

REACTIE

Enige opmerkingen over de bijzondere rekening van artikel 25 Wet op het notarisambt 1999

Reactie op A.F. Salomons, Art. 25 Wet op het Notarisambt en de bijzondere notariële kwaliteitsrekening (HR 12 januari 2001, RvdW 2001,29), WPNR 6442 (2001).

1. Inleiding

A.F. Salomons schreef in WPNR 6442 (2001) een artikel onder de titel “Art. 25 Wet op het Notarisambt en de bijzondere notariële kwaliteitsrekening (HR 12 januari 2001, RvdW 2001, 29)”. Salomons vraagt zich in § 2 van dit artikel verbaasd af “(...) waarom de wetgever eigenlijk niet al geregeld had wat de Hoge Raad thans moest regelen, namelijk de werking van de *bijzondere* notariële kwaliteitsrekening.” Wat Salomons hier mee bedoelt, is mij niet

geheel duidelijk. In het onderhavige arrest gebruikt de Hoge Raad de term ‘bijzondere notariële kwaliteitsrekening’ voor de op voet van het Slis-Stroom-arrest¹ door een notaris – voor de invoering van de Wet op het notarisambt 1999 (Wna) – geopende kwaliteitsrekening die slechts voor één specifieke transactie kan worden gebruikt. Het woord ‘bijzonder’ drukt hier het verschil uit met de *generale* kwaliteitsrekening, die voor meerdere transacties tegelijk (of achter elkaar) gebruikt kan worden. De regeling van de generale kwaliteitsrekening van artikel 25 Wna wordt in r.o. 3.3 analoog toegepast op de bijzondere notariële kwaliteitsrekening waar in casu sprake van was. In overeenstemming met de terminologie van artikel 25 lid 1 Wna – maar in dit verband wat verwarrend – duidt de

1. HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752.

Hoge Raad de generale kwaliteitsrekening van artikel 25 Wna in zijn arrest aan als de 'bijzondere rekening'.

Wat hier ook van zij, mij gaat het er vooral om dat de Hoge Raad zich in het arrest ook voor het eerst uitspreekt over de werking van de in 1999 ingevoerde regeling van artikel 25 Wna: de regeling van de bijzondere rekening van artikel 25 Wna wordt immers analoog toegepast op de bijzondere notariële kwaliteitsrekening. Anders dan Salomons in § 2 van zijn artikel, vind ik de door de Hoge Raad gekozen 'oplossing' wel degelijk verrassend. In het onderstaande besteed ik in § 2 eerst aandacht aan de vraag op welke wijze de wetgever de werking van de bijzondere rekening van artikel 25 Wna heeft geregeld. Vervolgens sta ik in § 3 stil bij de (onjuiste) wijze waarop de Hoge Raad de regeling van de bijzondere rekening van artikel 25 Wna in zijn arrest van 12 januari 2001 uitlegt. De bijzondere rekening van artikel 25 Wna duid ik hierna aan als de bijzondere rekening.

2. *De wettelijke regeling van artikel 25 Wna: twee aspecten*

Een rekening die bedoeld is om tijdelijk gelden van derden onder te brengen, dient in zijn algemeenheid aan twee vereisten te voldoen. In de eerste plaats dient bescherming te worden geboden tegen de insolventie van degene die de rekening aanhoudt. In de tweede plaats dienen de partijen die in verband met een bepaalde transactie gebruik maken van de rekening, beschermd te worden tegen elkaars insolventie. De wettelijke regeling van artikel 25 Wna geeft aan deze vereisten als volgt invulling.

2.1. Bescherming tegen de insolventie van de notaris
De bescherming van de bij de bijzondere rekening betrokken partijen tegen de insolventie van de notaris wordt bewerkstelligd door artikel 25 lid 3 Wna. Dat artikel bepaalt dat het vorderingsrecht op de kredietinstelling voortvloeiende uit de bijzondere rekening, toebehoort aan de gezamenlijke rechthebbenden. Hieruit volgt dat het saldo op de bijzondere rekening niet in de faillissementsboedel van de notaris valt. Dit is alleen anders voorzover de notaris zelf rechthebbende is op het saldo van de bijzondere rekening. Dat deze situatie zich voor kan doen, blijkt uit artikel 25 lid 4 Wna. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval dat het honorarium van de notaris op de bijzondere rekening wordt gestort.

