

De Kwaliteitsrekening

Een voorstel tot een algemene wettelijke regeling.

Universiteit van Tilburg
Doctoraalscriptie Nederlands Recht

H.J.M. Smelt

De Kwaliteitsrekening

Een voorstel tot een algemene wettelijke regeling.

Universiteit van Tilburg
Doctoraalscriptie Nederlands Recht
Privaatrechtelijke afstudeerrichting

Naam:	H.J.M. Smelt
Anr:	452548
Afstudeerdatum:	15 december 2005
Examencommissie:	Prof. mr. R.D. Vriesendorp Mr. M.J. van Laarhoven (scriptiebegeleidster) Mr. R.J. van Doornmalen

Love of certainty is a demand for guarantees in advance of action.

J. Dewey, Human nature and conduct (1922).

Voorwoord

Deze scriptie vormt voor mij de afsluiting van de deeltijdstudie Nederlands Recht aan de Universiteit van Tilburg. In september 2001 ben ik deze studie Nederlands Recht begonnen naast mijn reguliere baan als account manager. Dit was soms een flinke opgave, om na een dag gewerkt te hebben 's avonds plaats te nemen in de collegebanken. Ondanks dit heb ik met veel plezier aan de universiteit van Tilburg gestudeerd.

Zij die in een commerciële functie geconfronteerd worden met aanbetalen of vooruitbetalingen, hebben wellicht ervaren dat bij een faillissement, de bedragen van deze betalingen mee het faillissement ingaan. Vele zullen het met mij eens zijn dat dit op eerste gezicht onrechtvaardig lijkt. Ik hoop dan ook dat deze bijdrage tot vergroting van het inzicht in de figuur van de kwaliteitsrekening mede zal leiden tot een wettelijke regeling hiervoor.

Een woord van dank is op zijn plaats voor mevrouw Maaïke van Laarhoven, die de gehele tekst kritisch heeft doorgenomen en tal van nuttige adviezen heeft gegeven en voor de algehele begeleiding van mijn afstuderen. Eveneens is dank verschuldigd aan de heer Toine Theijs voor de ontvangen hulp bij de totstandkoming van deze scriptie. Niet onvermeld mogen blijven mijn vriendin en familie voor hun steun en geduld.

H.J.M. Smelt

Eindhoven, november 2005.

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	4
Inhoudsopgave	5
Lijst van gebruikte afkortingen	7
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	8
1.1 Aanleiding.....	8
1.2 Probleemstelling/ Afbakening	9
1.3 Plan van aanpak	9
1.4 Opbouw scriptie.....	10
Hoofdstuk 2 De vragen over de kwaliteitsrekening.....	11
2.1 Inleiding	11
2.1.1 Wat is een kwaliteitsrekening.....	12
2.1.2 Het doel van de kwaliteitsrekening	13
2.1.3 Slis-Stroom arrest	15
2.2 De gerezen vragen over de kwaliteitsrekening	16
2.2.1 Eerste categorie	17
2.2.1.1 Wie kan een kwaliteitsrekening aanhouden?	17
2.2.1.2 Bijzondere of algemene kwaliteitsrekening	23
2.2.2 De tweede categorie.....	25
2.2.2.1 Wie is de rechthebbende: de rekeninghouder of de belanghebbenden.....	25
2.2.2.2 De rekeninghouder/tussenpersoon als rechthebbende.....	25
2.2.2.3 De belanghebbenden als rechthebbenden.....	27
2.2.2.4 De kwaliteitsrekening: een afgescheiden vermogen?	29
2.2.2.5 De trust als kwaliteitsrekening	32
2.3 Afsluiting	34
Hoofdstuk 3 De wettelijke kwaliteitsrekening	35
3.1 Notariële kwaliteitsrekening	35
3.1.1 Art. 25 Wn	36
3.1.2 De kritiek op art. 25 Wn	43
3.1.3 Het Koren q.q./Moulijn arrest.....	46
3.1.3.1 Kritiek op het Koren q.q./Moulijn arrest.....	48
3.2 De Stichting Derdengelden	50
3.2.1 Art. 3 boekhoudverordening 1998: Een Stichting Derdengelden.....	50
3.2.2 Stichting Derdengelden: beslag of faillissement	53
3.2.3 Is de Stichting derdengelden wel een oplossing?	53
3.3 Afsluiting	54
Hoofdstuk 4 Een voorstel voor een wettelijke regeling.....	56
4.1 Waarom een wettelijke regeling wenselijk is.	56
4.2 Een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening	60
4.2.1 Een voorstel	60
4.2.1.1 Wie is rechthebbende op de gekweekte rente?.....	67
4.2.1.2 Misbruik van de regeling wat dan?	68
4.2.1.3 Wet op de notarisambt	69
4.2.2 Kritiek op het voorstel	70
4.3 De mogelijke alternatieven.	70
4.4 Afsluiting	71
Literatuurlijst	73
Jurisprudentie.....	76
Kamerstukken	76

Bijlage 1 Art. 25 Wn	77
Bijlage 2 Art. 3 Boekhoudverordening 1998 van de Nederlandse Orde van Advocaten .	79

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
Bb	Nieuwsbrief bedrijfsjuridische berichten
BW	Burgerlijk Wetboek
concl.	conclusie
Curs.	cursivering
D	Digesten
e.a.	en andere(n)
e.v.	en volgende
Fw	Faillissementswet
Inv.	Invoering
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
nr.	nummer(s)
m.nt.	met noot
p.	pagina
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek
pr.	principium
q.q.	qualitate qua
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TvP	Tijdschrift voor privaatrecht
TvI	Tijdschrift voor insolventierecht
V&O	Vennootschap & Onderneming
WED	Wet op de economische delicten
Wid	Wet identificatie bij dienstverlening
Wn	Wet op het notarisambt
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
Wtk 1992	Wet toezicht kredietwezen 1992

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Het onderwerp van deze scriptie is de kwaliteitsrekening. In de tijd van de Romeinen bestond al een interessante theorie over de debiteur die zich van zijn schuld wilde kwijten, hij had twee mogelijkheden.¹ Hij stelde het geld voor de betaling ter hand aan een dispensator van de crediteur met de bedoeling dat deze het geld overhandigde aan de crediteur.² Een andere mogelijkheid die de debiteur had bestond eruit dat hij het geld betaalde aan de dispensator met het oogmerk dat deze vervolgens uit zijn eigen vermogen net zoveel geld aan de crediteur zou betalen.³

Een kwaliteitsrekening is een rekening die door een derde in eigen naam bij een bank wordt aangehouden onder de vermelding van zijn hoedanigheid als beheerder ten behoeve van een of meer belanghebbenden.⁴ Waarom dit onderwerp? Enige jaren geleden toen ik het vak Goederenrecht volgende kreeg ik te maken met het Procall arrest.⁵ Ik achtte de uitkomst van het arrest op gespannen voet staan met de rechtvaardigheid en nog steeds vind ik de uitkomst onbillijk.⁶ Mijns inziens was hier wel degelijk sprake van een kwaliteitsrekening waarop de patiënten het verschuldigde bedrag aan het ziekenhuis betaalden.⁷ De rekening die Procall gebruikte voor het Beatrix Ziekenhuis was ook alleen bestemd voor de bedragen die de patiënten aan het Beatrix Ziekenhuis verschuldigd waren. Bij het lezen van het Procall arrest werd mijn interesse gewekt voor het fenomeen van de kwaliteitsrekening. Nu het moment gekomen is om de studie Nederlands Recht af te ronden met een scriptie zocht ik een goederenrechtelijk onderwerp dat grensvlakken heeft met het verbintenissenrecht en mijn oog viel hierbij toen op de kwaliteitsrekening uit het Procall arrest.

Deze scriptie ben ik gaan schrijven vanuit de opvatting dat ik het niet eens ben met de uitspraak in het Procall arrest. In het arrest heeft de Hoge Raad de buitenwettelijke ontwikkeling van de kwaliteitsrekening doen beëindigen. Mijns inziens kan de kwaliteitsrekening een belangrijke behoefte vervullen in het Nederlandse vermogensrecht. De Hoge Raad heeft in het Slis-Stroom arrest⁸ de figuur van de kwaliteitsrekening erkend en heeft een obiter dictum gegeven om er voor te zorgen dat bij een onroerendgoedtransactie de koopsom voortaan niet meer in de failliete boedel van de notaris terecht kan komen. Naar aanleiding van dit arrest heeft de wetgever een wettelijke regeling voor de kwaliteitsrekening voor notarissen ontworpen in de Wet op het notarisambt. Ik wil dan meteen de

¹ Zwalve 1998, p. 46.

² Zwalve 1998, p. 46; zie ook D. 47,2,43 *pr.* – 2.

³ Zwalve 1998, p. 46; zie ook D. 47,2,43 *pr.* – 2.

⁴ Kortmann & Faber 1998, p. 137; Krol 1998, p. 485; H.J. Snijders 2004/2, p. 610; Uniken Venema & Eisma, 1990, p. 198-199; Vriesendorp 1998, p. 139-140.

⁵ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall).

⁶ Zie § 2.2.1.1 voor uitleg over het Procall arrest.

⁷ Zie § 2.2.2.1 voor uitleg over het Procall arrest.

⁸ HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (Slis-Stroom).

vraag stellen waarom alleen maar een wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening voor notarissen/gerechtsdeurwaarders? Waarom geen algemene regeling in het Burgerlijk Wetboek?

1.2 Probleemstelling/ Afbakening

In de literatuur en de rechtspraak is de kwaliteitsrekening al lange tijd een belangrijk discussiepunt.⁹ In Den Haag zijn ook al uitingen gedaan voor een wettelijke regeling in boek 3 BW.¹⁰ In de praktijk bestaat een duidelijke behoefte aan een kwaliteitsrekening. Een voorbeeld ter illustratie. Stel iemand wil een keuken kopen. Het is dan gebruikelijk een aanbetaling te doen. Het bedrag van de aanbetaling behoort na de aanbetaling tot het vermogen van de keukenleverancier. Mocht deze keukenleverancier failliet gaan dan gaat het bedrag van de aanbetaling mee het faillissement in. Voor velen zal dit onrechtvaardig lijken, maar het Nederlands vermogensrecht zit nu wel zo in elkaar. Kan de kwaliteitsrekening hiervoor een oplossing zijn?

De probleemstelling van waaruit ik deze scriptie ga schrijven luidt: *‘Bestaat er naast de wettelijke basis van een kwaliteitsrekening voor de notaris/gerechtsdeurwaarder ook behoefte aan een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening voor een ieder? Indien het antwoord bevestigend luidt, hoe kan zo’n algemene wettelijke regeling er dan uitzien.’*

In deze scriptie beperk ik mijn onderzoek tot het Nederlands recht. Er zal dan over dit onderwerp geen rechtsvergelijking plaats vinden. Ondanks dat het fenomeen van de kwaliteitsrekening al bestond voor de inwerkingtreding van ons nieuwe burgerlijk wetboek zal ik het houden bij het recht van na 1992. Daarnaast zullen de fiscale aspecten buiten beschouwing blijven.

1.3 Plan van aanpak

In deze scriptie wordt de kwaliteitsrekening geanalyseerd aan de hand van de in Nederland verschenen literatuur en rechtspraak over de figuur van de kwaliteitsrekening. Tevens wordt hierbij betrokken de wettelijke regeling voor de notariële kwaliteitsrekening en de totstandkoming ervan.¹¹ In Nederland zijn door de Hoge Raad een drietal arresten gewezen over de kwaliteitsrekening, deze zullen dan ook uitvoerig aan bod komen.¹² Uit bovenstaande bronnen kan mijns inziens genoeg informatie worden gewonnen om een antwoord te geven op de door mij geformuleerde probleemstelling en te komen met een ontwerpvoorstel voor een algemene wettelijke regeling.

