekening. Op een algemene notariële kwaliteitsrekening worden gelden gestort ten behoeve van meerdere geschilpunten of transacties.

Artikel 25 Wet op het notarisambt bepaalt dat de belanghebbenden bij de vordering op de bank tevens gezamenlijk rechthebbenden op deze vordering zijn. Aldus is sprake van een gemeenschap tussen de deelgenoten. In de literatuur werd met betrekking tot de algemene notariële kwaliteitsrekening veelal het standpunt verdedigd dat de notaris rechthebbende is op de vordering op de bank en de belanghebbenden op hun beurt een vordering op de notaris hebben. Voor een overzicht van de literatuur verwijs ik naar de conclusie van A-G Bakels en de noot van Kortmann en Steneker bij het arrest van de Hoge Raad van 12 januari 2001. De Wet op het notarisambt bevat verder geen bepalingen inzake de specifieke kwaliteitsrekening, waarbij slechts ten behoeve van één bepaald geschilpunt of transactie geld wordt gestort.

### **De specifieke kwaliteitsrekening volgens het arrest mr. Koren q.q./mr. Moulijn**

De casus van dit arrest is als volgt. De curator van de gefailleerde vennootschap EMS, mr. Tekstra, stelt de bestuurder van EMS, Kramer, persoonlijk aansprakelijk voor het tekort in de boedel op grond van artikel 2:248 BW. Tekstra laat conservatoir beslag leggen op het reeds door Kramer verkochte woonhuis. Kramer en Tekstra komen overeen de overwaarde van het huis te storten op de rekening van notaris mr. Moulijn, zodat de levering van het huis vrij van beslag kan geschieden. Voorts komen zij overeen dat het 'gestorte geld in depot wordt uitgekeerd aan diegene die door ondergetekenden schriftelijk wordt aangewezen, dan wel diegene die daartoe bij rechterlijk vonnis wordt aangewezen'. De notaris stort het geld op een speciaal door hem geopende kwaliteitsrekening, waarvan de tenaamstelling voldoet aan de eisen van een kwaliteitsrekening. Vervolgens geraakt Kramer ook privé in staat van faillissement. Curator mr. Koren vordert in rechte afdracht door de notaris van het bedrag op de kwaliteitsrekening aan de boedel. De rechtbank verwerpt de primaire stelling van Koren dat het saldo op de kwaliteitsrekening tot het vermogen van Kramer behoort en derhalve in de boedel van diens faillissement valt. Daartegen richt zich het (sprong-)cassatiemiddel.

Uit de wetsgeschiedenis van artikel 25 Wet op het notarisambt volgt dat de belanghebbenden bij een vordering gezamenlijk rechthebbenden zijn op het saldo van de kwaliteitsrekening, onder de voorwaarden die in hun onderlinge verhouding nader gelden. De notaris is slechts beheerder van de vordering, met dien verstande dat uitsluitend de notaris in zijn hoedanigheid

van lasthebber van de belanghebbenden de bevoegdheid heeft jegens de bank op te treden. Bij een faillissement van een van de rechthebbenden valt slechts diens voorwaardelijke recht op uitkering in de boedel. Verder volgt uit de wetsgeschiedenis dat de belanghebbenden met betrekking tot de vordering deelgenoot in een gemeenschap zijn. Artikel 25 Wet op het notarisambt betreft echter uitsluitend de algemene notariële kwaliteitsrekening.

Volgens A-G Bakels ligt het voor de hand hetgeen in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt over de algemene notariële kwaliteitsrekening ook van belang te achten voor de specifieke notariële kwaliteitsrekening. Evenals bij de algemene kwaliteitsrekening moeten de belanghebbenden bij de specifieke kwaliteitsrekening volgens hem daarom worden gezien als deelgenoten in een gemeenschap. De deelgenoten hebben bij de verdeling van de gemeenschap ieder een voorwaardelijk – en ten opzichte van elkaar een spiegelbeeldig – recht op toescheiding van de (door de notaris beheerde) vordering op de bank. Dit heeft tot gevolg dat indien een van de deelgenoten failliet wordt verklaard, slechts dit voorwaardelijk recht tot toescheiding in diens faillissementsboedel valt. Het is daarbij niet van belang of de failliet degene is die het geld feitelijk op de kwaliteitsrekening heeft gestort.

