



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Vervangende zekerheid woningbouw: ver van huis?

Michels, M.; Ohnesorge, L.G.L.

Citation

Michels, M., & Ohnesorge, L. G. L. (2022). Vervangende zekerheid woningbouw: ver van huis? *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 2022(3), 112-120.
doi:10.5553/MvV/157457672022032003004

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from:

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

Vervangende zekerheid woningbouw: ver van huis?

*Mr. M. Michels en mr. L.G.L. Ohnesorge**

1 Inleiding

Op 3 december 2021 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen in een conflict dat volgde op het faillissement van een aannemer die een voormalig kantorencomplex tot woonruimtes zou verbouwen.¹ Het eerste arrest heeft betrekking op het conflict tussen verzekeraar Woningborg en ABN AMRO, het tweede op een conflict tussen Woningborg en de projectnotaris.² In essentie betrof het conflict het feit dat de aannemer vervangende zekerheid had gesteld voor de in art. 7:768 lid 1 BW voorziene 5%-depots middels een bankgarantie met stringente voorwaarden. De verzekeraar – als rechtsopvolger van de opdrachtgever bij wijze van subrogatie – kon daardoor noch aanspraak maken op de garantie, noch op de 5%-depots, die immers waren uitbetaald nadat de vervangende zekerheid was gesteld. In de arresten komt de zorgplicht van de bank aan bod, de betekenis van vervangende zekerheid in de zin van art. 7:768 lid 3 BW en de zorgplicht van de notaris bij het toetsen van vervangende zekerheid. In dit artikel wordt ten eerste een algemene inleiding gegeven op art. 7:768 BW in paragraaf 2, gevolgd door de feiten die aanleiding tot het conflict hebben gegeven in paragraaf 3. Daarna wordt in paragraaf 4 het arrest tussen Woningborg en ABN AMRO besproken, waarbij wordt stilgestaan bij de abstracte bankgarantie en in hoeverre dit arrest duidelijkheid schept ten aanzien van de verplichtingen van de bank bij het afgeven van zo'n garantie. In paragraaf 5 wordt het arrest tussen Woningborg en de notaris besproken, waarin de vervangende zekerheid en de zorgplicht van de notaris centraal staan. Het artikel wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 6.

2 5%-regeling van art. 7:768 BW

Aan particuliere opdrachtgevers bij een aannemingsovereenkomst komt bij de bouw van een woning een bijzonder opschortingsrecht toe op grond van art. 7:768 BW. Van particuliere opdrachtgevers kan worden gesproken als de natuurlijk persoon niet handelt in de uitoefening van een bedrijf of beroep. In tegenstelling tot het opschortingsrecht van art. 6:262

BW kan de opdrachtgever dit recht invoeren zonder dat daaraan voorwaarden zijn verbonden, zoals het zich voordoen van gebreken. De opdrachtgever behoudt daarbij zijn recht op oplevering.³ De regeling beoogt de particuliere opdrachtgever extra bescherming te bieden door zijn positie ten opzichte van de aannemer te versterken.⁴ Gezien het beschermende oogmerk van de regeling, is deze van dwingend recht en kan er derhalve niet ten nadele van de particuliere opdrachtgever van de wet worden afgeweken.⁵

Het opschortingsrecht geeft de opdrachtgever de bevoegdheid om 5% van de aanneemsom in te houden op de laatste termijn(en). In plaats van het bedrag uit te betalen aan de aannemer, stort de opdrachtgever het bedrag in depot bij een notaris, waar het in beginsel blijft staan tot drie maanden na de oplevering van de woning. De notaris keert het bedrag na verloop van deze drie maanden uit aan de aannemer, tenzij de opdrachtgever aangeeft gebruik te willen maken van het opschortingsrecht uit art. 6:262 BW of het depot wil verlengen omdat een gebrek is geconstateerd.⁶ De 5%-regeling beoogt het herstel van gebreken die geconstateerd worden bij de oplevering of binnen drie maanden daarna. Dit wordt ook wel de wettelijke onderhoudstermijn genoemd. Het geeft de opdrachtgever een pressiemiddel om de aannemer ertoe aan te zetten de geconstateerde gebreken te herstellen. Bovendien kan de uitbetaling van de 5% definitief worden geweigerd als daadwerkelijk gebreken zijn geconstateerd waarvan nakoming blijvend onmogelijk is, bijvoorbeeld wanneer de voor herstel nodige grondstoffen niet meer geleverd kunnen worden.⁷

De notaris kan binnen drie maanden na oplevering overgaan tot vrijgave van het in depot gestorte bedrag wanneer de opdrachtgever daarmee instemt, de aannemer vervangende zekerheid stelt conform art. 7:768 lid 3 BW, of op grond van een bindende uitspraak waarin is beslist dat het depot niet (langer)

* Mr. M. Michels is PhD-Fellow bij de afdeling Notarieel recht van de Universiteit Leiden. Mr. L.G.L. Ohnesorge is PhD-Fellow bij de afdeling Financieel recht van de Universiteit Leiden.

1 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803 (ABN AMRO/Woningborg); HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1804 (Notaris/Woningborg).

2 Woningborg is een verzekeraar die voornamelijk wordt ingeschakeld bij nieuwbouwprojecten. Zij biedt de garantie dat bij een faillissement van de aannemer de woning wordt afgebouwd.

3 Zie over deze bijzondere opschortingsbevoegdheid van de particuliere opdrachtgever onder meer Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/177 en C.E.C. Jansen, Aanneming van werk (Mon. BW nr. B84), Deventer: Kluwer 2013.

4 Kamerstukken II 2011/12, 32320, nr. 2, p. 7.

5 Art. 7:789 BW.

6 Art. 7:768 lid 2 BW. Zie hierover Van der Beek, in: GS Bijzondere overeenkomsten, art. 7:768 BW, aant. 2.

7 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 38-39 (MvT).

gerechtvaardigd is.⁸ Een voorbeeld van de vervangende zekerheid is de bankgarantie, en dat is waar het om draait in de arresten waarin de Hoge Raad zich uitsprak op 3 december 2021.⁹

3 Feiten

De door ons te bespreken arresten hebben betrekking op hetzelfde feitencomplex. In 2013 heeft een aantal appartements-eigenaren gezamenlijk opdracht gegeven aan een aannemer voor het verbouwen van een kantoorpand tot appartementengebouw. De aannemingsovereenkomst is gebaseerd op het modelcontract van verzekeraar Woningborg, inclusief een garantieregeling.