⁹ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 1-2; *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 1; Groefsema 1998, p. 107-119; Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Krol 1998, p. 485; H.J. Snijders 2004/2, p. 601-621; W. Snijders 1999, p. 149-154; Tjites 1998, p. 17-30; Vriesendorp 1998, p. 139-140; Uniken Venema & Eisma, 1990, p. 198-199.

¹⁰ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 1-2.

¹¹ Art. 25 Wn.

¹² HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (Slis-Stroom); HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Moulijn); HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall).

1.4 Opbouw scriptie

Hieronder volgt nog een korte uiteenzetting over de opbouw van deze scriptie. Ieder hoofdstuk begint met een korte inleiding over de te behandelen stof.

In hoofdstuk 2 staan de vragen over de kwaliteitsrekening zoals die in de literatuur gerezen zijn centraal. Aan de hand van die vragen in de vakliteratuur en rechtspraak wordt tevens de buitenwettelijke kwaliteitsrekening onderzocht. Voordat ik zal ingaan op de vragen over de kwaliteitsrekening ga ik eerst nader omschrijven wat een kwaliteitsrekening is en wat het doel van een dergelijke rekening is.

De wettelijke kwaliteitsrekening vormt het onderwerp van hoofdstuk 3. Hier zal eerst de notariële kwaliteitsrekening (art. 25 Wn) en de kritiek hierop besproken worden. Vervolgens zal de Stichting Derdengelden worden behandeld. Ten slotte volgt er dan een conclusie over de huidige stand van de kwaliteitsrekening.

In hoofdstuk 4 zal ik met een aantal voorbeelden duidelijk maken dat de kwaliteitsrekening een belangrijke behoefte kan vervullen in het Nederlandse vermogensrecht. In dit hoofdstuk stel ik voor de kwaliteitsrekening een plaats te geven in ons recht door de invoering van een algemene wettelijke regeling van dit fenomeen. Ik laat zien hoe een wettelijke regeling er uit zou moeten zien.

Hoofdstuk 2 De vragen over de kwaliteitsrekening

2.1 Inleiding

Binnen de juridische wereld staat de kwaliteitsrekening enorm in de belangstelling.¹³ Over het begrip kwaliteitsrekening bestaat nog veel onduidelijkheid.¹⁴ De kwaliteitsrekening is mijns inziens niettemin een boeiend onderwerp omdat die kan gaan voorzien in een belangrijke behoefte binnen het Nederlandse vermogensrecht. Inmiddels heeft de Hoge Raad drie belangrijke arresten gewezen over de kwaliteitsrekening in Nederland, te weten: het Slis-Stroom¹⁵ arrest, Koren q.q./Moulijn¹⁶ arrest en het recente Procall¹⁷ arrest. Na het Slis-Stroom¹⁸ arrest uit 1984 is in de literatuur een discussie ontstaan over de kwaliteitsrekening. Deze discussie heeft geleid tot een niet te verwaarlozen aantal artikelen en bijdragen in juridische tijdschriften en boeken. De discussie in de literatuur over het fenomeen van de kwaliteitsrekening heeft zich toegespitst in twee categorieën vragen.¹⁹ De eerste categorie betreft de vraag wat de reikwijdte is van de door de Hoge Raad erkende mogelijkheid in het Slis-Stroom arrest en de tweede categorie betreft de wijze van vermogensafschieding.²⁰ Om een fiasco zoals in het Slis-Stroom arrest wordt weergegeven te voorkomen heeft de wetgever een wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening voor notarissen ontworpen in de Wet op het notarisambt (Wn), die vanaf 1 januari 1999 van kracht is gegaan. De gekozen juridische constructie van de kwaliteitsrekening in de Wet op het notarisambt heeft de discussie in de literatuur nog meer doen verhitten. De meningen van gezaghebbende juristen maken het onderwerp zo interessant om daar eveneens mijn juridische reflecties er aan toe te voegen. Daarnaast zijn in Den Haag (de wetgevende macht) al suggesties gedaan over de wenselijkheid van een algemene regeling voor de kwaliteitsrekening.²¹ De Staatssecretaris heeft wel eerst te kennen gegeven de bestaande wettelijke regeling in de Wet op het notarisambt te willen evalueren, de evaluatie zou plaatsvinden medio 2005.²² Momenteel is de kwaliteitsrekening dus een heet hangijzer in de rechtswetenschap en daarom zeker de moeite waard om er een scriptie over te schrijven.

Dit hoofdstuk zal in het teken staan van de vragen over de kwaliteitsrekening zoals die zijn gerezen in de literatuur, praktijk en rechtspraak (§ 2.2). Bij de beantwoording van de vragen ga ik de meningen van de gezaghebbende juristen zoveel mogelijk groeperen en aangeven waar zij van mening

¹³ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 1-2 en p. 7; *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 1.

¹⁴ Groefsema 1998, p. 107-119; Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Krol 1998, p. 485; W. Snijders 1999, p. 149-154; Tjites 1998, p. 17-30; Vriesendorp 1998, p. 139-140; Uniken Venema & Eisma, 1990, p. 198-199.

¹⁵ HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (Slis-Stroom).

¹⁶ HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./Moulijn of Koren q.q./Tekstra q.q.).

¹⁷ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall).

¹⁸ HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (Slis-Stroom).

¹⁹ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 5; Steneker 2002, p. 385; zie ook A-G Verkade in HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall).

²⁰ Steneker 2002, p. 385.

²¹ Steneker 2002, p. 385; *Kamerstuk II* 1997-1998, 23706, nr. 22 p. 5-6; *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 1-2 *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 1-2.

²² *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 2 en p. 7; *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 1; Steneker 2002, p. 389.

verschillen. Aan de hand van de vragen wordt tevens de buitenwettelijke kwaliteitsrekening onderzocht. Voordat ik de praktische problemen over dit vraagstuk ga beantwoorden is het goed eerst nader te omschrijven wat een kwaliteitsrekening is en wat het doel van een dergelijke rekening mag betekenen (§. 2.1.1 en § 2.1.2). Daarna wordt het Slis-Stroom arrest waarmee de discussie over de kwaliteitsrekening is begonnen behandeld als inleiding op de gerezen vragen over de kwaliteitsrekening (§ 2.1.3).

2.1.1 Wat is een kwaliteitsrekening

Een belangrijke vraag is natuurlijk wat is een kwaliteitsrekening. Het begrip ‘kwaliteitsrekening’ is door Langemeijer geïntroduceerd.²³ Langemeijer maakte in zijn artikel uit 1942 een onderscheid in drie soorten rekeningen.²⁴ De eerste soort is een rekening die door iemand wordt geopend onder uitdrukkelijke vermelding van de hoedanigheid waarin hij die denkt te gebruiken.²⁵ Een rekening van de tweede soort betreft een rekening die wordt geopend met de aanduiding van een belanghebbende, zij het al dan niet onder vermelding van diens volledige naam.²⁶ Langemeijer bedoelt met de naamaanduiding van de belanghebbende niet dat een ander dan de rekeninghouder (wie de rekening geopend heeft bij de bank), schuldeiser van de bank wordt uit hoofde van deze rekening. Hierbij gaat men er van uit dat de rekeninghouder optreedt als middellijke vertegenwoordiger van de belanghebbende(n).²⁷ De laatste soort betreft een rekening die ten behoeve van meerdere belanghebbende(n) wordt gebruikt, zonder aanduiding van de individuele belanghebbenden.²⁸ Hiermee doelde Langemeijer op een rekening derdengelden van een advocaat. De eerste soort wordt door Langemeijer zelf als een kwaliteitsrekening aangeduid. Bekijken wij de huidige vorm van de kwaliteitsrekening, dan kan worden vastgesteld dat de laatste categorie thans ook onder het begrip kwaliteitsrekening kan worden geschaard. Dit verdient een nadere toelichting. De notaris dient volgens art. 25 lid 1 Wn een rekening aan te houden op zijn naam met vermelding van zijn hoedanigheid, die uitsluitend bestemd zijn voor gelden, die hij in verband met zijn werkzaamheden als zodanig onder zich neemt. Geld van derden die bij de notaris worden geparkeerd. Hieruit volgt dan dat de “kwaliteits”rekening niet op naam van de individuele belanghebbenden staan. Een kwaliteitsrekening kan dus worden omschreven als een rekening die door een derde (tussenpersoon) in eigen naam bij een bank wordt aangehouden met de vermelding van diens hoedanigheid (kwaliteit) van opdrachtnemer/beheerder ten behoeve van één of meer belanghebbenden.²⁹ De rekeninghouder (tussenpersoon) heeft het exclusieve beheer en beschikking over deze kwaliteitsrekening.³⁰ De

²³ Langemeijer 1942, p. 179.

²⁴ Langemeijer 1942, p. 309.

²⁵ Avezaat 2002, p. 3; Langemeijer 1942, p. 179.

²⁶ Avezaat 2002, p. 3; Langemeijer 1942, p. 180.

²⁷ Avezaat 2002, p. 3; Langemeijer 1942, p. 180.

²⁸ Avezaat 2002, p. 3; Langemeijer 1942, p. 309.

²⁹ Kortmann & Faber 1998, p. 137; Krol 1998, p. 485; H.J. Snijders 2004/2, p. 610; Uniken Venema & Eisma, 1990, p. 198-199; Vriesendorp 1998, p. 139-140.

³⁰ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 32; Tjittes 1998, p. 17.

■ ■

kwaliteitsrekening wordt ook weleens een rekening derdengelden of derdenrekening genoemd.³¹ Over de definitie van een kwaliteitsrekening zijn de auteurs het onderling wel eens.³²

2.1.2 Het doel van de kwaliteitsrekening

Op het krijgen van een antwoord op de vraag wat het doel van de kwaliteitsrekening is wordt nu nader ingegaan. De figuur van de kwaliteitsrekening dient ervoor om belanghebbenden een zekere goederenrechtelijke bescherming te bieden tegen een eventuele insolventie van de rekeninghouder/tussenpersoon.³³ Dit is de zekerheidsfunctie die de kwaliteitsrekening heeft. Het is de bedoeling dat de rekeninghouder van de kwaliteitsrekening de begunstigde het door de begunstiger op de kwaliteitsrekening gestorte bedrag uitbetaalt, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.³⁴ Aan de hand van het volgende voorbeeld zal dit worden verhelderd. De begunstiger (koper of diens hypothecaire financier) bij een onroerende zaak transactie betaalt de koopsom van de onroerende zaak op een kwaliteitsrekening van de (zijn) notaris. Het is pas mogelijk de onroerende zaak over te dragen wanneer vast staat dat de verkoper de eigenaar is en de zaak vrij van hypotheeklasten geleverd kan worden, dit zijn de voorwaarden. De notaris is terzake belast met het verrichten van een onderzoek. Is aan die voorwaarden voldaan, dan wordt de onroerende zaak geleverd en overgedragen aan de begunstiger (koper). Tevens wordt de koopsom die op de kwaliteitsrekening was gestort overgemaakt op de bankrekeningen van de begunstigden (zoals de verkoper of diens hypothecaire financier, de belastingdienst voor de overdrachtsbelasting, makelaar voor zijn courtage, de vereniging van eigenaren voor eventuele achterstallige service kosten, en de notaris voor zijn honorarium).³⁵

Om meer inzicht te krijgen in de figuur van de kwaliteitsrekening verdient het de voorkeur om een paar algemene onderscheidingen aan te brengen. Ik zal het proefschrift van Steneker, dat momenteel het meest recente handboek over de kwaliteitsrekening in Nederland is, als uitgangspunt gebruiken. Steneker maakt onderscheid in twee toepassingsvormen: a. de verhaalsregulering en b. de substitutie.³⁶ Steneker schrijft dat de bijschrijving van een bedrag op een kwaliteitsrekening van een rekeninghouder/tussenpersoon veelal het doel heeft om het bedrag tijdelijk aan de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de belanghebbenden (ten behoeve van wie de kwaliteitsrekening wordt aangehouden) te onttrekken.³⁷ Wanneer een bedrag op een normale bankrekening wordt bijgeschreven van een tussenpersoon, dan behoort dit bedrag tot het vermogen van de tussenpersoon en vormt het bedrag een verhaalsobject voor de schuldeisers van de tussenpersoon in privé.³⁸ Door gebruik te maken van een kwaliteitsrekening worden deze niet

³¹ Groefsema 1997, p. 114.