2.2. Bescherming van de bij de bijzondere rekening betrokken partijen tegen elkaars insolventie

2.2.1. Partijen die in verband met een bepaalde transactie een geldbedrag onderbrengen op een bijzondere rekening, wensen beschermd te zijn tegen de gevolgen van elkaars insolventie. Het geld (dat wil zeggen: het vorderingsrecht op de kredietinstelling) dient daartoe uit het vermogen van de ene partij te worden gebracht, zonder dat het al in het vermogen van de andere partij valt. Artikel 25 Wna geeft geen expliciete regeling die ziet op

de hier bedoelde bescherming. De regeling ligt verscholen in de precieze betekenis van het begrip "rechthebbenden" in artikel 25 lid 3 Wna. Ter illustratie wijs ik op het veel voorkomende geval dat de bijzondere rekening wordt gebruikt in verband met de koop en levering van een onroerende zaak. De koper maakt de koopsom over naar de bijzondere rekening en de notaris bewerkstelligt pas de uitbetaling aan de verkoper op het moment dat hij heeft vastgesteld dat de onroerende zaak vrij van beslagen en hypotheken is geleverd. Wie is tot het moment van vaststelling van de correcte levering rechthebbende met betrekking tot het vorderingsrecht op de kredietinstelling als bedoeld in artikel 25 lid 3 Wna? Een antwoord dat recht doet aan het vereiste dat de bijzondere rekening de bij de transactie betrokken partijen dient te beschermen tegen elkaars insolventie, is dat zowel de koper als de verkoper *onder complementaire voorwaarden*² rechthebbenden zijn: de koper onder de ontbindende voorwaarde van correcte levering vrij van beslagen en van hypotheken en de verkoper onder de opschortende voorwaarde van correcte levering vrij van beslagen en hypotheken.

De bijzondere rekening kan natuurlijk ook voor andere doeleinden worden gebruikt. Zo kan een bedrag op de bijzondere rekening worden overgemaakt in afwachting van een in kracht van gewijsde gegaan veroordelend vonnis. In zo'n geval is de ene partij gerechtigd tot het vorderingsrecht onder de ontbindende voorwaarde van dat veroordelende vonnis, terwijl de andere partij gerechtigd is onder de opschortende voorwaarde van diezelfde uitspraak. Ook kan, bijvoorbeeld bij de koop en levering van aandelen in een kapitaalvennootschap, worden afgesproken dat een gedeelte van de koopsom op de bijzondere rekening blijft staan, in afwachting van het antwoord op de vraag of uit verleende garanties nog vorderingen voortvloeien. De koper is dan gerechtigd tot het vorderingsrecht onder de opschortende voorwaarde dat uit de garantie een vorderingsrecht voortvloeit, terwijl de verkoper gerechtigd is onder de ontbindende voorwaarde dat uit de garantie een vorderingsrecht voortvloeit. De voorwaarden waaronder twee partijen gerechtigd zijn, verschillen per geval. Waar het om gaat, is dat in al deze gevallen met de "rechthebbenden" in artikel 25 lid 3 Wna bedoeld wordt op twee rechthebbenden onder complementaire ontbindende en opschortende voorwaarden.³ Er kan beslag wor-

2. De term 'complementaire voorwaarden' ontleen ik aan A.S. Hartkamp, Onrechtmatige uitbetaling door de notaris van een onder hem gestort depot en opvolgend faillissement van de belanghebbende, Quod licet (Kleijn-Bundel), Deventer 1992, blz. 110.

