



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Perikelen rond een bewaringstekort op de kwaliteitsrekening

Es, P.C. van

### Citation

Es, P. C. van. (2015). Perikelen rond een bewaringstekort op de kwaliteitsrekening. *Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2015(8), 8-11. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3200262>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3200262>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## Perikelen rond een bewaringstekort op de kwaliteitsrekening

<b>Publicatie:</b> Juridische Berichten voor het Notariaat
<b>Aflevering:</b> 2015/2
<b>Vindplaats:</b> 2015/8
<b>Publicatiedatum:</b> 28 februari 2015
<b>Auteurs:</b> Es, P.C. van

*De uitspraak van Rb. Oost-Brabant van 2 juli 2014 (ECLI:NL:RBOBR:2014:3488) inzake de verplichting van een notaris een tekort in het saldo van een kwaliteitsrekening terstond aan te vullen (artikel 25 lid 3 Wna) roept een aantal vragen op van deels dogmatische en deels praktische aard. Hoewel het een civielrechtelijke zaak betreft, zal het handelen van de betrokken notaris ook door een tuchtrechtelijke bril worden bekeken.*

### 1. De casus in het kort

De verdeling van een tussen eiseres en haar broer en zus bestaande gemeenschap vormde de achtergrond van de procedures die voor de Rb. Oost-Brabant zijn gevoerd. Tot de te verdelen gemeenschap behoorde een achttal onroerende zaken. In het kader van de verdeling werden in de jaren 2002 en 2003 drie onroerende zaken verkocht en de opbrengst hiervan (ad € 681.955) werd gestort op een speciaal voor dit doel geopende kwaliteitsrekening van de notaris. Eiseres was voor een derde deel gerechtigd tot het saldo op deze rekening. Nadat van het bedrag op de kwaliteitsrekening een aantal rekeningen was voldaan, werd in 2003 – met instemming van eiseres – besloten om 70% van het aanwezige depotbedrag alvast te verdelen. Broer en zus kregen in verband hiermee een bedrag van € 155.432 uitgekeerd, terwijl eiseres ervoor koos dit bedrag op de kwaliteitsrekening te laten staan. In 2004 is de broer van eiseres overleden met achterlating van zijn twee kinderen (kind 1 en kind 2) als erfgenaam. In 2005 stemde eiseres in met het verzoek van haar zus en kind 1 en kind 2 om over te gaan tot verdeling van het restant van het depot. Bij de verdeling van het restant deelde de notaris het saldo in drieën, zich blijkbaar niet realiserend dat het aandeel van eiseres in het saldo groter was dan dat van haar zus en de erfgenamen van haar broer als gevolg van het feit dat zij nog niet eerder een uitkering had gehad. Een en ander resulteerde erin dat eiseres in totaal een bedrag van € 98.320 te weinig ontving, welk bedrag niet meer op de kwaliteitsrekening stond.

De zaak kwam pas enige jaren later aan het rollen toen kind 1 en kind 2 (die inmiddels ook optraden als enig erfgenamen van de in 2009 overleden zus van eiseres) aan eiseres te kennen gaven niet te willen meewerken aan een correctie van de verdeling. Zij waren van mening dat eiseres de notaris moest aanspreken. Dit leidde tot een procedure in de hoofdzaak en een procedure in de vrijwaringszaak.

In de hoofdzaak vordert eiseres een verklaring voor recht dat de notaris aansprakelijk is voor het aanvullen van de gelden op de kwaliteitsrekening en dat hij gehouden is het aan haar toekomende aandeel in het saldo van die rekening uit te betalen. In de vrijwaringszaak vordert de notaris dat kind 1 en kind 2 worden veroordeeld om hem al hetgeen te betalen waartoe hij in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld.

Hierna wordt in paragraaf 2 eerst aandacht besteed aan de vordering in de hoofdzaak en de plicht van de notaris om op grond van artikel 25 lid 3 Wna een tekort in het saldo van een kwaliteitsrekening terstond aan te vullen. In paragraaf 3 wordt vervolgens kort ingegaan op de procedure in de vrijwaringszaak, waarna in paragraaf 4 de – in de procedures slechts zijdelings spelende – vraag aan de orde komt of een notaris gerechtigd is declaraties te verrekenen met het saldo op de kwaliteitsrekening.