³² Kortmann & Faber 1998, p. 137; Krol 1998, p. 485; Vriesendorp 1998, p. 139-140; Uniken Venema & Eisma, 1990, p. 198-199.

³³ Kortmann 2001, p. 45; Tjittes 1998, p. 18; Vriesendorp 1998, p. 140.

³⁴ Tjittes 1998, p. 17.

³⁵ Waaijer 2004, p. 569.

³⁶ Steneker 2005, p. 20.

³⁷ Steneker 2005, p. 20.

³⁸ Steneker 2005, p. 20.

gewenste verhaalsmogelijkheden voorkomen.³⁹ Enerzijds is het dus mogelijk om verhaal door de schuldeisers van de tussenpersoon in privé te voorkomen en anderzijds wordt bewerkstelligd dat de schuldeisers van de belanghebbenden slechts een voorwaardelijke vordering als verhaalsobject hebben.⁴⁰ Substitutie de andere toepassingsvorm kan plaatsvinden bij de inning van met beperkte rechten bezwaarde vorderingen.⁴¹ Bij deze toepassingsvorm gaat om de technische mogelijkheid van substitutie van een pandrecht of een recht van vruchtgebruik.⁴² Deze toepassingsvorm gaat te ver voor deze scriptie en zal daarom ook niet verder besproken worden.⁴³ Daarnaast maakt Steneker nog onderscheid in een enkelvoudige en meervoudige zekerheidsfunctie.⁴⁴ Bij een enkelvoudige zekerheidsfunctie wordt de kwaliteitsrekening aangehouden ten behoeve van een belanghebbende en zal altijd duidelijk zijn tot welk bedrag de belanghebbende een vordering heeft jegens de tussenpersoon/bank.⁴⁵ Dit is immers het bedrag dat op de kwaliteitsrekening staat. Bij een meervoudige zekerheidsfunctie hebben wij te maken met meerdere belanghebbenden. Iedere belanghebbende heeft een voorwaardelijke vordering tot uitbetaling van het op de kwaliteitsrekening staande bedrag.⁴⁶ De voorwaarden die aan deze vordering van de belanghebbende zijn verbonden zijn opgenomen in een overeenkomst die is gesloten tussen de rekeninghouder/tussenpersoon en de belanghebbenden. In de overeenkomst is bepaald dat de rekeninghouder het bedrag dat door één van de belanghebbenden op de kwaliteitsrekening is gestort zal uitbetalen aan één of meer van de belanghebbende(n).⁴⁷ Deze uitbetaling is afhankelijk van de in de overeenkomst opgenomen voorwaarden.⁴⁸

In de literatuur worden twee visies verdedigd over de voorwaardelijkheid van een vordering bij een kwaliteitsrekening met meervoudige zekerheidsfunctie. De volgende auteurs Faber, Kortmann, Krol, Steneker en Vranken verdedigen de visie dat aan de vordering van iedere belanghebbende een opschortende voorwaarde verbonden is.⁴⁹ Door sommige auteurs zoals Eisma, Groefsema, H.J. Snijders, Tjittes, Uniken Venema, en Zwolve wordt een ander visie verdedigd.⁵⁰ In hun visie heeft de belanghebbende die het bedrag heeft gestort op de kwaliteitsrekening een vordering onder ontbindende voorwaarde en de andere belanghebbende een vordering onder opschortende voorwaarde. Ik ben een voorstander van de laatste visie. De eerste groep auteurs vindt deze laatste visie onjuist, omdat de

³⁹ Steneker 2005, p. 20.

⁴⁰ Steneker 2005, p. 20.

⁴¹ Steneker 2005, p. 20-21.

⁴² Steneker 2005, p. 20-21.

⁴³ Zie voor meer informatie Steneker 2005, p. 56-70.

⁴⁴ Steneker 2005, p. 21.

⁴⁵ Steneker 2005, p. 22.

⁴⁶ Steneker 2005, p. 24-25.

⁴⁷ Tjittes 1998, p. 25 en p. 27.

⁴⁸ Tjittes 1998, p. 25 en p. 27.

⁴⁹ Faber 1996, p. 207; Kortmann & Faber 1998, p. 139; Krol 1998, p. 488-489; Steneker 2005, p. 25; Vranken 1998, p. 90-92.

⁵⁰ Groefsema 1997, p. 111, 116 en 119; H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 161-162; Tjittes 1998, p. 21 en 24; Uniken Venema & Eisma 1990, p. 200; Zwolve 1998, p. 53; zie ook H.J. Snijders, noot bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), onder 5 en 7.

belanghebbende die het bedrag heeft gestort op de kwaliteitsrekening een opeisbare vordering onder ontbindende voorwaarde heeft, zolang niet aan de voorwaarde is voldaan.⁵¹ Volgens hun redenering behoort de vordering dan nog tot het vermogen van de belanghebbende die het bedrag op de kwaliteitsrekening heeft gestort, zijn eventuele schuldeisers hebben dan de mogelijkheid hierop verhaal in te stellen.⁵² Mijns inziens zou dit niet de bedoeling mogen zijn. Tjittes heeft een oplossing door het uitsluiten van verhaal door de privé schuldeisers van de belanghebbende.⁵³ Dit zou volgens hem kunnen door aan te nemen dat de vordering van de belanghebbende op de bank via de kwaliteitsrekening is afgescheiden van hun overige vermogen.⁵⁴ Zolang de wetgever of rechtspraak geen duidelijke keuze gemaakt heeft blijven hierover twistpunten, geschillen bestaan.

2.1.3 Slis-Stroom arrest⁵⁵

Het Slis-Stroom arrest heeft een belangrijke rol gespeeld in de discussie over de kwaliteitsrekening. De Hoge Raad heeft met dit arrest de kwaliteitsrekening erkend. Voordat op de uitspraak wordt ingegaan verdient het aanbeveling eerst een korte uiteenzetting te geven van deze zaak zoals die aan de beslissing van de Hoge Raad ten grondslag heeft gelegen. Door Van Hese is aan mevrouw Rijs verkocht en geleverd een bedrijfspand genaamd "Visrestaurant Fruits de Mer" met hotelaccommodatie, voor een prijs van fl. 3.125.000. De Tilburgse Hypotheekbank heeft namens mevrouw Rijs de koopsom van fl. 3.125.000 overgemaakt op de kantoorrekening van het notariskantoor bij Slavenburg's Bank, zonder de vermelding van hun kwaliteit/functie als notaris. Door Van Hese is kwijting verleend aan mevrouw Rijs, wat resulteert in het feit dat het bedrijfspand is overgedragen aan mevrouw Rijs. Omdat het inmiddels te laat was geworden om de koopsom nog diezelfde dag in overeenstemming met van Van Hese over te maken naar een door haar gehouden rekening zegde notaris Broos van Hese toe het bedrag van fl. 3.125.000 op maandag 26 januari 1981 telefonisch te zullen overmaken. Voordat notaris Broos aan dit voornemen uitvoering heeft kunnen geven heeft notaris Slis-Stroom overeenkomstig daartoe in het tussenliggende weekend met Slavenburg's Bank gemaakte afspraak, op maandag morgen 26 januari 1981 zich zes bancaire cheques tot een totaal bedrag van fl. 3.000.000 doen uitreiken met welk bedrag de voormelde kantoorrekening werd gedebiteerd. Ten gevolge van deze debitering verviel de mogelijkheid van de toegezegde overmaking aan Van Hese. Nadien is notaris Slis-Stroom in staat van faillissement verklaard en is aan notaris Broos voorlopige surseance van betaling verleend. Van het bedrag van fl. 3.000.000 is later weer een bedrag van fl. 2.000.000 terechtgekomen, maar niet op de kantoorrekening maar in de failliete boedel. Van Hese vordert het bedrag van fl. 125.000 dat nog op de kantoorrekening van het notariskantoor staan en vordert het bedrag van fl. 2.000.000 dat in de failliete boedel terecht is

⁵¹ Steneker 2005, p. 27-28.

⁵² Faber 1996, p. 207; Kortmann & Faber 1998, p. 139; Krol 1998, p. 488-489; Steneker 2005, p. 25; Vranken 1998, p. 90-92.

⁵³ Tjittes 1998, p. 24.

⁵⁴ Tjittes 1998, p. 24.

⁵⁵ HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (Slis-Stroom).

gekomen als separatist van de curator. De Hoge Raad wees de vorderingen van Van Hese af. In zijn arrest heeft de Hoge Raad wel een oplossing aangereikt voor toekomstige analoge gevallen.

“(...)in het licht van een en ander geen plaats om met het oog op het verschaffen van een bevoorrechte positie aan de verkoper aan te nemen dat het door de notaris op de te diens name staande bankrekening ontvangen bedrag niet tot diens vermogen zou behoren. Ook al kan dit bedrag aan de hand van de creditering van de bankrekening nog geheel of ten dele worden geïdentificeerd, deze identificatie zal slechts betrekking kunnen hebben op een uit die rekening blijkende vordering van de notaris zelf op de bank, eventueel als bestanddeel van het saldo dat de bank krachtens die rekening aan de notaris verschuldigd is, terwijl, anders dan het eerste middel wil, ook niet gezegd kan worden dat de notaris deze vordering slechts als "bewaarder" of als "trustee" beheert. Aan het voorgaande doet voorts niet af dat het, zoals het eerste middel betoogt, nimmer in de bedoeling van pp. zou hebben gelegen om de notaris "bedoeld geldbedrag met eigen geld te laten vermengen". Beslissend is immers dat het geld, al of niet in de bovenomschreven vorm, deel van het vermogen van de notaris is gaan uitmaken en dat niet de weg is gekozen van storting van het bedrag op een afzonderlijke rekening ten name van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betreffende koper en verkoper, noch een - voor wat betreft het afgescheiden blijven van het overgemaakte bedrag van het vermogen van de notaris - daarmee gelijk te stellen weg.”⁵⁶

Deze overweging van de Hoge Raad wordt gezien als een erkenning van de figuur van de kwaliteitsrekening.⁵⁷ De conclusie die getrokken kan worden uit deze overweging is indien partijen deze weg gevolgd hadden, dan zou Van Hese het bedrag van fl. 125.000 hebben mogen innen omdat het buiten de faillissementsboedel van de notaris was gebleven. In dit arrest is de mogelijkheid aangegeven van een specifiek, speciaal voor de individuele transactie geopende kwaliteitsrekening met het oogmerk dat het saldo buiten het faillissement van de rekeninghouder (notaris) valt. Helaas voor de verkoper in deze zaak kon de Hoge Raad volstaan met een jammer maar helaas: *rien ne va plus!* In het arrest heeft de Hoge Raad in zijn obiter dictum een alternatieve oplossing aangedragen om het gerezen probleem in de toekomst te kunnen voorkomen en om het geschokte vertrouwen te herstellen dat is ontstaan bij onroerendgoedtransacties.