3. De casus dat in het kader van een bepaalde transactie meer dan twee partijen betrokken zijn bij het saldo op de bijzondere rekening, laat ik onbesproken. Ook moet bedacht worden dat er bij een saldo op de bijzondere rekening, niet altijd sprake is van rechthebbenden onder complementaire ontbindende en opschortende voorwaarden. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval dat zich in het kader van de afwikkeling van een nalatenschap een saldo op de bijzondere rekening bevindt. Iedere erfgenaam heeft dan een onvoorwaardelijk vorderingsrecht op de kredietinstelling naar rato van zijn erfdeel.

den gelegd op het aan ieder van beiden toekomende recht en deze rechten vallen in beider faillissement, maar het gaat slechts om voorwaardelijke rechten.

2.2.2. Een bijzonderheid van de regeling van artikel 25 Wna is dat degene die onvoorwaardelijk gerechtigd is tot het vorderingsrecht op de kredietinstelling, dit vorderingsrecht jegens de kredietinstelling niet zelf kan uitoefenen. Lid 2 van artikel 25 Wna bepaalt immers dat de notaris bij uitsluiting bevoegd is tot het beheer en de beschikking over de bijzondere rekening. Een partij met een onvoorwaardelijk vorderingsrecht op de kredietinstelling, heeft jegens de notaris het recht te vorderen dat hij de uitbetaling aan hem bewerkstelligt. Zolang partijen slechts gerechtigd zijn tot een voorwaardelijk vorderingsrecht op de kredietinstelling, hebben zij geen recht op uitkering. Dit leid ik af uit de eerste zin van artikel 25 lid 4 Wna:

“Een rechthebbende heeft *voor zover uit de aard van zijn recht niet anders voortvloeit* (cursivering PCE), te allen tijde recht op uitkering van zijn aandeel in het saldo van de bijzondere rekening.”

Uit de aard van een voorwaardelijk (vorderings)recht op de kredietinstelling in het kader van de bijzondere rekening vloeit voort dat een partij (of in het geval van faillissement, zijn curator), hangende de voorwaarde, geen recht heeft op uitkering.⁴ Dit vormt het sluitstuk van de wederzijdse bescherming van de bij de bijzondere rekening betrokken partijen tegen elkaars insolventie.

3. Hoge Raad, 12 januari 2001, RvdW 2001, 29

De stelling dat de partijen die in verband met een bepaalde transactie betrokken zijn bij het saldo op de bijzondere rekening, slechts een voorwaardelijk vorderingsrecht op de kredietinstelling hebben, lijkt steun te vinden in het onderhavige arrest. Onder verwijzing naar artikel 25 Wna overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.3:

“Rechthebbenden op het saldo van de bijzondere rekening zijn degenen ten behoeve van wie gelden op die rekening zijn bijgeschreven, *onder de voorwaarden die in hun onderlinge verhouding nader gelden* (cursivering PCE). Tussen deze rechthebbenden geldt met betrekking tot die gelden een gemeenschap als bedoeld in art. 3:166 lid 1 BW.”

Vervolgens past de Hoge Raad de regeling van artikel 25 Wna analoog toe op de bijzondere notariële kwaliteitsrekening waar het in casu – voor de invoering van de Wna in 1999 – om ging. Direct na het bovenvermelde citaat volgt:

“Met het in de vorige alinea overwogene strookt het ook bij een bijzondere notariële kwaliteitsrekening aan te nemen dat de gezamenlijke rechthebbenden deelgenoot

zijn in een gemeenschap als bedoeld in art. 3:166 lid 1 BW. De deelgenoten hebben bij de verdeling van deze gemeenschap een voorwaardelijk recht op toedeling van de door de notaris beheerde vordering op de kredietinstelling.”