3.1 De aannemingsovereenkomst

De in de aannemingsovereenkomst opgenomen garantieregeling bevat een afbouwwaarborg, die inhoudt dat Woningborg de eigenaren ingeval de aannemer failliet gaat schadeloos zal stellen door de woningen af te laten bouwen en de meerkosten hiervoor te betalen. Aan de afbouwwaarborg is een aantal voorwaarden verbonden. Ten eerste dat de eigenaren de verzekeraar machtigen om de gevolgen van de insolventie van de aannemer te regelen. Ten tweede dat de eigenaren hun vorderingen uit de aannemingsovereenkomst, uit de geleden schade, en de vorderingen op het depot of de vervangende zekerheid aan de verzekeraar cederen. Los daarvan voorziet ook de wet in beginsel in subrogatie van de verzekeraar.¹⁰

Daarnaast bepaalt de aannemingsovereenkomst dat als de opdrachtgevers gebruik maken van hun bijzondere opschortingsbevoegdheid uit art. 7:768 BW en 5% van de aanneemsom inhouden op de laatste termijn, de aannemer volgens de overeenkomst enkel een bankgarantie kan gebruiken als vervangende zekerheid in de zin van lid 3 van dat artikel. Volgens de aannemingsovereenkomst beoordeelt de notaris of de bankgarantie voldoet aan de eisen van de wet en aan de eisen uit de overeenkomst. De wet vereist een vervangende zekerheid om het in depot gestorte bedrag vrij te kunnen geven. Op grond van de aannemingsovereenkomst moet de bankgarantie worden afgegeven door een te goeder naam bekendstaande in Nederland gevestigde financiële instelling, moet de bankgarantie aanvangen per de datum van de oplevering van het privégedeelte en moet deze onvoorwaardelijk voortduren tot een van de beëindigingsgronden uit de aannemingsovereenkomst in werking treedt.

De opdrachtgevers hebben gebruik gemaakt van hun bevoegdheid uit hoofde van art. 7:768 BW. Tezamen hadden zij 10% van de aanneemsom in depot gestort bij de notaris, waarvan de

helft is uitbetaald aan de aannemer in de periode tussen december 2015 en februari 2016. De resterende 5% is overeenkomstig art. 7:768 BW, en in overeenstemming met de aannemingsovereenkomst, in het depot gebleven. Die 5% is vervangen door een bankgarantie op verzoek van de aannemer.

3.2 De bankgarantie

Tussen 16 en 18 december 2015 hebben medewerkers van de aannemer en van de notaris e-mailcontact gehad over de voorwaarden van de bankgarantie. De aannemer stelde in eerste instantie een termijn van drie maanden voor, waarop de notaris antwoordde dat deze een jaar diende te zijn. Daarop antwoordde de aannemer dat hij voornemens was de einddatum 1 juni 2016 te laten opnemen in de bankgarantie. Dit betrof een termijn van zes maanden. Op dezelfde dag mailde de aannemer zijn correspondentie met de notaris door aan de bank, met het verzoek de einddatum 1 juni 2016 op te nemen.

In de bankgarantie, gedateerd 18 december 2015, werd uiteindelijk de vervaldatum van 1 juni 2016 opgenomen. De bank stelde als voorwaarde voor de uitbetaling onder de bankgarantie dat zij een afschrift van een bindende beslissing in een procedure tussen de aannemer en de begunstigde, zijnde de woning-eigenaren of hun rechtsopvolger, zou ontvangen. Met andere woorden, de zekerheid kon slechts door de begunstigde worden ingeroepen als er voor 1 juni 2016 een bindende beslissing was gewezen in een procedure tussen aannemer en eigenaren over een nog te ontstaan conflict tussen hen. Daarmee waren de voorwaarden van de garantieovereenkomst stringenter dan de 5%-regeling uit art. 7:768 BW. Na de ontvangst van de bankgarantie heeft de notaris de 5% die in het depot was gestort aan de aannemer uitbetaald.

3.3 Faillissement aannemer

Op 15 april 2016 werd de aannemer failliet verklaard. Op dat moment was het gebouw nog niet afgebouwd, waarna op 22 april 2016 de curator liet weten dat de aannemer zijn verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst ook niet meer na zou komen. Op 28 april 2016 heeft Woningborg als rechtsopvolger van de eigenaren verzocht om de uitbetaling van de bankgarantie. Hieraan heeft de bank geen gevolg gegeven.

Omdat de depots waren vervangen door een niet-gelijkwaardige zekerheid kon de afbouwschade ter hoogte van € 419.650 niet meer worden verhaald, terwijl dat wel mogelijk zou zijn geweest met de 5%-depots dan wel met een gelijkwaardige zekerheid. Woningborg heeft op 10 februari 2017 per dagvaarding tegen zowel de bank als de notaris vorderingen ingesteld. Jegens de bank en de notaris vordert Woningborg hoofdelijke veroordeling om het bedrag ter hoogte van € 419.650 te betalen – gelijk aan de 5%-depots. Daarnaast vordert Woningborg jegens de bank een verklaring voor recht dat deze bij de afgifte van de bankgarantie onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de hierdoor ontstane schade, en een verklaring voor recht dat de notaris zijn zorgplicht heeft geschonden

⁸ Art. 7:768 lid 3 BW. De overeenkomst geeft niet aan of dit een rechterlijke of arbitrale uitspraak zou moeten zijn.

⁹ HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803, NJ 2022/26 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1804, NJ 2022/27 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

¹⁰ Art. 7:962 BW. Uit het arrest van het hof blijkt dat Woningborg is gesubrogeerd in de vorderingen van de appartements-eigenaren, zie Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:224, r.o. 3.2-3.4.

door de bankgarantie goed te keuren als vervangende zekerheid.

4 ABN AMRO/Woningborg: de zorgplicht van de bank

Volgens Woningborg had de bank op grond van haar zorgplicht moeten nagaan of de bankgarantie in overeenstemming was met art. 7:768 lid 3 BW.¹¹ Volgens ABN AMRO brengt de bijzondere zorgplicht echter niet met zich dat de bank de onderlinge rechtsverhouding tussen de begunstigde en de opdrachtgever (aannemer) hoeft te beoordelen en had zij derhalve niet hoeven te beoordelen of de bankgarantie overeenkomstig art. 7:768 lid 3 was gesteld. Het arrest draait om de vraag of de bank zorgvuldig genoeg heeft gehandeld bij het opstellen en afgeven van de bankgarantie met deze afroepvoorwaarden. Alvorens in te gaan op het oordeel van de Hoge Raad, zal de in dit arrest ter discussie staande materie worden behandeld. Vooropgesteld kan worden dat het in het onderhavige arrest gaat om een abstracte bankgarantie (zie par. 4.1). Hierover zijn verschillende arresten geweest, die met name zien op het afroepen van dergelijke garanties (zie par. 4.2). De overwegingen die daarin een rol hebben gespeeld, zijn ook van betekenis voor de opstelfase van de abstracte bankgarantie (zie par. 4.3). Het onderhavige arrest lijkt een interessante aanvulling te vormen op reeds bestaande overwegingen met betrekking tot de rol van de bank bij het opstellen van abstracte bankgaranties (zie par. 4.4).