2.2 De gerezen vragen over de kwaliteitsrekening

Na het Slis-Stroom arrest zijn in de literatuur vragen gerezen over de figuur van de kwaliteitsrekening. De vragen zijn onder te verdelen in twee hoofd categorieën.⁵⁸ De eerste categorie betreft de vraag wat

⁵⁶ HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (Slis-Stroom), r.o. 3.2.

⁵⁷ Avezaat 2002, p. 13.

⁵⁸ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 5; Steneker 2002, p. 385; zie ook de concl. van A-G Verkade in HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), onder 4.8.

de reikwijdte is van de door de Hoge Raad erkende mogelijkheid in het Slis-Stroom arrest en de tweede categorie betreft de wijze van vermogensafschieding.⁵⁹ Uit deze twee categorieën vragen vallen een aantal subvragen af te leiden. De volgende subvragen behoren tot de eerste categorie:

- Wie kan een kwaliteitsrekening houden?⁶⁰
- Voor wie kan een kwaliteitsrekening worden aangehouden?⁶¹

De subvragen van de tweede categorie:

- Wie is de rechthebbende van de vordering op de bank uit hoofde van de kwaliteitsrekening?⁶²
- Vormt de vordering op de bank uit hoofde van de kwaliteitsrekening een afgescheiden vermogen?⁶³

Naar aanleiding van de vraag wie de rechthebbende is van de vordering op de bank en het Slis-Stroom arrest zijn twee hoofdstromingen ontstaan over de juridische constructie van de kwaliteitsrekening. Hieronder worden de vragen per categorie behandeld.

2.2.1 Eerste categorie

2.2.1.1 Wie kan een kwaliteitsrekening aanhouden?

Geldt de door de Hoge Raad geformuleerde regel uit het Slis-Stroom⁶⁴ arrest alleen voor de notaris of ook voor een advocaat of een andere beroepsbeoefenaar? Of mag men zelfs aannemen dat de geformuleerde regeling voor iedereen van toepassing is die een rekening aanhoudt die als kwaliteitsrekening gekwalificeerd kan worden.⁶⁵ In de literatuur ben ik twee opvattingen tegengekomen. Een aantal auteurs waaronder Kortmann, Eisma, Faber en Uniken Venema zijn van mening dat het aanhouden van een kwaliteitsrekening niet beperkt is tot notarissen, gerechtsdeurwaarders of vrije beroepsbeoefenaren, noch tot opdrachtnemers respectievelijk lasthebbers.⁶⁶ Iedereen die girale gelden ten behoeve van een ander bewaart of beheert, ongeacht de daaraan ten grondslag liggende rechtsverhouding moet een kwaliteitsrekening kunnen aanhouden.⁶⁷ Deze groep auteurs zien er geen reden in om beperkingen aan te brengen. W. Snijders, een van de raadsheren die het Slis-Stroom arrest hebben gewezen, is een andere mening toegedaan. Een door

⁵⁹ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 5; Steneker 2002, p. 385; zie ook A-G Verkade, concl. voor HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), onder 4.8.

⁶⁰ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 5; Steneker 2002, p. 385; zie ook A-G Verkade, concl. voor HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), onder 4.8.

⁶¹ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 5; Steneker 2002, p. 385; zie ook A-G Verkade, concl. voor HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), onder 4.8.

⁶² Steneker 2002, p. 385.

⁶³ Steneker 2002, p. 385.

⁶⁴ HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (Slis-Stroom).

⁶⁵ Uniken Venema & Eisma 1990, p. 200.

⁶⁶ Faber 1996, p. 208-209; Kortmann & Faber 1998, p. 139; Uniken Venema & Eisma 1990, p. 200-201.

⁶⁷ Faber 1996, p. 208-209.

velen geciteerde uitspraak van Snijders uit 1991 is dat men in het arrest niet méér moet lezen dan dat er staat.⁶⁸ Snijders liet daarop volgen:

*"Het komt erop neer dat het Slis-Stroom arrest een technisch middel aangeeft om in een geval dat daar aan de orde was, ook bij girale betaling vermenging uit te sluiten. Als dat juist is, betekent dit dat de vraag in hoeverre men de figuur van het arrest mag uitbreiden tot een middel tot het scheppen van nieuwe fiduciaire verhoudingen, eigenlijk een geheel nieuwe vraag is. Deze behoeft niet noodzakelijk voor alle gevallen ontkennend te worden beantwoord, maar het antwoord wordt in elk geval niet in het arrest zelf gegeven."*⁶⁹

Ook zonder de geciteerde woorden van Snijders kan tot dezelfde conclusie gekomen worden, omdat de Hoge Raad in r.o. 3.2 immers de nadruk legt op het primaat van het begrip paritas creditorum.

*"Het strookt niet met het wettelijk stelsel, volgens hetwelk de schuldeisers ter zake van verhaal op het vermogen van hun schuldenaar, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang, een onderling gelijke rang toekomt, in een geval als bovenomschreven de koper of de verkoper die de betaling van de koopprijs via de notaris laten lopen, boven de andere schuldeisers te beschermen. Daarbij valt te bedenken dat in een zodanig geval de betaling aan de notaris zal zijn geschied in het vertrouwen dat deze de in zijn opdracht besloten verplichtingen strikt zal nakomen, in welk vertrouwen verkoper hier is beschaamd. Het is in overeenstemming met het wettelijk stelsel dat dit beschaamde vertrouwen niet tot een andere behandeling leidt dan dat van andere schuldeisers die evenzeer in hun vertrouwen in de notaris beschaamd zijn."*⁷⁰

Bij herlezing van het Slis-Stroom arrest, kom ik echter tot de conclusie dat de Hoge Raad het obiter dictum in het geheel niet had hoeven te geven. De reden dat de Hoge Raad dit gedaan heeft is waarschijnlijk gelegen in het feit dat het maatschappelijk zeer wenselijk is dat het publiek het bestaande vertrouwen in de notaris blijft houden.⁷¹ Immers het publiek heeft de notaris nodig voor de overdracht van onroerende zaken omdat het gestorte gelden via de notaris loopt.⁷² Het risico (het faillissement van de notaris) bij deze transacties dient niet te liggen bij het publiek. De gestorte bedragen van het publiek dienen gevrijwaard te worden voor de gevolgen van een faillissement van de notaris.⁷³ De Hoge Raad heeft in r.o. 3.2 een oplossing gecreëerd waaraan voldaan moet worden om het publiek voortaan in een dergelijke situatie te beschermen. Uit de aangereikte oplossing kan mijns inziens niet de conclusie getrokken worden dat de kwaliteitsrekening door een ieder aangehouden mag

⁶⁸ Uniken Venema & Eisma 1990, p. 46-47; zie ook A-G Verkade, concl. voor HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 (Procall), onder 4.15.

⁶⁹ Uniken Venema & Eisma 1990, p. 46-47; zie ook A-G Verkade, concl. voor HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 (Procall), onder 4.15.

⁷⁰ HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 (Slis-Stroom), r.o. 3.2.

⁷¹ HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 (Slis-Stroom), m.nt. WMK.

⁷² Kamerstuk II 1993-1994, 23706, nr. 3, p.10; Kamerstuk II 2004-2005, 23706, nr. 59, p.2.

⁷³ HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 (Slis-Stroom), m.nt. WMK; Kamerstuk II 1993-1994, 23706, nr. 3, p.10.

worden. De Hoge Raad gaat hier namelijk niet op in. Dit is ook wat door Snijders benadrukt wordt.⁷⁴ In de lagere rechtspraak is de figuur van de kwaliteitsrekening na het Slis-Stroom arrest enkele keren aanbod geweest. In deze geschillen hadden partijen een bedrag over gemaakt op een “kwaliteitsrekening” die voldeed aan de criteria uit het Slis-Stroom arrest. De rechter heeft in deze zaken dan ook geconcludeerd dat er sprake was van een kwaliteitsrekening.⁷⁵ Uit deze uitspraken kan mijns inziens geconcludeerd worden dat iedereen een kwaliteitsrekening kan open, mits is voldaan aan de Slis-Stroom criteria. Een voorlopige conclusie is dan ook dat er auteurs zijn die van mening zijn dat het Slis-Stroom arrest ruim kan worden uitgelegd, hetgeen wordt gesteund door de lagere rechtspraak. Zodat de geformuleerde regel van de Hoge Raad op een ieder van toepassing zou kunnen zijn. Maar daar staat de mening van Snijders dan weer tegenover.

In 2003 bijna twintig jaar na het Slis-Stroom arrest krijgt de Hoge Raad opnieuw een vraag voorgelegd over de kwaliteitsrekening. Deze keer ging het niet om een notaris maar ging het arrest over een factureer- en incassodienst die gebruik maakte van een kwaliteitsrekening. De Hoge Raad heeft deze vraag ontkennend beantwoordt.⁷⁶ Voor het gewezen arrest waren de volgende feiten van belang. ProCall Factureerdiensten B.V. verzorgde voor de Coöperatie vrijgevestigde geneeskundigen Beatrixziekenhuis Gorinchem de facturering en incasso. Met het oog daarop heeft Procall op haar eigen naam een rekening geopend bij de Generale Bank. De tenaamstelling van die rekening was voorzien van de toevoeging “inzake Coöperatie Beatrix”. Op deze rekening zijn uitsluitend betalingen ontvangen van patiënten van de Coöperatie. Deze betalingen werden gedaan met acceptgiro's waarop als begunstigde stond vermeld “Coöperatie Beatrixziekenhuis Gorinchem” alsmede “Procall Factureerdiensten B.V. inzake Coöperatie Beatrixziekenhuis”. Procall is op 10 december 1997 in staat van faillissement verklaard. Op die datum bedroeg het saldo van de rekening bij de Generale Bank fl. 72.223,10. Nadien is het saldo opgelopen tot ruim fl. 173.000. Partijen hebben zich op het standpunt gesteld dat de vordering van de Coöperatie op ProCall ter zake van de bedragen die vanaf de faillissementsdatum op de rekening bij de Generale Bank zijn ontvangen een concurrente boedelvordering is. De rechtsvraag die in de Procall zaak aan de Hoge Raad werd voorgelegd betrof of de vordering voortvloeiend uit de bankrekening aangehouden door ProCall Factureerdiensten B.V. voor de Coöperatie vrijgevestigde geneeskundigen Beatrixziekenhuis Gorinchem, in het faillissement van Procall valt.⁷⁷ Of zoals A-G Verkade doet, dient de constructie in het obiter dictum van het Slis-Stroom-arrest in dit geval te worden doorgetrokken ten voordele van de Coöperatie en ten koste van de *paritas creditorum*?⁷⁸ Ik zou de rechtsvraag als volgt willen formuleren: staat het wel vast of het bij die

⁷⁴ Uniken Venema & Eisma 1990, p. 46-47; zie ook A-G Verkade, concl. voor HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), onder 4.8.

⁷⁵ Hof Den Haag 24 maart 1998, *JOR* 1998, 113 (Post & Co.), m.nt. J.J. van Hees; Rechtbank Utrecht 24 november 1999, *NJKort* 2002, 27.

⁷⁶ H.J. Snijders 2004/2, p. 602-603, Wolfert 2003, p. 559; HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

⁷⁷ Wolfert 2003, p. 560; HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall).

