



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De rol van de notaris bij het stellen van een bankgarantie als vervangende zekerheid

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

Citation

Michels, M., & Ohnesorge, L. G. L. (2022). De rol van de notaris bij het stellen van een bankgarantie als vervangende zekerheid. *Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2022(7/8), 7-10. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513638>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513638>

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

30. De rol van de notaris bij het stellen van een bankgarantie als vervangende zekerheid

M. MICHELS EN L.G.L. OHNESORGE

Op 3 december 2021 deed de Hoge Raad in twee op elkaar volgende arresten uitspraak over de vervangende zekerheid voor het 5%-depot uit art. 7:768 BW en in het bijzonder over de rol van de notaris en de rol van de bank in die context. In het conflict dat aan de uitspraken ten grondslag lag, had de notaris vervangende zekerheid middels een bankgarantie geaccepteerd voor de 5% van de aanneemsom die zoals bedoeld in art. 7:768 lid 3 BW in depot bij de notaris was gestort. In deze bijdrage kijken we naar wat onder *vervangende zekerheid* wordt verstaan en welke rol de notaris heeft bij het toetsen van een aangeboden vervangende zekerheid.

1. De 5%-regeling van art. 7:768 BW

Art. 7:768 BW bevat een bijzonder opschortingsrecht dat strekt ter bescherming van particuliere opdrachtgevers die buiten de uitoefening van een beroep of bedrijf een woning laten bouwen en hiertoe een overeenkomst met een aannemer aangaan. De opdrachtgevers hebben het recht om 5% van de aanneemsom in te houden op de laatste termijn(en) en dit bedrag bij een notaris in depot te storten. In beginsel betaalt de notaris het bedrag uit aan de aannemer nadat drie maanden na de oplevering zijn verstreken. Het opschortingsrecht uit art. 7:768 BW dient hiermee als zekerheid voor de oplevering van de woning en ten behoeve van het herstel van de gebreken die kort na de oplevering worden geconstateerd. De uitbetaling van het depot kan definitief worden geweigerd als nakoming blijvend onmogelijk is, bijvoorbeeld door een tekort aan grondstoffen (*Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 38-39 (MvT)*).

Art. 7:768 lid 3 BW bevat de mogelijkheid om het depot binnen de drie maanden te beëindigen, ofwel omdat er een bindende uitspraak tussen partijen is geweest waaruit blijkt dat het depot niet (langer) gerechtvaardigd is, ofwel omdat de aannemer vervangende zekerheid heeft verschaft. Ingevolge art. 6:51 lid 2 BW moet de aangeboden zekerheid zodanig zijn dat de vordering en de eventueel daarop vallende rente en kosten zonder moeite verhaald kunnen worden. Dat kan bijvoorbeeld door het stellen van een bankgarantie ter hoogte van het bedrag in depot.

2. De feiten

In 2013 heeft een groep particuliere eigenaren opdracht gegeven tot het verbouwen van een kantoorpand tot woningen. Zij zijn tevens een garantieregeling overeenge-

komen inhoudende dat de verzekeraar Woningborg hen schadeloos zal stellen door de woningen af te laten bouwen ingeval de aannemer failliet gaat. In dat geval is Woningborg gemachtigd om de gevolgen van het faillissement namens de eigenaren te regelen en cederen de eigenaren de uit de overeenkomst met de opdrachtnemer (aannemer) voortvloeiende (schade)vorderingen aan de verzekeraar. Daarnaast voorziet de wet in art. 7:962 BW in subrogatie van de verzekeraar als deze de schade van de verzekerde vergoedt.