4.1 De abstracte bankgarantie

De bankgarantie is een verbintenisrechtelijke zekerheidsfiguur die niet wettelijk is geregeld.¹² Zij bevat de verplichting voor de bank om een bepaald bedrag aan de begunstigde te betalen als aan de voorwaarden daarvoor is voldaan.¹³ Bij de bankgarantie zijn minstens drie partijen betrokken:

1. de opdrachtgever, in casu de aannemer;
2. de begunstigde ten behoeve van wie de bankgarantie wordt afgegeven, zijnde in casu de appartementseigenaren; en
3. de bank, die garant staat jegens de begunstigde voor de opdrachtgever.¹⁴

11 ABN AMRO stelde hier in de eerste plaats tegenover dat er geen subrogatie had plaatsgevonden en Woningborg derhalve niet de begunstigde van de bankgarantie was. Ook stelde ABN AMRO dat er geen sprake was van een causaal verband tussen tekortkoming en schade. De klachten dat er geen subrogatie zou hebben plaatsgevonden en er onvoldoende causaal verband zou zijn, zijn afgedaan met art. 81 Wet RO en zullen derhalve ook in dit stuk niet verder worden besproken.

12 P.C. Russcher, De abstracte bankgarantie in het burgerlijk recht, TvI 2018/18, par. 1.

13 Russcher 2018, par. 1.

14 Zie E.L.A. van Emden & E.A.L. van Emden, Bankgarantie (Recht en Praktijk nr. FR4), Deventer: Kluwer 2014, aant. 1.1. Zie voor een doorwrochte analyse van de bankgarantie als een driepartijenverhouding ook F.H.J. Mijnsen & J.M. Boll, De bankgarantie (preadviezen van de Vereniging 'Handelsrecht'), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, en over het abstracte karakter van de bankgarantie H.J. Pabbruwe, De betekenis van de onafhankelijke bankgarantie (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1983. Zie over de bankgarantie in internationaal verband R.I.V.F. Bertrams, Bank Guarantees in International Trade (vierde herziene druk), Den Haag: Kluwer Law International 2013.

Een gebruikelijke vorm van de bankgarantie is de abstracte bankgarantie. De onderlinge verhouding tussen de hoofdschuldenaar en de begunstigde is niet relevant voor de verplichting tot uitbetaling door de bank.¹⁵ De bank moet overgaan tot uitbetaling uit hoofde van de garantie als aan de in de garantie opgenomen voorwaarden is voldaan, ongeacht hetgeen tussen schuldenaar en begunstigde is voorgevallen, zoals bijvoorbeeld het intreden van opschortingsgronden tussen de partijen.¹⁶ Het feit dat slechts de voorwaarden van de garantie bepalend zijn voor de uitbetaling, wordt ook wel aangeduid met de term strikte conformiteit.¹⁷ Dit is onder andere bevestigd in het arrest Amstelpark, waarin de Hoge Raad heeft benadrukt dat de betalingsverplichting van de bank onafhankelijk is van de onderlinge rechtsverhouding.¹⁸ Of er sprake is van een abstracte bankgarantie, waarbij dus strikte conformiteit geldt, moet worden vastgesteld aan de hand van de Haviltex-maatstaf.¹⁹ In het onderhavige arrest lijken de partijen daarvan uit te gaan, althans de kwalificatie als abstracte bankgarantie is geen strijdpunt geweest.

4.2 Strikte conformiteit bij het afroepen van de bankgarantie

Het beginsel van strikte conformiteit brengt met zich dat de bank weinig ruimte heeft om de onderlinge relatie tussen opdrachtgever en begunstigde in beschouwing te nemen. De bank mag derhalve de uitbetaling niet weigeren als aan de voorwaarden van de bankgarantie is voldaan. Volgens Russcher bestaan er bij een abstracte bankgarantie slechts twee weigeringsgronden.²⁰

De eerste grond waarop de bank betaling moet weigeren, is als er niet precies aan de voorwaarden van betaling is voldaan. Dit ligt in het verlengde van de eis van strikte conformiteit.²¹ Dit is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest Gesnoteg/Mees Pierson, waarin de bank uitbetaling weigerde omdat niet was voldaan aan één van de afroepvoorwaarden. In plaats van de vereiste betekening van een vonnis door de deurwaarder was er sprake van een simpele toezending.²² De Hoge Raad haalt hiertoe aan dat

‘gelet op het karakter van een bankgarantie als de onderhavige en de functie die dergelijke garanties in het handelsverkeer vervullen en gelet op de positie van de bank die zowel de belangen van degene die de opdracht gaf tot het stellen van de garantie, als van degene te wiens gunste de garantie

15 Van Emden & Van Emden 2014, aant. 1.3.

16 HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1749, NJ 1995/639 m.nt. P. van Schilfgaarde (Gesnoteg/Mees Pierson).

17 Zie ook R.I.V.F. Bertrams & P.C. Russcher, Bankgaranties (Recht en Praktijk nr. CA24), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 89 e.v.

18 HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600 (Amstelpark).

19 HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2716, NJ 1998/892 (Haefner/ABN AMRO).

20 Russcher 2018.

21 Russcher 2018.

22 HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1749, NJ 1995/639 m.nt. P. van Schilfgaarde (Gesnoteg/Mees Pierson).

is gesteld, in het oog moet houden, een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden is'.²³

Deze overweging werd herhaald in de arresten *Anthea Yachting* en *Amstelpark*.²⁴

De tweede weigeringsgrond ten aanzien van de uitbetaling is gelegen in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in geval van kennelijk bedrog of kennelijke willekeur.²⁵ Daarvan is sprake als voor de bank zonder nader onderzoek duidelijk is dat er geen grondslag voor de betaling bestaat. Hierbij speelt de onderliggende rechtsverhouding wél een rol.²⁶

Het abstracte karakter van de bankgarantie brengt dus met zich dat de bank bij het afroepen door de begunstigde weinig ruimte heeft om betaling te weigeren en geen materiële beoordeling mag maken met betrekking tot de vraag of de onderlinge verhouding tussen partijen noopt tot weigering. In het onderhavige arrest staan echter niet de grenzen van de strikte conformiteit ter discussie, maar of de bankgarantie onder de gegeven omstandigheden met zulke stringente afroepvoorwaarden had mogen worden afgegeven. Aangezien de bankgarantie niet wettelijk is geregeld en jurisprudentie op dit punt schaars is, kunnen de onderliggende gedachten van de beperkte ruimte van de bank bij het afroepen evenwel als handvatten dienen bij de vraag welke rol de bank bij het afgeven van de bankgarantie hoort te vervullen.