⁷⁸ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), concl. A-G Verkade.

rekening gaat om een kwaliteitsrekening, met het gevolg dat het saldo is afgescheiden van de boedel van Procall. De Hoge Raad motiveert zijn beslissing als volgt:

‘‘Aanvaarding van een kwaliteitsrekening betekent dat een uitzondering wordt gemaakt op het hiervoor in 3.3.2 (slot) onderstreepte, in art. 3:276 BW verankerde, uitgangspunt dat een schuldenaar in beginsel met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden tegenover al zijn schuldeisers. Blijkens de bewoordingen en strekking van deze bepaling kan een uitzondering daarop slechts worden aanvaard als de wet anders bepaalt (behoudens het zich hier niet voordoende geval van een afwijkende overeenkomst). Weliswaar heeft de Hoge Raad in zijn hiervoor in 3.3.1 aangehaalde arrest [het Slis-Stroom arrest, HJM Smelt] voor een specifiek geval een uitzondering op dit uitgangspunt aanvaard, maar met verdere uitbreiding daarvan dient terughoudendheid te worden betracht gezien de rechtszekerheid en de belangen van het financieringsverkeer, die bij het voormelde uitgangspunt bij uitstek zijn betrokken. Dit klemmt temeer gelet op het feit dat de wetgever op dit arrest inmiddels slechts voor een eveneens specifiek - hiervoor in 3.3.2 vermeld - geval heeft voortgebouwd, daarbij onderstrepend dat terughoudendheid gepast is en dat de desbetreffende materie vooralsnog niet voldoende kan worden overzien om tot een algemene regeling van de derdenrekening te komen. Dat specifieke geval is de generale kwaliteitsrekening, aan te houden door notarissen en gerechtsdeurwaarders. Bij het zetten van deze stap heeft de wetgever benadrukt dat voor het maken van een uitzondering als hiervoor bedoeld goede gronden vereist zijn, welke in het geval van de notaris en de gerechtsdeurwaarder gevonden kunnen worden in de bescherming van het publiek, dat erop mag vertrouwen en ook daadwerkelijk pleegt te vertrouwen dat zij als degenen wier wettelijke taak in vele gevallen meebrengt dat hun door derden gelden worden toevertrouwd, deze gelden afgescheiden houden van hun eigen vermogen. In een, wat derdengelden betreft, vergelijkbare vertrouwenspositie verkeren ook de beroepsgroepen van advocaten en accountants. Overeenkomstige toepassing van de regeling opgenomen in art. 25 Wet op het notarisambt en art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet op de door advocaten en accountants met het oog op het ontvangen van voor derden bestemde gelden aangehouden rekeningen - advocaten zijn krachtens de hiervoor onder 3.3.3 vermelde Boekhoudverordening 1998 verplicht zo'n rekening te doen houden door een daartoe opgerichte stichting - is dan ook, als passend binnen het stelsel van de wet en aansluitend bij de wel in de wet geregelde gevallen, mogelijk. De door de Coöperatie in dit geding aangevoerde gronden kunnen evenwel in het licht van het hiervoor in 3.3.2, 3.3.3 en 3.3.4 overwogene niet leiden tot het oordeel dat het saldo van de op naam van Procall staande rekening bij de Generale Bank niet tot de failliete boedel van ProCall behoort maar tot het vermogen van de Coöperatie.’’⁷⁹

⁷⁹ HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad, blijkt dat die vooral waarde toekent aan het feit dat Procall niet een openbare vertrouwenspositie inneemt.⁸⁰ Een uitzondering op het beginsel van art. 3:276 BW kan slechts door de wetgever bij wet worden gemaakt.⁸¹ Met het maken van specifieke buitenwettelijke uitzonderingen, zoals in het Slis-Stroom arrest, is terughoudendheid op zijn plaats aldus de Hoge Raad.⁸² Hebben de wettelijke ontwikkelingen die na het Slis-Stroom arrest hebben plaatsgevonden de Hoge Raad gedwongen de overwegingen in het Slis-Stroom arrest beperkt uit te leggen?⁸³ Deze wettelijke regelingen bevatten de verplichting voor bepaalde beroepsgroepen (notarissen en gerechtsdeurwaarders) tot het aanhouden van een generale kwaliteitsrekening.⁸⁴ De wetgever heeft deze beroepsgroepen die vanwege de maatschappelijke vertrouwensposities die ze bekleden verplicht gelden welke van derden ontvangen worden afgescheiden te houden van het eigen vermogen.⁸⁵ De staatssecretaris heeft in haar brief van november 2001 geschreven:

*“Buiten het terrein van de voormelde drie beroepsgroepen geldt het volgende. Het gaat hier in het bijzonder om de vraag in hoeverre de figuur van een derdenrekening buiten de in de wet geregeld gevallen mogelijk is. (...) In het genoemde arrest [Slis-Stroom, HJM Smelt] heeft de Hoge Raad de mogelijkheid aanvaard van een kwaliteitsrekening(...). Dit arrest [Slis-Stroom, HJM Smelt] heeft na invoering van het nieuwe vermogensrecht in 1992 (Parl. Gesch. Inv. Boek 3, blz. 1202) zijn betekenis behouden.”*⁸⁶

Hieruit kan de slotsom worden getrokken dat de Hoge Raad helemaal niet gehouden is de overwegingen uit het Slis-Stroom arrest beperkt uit te leggen.⁸⁷ Maar door de uitspraak van de Hoge Raad bestaat er nog slechts in een beperkt aantal gevallen de mogelijkheid gebruik te maken van een kwaliteitsrekening. Alleen als de beroepsgroep een maatschappelijke vertrouwenspositie bekleedt. Het zal dan voornamelijk gaan om notarissen, gerechtsdeurwaarder en advocaten. In alle anderen gevallen zal een bankrekening aangehouden worden ten behoeve van een of meer anderen die niet als kwaliteitsrekening gekwalificeerd kunnen worden, ook al wordt voldaan aan de geformuleerde criteria in het Slis-Stroom arrest.⁸⁸ Wellicht is de Hoge Raad in het Slis-Stroom arrest een stap te ver gegaan, door voor bepaalde schuldeisers een niet in de wet voorziene separatistenpositie te erkennen, in het Procall arrest heeft de Hoge Raad de mogelijkheid benut om pas op de plaats te maken.⁸⁹ De uitspraak van de Hoge Raad heeft de buitenwettelijke ontwikkeling van de kwaliteitsrekening de pas afgesneden.⁹⁰ Deze uitspraak heeft weer vele pennen in beweging gebracht omdat de Hoge Raad

⁸⁰ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4; Wolfert 2003, p. 561.

⁸¹ H.J. Snijders 2004/2, p. 609 en p. 611-612; Tjittes 1998, p. 23; W. Snijders 1997, p. 94-95.

⁸² HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4; H.J. Snijders 2004/2, p. 612, Tjittes 1998, p. 23; W. Snijders 1997, p. 94-95; Wolfert 2003, p. 561.

⁸³ Wolfert 2003, p. 561.

⁸⁴ Art. 25 Wn en art. 19 Gerechtsdeurwaarderwet.

⁸⁵ Wolfert, 2003, p. 562; *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 28.

⁸⁶ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 3.

⁸⁷ Vriesendorp 2004, p. 775-781; Wolfert 2003, p. 561.

⁸⁸ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

⁸⁹ H.J. Snijders 2004/1, p. 301; H.J. Snijders 2004/2, p. 609-610; Wolfert 2003, p. 562.

⁹⁰ Wolfert 2003, p. 563.

teruggekomen is op zijn eerdere uitspraak in het Slis-Stroom arrest.⁹¹ Een aantal auteurs zoals Kortmann, Schoordijk, H.J. Snijders, Steneker, Vriesendorp en Wolfert hebben kritiek geleverd op deze uitspraak.⁹² Deze auteurs zijn nog steeds van mening dat een kwaliteitsrekening door iedereen kan worden aangehouden.⁹³

Hierna wordt nader ingegaan op de kritieken van Kortmann en H.J. Snijders behandelen, omdat zij mijns inziens een andere kijk op het arrest geven, zij maken duidelijk dat de uitspraak niet correct zou zijn. Volgens Kortmann en Steneker heeft de Hoge Raad in de benadering van de kwaliteitsrekening gekozen voor de figuur van de privatieve last van art. 7:423 lid 1 BW.⁹⁴ De tussenpersoon oefent daarbij in eigen naam het vorderingsrecht van de belanghebbende op de bank uit.⁹⁵ Uit niets blijkt dat de wetgever deze figuur heeft willen beperken tot bepaalde beroepsbeoefenaren.⁹⁶ De kritiek van Snijders over de professionele kwaliteitsrekeninghouders en hun vertrouwenspositie zal ik in een notendop weergeven.⁹⁷ De Hoge Raad heeft het in r.o. 3.3.4⁹⁸ over de vertrouwenspositie waarin notarissen en gerechtsdeurwaarders verkeren, daar wordt door de Hoge Raad nog aan toegevoegd dat advocaten en accountants in vergelijkbare posities verkeren. Snijders acht het vreemd dat de accountant in hetzelfde rijtje thuis hoort.⁹⁹ Het beroep van een accountant heeft in Nederland geen wettelijke status.¹⁰⁰ Wel bestaan de Wet op de registeraccountants en de Wet op de Accountant-Administratieconsulenten met bijbehorende uitvoeringswetgeving, waarin eisen gesteld worden aan de waarborgen van de accountants. Volgens Snijders doelt de Hoge Raad, bij gebrek aan wettelijke regelingen van de accountant in het algemeen op de registeraccountant en de accountant-administratieconsulent, waarvoor een wettelijk regeling bestaat.¹⁰¹ Dus wie zijn geld stort op een derdenrekening van een van beide(n) is dus verzekerd van een kwaliteitsrekening constructie, volgens de Hoge Raad in r.o. 3.3.4. Maar als iemand het geld stort op de derdenrekening bij een gewone accountant dan zou deze persoon in de visie van de Hoge Raad geen bescherming hebben.¹⁰² Mijns inziens is dit eigenaardig. Snijders betoogt dan ook dat derden de bescherming bij een gewone accountant wellicht vaker nodig zal hebben omdat hij immers zonder wettelijke waarborgen opereert.¹⁰³ Snijders maakt een interessante vergelijking, namelijk hetgeen voor de accountant in het algemeen geldt is ook van toepassing in de Procall zaak, waar Procall als administratiekantoor de

⁹¹ Schoordijk 2003/1, p. 557; H.J. Snijders 2004/1, p. 301; Steneker 2005, p. 203; Vriesendorp 2004, p. 775-781; Wolfert, 2003, p. 561; Kortmann en Steneker, noot bij HR 12 juni 2003, *JOR* 209/2003, onder 5.

⁹² Schoordijk 2003/1, p. 557; H.J. Snijders 2004/1, p. 301; Steneker 2005, p. 203; Vriesendorp 2004, p. 775-781; Wolfert, 2003, p. 561; Kortmann en Steneker, noot bij HR 12 juni 2003, *JOR* 209/2003, onder 5.

⁹³ Schoordijk 2003/1, p. 557; H.J. Snijders 2004/1, p. 301; Steneker 2005, p. 203; Vriesendorp 2004, p. 775-781; Wolfert, 2003, p. 561; Kortmann en Steneker, noot bij HR 12 juni 2003, *JOR* 209/2003, onder 5.

⁹⁴ Kortmann en Steneker, noot bij HR 12 juni 2003, *JOR* 209/2003, onder 5.

⁹⁵ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nrs. 168-171.

⁹⁶ Kortmann en Steneker, noot bij HR 12 juni 2003, *JOR* 209/2003, onder 5.

⁹⁷ H.J. Snijders 2004/1, p. 302; H.J. Snijders 2004/2, p. 601-621.

⁹⁸ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

⁹⁹ H.J. Snijders 2004/1, p. 302; H.J. Snijders 2004/2, p. 614.