De eigenaren hebben gebruik gemaakt van de bevoegdheid uit art. 7:768 BW en hebben 5% van de aanneemsom bij de notaris in depot gestort. De aannemer heeft hiervoor vervangende zekerheid gesteld middels een bankgarantie die op 18 december 2015 is verstrekt door ABN AMRO. De bankgarantie vervalt op 1 juni 2016. De voorwaarde voor het inroepen van de bankgarantie was een afschrift van een bindende beslissing in een procedure tussen de aannemer en de eigenaren. Hoewel de notaris vanwege de korte vervalttermijn die was opgenomen in de bankgarantie aanvankelijk niet akkoord ging, heeft hij uiteindelijk de bankgarantie geaccepteerd en heeft de 5% van de aanneemsom die onder hem in depot berustte uitbetaald aan de aannemer. De aannemer is kort nadien, op 16 april 2016, failliet verklaard. Op 28 april 2016 heeft Woningborg geprobeerd de bankgarantie in te roepen maar de bank heeft hier geen gevolg aan gegeven. Op 10 februari 2017 heeft Woningborg zowel de notaris als de bank gedagvaard.

Ten aanzien van de notaris vordert Woningborg (i) een verklaring voor recht dat de notaris zijn zorgplicht jegens de appartementseigenaren en/of Woningborg heeft geschonden door een bankgarantie met een dusdanig korte

vervaltermijn te accepteren en (ii) een veroordeling van de notaris om aan Woningborg de door haar geleden schade ter hoogte van € 419.650 te betalen. Dit geschil leidt onder meer tot de volgende twee rechtsvragen: 1) wat moet onder vervangende zekerheid als bedoeld in art. 7:768 lid 3 BW worden verstaan en 2) handelt de notaris in strijd met zijn zorgplicht als hij een bankgarantie accepteert die wellicht niet als vervangende zekerheid kan gelden? Van de bank vordert Woningborg (i) een verklaring voor recht dat ABN AMRO bij de afgifte van de bankgarantie met een einddatum van 1 juni 2016 onrechtmatig jegens de appartementseigenaren/Woningborg heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de schade die hiervan het gevolg was en (ii) veroordeling van ABN AMRO om aan Woningborg de door haar geleden schade ter hoogte van € 419.650 te betalen. Dit leidt tot de vraag in hoeverre de bank acht had moeten slaan op de onderlinge verhouding tussen de partijen bij het afgeven van de bankgarantie.

3. De beslissing in notaris/Woningborg

In eerste aanleg wijst de rechtbank de vorderingen van Woningborg tegen zowel de notaris als tegen de bank af (Rechtbank Amsterdam 23 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:10105). In hoger beroep wijst het Hof Amsterdam beide vorderingen van Woningborg daarentegen toe (Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:224). De notaris had volgens het oordeel van het hof het depot niet vrij mogen geven, omdat de bankgarantie gezien de gestelde voorwaarden niet kon worden gekwalificeerd als vervangende zekerheid. Voor de beantwoording van de vraag of de bankgarantie als vervangende zekerheid als bedoeld in art. 7:768 lid 3 BW kan dienen, haalde het hof art. 6:51 BW aan. Uit dit artikel vloeit voort waaraan een aangeboden zekerheid moet voldoen als deze wordt gesteld als voorwaarde voor het intreden van enig rechtsgevolg, zoals in dit geval het uitbetalen van het depot. Ingevolge art. 6:51 lid 2 BW moet de aangeboden zekerheid van dien aard zijn dat de vordering en de daarop vallende rente en kosten worden gedekt en de schuldeiser zonder moeite verhaal kan nemen. In de onderhavige zaak had de bankgarantie een looptijd van nog geen zes maanden en was voor de uitbetaling van de bankgarantie een bindende beslissing tussen partijen vereist. Feitelijk betekende dit dat het invoeren van de bankgarantie onmogelijk was. Op het moment dat de bankgarantie werd verleend bestond immers nog geen conflict tussen de aannemer en de eigenaren. Nadat de aannemer failliede op 16 april 2016, restte slechts anderhalve maand om tot een bindende beslissing te komen. Volgens het hof was het onder deze voorwaarden bij voorbaat duidelijk dat het vrijwel ondenkbaar was dat de bankgarantie met succes zou kunnen worden ingeroepen. De bankgarantie voldeed derhalve niet aan art. 7:768 lid 3 jo. art. 6:51 lid 2 BW. Door het depot vrij te geven terwijl de bankgarantie geen vervangende zekerheid bood, handelde de notaris niet overeenkomstig hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris betaamt en

handelde hij tevens in strijd met zijn in art. 7:768 lid 3 BW neergelegde wettelijke plicht.