4.3 De rol van de bank bij het afgeven van een abstracte bankgarantie

Als bij de uitbetaling van de abstracte bankgarantie in beginsel de onderlinge verhouding tussen partijen geen rol mag spelen, ligt het voor de hand dat dit in beginsel ook zo is bij het afgeven van de bankgarantie. Dat is ook hetgeen A-G De Bock voorstaat, gezien het feit dat zij in haar conclusie voor het onderhavige arrest schrijft:

‘Nu de bank in de afroepfase niet gehouden is om onderzoek te doen naar de onderliggende rechtsverhouding, ligt het ook niet in de rede dat de bank in de stelfase wél een dergelijke verplichting zou hebben.’²⁷

Toch onderschrijft de A-G dat er in bijzondere gevallen desniettemin redenen kan zijn om de onderlinge verhouding van partijen enige betekenis toe te kennen bij het opstellen van de

bankgarantie.²⁸ Deze overtuiging zijn ook Bertrams en Russcher toegegaan, uit wier geschriften twee typen omstandigheden volgen waarbij er in de opstelfase betekenis toe kan komen aan de verhouding tussen de opdrachtgever en de begunstigde.²⁹

Ten eerste de omstandigheid van evidente vergissingen en verschrijvingen.³⁰ Een voorbeeld hiervan is dat per abuis de verkeerde partijen worden genoemd, zoals gebeurde in de zaak *Freistaat Bayern/Rabobank*, die diende bij de rechtbank Amsterdam.³¹ Het betrof een bankgarantie die conform de instructies van de opdrachtgever was afgegeven, waarin de namen van twee partijen, Swets GmbH en Swets BV, waren verwisseld. Het betrof hier dus een fout bij het opstellen van de bankgarantie. Rustte er in dat geval een zorgplicht op de bank om na te gaan of de bankgarantie de juiste partijen betrof? De rechtbank oordeelde dat dit niet het geval was.³² Bertrams onderschrijft die conclusie met de kanttekening dat er wel een uiterst beperkte zorgplicht op de bank zou moeten rusten indien de fout kenbare omstandigheden betreft.³³ Wat als direct kenbare omstandigheid zou moeten kwalificeren, laat hij echter in het midden. Bertrams bespreekt in zijn noot onder deze uitspraak ook of het mogelijk zou moeten zijn om de bankgarantie uit te leggen conform de evidente partijbedoeling.³⁴ De uitlegregel van strikte conformiteit zou hier niet aan in de weg staan. Het gaat bij de uitleg van de bankgarantie immers om de bedoelingen van de opdrachtgever en de begunstigde, niet om die van de bank.³⁵ Het zijn ook deze partijen die de materiële voorwaarden van de bankgarantie, zoals de afroepvoorwaarden, overeenkomen.³⁶ Als zij beide zich evident hebben vergist, kan strikte conformiteit niet in de weg staan aan rectificatie. Daarnaast is de strikte conformiteit ingegeven door de aard en functie van de bankgarantie. Een uitleg die leidt tot

23 HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1749, NJ 1995/639 m.nt. P. van Schilfgaarde (Gesnoteg/Mees Pierson), r.o. 3.4.

24 HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778 (*Anthea Yachting/ABN AMRO*), r.o. 3.4.2; HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600 (*Amstelpark*), r.o. 4.2.1.

25 HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600 (*Amstelpark*), r.o. 4.2.2.

26 HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600 (*Amstelpark*), r.o. 4.2.1.

27 Zie concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2021:430, bij HR 3 december 2021, NJ 2022/26 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 5.15.

28 Zie concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2021:430, bij HR 3 december 2021, NJ 2022/26 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 5.16.

29 Russcher 2018; R.I.V.F. Bertrams, noot onder Rb. Amsterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1521, JOR 2016/249; R.I.V.F. Bertrams, noot onder Rb. Oost-Brabant 25 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6746, JOR 2016/51, punt 5.

30 Russcher 2018, par. 3.3.

31 Rb. Amsterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1521, JOR 2016/249.

32 Eiser baseerde zich op de mededelingsplicht uit Gesnoteg. Deze mededelingsplicht zag echter niet op de inhoud of interpretatie van de voorwaarden van een bankgarantie, maar op het feit dat de bank nadat de bankgarantie niet conform de eisen was afgeroepen, de begunstigde moest informeren over de afroepvoorwaarden.

33 R.I.V.F. Bertrams, noot onder Rb. Amsterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1521, JOR 2016/249, punt 2; zie ook R.I.V.F. Bertrams, Uitleg en herstel van vergissingen bij bankgaranties, FIP 2019, afl. 4, p. 33 e.v.

34 R.I.V.F. Bertrams, noot onder Rb. Amsterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1521, JOR 2016/249, punt 4.

35 R.I.V.F. Bertrams, noot onder Rb. Oost-Brabant 25 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6746, JOR 2016/51, punt 5.

36 R.I.V.F. Bertrams, noot onder Rb. Oost-Brabant 25 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6746, JOR 2016/51, punt 5.

een nutteloze bankgarantie, niet overeenstemmend met de partijbedoeling, zou aan die aard en functie geen recht doen.³⁷

Het tweede type omstandigheid waarbij de onderlinge partijverhouding bij het opstellen van de bankgarantie een rol kan spelen, is kennelijk bedrog of kennelijke willekeur.³⁸ Immers, als voor de bank in de opstelfase zonder nader onderzoek duidelijk is dat er geen grondslag voor de betaling bestaat, dan zou dit ook in de opstelfase reeds moeten leiden tot het weigeren van de bankgarantie.

4.4 ABN AMRO/Woningborg: bijzondere zorgplicht bij het opstellen van een bankgarantie?

In het onderhavige arrest is noch sprake van een evidente vergissing of verschrijving bij het opstellen van de bankgarantie, noch van kennelijk bedrog of willekeur. Toch concludeerde de Hoge Raad dat het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met het oordeel dat in deze specifieke omstandigheden de bank onvoldoende rekening had gehouden met de belangen van de begunstigde en daarmee onzorgvuldig heeft gehandeld.³⁹ Onbeantwoord blijft de vraag op welke grondslag dit oordeel is gestoeld.

Een reeks samenhangende omstandigheden heeft volgens de Hoge Raad geleid tot het oordeel dat de bank onzorgvuldig heeft gehandeld.⁴⁰ Het hof noemt in overweging 3.15:

- a. dat de bank bekend was met het feit dat de bankgarantie diende als vervangende zekerheid in de zin van art. 7:768 lid 3 BW en dat de 5%-depots zouden vrijvallen bij het afgeven van de bankgarantie;
- b. dat de bank een speciaal model hanteerde voor deze in art. 7:768 lid 3 BW genoemde vervangende zekerheid;
- c. dat de aannemer de bank had verzocht af te wijken van de in het model opgenomen vervaltermijn;
- d. dat de bank bekend was met de correspondentie tussen de aannemer en de notaris, waaruit bleek dat de notaris had gevraagd om een termijn van een jaar;
- e. dat uit het e-mailverkeer tussen de aannemer en de notaris niet bleek dat de notaris namens de eigenaren handelde, hij was immers projectnotaris en vervulde dus een zelfstandige rol;
- f. dat de notaris niet akkoord was gegaan met de termijn van een halfjaar;
- g. dat de bank redelijkerwijs kon weten dat het vrijwel onmogelijk zou zijn om de bankgarantie af te roepen, nu deze vereiste dat er tussen de partijen binnen een halfjaar een bindende beslissing werd gewezen;
- h. dat de bank wist dat de aannemer ten tijde van het afgeven van de bankgarantie in dusdanige betalingsproblemen ver-

keerde dat deze al was ondergebracht bij de afdeling bijzonder beheer; en

- i. dat de bank derhalve ook een eigen belang had bij het uitkeren van de 5%-depots aan de aannemer.