In paragraaf 5 wordt het handelen van de betrokken notaris tot slot gezien door een tuchtrechtelijke bril.

### 2. Tekort in saldo van kwaliteitsrekening; verplichting tot aanvulling

De plicht van de notaris tot aanvulling van het tekort in het saldo van de kwaliteitsrekening is verwoord in de laatste zin

van artikel 25 lid 3 Wna:

*“De notaris of, indien het een gezamenlijke rekening als bedoeld in het eerste lid, zesde volzin betreft, iedere notaris, is verplicht een tekort in het saldo van de bijzondere rekening terstond aan te vullen, en hij is ter zake daarvan aansprakelijk, tenzij hij aannemelijk kan maken dat hem ter zake van het ontstaan van het tekort geen verwijt treft.”*

De regel is wat merkwaardig geformuleerd omdat hij lijkt in te houden dat een notaris zonder meer tot aanvulling van het tekort verplicht is maar daarvoor alleen aansprakelijk is wanneer hem ter zake daarvan een verwijt treft. De aparte vermelding van de plicht tot onmiddellijke aanvulling is pas in een later stadium in de wet opgenomen. Raadpleging van de parlementaire geschiedenis leert dat dit een gevolg is van de volgende opmerking van de leden van de SGP-fractie (*Kamerstukken II 1994/95, 23706, nr. 5, p. 24*):

*“Volgens de laatste volzin is de notaris aansprakelijk voor een tekort in het saldo van de bijzondere rekening. Zou het niet beter zijn te bepalen dat de notaris verplicht is tot onmiddellijke aanzuivering van het tekort, zodat hij bij het verzaken van zijn aanzuiveringsplicht in verzuim is?”*

De staatssecretaris reageert hierop in de Nota naar aanleiding van het verslag als volgt (*Kamerstukken II 1995/96, 23706, nr. 6, p. 46*):

*“Ook zonder uitdrukkelijke bepaling zal de notaris het tekort onmiddellijk moeten aanzuiveren, omdat hij daartoe op grond van zijn aansprakelijkheid verplicht is, behoudens lid 3 slotzinsnede. Naar aanleiding van de vraag van deze leden lijkt mij het toch wenselijk de bepaling te verduidelijken in die zin dat de notaris verplicht is een tekort in het saldo van de bijzondere rekening terstond aan te vullen, tenzij hij aannemelijk kan maken dat hem ter zake geen verwijt treft. Bij nota van wijziging wordt daarin voorzien.”*

Uit de een na laatste zin van het voorgaande citaat blijkt dat ook de verplichting tot aanvulling op zichzelf (los van de aansprakelijkheid daarvoor) niet bestaat wanneer de notaris ter zake van het tekort geen verwijt treft.

Schoordijk staat kritisch tegenover de in artikel 25 lid 3 Wna geboden disculpatiemogelijkheid omdat een schuldenaar bij geldschulden zich in beginsel nooit op overmacht kan beroepen (H.C.F. Schoordijk, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 25). Hij wijst er terecht op dat de uitspraak van de Hoge Raad waaraan de ontsnappingsmogelijkheid van artikel 25 lid 3 Wna volgens de MvT ontleend is (*Kamerstukken II 1993/94, 23706, nr. 3, p. 33*) geen betrekking heeft op restitutie van aan de notaris toevertrouwde gelden. In het bedoelde arrest (HR 9 maart 1990, *NJ 1990, 428, Knobbo Beheer BV/Schellenbach*) gaat het namelijk niet om gelden die op enig moment op een kwaliteitsrekening hebben gestaan en daarvan zijn verdwenen, maar om een notaris die – misleid door hem door de koper voorgelegde valse girobescheiden – de verkoper ten onrechte meedeelde dat de koopsom zich onder hem bevond.

Waaier geeft een voorbeeld waarin disculpatie door een notaris denkbaar is, te weten ‘indien zijn compagnon gelden naar zijn privérekening doorsluisst zonder dat er aanwijzingen waren die hem tot speciale zorg aanzetten’ (Melis/Waaier, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2012, p. 357).