3.1. Kritiek

3.1.1. De Hoge Raad neemt in het onderhavige arrest op grond van analoge toepassing van de regeling van artikel 25 Wna aan dat tussen de bij de bijzondere notariële kwaliteitsrekening betrokken partijen een gemeenschap van een vorderingsrecht bestaat. Vervolgens construeert de Hoge Raad het voorwaardelijke vorderingsrecht dat beide partijen naar analogie van de regeling van artikel 25 Wna op de kredietinstelling hebben, als een voorwaardelijk recht op toedeling van een gemeenschappelijk vorderingsrecht. Deze benadering is onjuist. Voorwaardelijk gerechtigden tot een vorderingsrecht zijn geen deelgenoot in een gemeenschap. De ontbindende en de opschortende voorwaarde waaraan hun vorderingsrechten zijn onderworpen, hebben goederenrechtelijke werking. Door het in vervulling treden van de voorwaarde, verliest de gerechtigde onder ontbindende voorwaarde *van rechtswege* zijn recht, terwijl de gerechtigde onder opschortende voorwaarde het onvoorwaardelijke recht *van rechtswege* verkrijgt.⁵ Staat vast dat de voorwaarde niet zal intreden, dan verliest de gerechtigde onder opschortende voorwaarde *van rechtswege* zijn voorwaardelijke recht en verkrijgt de gerechtigde onder ontbindende voorwaarde *van rechtswege* een onvoorwaardelijk recht. Van een gemeenschap en van verkrijging van een onvoorwaardelijk recht door *toedeling* (zoals de Hoge Raad ons in r.o. 3.3 wil doen geloven) is geen sprake. In zijn algemeenheid zal toch ook niemand de stelling willen verdedigen dat voorwaardelijk gerechtigden deelgenoot zijn in een gemeenschap van het betreffende goed? Strikt genomen is dit wel de consequentie van het arrest van de Hoge Raad.

3.1.2. Dwong de analoge toepassing van de regeling van artikel 25 Wna op de bijzondere notariële kwaliteitsrekening de Hoge Raad de gemeenschap in zijn beschouwing te betrekken? Het antwoord hierop is nee. De Hoge Raad lijkt zich te hebben verkeken op de vraag wie bij de bijzondere rekening deelgenoot zijn in de gemeenschap van het vorderingsrecht op de kredietinstelling. Stel dat notaris X op zijn bijzondere rekening een bedrag heeft staan dat door A is overgemaakt in het kader van een afspraak met B, die hierop neer komt dat het bedrag aan B moet worden uitbetaald indien A bij een in kracht van gewijsde gegaan rechterlijk vonnis veroordeeld wordt tot betaling van dit bedrag. Op deze zelfde rekening kunnen nu, bij-

4. Vgl. M.v.T. bij lid 4 van (destijds) artikel 22, TK 1993-1994, 23 706, nr. 3, blz. 33.

5. Zie Toelichting-Meijers bij 6.1.5.2., Parl. gesch. Boek 6, blz. 146 en vgl. Mon. Nieuw BW B-6a (Brahn/Rechuis), Deventer 1997, blz. 64 en 69.

voorbeeld in het kader van koop en levering van een onroerende zaak, gelden van koper C worden gestort die aan verkoper D moeten worden uitbetaald, wanneer de onroerende zaak vrij van beslagen en hypotheek is geleverd. Wie zijn nu deelgenoot in de gemeenschap van het vorderingsrecht op de kredietinstelling? Naar mijn mening zijn dit A en B aan de ene zijde en C en D aan de andere zijde. Artikel 25 lid 3 bepaalt dat het vorderingsrecht voortvloeiende uit de bijzondere rekening toebehoort aan de *gezamenlijke* rechthebbenden. In de Memorie van Toelichting bij deze bepaling leest men dat tussen de *gezamenlijke* rechthebbenden derhalve een gemeenschap als bedoeld in titel 3.7 BW bestaat.⁶ Bedacht moet worden dat van *gezamenlijke* rechthebbenden en van een gemeenschap pas sprake is wanneer er meerdere ‘paren’ van (bij bepaalde transacties betrokken) rechthebbenden zijn. Deze mogelijkheid bestaat bij de bijzondere rekening, die immers een generaal kwaliteitsrekening is. Uit de wet vloeit geenszins voort dat tussen de bij één bepaalde transactie betrokken rechthebbenden een gemeenschap bestaat. De Hoge Raad gaat hier wel van uit en trekt daaruit de conclusie dat ook in het geval van een bijzondere notariële kwaliteitsrekening – die per definitie maar voor één bepaalde transactie wordt geopend – sprake is van een gemeenschap.