De Hoge Raad overweegt hiertoe dat in beginsel door de bank geen acht hoeft te worden geslagen op de onderliggende rechtsverhouding bij het afgeven van een abstracte bankgarantie, maar dat de bank onder bijzondere omstandigheden zich de voor haar kenbare belangen van de begunstigde moet aantrekken.⁴¹ Het had voor ABN AMRO duidelijk moeten zijn dat het vervalbeding niet strookte met de onderliggende rechtsverhouding, zodat zij de kenbare belangen van de eigenaren onvoldoende in het oog had gehouden door de bankgarantie onder deze voorwaarden toch af te geven.⁴²

Dit oordeel lijkt gegrond op een bijzondere zorgplicht, al wordt die term niet gebruikt.⁴³ Immers, volgens de Hoge Raad moet onder bijzondere omstandigheden door de bank acht worden geslagen op de voor haar kenbare belangen van de begunstigde.⁴⁴ Dat is niet los te zien van de bijzondere positie die de bank in dezen inneemt: zij is in de unieke gelegenheid om middels een bankgarantie (vervangende) zekerheid te verschaffen. Dit sluit aan bij haar bijzondere maatschappelijke functie en bovendien bezit de bank specifieke kennis en deskundigheid omtrent het verstrekken van bankgaranties. De maatschappelijke functie van de bank alsmede haar kennis en deskundigheid zijn de ratio achter de bijzondere zorgplicht van banken, die ook hier lijkt te worden aangenomen.⁴⁵ Dat een bijzondere zorgplicht in de opstelfase bestaat, lijkt ook de positie van A-G De Bock, mits het voor de bank direct kenbaar is dat de bankgarantie niet aansluit bij de onderliggende omstandigheden.⁴⁶ De bank treedt bij het afgeven van een bankgarantie immers niet slechts op om de belangen van de opdrachtgever te behartigen, maar ook voor degene ten wiens gunste de bankgarantie is gesteld.⁴⁷ De bank fungeert dus als een neutra-

41 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803 (ABN AMRO/Woningborg), r.o. 3.3.1.

42 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803 (ABN AMRO/Woningborg), r.o. 3.3.2.

43 Deze bijzondere zorgplicht vindt haar grondslag in de delictuele aansprakelijkheid van art. 6:162 BW als er wordt aangenomen dat de begunstigde een derde ten opzichte van de bank is. Zie in dat verband ook HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (AAB/Van den Berg) en Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611 (Footlocker). Gaat men ervan uit dat de relatie tussen bank en begunstigde moet worden gekwalificeerd als een eenzijdige overeenkomst, zoals Russcher 2018 in par. 2.3 schrijft, zal de zorgplicht voortvloeien uit een contractuele grondslag, zoals de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW), goed opdrachtnemerschap (art. 7:400 e.v. BW) en/of de algemene bankvoorwaarden (art. 2 ABV).

44 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803 (ABN AMRO/Woningborg), r.o. 3.3.2.

45 Zie ook I.P.M.J. Janssen, De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener jegens de niet-particuliere cliënt (Onderneming en Recht nr. 101), Wolters Kluwer 2017, par. 3.2.1.

46 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2021:430, bij HR 3 december 2021, NJ 2022/26 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 5.16.

47 Aldus Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:224, r.o. 3.14.

37 Vgl. *Simic v New South Wales Land and Housing Corporation*, 18 december 2015, [2015] NSWCA 413.

38 HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600 (Amstelpark), r.o. 4.2.2.

39 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803 (ABN AMRO/Woningborg), r.o. 3.3.2.

40 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803 (ABN AMRO/Woningborg), r.o. 3.2.2.

le tussenpersoon tussen de opdrachtgever en de begunstigde.⁴⁸ De hieruit volgende zorgplicht geldt volgens de A-G te meer indien de begunstigde een consument is.⁴⁹ Dat is in het onderhavige arrest het geval (geweest): ten tijde van het afgeven van de in art. 7:768 lid 3 BW genoemde vervangende zekerheid waren de begunstigden de (particuliere) woningeigenaren. Ook Tjong Tjin Tai meent dat het in dit arrest zou kunnen gaan om een bijzondere zorgplicht jegens derden.⁵⁰ Daarnaast benoemt hij in zijn noot bij dit arrest de rol van banken in het betalingsverkeer.⁵¹ Hieruit zou kunnen volgen dat banken correcte bankgaranties afgeven, die niet van dien aard zouden moeten zijn dat zij in feite nooit afgeroepen kunnen worden.⁵²

Maar wat houdt de bijzondere zorgplicht bij het afgeven van een bankgarantie dan precies in? Het arrest geeft schaarse handvatten, juist omdat de combinatie van omstandigheden zo specifiek is. Op grond van de overwegingen van hof en Hoge Raad kan niet worden geconcludeerd dat de bank bij het afgeven van vervangende zekerheid in de zin van art. 7:768 lid 3 BW altijd moet nagaan of het gaat om gelijkwaardige zekerheid. Ook kan niet worden geconcludeerd dat de bank geen bankgarantie mag afgeven ingeval de opdrachtgever in bijzonder beheer verkeert en de bank een zeker eigen belang heeft bij de uitbetaling van de 5%-depots. Van de vele omstandigheden lijkt nog het meest algemeen toepasselijk dat de bank geen garanties zou moeten afgeven die in de praktijk niet afroepbaar zijn. Dit komt immers niet overeen met de functie van de bankgarantie in het handelsverkeer, terwijl die functie een belangrijke rol lijkt te spelen in het construeren van de verplichtingen van de bank bij de uitbetaling van een abstracte bankgarantie.⁵³ Toch kan ook dat niet als een opzichzelfstaande regel uit het onderhavige arrest worden afgeleid, gezien de complexiteit en de samenhang van de omstandigheden die een rol hebben gespeeld. Wel verduidelijkt het dat er een bijzondere zorgplicht *kan* bestaan in de opstelfase van een bankgarantie, waarbij de kenbare belangen van de begunstigde in het oog moeten worden gehouden. Gezien de cumulatieve omstandigheden moet echter worden geconcludeerd dat de Hoge Raad die zorgplicht uiterst beperkt probeert te houden.