Tegen de uitspraak van het hof stelde de notaris cassatieberoep in. De Hoge Raad ging slechts in op de klacht tegen het oordeel van het hof dat de bankgarantie niet als vervangende zekerheid kon gelden in de zin van art. 7:768 lid 3 BW. De andere klachten werden afgedaan op grond van art. 81 RO. De notaris voerde in cassatie aan dat het hof ten onrechte had geoordeeld dat de bankgarantie met bijbehorende voorwaarden zoals die door de aannemer was geboden niet als vervangende zekerheid kan worden aangemerkt. Ten tijde van het handelen van de notaris in 2015 zou een bankgarantie met een beperkte looptijd en het stellen van een bindende beslissing als voorwaarde voor het invoeren van de bankgarantie in de praktijk gebruikelijk en naar de heersende rechtsopvatting geoorloofd zijn. De Hoge Raad overwoog als volgt:

‘3.2.1 [...] Art. 7:768 lid 3 BW bepaalt onder meer dat de notaris het in depot gestorte bedrag in de macht van de aannemer brengt voor zover de aannemer vervangende zekerheid stelt. Het stellen van vervangende zekerheid is dan dus een voorwaarde voor de betaling aan de aannemer van het in depot gestorte bedrag. Dit betekent dat op grond van art. 6:51 leden 1 en 2 BW de aangeboden zekerheid zodanig moet zijn dat de vordering en, zo daartoe gronden zijn, de daarop vallende rente en kosten behoorlijk gedekt zijn en dat de schuldeiser daarop zonder moeite verhaal zal kunnen nemen.

3.2.2 Mede gelet op de consumentenbeschermende strekking van art. 7:768 BW moet art. 7:768 lid 3 BW in verband met art. 6:51 lid 2 BW zo worden uitgelegd dat alleen dan sprake is van vervangende zekerheid indien de aangeboden zekerheid gelijkwaardig is aan het depot. Wanneer de zekerheid bestaat in een bankgarantie, betekent dit dat de bankgarantie in dezelfde gevallen en onder dezelfde voorwaarden inroepbaar moet zijn als het depot.

Deze uitleg strookt ook met de totstandkomingsgeschiedenis van de (nog niet in werking getreden) Wet kwaliteitsborging voor het bouwen. Met de inwerkingtreding van deze wet zal het begrip ‘vervangende zekerheid’ in art. 7:768 lid 3 BW (art. 7:768 lid 4 (nieuw) BW) worden vervangen door het begrip ‘een aan het depot gelijkwaardige zekerheid’. Uit de totstandkomingsgeschiedenis volgt dat met deze aanpassing geen inhoudelijke wijziging is beoogd, maar de verduidelijking dat de vervangende zekerheid een gelijke mate van zekerheid moet bieden als het depot.’

4. Intermezzo: ABN AMRO/Woningborg

Woningborg dagvaardde naast de notaris ook de bank omdat zij de mening was toegedaan dat de bank had moeten nagaan of de garantie vervangende zekerheid verschafte in de zin van art. 7:768 lid 3 BW. Het betrof een abstracte bankgarantie, waarbij in beginsel de onderlinge verhouding