¹⁰⁰ H.J. Snijders 2004/1, p. 302; H.J. Snijders 2004/2, p. 614.

¹⁰¹ H.J. Snijders 2004/1, p. 302; H.J. Snijders 2004/2, p. 614.

¹⁰² H.J. Snijders 2004/1, p. 302.

¹⁰³ H.J. Snijders 2004/1, p. 302; H.J. Snijders 2004/2, p. 614.

facturering en incasso voor de Coöperatie verzorgt.¹⁰⁴ Derden (hier de Coöperatie) hebben dus behoefte aan bescherming, maar dat wordt hen nu juist door de uitspraak van de Hoge Raad onthouden, omdat het vertrouwen hierin niet gerechtvaardigd is.¹⁰⁵ Het blijft onduidelijk wat de Hoge Raad nu precies bedoelt met de accountants in r.o. 3.3.4 vandaar de kritiek van Snijders. Vervolgens maakt Snijders nog een opmerkelijk opmerking aan het eind van zijn artikel. De wet zelf heeft ook al een kwaliteitsrekening van andere herkomst erkend, te weten: de rekening waarop een pandhouder een verpande vordering incasseert, waarna het pandrecht op het geïnde komt te rusten volgens art. 3:246 lid 5 BW.¹⁰⁶ De Hoge Raad zal echter toch niet zo rigoureuze met de kwaliteitsrekening hebben willen omgaan waarmee zelfs de kwaliteitsrekening van de pandhouder door de uitspraak in het Procall arrest uitgebannen zou moeten worden.¹⁰⁷

Om de vraag te beantwoorden waarmee deze paragraaf begon, door wie een kwaliteitsrekening kan worden aangehouden moet ik resumerend tot de conclusie komen dat dit alleen mogelijk is voor bepaalde beroepsgroepen zoals voor de notaris geregeld in art. 25 Wn, voor de gerechtsdeurwaarder in art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet en voor advocaten in art. 3 van de Boekhoudverordening 1998.¹⁰⁸ Voor alle andere zal de kwaliteitsrekening worden afgewezen op grond van het Procall arrest.

2.2.1.2 Bijzondere of algemene kwaliteitsrekening

De tweede subvraag in de eerste categorie gaat over een onderscheid dat in de literatuur wordt gemaakt over enerzijds ‘bijzondere’, ‘specifieke’ of ‘speciale’ kwaliteitsrekening en anderzijds de ‘algemene’ of ‘generale’ kwaliteitsrekening.¹⁰⁹ In de literatuur zijn drie visies/criteria te onderscheiden om het verschil tussen de bijzondere en algemene kwaliteitsrekening aan te duiden. Sommige auteurs zoals Eimsa, Faber, Kortmann, Krol en Uniken Venema hanteren het criterium van de kwantiteit, het aantal belanghebbenden bij een kwaliteitsrekening staat hierin centraal.¹¹⁰ Deze auteurs gaan er vanuit dat een bijzonder kwaliteitsrekening wordt aangehouden ten behoeve van één cliënt (belanghebbende) en een algemene kwaliteitsrekening wordt aangehouden ten behoeve van twee of meer cliënten samen.¹¹¹ Dit criterium levert volgens Steneker problemen op, indien de kwaliteitsrekening een meervoudige zekerheidsfunctie vervult, bij een dergelijke kwaliteitsrekening zijn er ten minste twee belanghebbenden, die allemaal vorderingen onder opschortende voorwaarden hebben.¹¹² Omdat wellicht het aantal belanghebbenden geen bruikbaar criterium vormen, wordt door de andere groep auteurs waaronder Van Es, W. Snijders en Tjittes voor het maken van onderscheid tussen de

¹⁰⁴ H.J. Snijders 2004/1, p. 302.

¹⁰⁵ H.J. Snijders 2004/1, p. 303; H.J. Snijders 2004/2, p. 614.

¹⁰⁶ H.J. Snijders 2004/1, p. 302; H.J. Snijders & Rank-Berenschot, p. 160-162 en p. 457-458.

¹⁰⁷ H.J. Snijders 2004/1, p. 305; H.J. Snijders 2004/2, p. 621.

¹⁰⁸ Schoordijk, 2003/2, p. 101.

¹⁰⁹ Steneker 2005, p. 31; Uniken Venema & Eisma 1990, p. 205-206.

¹¹⁰ Faber 1996, p. 209; Kortmann & Faber 1998, p. 139; Krol 1998, p. 486; Steneker 2005, p. 31; Uniken Venema & Eisma, 1990, p. 202.

¹¹¹ Faber 1996, p. 209; Kortmann & Faber 1998, p. 139; Krol 1998, p. 486; Uniken Venema & Eisma, 1990, p. 202.

¹¹² Steneker 2005, p. 31.

bijzondere van de algemene kwaliteitsrekening gebruik gemaakt van het kwantiteitscriterium betreffende de hoeveelheid aan transacties.¹¹³ In hun visie is sprake van een bijzondere kwaliteitsrekening wanneer deze is aangehouden voor één transactie (bijvoorbeeld een onroerendgoedtransactie) en een algemene kwaliteitsrekening wordt in hun visie aangehouden voor meerdere transacties.¹¹⁴ Het criterium van het aantal transacties kan problemen opleveren. De rekening die Procall gebruikte voor het innen van de vorderingen van patiënten zou door dit criterium gekwalificeerd moeten worden als een algemene kwaliteitsrekening.¹¹⁵ Ik ben met Steneker van mening dat de rekening van Procall aangeduid dient te worden als een bijzondere kwaliteitsrekening.¹¹⁶ Steneker verdedigt weer een andere visie waarmee bovenstaand probleem wordt opgelost.¹¹⁷ Bij hem is het relevant dat bij een bijzondere kwaliteitsrekening op het moment van openen van de rekening bekend is ten behoeve van wie de kwaliteitsrekening zal worden aangehouden.¹¹⁸ In zijn visie kan deze groep belanghebbenden daarna wel kleiner worden maar niet groter.¹¹⁹ Een algemene kwaliteitsrekening wordt volgens Steneker dus aangehouden ten behoeve van een steeds wisselende groep belanghebbenden, dus na opening van de kwaliteitsrekening kunnen er steeds nieuwe belanghebbenden bij komen en weer anderen zullen ophouden belanghebbenden te zijn.¹²⁰ Het voordeel van het criterium van Steneker is dat zowel een bijzondere als algemene kwaliteitsrekening een enkelvoudige of een meervoudige zekerheidsfunctie kan vervullen.¹²¹ Steneker merkt hierbij nog op dat een bijzondere kwaliteitsrekening slechts een van beide functies tegelijkertijd kan vervullen, wel kan deze bijzondere kwaliteitsrekening na verloop van tijd van functie veranderen.¹²² Een algemene kwaliteitsrekening kan ten behoeve van sommigen een enkelvoudige en ten behoeve van andere weer een meervoudige zekerheidsfunctie vervullen, in de praktijk zal dit ook het geval zijn.¹²³ Ik denk dat het criterium van Steneker thans het best bruikbare is om een onderscheid weer te geven tussen een algemene en bijzondere kwaliteitsrekening. Het antwoord op de vraag voor wie kan een kwaliteitsrekening worden aangehouden moet mijns inziens luiden voor een ieder, dus ten behoeve van een belanghebbende, een vaste groep belanghebbenden en voor een wisselende groep van belanghebbenden.

¹¹³ Asser/Mijnsen/De Haan 3-I 2001, nr. 478; Van Es 2001, p. 631; Kortmann 2001, p. 45; Tjittes 1998, p. 17; W. Snijders 1997, p. 102;

¹¹⁴ Asser/Mijnsen/De Haan 3-I 2001, nr. 478; Van Es 2001, p. 631; Kortmann 2001, p. 45; Tjittes 1998, p. 17; W. Snijders 1997, p. 102; HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), r.o. 3.3.

¹¹⁵ Steneker 2005, p. 33; HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall).

¹¹⁶ Steneker 2005, p. 33; HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall).

¹¹⁷ Steneker 2005, p. 33.

¹¹⁸ Steneker 2005, p. 33.

¹¹⁹ Steneker 2005, p. 33.

¹²⁰ Steneker 2005, p. 33.

¹²¹ Steneker 2005, p. 33.

¹²² Steneker 2005, p. 33.

¹²³ Steneker 2005, p. 33.

2.2.2 De tweede categorie

2.2.2.1 Wie is de rechthebbende: de rekeninghouder of de belanghebbenden

De eerste subvraag van de tweede categorie luidt wie is de rechthebbende van de vordering op de bank uit hoofde van de kwaliteitsrekening?¹²⁴ Bij de kwaliteitsrekening hebben wij te maken met verschillende rechtsverhoudingen. De volgende partijen kunnen betrokken zijn bij deze rechtsverhoudingen: de bank, de rekeninghouder, de belanghebbenden, de crediteuren van de belanghebbenden en de crediteuren van de rekeninghouder. De rechtsgevolgen van de kwaliteitsrekening hangen af van wie nu als rechthebbende wordt aangemerkt van de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening op de bank.¹²⁵ Bij deze vraag: zijn twee hoofdstromingen te onderscheiden te weten de rekeninghouder is tevens de rechthebbende, tot deze stroming behoren verre weg de meeste auteurs zoals Faber, Kortmann, Steneker, Strucyken, Thesingh, Vranken en Vriesendorp.¹²⁶ De andere groep bestaat onder andere uit Groefsema, Schoordijk, H.J. Snijders, W. Snijders, en Zwolve¹²⁷ zij zijn van mening dat de belanghebbende de rechthebbende op de vordering is. Beide stromingen staan een andere juridische constructie van de kwaliteitsrekening voor ogen.

2.2.2.2 De rekeninghouder/tussenpersoon als rechthebbende

Bij een kwaliteitsrekening heeft de rekeninghouder in eigen naam voor een bepaalde hoedanigheid (kwaliteit) een rekeningcourant overeenkomst met de bank gesloten. Bij een normale girorekening bij de bank is normaliter de rekeninghouder de rechthebbende op de vordering uit hoofde van deze girorekening. Wordt deze lijn doorgetrokken dan is het logisch dat de rekeninghouder/tussenpersoon van een kwaliteitsrekening de rechthebbende op de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening is. Zoals onder andere is betoogd door Faber, Kortmann, Steneker, Strucyken, Thesingh, Vranken en Vriesendorp.¹²⁸ Stel dat dit juist zou zijn, dan is de rekeninghouder de rechthebbende op de vordering, maar dan wel ten titel van beheer voor de (economisch) belanghebbenden.¹²⁹ Anders geformuleerd de rekeninghouder is de juridische eigenaar van de vordering maar het economisch eigendom ligt bij de belanghebbenden. Bij een transactie is de rekeninghouder dit eerst voor de begunstiger en later voor de begunstigde. De begunstiger en begunstigde hebben een vordering op de rekeninghouder/tussenpersoon tot betaling onder ontbindende- respectievelijk opschortende voorwaarden voor het verrichten van de wederzijdse prestaties.¹³⁰ Een aantal auteurs vindt dat zowel

¹²⁴ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 5-6; Steneker 2002, p. 385.

¹²⁵ Tjittes 1998, p. 26.

¹²⁶ Faber 1996, p. 207; Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Steneker 2005, p. 85-86 en p. 256; Strucyken 1996, p. 752-754; Thesingh 1943, p. 57; Vranken 1998, p.81-104; Vriesendorp 1998, p. 142.

¹²⁷ Groefsema 1997, p. 108; Schoordijk 2003/2, p. 64; H.J. Snijders 1997, p. 551; W. Snijders 1997, p. 108; Zwolve 1998, p. 45-53.