Het arrest ABN AMRO/Woningborg biedt derhalve op het eerste gezicht weinig handvatten voor toekomstige soortgelijke geschillen. Daar staat tegenover dat in de eerdere arresten over abstracte bankgaranties, Gesnoteg, Anthea Yachting en Amstelpark, de redelijkheid en billijkheid noopten tot mogelijke uitzonderingen op de toepassing van strikte conformiteit.⁵⁴ In deze arresten greep de Hoge Raad ook terug op de functie van de bankgaranties in het handelsverkeer, maar in het onderhavige arrest lijkt dat geen factor te zijn. De Hoge Raad lijkt het dus over een andere boeg te gooien, namelijk de zorgplicht. Dat sluit ook beter aan bij art. 7:768 BW, dat immers consumentenbescherming beoogt. Die zorgplicht heeft de Hoge Raad enerzijds beperkt ingekleed, waarmee de deur vrijwel lijkt te zijn gesloten voor verdere toekomstige zaken. Anderzijds kan het ontbreken van meer algemene handvatten voor het toepassen van die zorgplicht worden gezien als het wagenwijd openzetten van de deur voor toekomstige geschillen.

5 Notaris/Woningborg: de zorgplicht van de notaris

Het tweede arrest in het onderhavige geschil heeft betrekking op de verhouding tussen Woningborg en de notaris.⁵⁵ De notaris had een bankgarantie geaccepteerd als vervangende zekerheid in de zin van art. 7:768 lid 3 BW. Hij heeft dientengevolge de in depot gestorte 5% van de aanneemsom vrijgegeven. De bankgarantie die de notaris als vervangende zekerheid accepteerde, kende echter stringente beperkingen waaronder de bankgarantie kon worden afgeroepen, die het depot bij de notaris niet kende, namelijk een tussen partijen gewezen bindende uitspraak vóór de vervaltermijn van 1 juni 2016. Woningborg stelt in de procedure tegen de notaris dat deze zijn zorgplicht heeft geschonden door deze bankgarantie te accepteren en het depot vrij te geven. De rechtsvragen die centraal staan, zijn de volgende. Ten eerste wordt een antwoord gezocht op de vraag wat onder 'vervangende zekerheid' in de zin van art. 7:768 lid 3 BW moet worden verstaan (zie par. 5.1). Daarnaast is het de vraag of de notaris in strijd met zijn zorgplicht handelt wanneer hij een bankgarantie accepteert die niet als werkelijk vervangende zekerheid kan gelden, en in hoeverre de notaris moet toetsen of de bankgarantie als zodanig kan worden gekwalificeerd (zie par. 5.2).⁵⁶

48 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2021:430, bij HR 3 december 2021, NJ 2022/26 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 5.18.

49 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2021:430, bij HR 3 december 2021, NJ 2022/26 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 5.16.

50 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803, NJ 2022/26 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1804, NJ 2022/27 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 5.

51 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803, NJ 2022/26 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1804, NJ 2022/27 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 5.

52 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803, NJ 2022/26 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1804, NJ 2022/27 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 5.

53 HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1749, NJ 1995/639 m.nt. P. van Schilfgaarde (Gesnoteg/Mees Pierson), r.o. 3.4; HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778 (Anthea Yachting/ABN AMRO), r.o. 3.4.2; HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600 (Amstelpark), r.o. 4.2.1.

54 HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1749, NJ 1995/639 m.nt. P. van Schilfgaarde (Gesnoteg/Mees Pierson), r.o. 3.4-3.5; HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778 (Anthea Yachting/ABN AMRO), r.o. 3.4.2; HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600 (Amstelpark), r.o. 4.2.1-4.2.2.

55 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803 (Notaris/Woningborg).

56 De Hoge Raad gaat in de onderhavige zaak slechts in op onderdeel 2c, dat was gericht tegen de fout van de notaris om akkoord te gaan met de bankgarantie. De andere middelen konden op grond van art. 81 Wet RO niet tot cassatie leiden. Dit ging onder meer over de toepasselijkheid van de 5%-regeling bij de gemeenschappelijke delen van appartementsrechten en over het causaal verband en de schade. Deze onderdelen worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

5.1 Art. 7:768 lid 3 BW: vervangende zekerheid of gelijkwaardige zekerheid?

Conform art. 7:768 lid 3 BW kunnen de 5%-depots worden vrijgegeven indien de aannemer vervangende zekerheid stelt. De vraag is aan welke voorwaarden een zekerheidsstelling moet voldoen om te kwalificeren als vervangende zekerheid zoals bedoeld in dat artikel. Bij de invoering van titel 7.12 BW in 2003 is niet expliciet bepaald wat hieronder moet worden verstaan. De memorie van toelichting geeft de bankgarantie als voorbeeld, maar er worden geen voorwaarden gesteld waaraan de bankgarantie of een andere vervangende zekerheid zou moeten voldoen.⁵⁷ In de literatuur is langzaam aangenomen dat de vervangende zekerheid gelijkwaardig moet zijn aan het depot. Aan de consumentenbeschermende strekking van afdeling 7.12.2 BW wordt immers geen recht gedaan wanneer de particuliere opdrachtgever slechter af is met de vervangende zekerheid dan met de mogelijkheid die hem in art. 7:768 lid 3 BW wordt geboden om de 5% van de aanneemsom in depot bij de notaris te storten, zoals het geval is wanneer de vervangende zekerheid niet onder dezelfde voorwaarden kan worden ingeroepen als het depot.⁵⁸ Uit jurisprudentie van de Hoge Raad uit 2019 volgt dat bij het stellen van vervangende zekerheid de voorwaarden waaraan zekerheidsstelling op grond van art. 6:51 lid 2 BW moet voldoen, beslissend zijn voor de vraag of vrijgave van het depot gerechtvaardigd is.⁵⁹ Art. 6:51 BW is van toepassing wanneer de wet tot het stellen van zekerheid verplicht en wanneer een bepaald rechtsgevolg krachtens de wet slechts kan worden bereikt door zekerheid te stellen.⁶⁰ Als voorbeeld wordt regelmatig genoemd art. 6:55 BW, op grond waarvan een opschortingsrecht vervalt wanneer zekerheid wordt gesteld. In de literatuur wordt aangenomen dat het stellen van vervangende zekerheid als bedoeld in art. 7:768 lid 3 BW kan worden gezien als voorwaarde voor het intreden van enig rechtsgevolg.⁶¹ Dientengevolge dient de vervangende zekerheid, in casu *de bankgarantie*, te voldoen aan de in art. 6:51 lid 2 BW bedoelde voorwaarden. De gestelde voorwaarden zijn als volgt: de vordering waarvoor de vervangende zekerheid wordt gesteld, moet voldoende gedekt zijn en verhaal moet zonder moeite mogelijk zijn.⁶²

Met de invoering van titel 7.12 BW ontstond de praktijk om bankgaranties te stellen met een beperkte looptijd en de gestelde voorwaarde dat de bankgarantie eerst afroepbaar is nadat een bindende uitspraak tussen partijen over het geschil is ge-

wezen.⁶³ Deze nieuwe praktijk doet geen recht aan de consumentenbescherming die was beoogd bij de invoering van afdeling 7.12.2 BW. Dit was reden voor de wetgever om de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) te ontwerpen, waarin onder meer de term vervangende zekerheid van art. 7:768 lid 3 BW wordt verduidelijkt door deze te vervangen door 'een aan het depot gelijkwaardige zekerheid'.⁶⁴ De intentie van de wetwijziging lijkt dan ook niet het inhoudelijk veranderen van de regeling, maar het expliciteren van de al bestaande betekenis die aan de term toekomt.⁶⁵