De Hoge Raad zelf verwijst naar het Slis-Stroomarrest en naar artikel 25 Wet op het notarisambt. De Hoge Raad overweegt met betrekking tot de algemene notariële kwaliteitsrekening dat de rechthebbenden 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 gelden. Tussen deze rechthebbenden geldt met betrekking tot die gelden een gemeenschap als bedoeld in artikel 3:166 BW. De Hoge Raad overweegt dat hiermee strookt ook bij een specifieke notariële kwaliteitsrekening aan te nemen dat de gezamenlijke rechthebbenden deelgenoot zijn in een gemeenschap. De deelgenoten hebben bij de verdeling van de gemeenschap een voorwaardelijk recht op toescheiding van de door de notaris beheerde vordering op de kredietinstelling. Indien een van de deelgenoten failliet verklaard wordt, brengt het beginsel dat de curator vermogensrechtelijk dezelfde positie inneemt als de gefailleerde ten opzichte van zijn wederpartij had of zou hebben gehad, mee dat het voorwaardelijk recht dat aan de deelgenoot toekwam in diens faillissement valt.

### Commentaar

De opvatting van de Hoge Raad komt er in feite op neer dat voor de specifieke kwaliteitsrekening hetzelfde geldt als voor de algemene kwaliteitsrekening, namelijk dat de belanghebbenden tevens de rechthebbenden op de vordering op de bank zijn en dat de belanghebbenden voor wat betreft die vordering deelgenoten in een gemeenschap zijn. Daarbij is van belang de opmerking van A-G Bakels dat beide deelgenoten een voorwaardelijk en spiegelbeeldig recht hebben op toescheiding van de vordering. Ofwel de ene partij, ofwel de andere partij zal uiteindelijk recht hebben op de vordering. In bepaalde gevallen is mogelijk dat beide partijen recht hebben op een deel van de vordering, waarbij deze bedragen samen gelijk moeten zijn aan de gehele vordering.

Annotatoren Kortmann en Steneker bekritisieren de opvatting van de Hoge Raad. Zij menen dat in het geval van een specifieke notariële kwaliteitsrekening de notaris en niet de belanghebbenden een vordering op de bank heeft. De rekening staat immers op naam van de notaris en uit ons wettelijk systeem volgt volgens hen dat de notaris dan ook rechthebbende is op de vordering op de bank. Kortmann en Steneker zien niet in hoe de vordering in het vermogen van de rechthebbenden kan vallen. Voor de algemene kwaliteitsrekening geldt wel een dergelijk systeem, maar louter omdat artikel 25 Wet op het notarisambt daarvoor een wettelijke basis biedt. Nu zo'n bepaling niet bestaat voor andere dan algemene notariële kwaliteitsrekeningen, zou volgens hen moeten gelden dat in het geval van een specifieke notariële kwaliteitsrekening niet de belanghebbenden doch de notaris een vordering op de bank heeft. Verder hebben Kortmann en Steneker kritiek op het feit dat de Hoge Raad overweegt dat sprake is van een gemeenschap. Kortmann en Steneker stellen dat niets erop wijst dat partijen de bedoeling hadden een gemeenschap tot stand te brengen.

Met de Hoge Raad en A-G Bakels meen ik dat het voor de hand ligt een gemeenschap aanwezig te achten. Een gemeenschap is volgens artikel 3:166 BW aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk. Zolang niet door partijen of de rechter anders is beslist, hebben beide partijen een spiegelbeeldige, voorwaardelijke vordering op het tegoed op de kwaliteitsrekening. Het goed behoort in zoverre dan ook toe aan beide partijen.

Daar komt bij dat ook artikel 25 Wet op het notarisambt uitgaat van een gemeenschap. De wetgever heeft met dit artikel gekozen voor een regeling voor de algemene notariële kwaliteitsrekening. De oplossing die door de Hoge Raad werd aangereikt in het Slis-Stroom-arrest, te weten een aparte rekening voor iedere transactie, achtte men te onpraktisch (zie P. Blokland, Teksten en toelichting op de Wet op het notarisambt, Lelystad 1999). Dit wil echter niet zeggen dat de wetgever daarmee een ander regime voor de specifieke notariële rekening wenselijk achtte. Het ligt mijns inziens voor de hand aan te nemen dat in het geval dat belanghebbenden toch voor de, volgens de wetgever onpraktische, specifieke rekening kiezen, hetzelfde regime geldt als voor de algemene notariële kwaliteitsrekening en dus dat sprake is van een gemeenschap. Overigens spreekt artikel 25 Wet op het notarisambt niet van 'algemene' dan wel 'specifieke' kwaliteitsrekening, doch slechts van 'een of meer bijzondere rekeningen'.