3.2. Nuancering

Tegengeworpen kan worden dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest de werking van de regeling van artikel 25 Wna zo uitlegt, dat de bij één bepaalde transactie betrokken rechthebbenden, geen voorwaardelijk vorderingsrecht op de kredietinstelling hebben, maar deelgenoot zijn in een gemeenschap die een onvoorwaardelijk vorderingsrecht op de kredietinstelling omvat, waarbij beide partijen een voorwaardelijk recht op toedeling van het onvoorwaardelijke vorderingsrecht hebben. De kritiek dat de Hoge Raad het voorwaardelijke vorderingsrecht op de kredietinstelling ten onrechte vormgeeft met gebruikmaking van de figuur van de gemeenschap met voorwaardelijke toedelingsrechten, mist dan grond. Een dergelijke keuze maakt de Hoge Raad echter niet. Zoals uit de hierboven in § 3 als eerste geciteerde overweging uit r.o. 3.3 blijkt, hinkt de Hoge Raad op twee gedachten: de rechthebbenden hebben een voorwaardelijk vorderingsrecht op de kredietinstelling, maar zijn tevens deelgenoot in een gemeenschap. Deze tweeslachtigheid blijkt ook duidelijk uit het hieronder geciteerde gedeelte van r.o. 3.5, waarin de Hoge Raad de begrippen “voorwaardelijk recht op toedeling” en “voorwaardelijk vorderingsrecht” door elkaar gebruikt:

“(…)dat zij bij de verdeling van deze gemeenschap ieder een *voorwaardelijk* recht op toedeling van de vordering op de bank hebben en dat, toen K. failliet werd verklaard, zijn *voorwaardelijk vorderingsrecht* (onderstreping, PCE) in de boedel viel.”

Mocht het arrest toch zo gelezen moeten worden dat de Hoge Raad de keuze heeft gemaakt voor een systeem waarin partijen die in verband met één bepaalde transactie betrokken zijn bij de bijzondere rekening, geen voorwaardelijk vorderingsrecht op de kredietinstelling hebben, maar deelgenoot zijn in een gemeenschap die een onvoorwaardelijk vorderingsrecht op de kredietinstelling omvat, dan sta ik hier, evenals Salomons in § 6 van zijn artikel, kritisch tegenover.⁷ De regeling van artikel 25 Wna wordt hierdoor namelijk onnodig gecompliceerd. Onnodig, omdat noch de wettekst noch de parlementaire geschiedenis dwingt tot de conclusie dat er een gemeenschap als bedoeld in titel 3.7 BW bestaat tussen de bij één bepaalde transactie betrokken partijen. Gecompliceerd, omdat de vordering op de kredietinstelling niet van *rechtswege* op de uiteindelijk onvoorwaardelijk gerechtigde overgaat, maar moet worden *toegedeeld*. Dit betekent dat op grond van 3:186 BW geleverd moet worden. Aan dit leveringsvereiste zal overigens voldaan zijn wanneer de notaris, als beheerder van de bijzondere rekening, het bedrag overmaakt naar de rekening van degene die een onvoorwaardelijk recht op toedeling heeft verkregen.

*Mr. P.C. van Es **

6. M.v.T. bij lid 3 van (destijds) artikel 22, TK 1993-1994, 23 706, nr. 3, blz. 32.

7. Vgl. ook: S.C.J.J. Kortmann en A. Steneker in nr. 7 van hun noot onder HR 12 januari 2001, JOR 2001, 50. Kortmann en Steneker uiten kritiek op het feit dat de Hoge Raad de belanghebbenden bij een bijzondere notariële kwaliteitsrekening aanmerkt als gezamenlijk rechthebbenden van het saldo op die rekening. Zij gaan er echter zondermeer van uit dat dit in overeenstemming is met de “merkwaardige juridische constructie” van artikel 25 Wna.

* Universitair docent notarieel recht, Departement civielrechtelijke vakken, Universiteit Leiden.