Terug naar de uitspraak die in deze bijdrage centraal staat. De notaris verweerde zich tegen de vordering van Woningborg door aan te voeren dat de bankgarantie die hij had geaccepteerd in de praktijk gebruikelijk en naar de heersende opvatting geoorloofd was, zodat hij wel kon overgaan tot vrijgave van het depot. Vooropgesteld kan worden dat dit verweer, waarin de notaris zich beroept op de bestaande praktijk, geen hout snijdt, aangezien het simpele feit dat een handelwijze gebruikelijk is, geen betekenis heeft voor de rechtmatigheid van die handeling. Het hof oordeelde dan ook dat de notaris niet had gehandeld overeenkomstig wat een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris betaamt omdat op voorhand duidelijk was dat de bankgarantie niet met succes kon worden ingeroepen en derhalve niet als vervangende zekerheid kon kwalificeren.⁶⁶ De bankgarantie verliep immers al na zes maanden en vereiste bovendien een bindende uitspraak tussen partijen over het geschil. Het was praktisch gezien onmogelijk om binnen die zes maanden een bindende uitspraak te krijgen over een geschil dat überhaupt nog moest ontstaan.⁶⁷ De notaris stelde cassatieberoep in, maar de Hoge Raad bekrachtigde de uitspraak van het hof.⁶⁸ De 5%-regeling moet zo worden uitgelegd dat er slechts van vervangende zekerheid kan worden gesproken wanneer deze gelijkwaardig is aan het depot, wat inhoudt dat deze in dezelfde gevallen en onder dezelfde voorwaarden afroepbaar is. De zekerheid moet bovendien voldoen aan in art. 6:51 BW gestelde eisen. De Hoge Raad baseert zijn oordeel in navolging van A-G De Bock op de consumentenbeschermende strekking van afdeling 7.12.2 BW en verwijst bovendien naar de Wkb.⁶⁹ Hiermee bevestigt de Hoge Raad het-

57 Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 40 (MvT).

58 Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2017/186; A. Steneker, 95% duidelijkheid over de 5%-regeling, WPNR 2010, afl. 6862, p. 805.

59 HR 18 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1607 (International Strategies Group/Natwest Markets).

60 Art. 6:51 lid 1 BW. Zie onder meer Asser/Sieburgh 6-I 2012/269 en M.W. Scheltema, Nakoming (Mon. BW nr. B32a), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 27.

61 Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2017/186; Van der Beek, in: GS Bijzondere overeenkomsten, art. 7:768 BW, aant. 3.3.2.

62 Zie onder meer Asser/Sieburgh 6-I 2012/269, Koot, in: GS Verbintenisrecht, art. 6:51 BW, aant. 3 en Scheltema 2016, par. 27.

63 Zie onder meer Steneker 2010, p. 805 en de bijdrage van de KNB in de MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 39.

64 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 39 (MvT). De invoering van de Wkb is reeds meerdere keren uitgesteld om een verantwoorde invoering samen met de nieuwe Omgevingswet mogelijk te maken. Naar verwachting treedt deze wet eind 2022 of begin 2023 in.

65 Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1804, NJ 2022/27, par. 3.

66 Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:224, r.o. 3.8.

67 Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:224, r.o. 3.8.

68 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1804.

69 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1804, r.o. 3.2.1-3.2.2. Met de verwijzing naar de Wkb wordt niet op het nieuwe recht vooruitgelopen, omdat de nieuwe formulering van art. 7:768 lid 3 BW slechts de huidige opvattingen daarover bevestigt en het geen inhoudelijke wijziging behelst. Zie ook concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2021:430, bij HR 3 december 2021, NJ 2022/27 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 4.16.

geen in de literatuur reeds de heersende leer was voor wat betreft de uitleg van de term vervangende zekerheid in art. 7:768 lid 3 BW. Nog voor de daadwerkelijke invoering van de Wkb lijkt daarmee een einde te worden gemaakt aan de in de praktijk ontstane bankgarantie met de beperkende voorwaarden van een vervaltermijn en verplichte bindende uitspraak.

5.2 De zorgplicht van de notaris

Een tweede rechtsvraag die in het kader van de uitspraak van de Hoge Raad van 3 december 2021 kan worden gesteld, is de vraag of de notaris in strijd met zijn zorgplicht handelt wanneer hij een bankgarantie accepteert die onvoldoende zekerheid biedt. De Hoge Raad doet de onderdelen die zijn gericht tegen dit oordeel van het hof af met een verwijzing naar art. 81 Wet RO. De uitspraak van het gerechtshof Amsterdam van 28 januari 2020 is derhalve leidend.⁷⁰ In de literatuur wordt aangenomen dat de notaris in ieder geval dient te toetsen of de bankgarantie gelijkwaardig is aan het depot waarvoor deze als vervanging dient, en of de gestelde zekerheid voldoet aan de vereisten van art. 6:51 BW.⁷¹ Het hof oordeelde in het onderhavige arrest hetzelfde.⁷² De op de notaris rustende zorgplicht houdt in dat de notaris het depot slechts mag vrijgeven wanneer de bankgarantie voldeed aan de vereisten van art. 7:768 lid 3 jo. art. 6:51 BW. Doordat de notaris overging tot uitbetaling van het depot, terwijl op voorhand duidelijk was dat de bankgarantie geen gelijkwaardige zekerheid zou bieden, handelde de notaris niet overeenkomstig hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris betaamt. Dit is volgens het hof slechts anders wanneer de notaris de particuliere opdrachtgever heeft geïnformeerd over de bankgarantie en de opdrachtgever desondanks instemt met het vrijgeven van het depot.⁷³

Een bankgarantie kan dus niet zomaar worden aangemerkt als vervangende zekerheid als bedoeld in art. 7:768 lid 3 BW en de notaris heeft de taak om te controleren of hieraan inderdaad wordt voldaan. Hij mag immers slechts het depot vrijgeven wanneer een zekerheid wordt gesteld die daaraan gelijkwaardig is. Gaat hij over tot vrijgave van het depot zonder dat de bankgarantie (of een andere zekerheid) als gelijkwaardig aan het depot kan worden bestempeld, dan handelt hij niet overeenkomstig hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris betaamt. In beginsel heeft de notaris weliswaar een ministerieplicht, maar hij moet dienst weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van

hem verlangd wordt, leidt tot strijd met het recht.⁷⁴ A-G De Bock was hier duidelijk over naar aanleiding van het verweer van de notaris dat hij verplicht was om aan zijn ministerieplicht te voldoen. Volgens de notaris kon hij slechts dienst weigeren in de gevallen dat het vrijgeven van het depot in strijd met het recht of de openbare orde zou zijn, dan wel het vrijgeven van het depot een ongeoorloofd doel of gevolg zou hebben, of als de notaris daar in de gegeven omstandigheden reden toe zag na afweging van het belang van de aannemer tegen het belang van de opdrachtgevers.⁷⁵ Volgens de A-G bevat art. 7:768 lid 3 BW echter een duidelijke norm, die de notaris zonder discretionaire bevoegdheid of belangenafweging moet nakomen.⁷⁶ Komt de notaris de wettelijke norm niet na, dan riskeert hij zowel civielrechtelijke als tuchtrechtelijke aansprakelijkheid.⁷⁷