Indien, gelijk Kortmann en Steneker willen, aangenomen wordt dat de notaris rechthebbende is op de vordering op de bank, dan is nog steeds sprake van een gemeenschap, niet zozeer voor wat betreft de vordering op de bank als wel voor wat betreft de vordering op de notaris. In zulke gevallen is er sprake van een voorwaardelijk, spiegelbeeldig recht op de notaris in plaats van op de bank. Kortmann en Steneker stellen weliswaar dat niets erop wijst dat partijen beoogden een gemeenschap tot stand te brengen, doch zij geven niet aan hoe zij de verhouding tussen partijen met betrekking tot de vordering op de notaris dan wel zien. In principe is het noodzakelijk dat partijen de bedoeling hadden een gemeenschap tot stand te brengen. Partijen kunnen dit echter ook stilzwijgend zijn overeengekomen. Verder volgt uit artikel 25 Wet op het notarisambt dat, in het geval van een notariële kwaliteitsrekening, altijd sprake is van een gemeenschap, zodat de bedoeling van partijen niet van doorslaggevende betekenis hoeft te zijn.

Ervan uitgaande dat inderdaad sprake is van een gemeenschap met betrekking tot de vordering op de bank, blijft de vraag wat er precies gebeurt nadat door partijen of de rechter een beslissing is gegeven met betrekking tot de vordering. In dat geval zal een vordering tot toescheiding dienen te worden ingesteld jegens de bank. De levering aan de uiteindelijke rechthebbende zal, ingevolge artikel 3:186 BW, in principe niet met terugwerkende kracht plaatsvinden. Partijen

kunnen onderling echter afspreken wel te leveren met terugwerkende kracht. Indien de tussen de rechthebbenden overeengekomen voorwaarden niet voorzien in levering met terugwerkende kracht, blijft de vraag aan wie de inmiddels opgebouwde rente toekomt.

Het arrest mr. Koren q.q./mr. Moulijn betreft slechts de notariële kwaliteitsrekening. De Hoge Raad heeft geen overwegingen gewijd aan de kwaliteitsrekeningen die door anderen dan een notaris worden gehouden. Na dit arrest blijft dus de vraag of, indien sprake is van een andere dan een notariële kwaliteitsrekening, de belanghebbenden dan wel de tussenpersoon op wiens naam de rekening staat rechthebbende zijn met betrekking tot de vordering op de bank.

Volgens Kortmann en Steneker is het niet wenselijk voor dergelijke kwaliteitsrekeningen aan te knopen bij artikel 25 Wet op het notarisambt en zou de tussenpersoon die de rekening houdt rechthebbende moeten zijn op de vordering op de bank. Indien een notaris een kwaliteitsrekening aanhoudt, zijn – na dit arrest van de Hoge Raad – altijd de belanghebbenden rechthebbenden op de vordering. Indien een ander dan een notaris, zoals bijvoorbeeld een advocaat, een kwaliteitsrekening aanhoudt, zou volgens Kortmann en Steneker de rekeninghouder rechthebbende moeten zijn op de bank. Dit heeft als groot nadeel dat in dat geval twee verschillende regimes naast elkaar bestaan.

Kijkend naar de goederenrechtelijke bepalingen inzake bezit en houderschap, volgt uit artikel 3:110 BW dat in het geval een tussenpersoon handelt in eigen naam maar ten behoeve van een ander, de persoon ten behoeve van wie werd gehandeld rechtstreeks het bezit verkrijgt. Dit geldt echter niet voor zaken die slechts naar soort en hoeveelheid zijn bepaald en indien de tussenpersoon meer van dergelijke zaken houdt (zie Asser-Mijnssen-De Haan, Zakenrecht, deel 3-I, Algemeen goederenrecht). Uit HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274, volgt dat bij een commissie-overeenkomst de committenten niet rechtstreeks verkrijgen. In zulke gevallen zal degene voor wie de tussenpersoon handelde, het bezit eerst verkrijgen nadat de tussenpersoon de voor hem bestemde zaken van de andere heeft afgescheiden. Volgens Hartkamp (Compendium Vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Deventer 1999) worden goederen die worden geleverd aan een middellijk vertegenwoordiger, bijvoorbeeld een commissionair, rechtstreeks verkregen door de opdrachtgever.

Wanneer deze regels analoog zouden worden toegepast op de niet-notariële kwaliteitsrekening, zou dit ertoe leiden dat in het geval van een specifieke kwaliteitsrekening de vordering op de bank toekomt aan de belanghebbenden, terwijl bij een algemene kwaliteitsrekening de meningen verdeeld zijn. Volgens Hartkamp is de opdrachtgever de verkrijger, terwijl uit het oude arrest van de Hoge Raad volgt dat de committenten niet rechtstreeks verkrijgen. Bij een algemene, niet-notariële kwaliteitsrekening houdt de tussenpersoon immers meerdere 'zaken'. Het standpunt van Kortmann en Steneker sluit aan bij het oude arrest van de Hoge Raad inzake de *commissionair*.