tussen de schuldenaar (de aannemer) en de begunstigde (de appartementseigenaren) niet relevant is voor de verplichting tot uitbetaling die op de bank rust (zie onder meer HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1749, *NJ* 1995/639 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Gesnoteg/Mees Pierson*)). In het onderhavige geschil was de vraag of de onderlinge verhouding tussen partijen wel een rol zou moeten spelen bij het afgeven van de bankgarantie, dus in de opstelfase van de bankgarantie. A-G De Bock overwoog hiertoe het volgende: ‘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’ (A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:430, par. 5.15). Desalniettemin zou er volgens de A-G in bijzondere gevallen reden kunnen zijn om aan de onderlinge verhouding enige betekenis toe te kennen (par. 5.16). De Hoge Raad overwoog hieromtrent – in lijn met de A-G – dat de bank in beginsel geen acht hoeft te slaan op de onderlinge rechtsverhouding tussen partijen bij het afgeven van een abstracte bankgarantie. Er kunnen echter omstandigheden zijn die ertoe nopen dat de bank zich de voor haar kenbare belangen van de betrokken partijen toch moet aantrekken (HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1803, r.o. 3.3.1).

In het onderhavige geval was er volgens de Hoge Raad sprake van een reeks samenhangende omstandigheden op grond waarvan het voor de bank duidelijk had moeten zijn dat het vervalbeding niet strookte met de onderlinge rechtsverhouding en had de bank zich van deze voor haar kenbare belangen rekenschap moeten geven. De Hoge Raad verwijst naar de uitgebreide lijst met omstandigheden in overweging 3.15 van de uitspraak van het hof. Enkele relevante omstandigheden zijn 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;
- de notaris niet akkoord was gegaan met de vervalttermijn van een half jaar;
- de bank redelijkerwijs kon weten dat het vrijwel onmogelijk zou zijn de bankgarantie in te roepen gezien de strenge voorwaarden;
- de bank wist van de betalingsproblemen van de opdrachtnemer die bij de bank in bijzonder beheer was ondergebracht en derhalve een eigen belang had bij het uitkeren van de 5%-depots aan de aannemer.

Gezien deze omstandigheden had de bank de kenbare belangen van de begunstigde onvoldoende in het oog gehouden en onzorgvuldig gehandeld door de bankgarantie onder dusdanig strenge voorwaarden af te geven dat het vrijwel onmogelijk zou zijn om deze in te roepen.

5. Commentaar

Ten aanzien van de vraag wat onder ‘vervangende zekerheid’ moet worden verstaan, bevestigt de Hoge Raad in de uitspraak tegen de notaris dat art. 6:51 lid 2 BW van toepassing is op de vervangende zekerheid als bedoeld in

art. 7:768 lid 3 BW. Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat een aangeboden zekerheid slechts kan leiden tot vrijgave van het depot als deze daaraan gelijkwaardig is. Hiermee bevestigt de Hoge Raad de in de literatuur bestaande opvatting. Gezien het consumentenbeschermende oogmerk van Afdeling 7.12.2 BW, zou het onaannemelijk zijn dat het volgens art. 7:768 lid 3 BW is toegestaan dat de consument slechter af zou zijn wanneer er vervangende zekerheid wordt verstrekt dan met het storten en aanhouden van de 5% van de aanneemsom in depot bij de notaris (zie onder meer *Asser/Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2017/186 en A. Steneker, *WPNR* 2010/6862, p. 805). De Hoge Raad voegt met deze uitspraak hieraan toe dat aangeboden zekerheid gelijkwaardig aan het depot is als deze in dezelfde gevallen en onder dezelfde voorwaarden inroepbaar is.