¹²⁸ Faber 1996, p. 207; Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Steneker 2005, p. 85-86 en p. 256; Strucyken 1996, p. 752-754; Thesingh 1943, p. 57; Vranken 1998, p.81-104; Vriesendorp 1998, p. 142.

¹²⁹ Faber 1996, p. 214; Kortmann & Faber 1998 p. 139; Tjittes 1998, p. 21.

¹³⁰ Groefsema 1997, p. 111, 116 en 119; H.J. Snijders & Rank-Berenschot, 2001, p. 161-162; Tjittes 1998, p. 21 en 24; Uniken Venema & Eisma 1990, p. 200; Zwolve 1998, p. 53.

de begunstigde als begunstiger over opschortende voorwaarden beschikken.¹³¹ Bij de opvatting waarbij de rekeninghouder de rechthebbende is valt de vordering die de rekeninghouder heeft op de bank in zijn vermogen. Een voordeel bij deze opvatting is dat de rekeninghouder van rechtswege het exclusieve beheer en beschikking heeft over de kwaliteitsrekening en daarmee over de vordering op de bank. Een gevolg is dat de belanghebbende hier dan van uitgesloten is. Het nadeel is dat de crediteuren van de rekeninghouder/tussenpersoon in beginsel verhaal kunnen halen op deze vordering, omdat deze in het vermogen van de rekeninghouder valt. Mijns inziens is dit niet de juiste bedoeling, immers de zekerheidsfunctie en vertrouwensfunctie van de kwaliteitsrekening moet steeds gewaarborgd blijven. Om dit te voorkomen moeten maatregelen getroffen worden.¹³² Volgens Vriesendorp kan dit bereikt worden door het verhaal van de privé-schuldeisers van de rekeninghouder te verhinderen of door de belanghebbende een goederenrechtelijk aanspraak te geven op de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening, die voorrang geniet boven die van de privé schuldeisers van de rekeninghouder.¹³³ De auteurs die de opvatting delen en verdedigen: de rekeninghouder is de rechthebbende, menen te ontkomen aan het nadeel door de vordering die de rekeninghouder in die kwaliteit op de bank heeft als een afgescheiden vermogen te kunnen bestempelen.¹³⁴ Het afgescheiden vermogen is dan niet vatbaar voor verhaal van de privé-schuldeisers van de rekeninghouder. Hiervoor is wel een wettelijke grondslag vereist.¹³⁵ Dit roept de volgende vraag op. Hoe ziet dit afgescheiden vermogen er dan uit? Tjittes stelt dat te gemakkelijk over deze vraag heen wordt gestapt en ik deel die visie.¹³⁶ W. Snijders wijst op het gevolg van het ontstaan van een afgescheiden vermogen, namelijk dat bepaalde schuldeisers een separatistenpositie krijgen en dit gaat dan vervolgens ten koste van andere crediteuren.¹³⁷ Ofwel de paritas creditorum (art. 3:276 BW) wordt doorbroken. In § 2.2.2.4 wordt ingegaan op het afgescheiden vermogen. Het aangenomen afgescheiden vermogen betreft een buitenwettelijke vorm en bij het aanvaarden van nieuwe inbreuken op het wettelijke stelsel dient men terughoudend te zijn. Eisma, Faber, Kortmann en Uniken Venema zijn geïnspireerd door het Slis-Stroom arrest en aanvaarden al snel een afgescheiden vermogen, mits uit de tenaamstelling van de bankrekening blijkt dat de rekeninghouder het geld in een bepaalde kwaliteit houdt.¹³⁸ Deze oplossing is wel eenvoudig maar maakt inbreuk op de paritas creditorum.¹³⁹ Wil men dit kunnen rechtvaardigen dan moeten er goede gronden zijn zoals een maatschappelijke noodzaak en het kunnen vertrouwen van het betrokken publiek op de goede afloop van de afwikkeling van de transacties door de

¹³¹ Faber 1996, p. 207; Kortmann & Faber 1998, p. 139; Krol 1998, p. 488-489; Steneker 2005, p. 25; Vranken 1998, p. 90-92; zie § 2.1.2.

¹³² Vriesendorp 1998, p. 142.

¹³³ Vriesendorp 1998, p. 142.

¹³⁴ Vriesendorp 1998, p. 142 en 144.

¹³⁵ Vriesendorp 1998, p. 145.

¹³⁶ Tjittes 1998, p. 22.

¹³⁷ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 8, W. Snijders, 1997, p. 94-95.

¹³⁸ Faber 1996, p. 209; Kortmann & Faber 1998, p. 139; Tjittes 1998, p. 22; Uniken Venema & Eisma 1990, p. 202.

¹³⁹ Tjittes 1998, p. 23; W. Snijders 1997, p. 94-95.

rekeninghouder.¹⁴⁰ Ik zelf ben er geen voorstander van de opvatting waarbij de rekeninghouder de rechthebbende is.¹⁴¹

2.2.2.3 De belanghebbenden als rechthebbenden

Bij de nu te behandelen opvatting zijn de belanghebbenden de rechthebbenden. Net als bij een gewone bankrekening zal de rekeninghouder de rechthebbende zijn van de vordering op de bank, dit omdat het gestorte bedrag door een van de belanghebbende zich vermengt met het vermogen van de rekeninghouder/tussenpersoon. De auteurs die deze opvatting verdedigen stellen dat de rekeninghouder de rekening op zijn eigen naam heeft geopend als lasthebber/opdrachtnemer van een derde.¹⁴² Uit de tenaamstelling van de rekening moet wel duidelijk blijken dat de rekeninghouder deze rekening in een bepaalde hoedanigheid houdt. De belanghebbende wordt dus de rechthebbende van de vordering op de bank uit hoofde van deze rekening.¹⁴³ Kort gezegd komt het hierop neer de rekeninghouder/tussenpersoon handelt als middellijke vertegenwoordiger voor de belanghebbenden: hij handelt in eigen naam, maar wel voor rekening van de belanghebbenden.¹⁴⁴ Dus de belanghebbenden zijn de rechthebbende van de vordering op de bank en de rekeninghouder oefent alleen hun vorderingsrecht uit. Om dit te bereiken dient gekozen te worden voor een zogenaamde privatieve lastgeving (art. 7:423 lid 1 BW).¹⁴⁵ Bij de kwaliteitsrekening ziet dit er dan als volgt uit de lastgever (de belanghebbende) en lasthebber (de rekeninghouder/tussenpersoon) komen overeen dat de lasthebber het aan de lastgever toekomende vorderingsrecht op de bank in eigen naam zal uitoefenen met uitsluiting van de lastgever zelf.¹⁴⁶ Het gevolg van deze opvatting is dat de belanghebbenden de rechthebbenden zijn van de vordering op de bank uit hoofde van de kwaliteitsrekening en dit leidt er toe dat de vordering in het vermogen van de belanghebbenden valt. Er doet zich wel een ander probleem voor, teweten tot wiens vermogen behoort het vorderingsrecht: a. tot die van de begunstiger of b. tot die van de begunstigde. De begunstiger is de rechthebbende van de vordering op de bank onder ontbindende voorwaarden. Hij is dus totdat voldaan is aan bepaalde voorwaarden/ prestatie de rechthebbende. De begunstigde is dus rechthebbende op de vordering van de bank onder opschortende voorwaarden. Treedt de voorwaarde in dan is de begunstigde de rechthebbende. De rekeninghouder/tussenpersoon is dus middellijke vertegenwoordiger voor beiden, zodra de begunstiger het bedrag stort op de kwaliteitsrekening wordt de begunstigde meteen rechthebbende onder opschortende voorwaarden (art. 3:310 BW).¹⁴⁷ Het probleem tot wie zijn vermogen het vorderingsrecht behoort zit hem hierin, zolang niet aan de voorwaarden is voldaan staat het vermogen bloot aan verhaal door de

¹⁴⁰ Tjittes 1998, p. 23.

¹⁴¹ Zelf ben ik een voorstander van de opvatting waarbij de belanghebbenden de rechthebbenden zijn van de vordering op de bank uit hoofde van de kwaliteitsrekening.

¹⁴² Groefsema 1997, p. 108; Schoordijk 2003/2, p. 64; H.J. Snijders 1997, p. 551; W. Snijders 1997, p. 108; Zwalve 1998, p. 45-53.

¹⁴³ Groefsema 1997, p. 108, Tjittes 1998, p. 23; *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 5-6.

¹⁴⁴ Bloembergen 2001, p.137-138.

¹⁴⁵ Zie § 3.1.1 (lid 2 art. 25 Wn) voor uitleg over de privatieve lastgeving.

¹⁴⁶ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 169; Bloembergen 2001, p.146-147; Tjittes 1998, p. 24.

¹⁴⁷ Groefsema 1997, p. 110; Tjittes 1998, p. 25; W. Snijders 1997, p. 103.

crediteuren van de begunstiger, is wel voldaan aan de voorwaarden dan door verhaal van de crediteuren van de begunstigde. Om hieraan te ontkomen zal dit verhaal uitgesloten moeten worden.¹⁴⁸ Dit moet mogelijk zijn door aan te nemen dat de vordering van de belanghebbenden op de bank uit hoofde van de kwaliteitsrekening afgescheiden is van hun overige vermogen.¹⁴⁹ Een andere mogelijkheid is het uitsluiten van verhaal door middel van een wettelijke regeling.¹⁵⁰ Een nog andere mogelijkheid is gekozen in de Wet op het Notarisambt, daarbij is gekozen voor een eenvoudige gemeenschap (art. 3:166 BW).¹⁵¹ Op de gemeenschap zal in § 3.1.1 nader worden ingegaan.

De tegenstanders hiervan zijn zij, die de rekeninghouder als rechthebbende beschouwen, en zij wijzen op de volgende problemen. Kortmann en Faber noemen de opvatting dat de belanghebbenden de rechthebbende zijn van de vordering op de bank een pseudo-kwaliteitsrekening.¹⁵² Hun bezwaren tegen de pseudo-kwaliteitsrekening worden in hoofdstuk 3 nader uitgewerkt aangezien dit artikel gaat over art. 25 Wn.¹⁵³ Vriesendorp laat weten dat zonder wettelijke regeling er geen sprake kan zijn van vermogensafscheiding waarbij een bedrag op een kwaliteitsrekening ten behoeve van belanghebbenden als volledig toebehoren, lees: als eigendom van deze belanghebbende wordt aangemerkt.¹⁵⁴ Zou dit het geval zijn dan zou het bedrag op de kwaliteitsrekening een verhaalsobject zijn voor de privé schuldeisers van de belanghebbende.¹⁵⁵ Het zou vatbaar zijn voor derdenbeslag en de bank zou een tegenvordering op deze belanghebbende kunnen gaan verrekenen.¹⁵⁶ Mijns inziens heeft Vriesendorp gelijk, maar Schoordijk vindt dat Vriesendorp dit beginsel tekort doet.¹⁵⁷ Hij vindt het recht vergelijkbaar met andere beperkte zakelijke rechten zoals het pandrecht.¹⁵⁸ Dit verklaart volgens Schoordijk waarom de belanghebbenden wel een vorderingsrecht hebben maar geen volledig vorderingsrecht omdat het belast is met een recht van zakelijke aard.¹⁵⁹ Daarin passen geen verrekeningsrechten en derdenbeslagen volgens Schoordijk.¹⁶⁰

Verder wil ik nog even stil staan bij de visie van Groefsema. Hij is wel aanhanger van de opvatting waarbij de belanghebbenden de rechthebbenden zijn, maar heeft toch een iets andere visie op deze materie.¹⁶¹ Groefsema hamert er op dat vermenging moet worden voorkomen, zodat het voor de verkoper bestemde bedrag zich niet vermengt met het vermogen van de notaris.¹⁶² Groefsema schrijft

¹⁴⁸ Tjittes 1998, p. 25.