Het lijkt mij in het algemeen echter niet wenselijk verschillende regimes voor de kwaliteitsrekening na te streven. Het zou helderder zijn indien ook voor de algemene niet-notariële kwaliteitsrekening zou worden aangeknoopt bij artikel 25 Wet op het notarisambt. Deze conclusie kan uiteraard veranderen indien er in een specifiek geval redenen zijn om af te wijken van het standpunt van de wetgever zoals neergelegd in die bepaling.

#### **De escrow-overeenkomst**

Het arrest *mr. Koren q.q./mr. Moulijn* heeft tevens betekenis voor de escrow-overeenkomst, welke in het kader van dit artikel omschreven kan worden als de overeenkomst waarbij twee partijen gezamenlijk een rekening openen bij een bank en vervolgens tot zekerheid een geldsom op deze rekening storten. Bij een kwaliteitsrekening treedt altijd een derde, veelal een notaris, op als tussenpersoon in de relatie tussen de bank en de uiteindelijke belanghebbenden. Bij een escrow-overeenkomst hoeft dit niet zo te zijn. Het is echter zeer goed mogelijk dat de bank in het geval van een escrow-overeenkomst alsnog een derde, zoals een notaris, belast met het beheer van de rekening en de uitvoering van de overeenkomst, waardoor de escrow-overeenkomst in de praktijk toch veelal de vorm zal hebben van een kwaliteitsrekening. In zulke gevallen spelen de vraagstukken die in dit artikel aan de orde zijn gekomen een rol.

In het geval van een escrow-overeenkomst die geen kwaliteitsrekening is, zijn er minder problemen. In dat geval zijn er twee of meer partijen die zonder een tussenpersoon een gezamenlijke rekening openen bij een bank. Deze belanghebbenden zullen altijd tevens rechthebbenden zijn op de vordering op de bank. De rekening staat immers op naam van de belanghebben-

den, zonder dat er een vertegenwoordiger voor hen optreedt jegens de bank. Het arrest van de Hoge Raad is wel van belang voor de vraag naar de rechtsverhouding tussen de belanghebbenden. Mijns inziens is het redelijk om aan te knopen bij de gedachtegang van de Hoge Raad en om aan te nemen dat er bij een escrow-overeenkomst tussen de belanghebbenden, met betrekking tot de vordering op de bank, een gemeenschap bestaat als in artikel 3:166 BW.

#### **Conclusie**

De uitspraak van de Hoge Raad heeft voor meer duidelijkheid gezorgd op het gebied van de notariële kwaliteitsrekening. Na de uitspraak staat vast dat voor alle notariële kwaliteitsrekeningen geldt dat de belanghebbenden gezamenlijk rechthebbenden zijn op de vordering op de bank en dat zij voor wat betreft die vordering deelgenoten in een gemeenschap zijn. Onduidelijk blijft echter of de uitspraak van de Hoge Raad ook betekenis heeft voor de kwaliteitsrekening die door anderen dan een notaris wordt gehouden. Het is aan te raden bij de inrichting van dergelijke rekeningen expliciet vast te leggen dat de rekening wordt gehouden met de bedoeling het saldo op deze rekening af te zonderen van het vermogen van de rekeninghouder en in het vermogen van de belanghebbenden te doen vallen. Verder is het aan te raden in die gevallen overeen te komen dat de belanghebbenden bij de vordering deelgenoten in een gemeenschap zijn. Het bezwaar van Kortmann en Steneker dat niets erop wijst dat het de bedoeling van partijen was een gemeenschap te creëren, is hiermee opgevangen. Indien de problemen die er volgens de literatuur over dit onderwerp bestaan worden ondervangen door contractuele afspraken, lijkt het niet per se noodzakelijk te zijn een wettelijke regeling voor alle kwaliteitsrekeningen vast te stellen, zoals bij de totstandkoming van de Wet op het notarisambt nog werd aangekondigd door staatssecretaris Cohen.

Indien toch gekozen wordt voor een wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening, zou ook de vraag moeten worden beantwoord hoe er precies geleverd dient te worden nadat is beslist op de vraag wie uiteindelijk recht heeft op de vordering. Bovendien zal de vraag moeten worden beantwoord wie recht heeft op de inmiddels op de hoofdsom verkregen rente.

*Mr. V. Vroom  
Loyens & Loeff*