Het onderhavige arrest van de Hoge Raad, in samenhang met het arrest van het hof, benadrukt in ieder geval dat de notaris een actieve en onpartijdige rol heeft in zijn functie als projectnotaris bij het accepteren van bankgaranties in de zin van art. 7:768 lid 3 BW. De opdrachtgevers moeten op het handelen van de notaris kunnen vertrouwen, niet in het minst om de reden dat afdeling 2 van titel 7.12 BW een consumentenbeschermende strekking heeft.⁷⁸ Daarnaast leidt de beslissing van de Hoge Raad tot een uitgebreide onderzoeksplicht van de notaris om te controleren of de bankgarantie voldoet aan een aan het depot gelijkwaardige zekerheid. De bankgarantie die wordt afgegeven ter vervanging van het depot mag niet zomaar als vervangende zekerheid worden gekwalificeerd, maar moet daadwerkelijk gelijkwaardig zijn. De beslissing van de Hoge Raad en ook die van het gerechtshof Amsterdam lijken geen enkele ruimte te laten voor de notaris. Het hof noemt nog een enkele situatie waarin de notaris wel aan zijn zorgplicht zou voldoen wanneer hij een bankgarantie goedkeurt die niet onder dezelfde voorwaarden kan worden afgeroepen als het depot.⁷⁹ Dit zou het geval zijn wanneer de opdrachtgevers door de notaris uitdrukkelijk en volledig zijn geïnformeerd over de beperkende voorwaarden van de bankgarantie, maar wanneer zij desondanks instemmen met het uitbetalen van het depot. Deze onderzoeksplicht die op de notaris rust, komt boven op de onderzoeks- en waarschuwingplichten die de notaris erbij zal krijgen met de invoering van de Wkb. Onder meer de invoering van art. 7:765a BW levert een nieuwe onderzoeks- en

70 Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:224; zie ook J.R. Hoogendoorn, Drie rechtsvragen onder de paraplu van de 5%-regeling. Over onder andere bankgaranties, zekerheden, zorgplichten en subrogatie, TBR 2021/29, p. 221-232.

71 E.M. Bruggeman, De privaatrechtelijke aspecten, van het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen, TBR 2016/92, afl. 7, p. 712-714; W.G. Huijgen, Enige observaties vanuit het notariaat wat betreft Titel 7.12 BW, TBR 2018/135, afl. 9, p. 901; Van der Beek, in: T&C BW, art. 7:768 BW, aant. 3; W.W. Braat, De 5%-regeling: een praktische benadering, JBN 2010/49.

72 Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:224, r.o. 3.7.

73 Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:224, r.o. 3.7-3.10.

74 Art. 21 lid 1 en 2 Wna. Zie hierover in het algemeen J.C.H. Melis & B.C.M. Waaijer, De Notariswet, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 50-71.

75 Zie concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2021:1804, bij HR 3 december 2021, NJ 2022/27 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 4.18.

76 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2021:1804, bij HR 3 december 2021, NJ 2022/27 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, par. 4.19.

77 De notaris is tuchtrechtelijk aansprakelijk op grond van art. 93 Wna. Civielrechtelijk is de notaris aansprakelijk op grond van een toerekenbare tekortkoming in de met hem gesloten overeenkomst van opdracht, dan wel op grond van art. 6:162 BW.

78 Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1804, NJ 2022/27, par. 3.

79 Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:224, r.o. 3.10.

waarschuwingsplicht voor de notaris op.⁸⁰ Op grond van dit artikel heeft de aannemer de plicht de opdrachtgever de informeren over zijn opschortingsbevoegdheden, en het is aan de notaris te controleren of de aannemer hieraan voldoet.

6 Conclusie

Tezamen scheppen de besproken arresten meer duidelijkheid over hoe er in de praktijk invulling moet worden gegeven aan de vervangende zekerheid van art. 7:768 lid 3 BW en welke verantwoordelijkheid de betrokken partijen daarbij dragen. Ten eerste verduidelijkt het arrest Notaris/Woningborg dat vervangende zekerheid gelijkwaardige zekerheid betekent. Dat is, zoals gesignaleerd in paragraaf 5.1, geen verrassing. Deze opvatting heerste immers ook al in de literatuur, sluit aan bij de consumentenbeschermende strekking van het artikel en zal met de invoering van de Wkb ook in de wettekst verankerd worden. Op wie rust dan de verantwoordelijkheid om te onderzoeken dat de vervangende zekerheid ook daadwerkelijk gelijkwaardig is? In de twee arresten is geoordeeld dat zowel de notaris als de bank zijn zorgplichten heeft geschonden. Op het eerste gezicht zou men dus kunnen concluderen dat zij beide met deze verantwoordelijkheid belast zijn. Toch lijkt ons dat niet de juiste gevolgtrekking. In Notaris/Woningborg benadrukt de Hoge Raad de actieve en onpartijdige rol van de notaris bij het accepteren van vervangende zekerheid in de zin van art. 7:768 lid 3 BW. Op de notaris rust derhalve een onderzoeksplicht om de gelijkwaardigheid van de vervangende zekerheid te onderzoeken en deze niet te accepteren als hiermee afbreuk wordt gedaan aan de bescherming die art. 7:768 BW biedt. Ondanks dat deze zorgplicht aansluit bij de taak die de wetgever bij de notaris neerlegt, zal het voor de notaris het nodige werk met zich brengen om na te gaan of de voorwaarden van de bankgarantie overeenkomen met de 5%-zekerheid. De zorgplicht die op de notaris rust, is concreter en zwaarder dan de zorgplicht die in ABN AMRO/Woningborg op de bank rust. In ABN AMRO/Woningborg wordt voor de bank geen algemene zorgplicht tot het vaststellen van de gelijkwaardigheid aangenomen, maar slechts dat de bank onder deze zeer bijzondere en met elkaar samenhangende omstandigheden onzorgvuldig jegens de begunstigde heeft gehandeld. Er kan dan ook niet worden geconcludeerd dat er in beginsel op zowel de notaris als de bank de plicht rust om na te gaan of de vervangende zekerheid gelijkwaardig aan de 5%-depots is. Sterker nog, ons inziens kan worden aangenomen dat deze plicht in beginsel enkel op de notaris rust.

⁸⁰ Huijgen 2018, p. 901.