Wat betreft de parlementaire geschiedenis bij artikel 25 lid 3 Wna (voorheen artikel 22 lid 3) is tot slot van belang dat de staatssecretaris in de Nota naar aanleiding van het verslag heeft opgemerkt dat het de gedupeerde rechthebbenden zijn die de notaris in geval van een tekort kunnen aanspreken (*Kamerstukken II 1995/96, 23706, nr. 6, p. 45*).

In het licht van het voorgaande wekt het geen verbazing dat de rechtbank de vordering in de hoofdzaak toewijst en de notaris veroordeelt het tekort op de kwaliteitsrekening aan te vullen. Uit de uitvoerige motivering van de rechtbank, licht ik twee punten. Het eerste punt betreft het verwerpen door de rechtbank van het verweer van de notaris dat eiseres niet tijdig heeft geprotesteerd en dat de vordering daarom op grond van artikel 6:89 BW dient te worden afgewezen. De rechtbank overweegt in dit verband dat de aansprakelijkheid van de notaris uit hoofde van artikel 25 lid 3 Wna niet een aansprakelijkheid betreft op grond van tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst, maar een aansprakelijkheid die rechtstreeks voortvloeit uit de wet, waarop artikel 6:89 BW niet van toepassing is (r.o. 4.4).

Het tweede punt heeft betrekking op het verweer van de notaris dat eiseres geen schade heeft geleden omdat compensatie van het aandeel van eiseres nog steeds mogelijk is via toepassing van een daarop gerichte verdeelsleutel van de opbrengst van de resterende onroerende zaken. De rechtbank verwerpt dit verweer omdat de verplichting tot aanvulling van het saldo van de kwaliteitsrekening niet het vereiste kent dat de rechthebbende schade heeft geleden. Overigens lijdt eiseres in de ogen van de rechtbank wel degelijk schade omdat de andere deelgenoten niet wensen mee te werken aan het compenseren van de onevenredige verdeling (zie r.o. 4.7-4.8).

### 3. De procedure in de vrijwaringszaak; onrechtmatig handelen van de overige deelgenoten

De procedure in de hoofdzaak is het gevolg van de volstrekt onredelijke opstelling van kind 1 en kind 2 die niet bereid waren de ongelijke verdeling recht te trekken en stelden dat eiseres de notaris maar moest aanspreken. De rechtbank wijst dan ook terecht de vordering in de vrijwaringszaak toe. Zij oordeelt over het handelen van kind 1 en kind 2 in r.o. 4.13 als volgt:

*“Door te weigeren hetgeen zij [...] teveel hebben ontvangen te verrekenen met de nadien aan de deelgenoten uit te keren bedragen vanwege de verkoop van de andere panden uit de gemeenschap zodat de gemeenschap (alsnog) pro rato zou worden verdeeld, handelen zij onrechtmatig jegens de notaris.”*

Al met al zien wij dat kind 1 en kind 2 via de omweg van de aansprakelijkheid jegens de notaris verplicht worden datgene te doen waartoe zij jegens de eiseres ook al rechtstreeks gehouden waren, te weten het terugbetalen van hetgeen zij teveel ontvingen. De notaris fungeert als gevolg van toepassing van de regel van artikel 25 lid 3 Wna als intermediair ten aanzien van een schuld van kind 1 en kind 2 aan de eiseres, waarbij thans op de notaris – in plaats van op de eiseres – het risico is komen te liggen dat de verschuldigde geldsom wegens insolventie (waarvan in casu overigens geen sprake lijkt te zijn) niet op kind 1 en kind 2 verhaald kan worden.

### 4. Verrekening van declaraties met het saldo op de kwaliteitsrekening

In de onderhavige zaak had de notaris op enig moment twee declaraties (ter grootte van € 12.768) verrekend met het saldo op de kwaliteitsrekening. In r.o. 4.9 staat te lezen dat tussen partijen niet in geschil is dat de notaris niet gerechtigd was tot deze verrekening. Naar ik aanneem hangt dat samen met het in r.o. 2.3 vermelde feit dat afgesproken was dat de notaris de boedelkosten separaat in rekening zou brengen aan ieder van de oorspronkelijke deelgenoten (eiseres en haar broer en zus).

De vraag die ik hier aan de orde wil stellen is hoe het in zijn algemeenheid zit met de bevoegdheid van een notaris om declaraties te verrekenen met saldo op de kwaliteitsrekening.