De Hoge Raad sluit met dit oordeel aan bij de nog in te voeren Wet kwaliteitsborging voor het bouwen. Het wetsvoorstel bevat onder andere de wijziging van de term ‘vervangende zekerheid’ in ‘een aan het depot gelijkwaardige zekerheid’. Een inhoudelijke verandering van de regeling wordt niet beoogd, maar wel het verduidelijken van de al bestaande betekenis die aan de term toekomt (*Kamerstukken II* 2015/16, 34453, nr. 3, p. 39 (MvT)). Een reden voor de wetgever om deze aanpassing voor te stellen was de praktijk van bankgaranties met strikte voorwaarden, zoals in de onderhavige zaak het geval was (zie hierover onder meer de bijdrage van de KNB vermeld in de Memorie van Toelichting). Door deze uitspraak van de Hoge Raad is al voor de invoering van de Wet kwaliteitsborging duidelijk dat de term ‘vervangende zekerheid’ betekent ‘een aan het depot gelijkwaardige zekerheid’.

De vervolgvraag is wat de rol van de notaris is bij het toetsen van een bankgarantie. Schendt de notaris een zorgplicht als hij het depot uitkeert, terwijl de zekerheid niet gelijkwaardig is? De Hoge Raad doet de klachten die hiertegen zijn gericht af op grond van art. 81 RO, zodat de uitspraak van het Hof Amsterdam leidend is. Ook met de beantwoording van deze rechtsvraag wordt aangesloten bij een reeds in de literatuur bestaande opvatting. Volgens deze opvatting dient de notaris te toetsen of de gestelde zekerheid gelijkwaardig is aan het depot en of de gestelde zekerheid voldoet aan de vereisten van art. 6:51 lid 2 BW (zie onder meer E.M. Bruggeman, *TBR* 2016/92, afl. 7, W.G. Huijgen *TBR* 2018/135, afl. 9 en W.W. Braat, *JBN* 2010/49). Het hof oordeelt in lijn met deze opvatting dat de op de notaris rustende zorgplicht inhoudt dat de notaris het depot slechts mag vrijgeven wanneer de bankgarantie gelijkwaardig is aan het depot. Gaat de notaris over tot vrijgave van het depot zonder dat de bankgarantie als gelijkwaardig aan het depot kan worden bestempeld, dan handelt hij niet overeenkomstig hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris betaamt. Bovendien handelt hij dan ook in strijd met de wettelijke plicht die voortvloeit uit art. 7:768 lid 3 BW. A-G De Bock is hierover in haar conclusie eveneens duidelijk. Art. 7:768 lid 3 BW geeft volgens de A-G een duidelijke wettelijke plicht waaraan de notaris

dient te voldoen en waarbij aan de notaris geen discretionaire bevoegdheid toekomt en waarbij geen ruimte is voor een belangenafweging.

De notaris komt derhalve een actieve en onpartijdige rol toe, waarop de consument als opdrachtgever en als beschermde partij moet kunnen vertrouwen. Deze uitspraak leidt ertoe dat de notaris een belangrijke onderzoeksplicht heeft. Hij moet toetsen of de bankgarantie *gelijkwaardig* is aan het depot en zo niet, dan mag hij niet overgaan tot uitbetaling van het depot aan de aannemer. Er lijkt weinig ruimte te worden gelaten voor de notaris om een belangenafweging te maken. Er geldt op grond van de uitspraak van het hof in de zaak Notaris/Woningborg slechts één uitzondering, namelijk wanneer de notaris duidelijk maakt aan partijen dat de gestelde bankgarantie niet gelijkwaardig is, maar partijen toch instemmen met de uitbetaling aan de aannemer. De notaris mag dan alsnog overgaan tot vrijgave van

het depot, maar de onderzoeksplicht geldt dan onverkort. De notaris moet namelijk alsnog de bankgarantie hebben onderzocht om partijen ervan op de hoogte te kunnen stellen dat deze niet gelijkwaardig is. Het verschil is dat dan uitbetalen aan de aannemer wel is toegestaan. Een dergelijke onderzoeksplicht rust in beginsel niet op de partij die de garantie verstrekt.

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

Over de auteurs

M. Michels

PhD-fellow notarieel recht, Universiteit Leiden

L.G.L. Ohnesorge

PhD-fellow Financieel recht, Universiteit Leiden.