De MvT bij het toenmalige artikel 22 lid 3 (*Kamerstukken II*, 23706, nr. 3, p. 33) zegt hierover het volgende:

*“Verrekening van de vordering tot uitkering aan de cliënt op de notaris met een schuld van de cliënt van de notaris, is niet uitgesloten, ook niet als er een tekort is en de notaris daarvoor jegens de cliënt aansprakelijk is.”*

De gedachte dat een vordering van de notaris op een cliënt (die rechthebbende is tot het saldo op een kwaliteitsrekening) verrekend kan worden met de vordering die deze cliënt in verband met de kwaliteitsrekening heeft op de notaris, wordt terecht bestreden door Kortmann (*WPNR* 2002/6511, p. 789-791) en Steneker (*Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 209-210 en p. 230-231). Deze auteurs wijzen erop dat een rechthebbende tot het saldo op een kwaliteitsrekening twee vorderingsrechten heeft, te weten een vordering tot betaling van een geldsom op de bank en een vordering op de notaris tot het geven van een betalingsopdracht aan de bank. Hieruit volgt dat een eventuele vordering van de notaris op de rechthebbende (een vordering tot betaling van een geldsom) van een andere soort is dan de vordering van de rechthebbende op de notaris (een vordering tot het geven van een betalingsopdracht aan de bank), zodat artikel 6:127 lid 2 BW aan verrekening in de weg staat.

Beide hiervoor vermelde auteurs wijzen er wel op dat een notaris in beginsel bevoegd is bedragen van het saldo op de

kwaliteitsrekening ten behoeve van zichzelf te innen ter voldoening van rechtstreeks met het beheer over het op de kwaliteitsrekening staande bedrag verband houdende kosten en honoraria. Van verrekening is dan echter geen sprake.

## 5. Tuchtrechtelijke aspecten van de casus

In paragraaf 3 weet ik het feit dat de onderhavige procedures gevoerd moesten worden aan de onredelijke opstelling van kind 1 en kind 2. Hierbij moet echter bedacht worden dat het de notaris was die door zijn handelen het probleem heeft veroorzaakt. De vraag rijst wat er in het onderhavige geval in tuchtrechtelijke zin van de notaris verwacht mocht worden. Er zijn twee tuchtrechtspraken waarin de regel is geformuleerd dat een notaris een depotovereenkomst schriftelijk moet vastleggen ter voorkoming van misverstanden omtrent de uitbetaling van de in depot te houden gelden (zie Hof Amsterdam 15 september 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU3276 en Kamer voor het notariaat Amsterdam 18 november 2014, ECLI:NL:TNORAMS:2014:36).

In beide gevallen was de uitkering van de in depot gehouden gelden afhankelijk van een bepaalde voorwaarde; het is voor partijen en voor de notaris dan van cruciaal belang dat duidelijk is wanneer die voorwaarde geacht moet worden al dan niet te zijn vervuld en onder welke nadere voorwaarden (bijvoorbeeld de handtekening van beide partijen) tot uitkering mag worden overgegaan.

In onze casus ligt het anders en is het van meet af aan duidelijk dat iedere deelgenoot een onvoorwaardelijk recht heeft op uitkering van een derde deel van het saldo op de kwaliteitsrekening. De depotovereenkomst had hier mijns inziens niet per se schriftelijk vastgelegd hoeven te worden. De notaris had echter wel tot schriftelijke verslaglegging moeten overgaan toen hij twee deelgenoten een aanzienlijk deel van hun aandeel deed uitbetalen, terwijl het deel van de derde deelgenoot op de kwaliteitsrekening bleef staan. Een brief van de notaris waarin wordt gezegd dat er thans – na uitkering – nog een bedrag x op de rekening staat waartoe de drie partijen in een bepaalde verhouding gerechtigd zijn, had de notaris en de partijen een hoop ellende bespaard.

Vanuit tuchtrechtelijk perspectief is ten slotte van belang dat – zoals wordt opgemerkt in de ‘wenk’ bij de uitspraak in *RN 2014/89* – een notaris op grond van artikel 9 lid 3 Regeling op het notarisambt van 11 december 2012 een negatieve bewaringspositie onverwijld moet melden aan het BFT.

*P.C. van Es*

---