¹⁴⁹ Tjittes 1998, p. 25; Vriesendorp 1998, p. 142.

¹⁵⁰ Tjittes 1998, p. 30; Vriesendorp 1998, p. 142.

¹⁵¹ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 32.

¹⁵² Kortmann & Faber 1998, p. 140.

¹⁵³ Zie § 3.1.2.

¹⁵⁴ Vriesendorp 1998, p. 142; Schoordijk 2003/2, p. 70.

¹⁵⁵ Vriesendorp 1998, p. 142.

¹⁵⁶ Schoordijk 2003/2, p. 70.

¹⁵⁷ Schoordijk 2003/2, p. 70.

¹⁵⁸ Schoordijk 2003/2, p. 70.

¹⁵⁹ Schoordijk 2003/2, p. 70.

¹⁶⁰ Schoordijk 2003/2, p. 70.

¹⁶¹ Groefsema 1997, p. 108.

¹⁶² Groefsema 1997, p. 107-108; zie ook W. Snijders 1993, p. 238.

dat de koper het bedrag overmaakt op een rekening ten name van de notaris en niet ten name van de koper.¹⁶³ Het moet wel gaan om een afzonderlijke rekening ten name van de notaris, waarbij is vermeld dat de notaris deze rekening houdt in hoedanigheid van de opdrachtnemer van deze koper en verkoper. Hiermee wordt bereikt dat het bedrag op de kwaliteitsrekening niet in het vermogen van de notaris valt, maar vermogen blijft van de koper bestemd voor de verkoper.¹⁶⁴ Dat het bedrag onder de hoede van de notaris wordt gebracht is algemeen gebruikelijk en dit vindt plaats om zekerheid te bieden aan de verkoper, indien bij bijvoorbeeld een onroerende zaak vrij en onbezwaard aan de koper levert ontvangt hij van de notaris het bedrag.¹⁶⁵ Volgens Groefsema is diegene die het bedrag op de kwaliteitsrekening heeft gestort gedurende de periode dat het bedrag op de kwaliteitsrekening staat de rechthebbende van dit bedrag omdat dit bedrag in zijn vermogen valt.¹⁶⁶ De conclusie die ik hieruit kan trekken is dat bij een eventueel faillissement van de koper het bedrag op de kwaliteitsrekening in zijn faillissementsboedel valt.¹⁶⁷ Mijns inziens is dit niet de bedoeling, maar is Groefsema te veel gefocust op de gevolgen van het faillissement van de notaris of andere kwaliteitsrekeninghouders. Terwijl een faillissement van één van de partijen bij een transactie of geschil veel grotere gevolgen heeft, en het aannemelijk is dat een dergelijke zaak eerder zal voorkomen. Verder merkt Groefsema nog op dat het wel duidelijk is dat de algemene kwaliteitsrekening veel gecompliceerder is dan een bijzondere kwaliteitsrekening.¹⁶⁸ Bij een algemene kwaliteitsrekening hebben we vaak te maken met verschillende kopers en verkopers die elkaar vaak niet kennen¹⁶⁹ en elkaar ook niet behoren te kennen.¹⁷⁰ Maar de verschillende kopers en verkopers zijn wel de gezamenlijke rechthebbenden van de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening.¹⁷¹ De gezamenlijke rechthebbenden zijn immers deelgenoten in een eenvoudige gemeenschap (art. 3:166 BW).¹⁷² Nu beiden opvattingen besproken zijn, is duidelijk geworden dat er twee juridische constructies van de kwaliteitsrekening mogelijk zijn. Aan beiden kleven zowel voor- als nadelen.

2.2.2.4 De kwaliteitsrekening: een afgescheiden vermogen?

Vormt het bedrag dat op de kwaliteitsrekening staat een afgescheiden vermogen?¹⁷³ Eerst dient te worden gezien wie de rechthebbende is op de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening. Deze vaststelling heeft invloed op de vraag of er sprake is van een afgescheiden vermogen. Indien de rekeninghouder de rechthebbende is op de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening dan wordt aangenomen dat er sprake is van een afgescheiden vermogen.¹⁷⁴ De vraag die daar op volgt, wat moet

¹⁶³ Groefsema 1997, p. 108.

¹⁶⁴ Groefsema 1997, p. 108 en p. 110.

¹⁶⁵ Groefsema 1997, p. 108.

¹⁶⁶ Groefsema 1997, p. 119.

¹⁶⁷ Groefsema 1997, p. 119.

¹⁶⁸ Groefsema 1997, p. 114.

¹⁶⁹ De koper en verkoper kennen elkaar alleen ter zake van de eigen transactie.

¹⁷⁰ Groefsema 1997, p. 114.

¹⁷¹ Groefsema 1997, p. 114; W. Snijders 1993, p. 239.

¹⁷² Groefsema 1997, p. 114; W. Snijders 1993, p. 239.

¹⁷³ Steneker 2002, p. 385.

¹⁷⁴ Vriesendorp 1998, p. 144.

onder een afgescheiden vermogen worden verstaan? Steneker geeft in zijn proefschrift een duidelijke omschrijving:

‘Een belangrijk kenmerk van een afgescheiden vermogen is dat de tot een afgescheiden vermogen behorende goederen niet kunnen worden getroffen door een eventueel faillissement van de rechthebbende (in privé), en dat privé-schuldeisers van de rechthebbende geen beslag kunnen leggen op de goederen die tot het afgescheiden vermogen behoren, ondanks dat hun schuldenaar de rechthebbende is op die goederen. Dit kenmerk is evenwel niet voorbehouden aan de figuur van het afgescheiden vermogen. (...) Het enkele gegeven dat goederen zijn beschermd tegen verhaal door privé-schuldeisers van de rechthebbende, brengt dan ook nog niet met zich dat sprake is van een afgescheiden vermogen. Een ander kenmerk van een afgescheiden vermogen is dat de goederen die tot het afgescheiden vermogen behoren, dienen als verhaalsobject voor de schuldeisers die een vordering hebben op de rechthebbende op het afgescheiden vermogen in die hoedanigheid.’¹⁷⁵

De figuur van het afgescheiden vermogen moet gevonden worden in de combinatie van de twee hierboven besproken kenmerken.¹⁷⁶ Steneker vervolgt dan:

‘Enerzijds kunnen de privé-schuldeisers zich niet op de tot het afgescheiden vermogen behorende goederen verhalen, anderzijds kunnen de hoedanigheidsschuldeisers dat wél. De verhaalsonmogelijkheid van de privé-schuldeisers maakt de verhaalsmogelijkheid van de hoedanigheidsschuldeisers exclusief. Deze verhaalsexclusiviteit vormt het wezenskenmerk van de figuur van het afgescheiden vermogen. De voor een afgescheiden vermogen kenmerkende verhaalsexclusiviteit kan worden verklaard vanuit de scheiding tussen het afgescheiden en het privé-vermogen van de rechthebbende. Aanvaarding van de figuur van het afgescheiden vermogen brengt met zich dat één (rechts)persoon rechthebbende kan zijn op twee of meer vermogens. (...) Het onderscheid tussen de rechthebbende in privé en de rechthebbende in hoedanigheid, wordt slechts gemaakt om te bepalen of een vordering of een schuld van de rechthebbende behoort tot het privé-vermogen of tot het afgescheiden vermogen.’¹⁷⁷

De belangrijkste reden voor het aanvaarden van een afgescheiden vermogen bij een kwaliteitsrekening is dat de op de kwaliteitsrekening staande bedragen in economisch opzicht toekomen aan de belanghebbenden bij deze kwaliteitsrekening.¹⁷⁸ Dit geldt met name voor de opvatting dat de rekeninghouder/tussenpersoon de rechthebbende is. Wanneer een tussenpersoon meerdere kwaliteitsrekeningen aanhoudt ten behoeve van verschillende belanghebbende dan moet worden aangenomen dat deze kwaliteitsrekeningen aparte afgescheiden vermogens vormen, die dus zowel van

¹⁷⁵ Steneker 2005, p. 112-113.

¹⁷⁶ Steneker 2005, p. 113.

¹⁷⁷ Steneker 2005, p. 114.

¹⁷⁸ Faber 1996, p. 209-210 en p. 214; Kortmann & Faber 1998, p. 139, Tjittes 1998, p. 21.

elkaar als die van het privé-vermogen van de tussenpersoon zijn afgescheiden.¹⁷⁹ Het feit dat het afgescheiden vermogen bij een kwaliteitsrekening wordt gevormd door een vordering op de bank uit hoofde van die kwaliteitsrekening, leidt er toe dat pas gesproken kan worden van een afgescheiden vermogen indien op deze kwaliteitsrekening een positief saldo staat.¹⁸⁰ Door de erkenning van de Hoge Raad van de kwaliteitsrekening krijgen wij te maken met een buitenwettelijke vorm van separatisme.¹⁸¹ Art. 3:277 lid 1 BW geeft de hoofdregel weer van de paritas creditorum, hetgeen de gelijkheid der schuldeisers inhoudt. Alle schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering op de schuldenaar, behoudens van de door de wet erkende redenen van voorrang.¹⁸² Op het paritas creditorum beginsel bestaan uitzonderingen in de eerste plaats kunnen deze voortvloeien uit de door de wet erkende redenen van voorrang (art. 3:277 lid 1 BW), daartoe pand, hypotheek, voorrecht en andere in de wet aangegeven gronden (art. 3:278 lid 1 BW).¹⁸³ In de tweede plaats kan bij een overeenkomst van achterstelling worden bepaald dat een schuldeiser met een lagere rang genoegzaam neemt dan de wet hem heeft toegekend (art. 3:277 lid 2 BW).¹⁸⁴ Gesteld kan worden dat de kwaliteitsrekening met haar afgescheiden vermogen de paritas creditorum doorbreekt.¹⁸⁵ Dit is echter onjuist volgens Steneker.¹⁸⁶ Art. 3:277 lid 1 BW is alleen van toepassing in het geval van concursus creditorum. Enerzijds hebben wij te maken met de privé schuldeisers van de tussenpersoon, die kunnen zich alleen verhalen op het privé vermogen van de tussenpersoon en niet op het afgescheiden vermogen, immers het economische eigendom van dit afgescheiden vermogen ligt bij de belanghebbenden. Anderzijds hebben wij te maken met de hoedanigheidsschuldeisers die zich wel kunnen verhalen op het afgescheiden vermogen, maar niet op het privé vermogen van de tussenpersoon. Een afgescheiden vermogen leidt niet tot verhaalsvoorrang maar tot verhaalsexclusiviteit.¹⁸⁷ Wel is er sprake van concursus tussen de privé-schuldeisers onderling en tussen de hoedanigheidsschuldeisers onderling. Hieruit volgt dat de paritas creditorum niet door een afgescheiden vermogen wordt doorbroken. Het bovenstaande is in overeenstemming met de uitspraak van de Hoge Raad in het Slis-Stroom arrest.¹⁸⁸ Daar werd de koopsom van het te transporteren onroerend goed bijgeschreven op de gewone bankrekening van het notaris kantoor. Op het moment van de faillietverklaring behoorde dit bedrag toe aan het vermogen van de notaris en niet aan het afgescheiden vermogen. De Hoge Raad stelt:

“Het strookt niet met het wettelijk stelsel, volgens hetwelk de schuldeisers ter zake van verhaal op het vermogen van hun schuldenaar, behoudens de door de wet erkende redenen

¹⁷⁹ Steneker 2005, p. 111.

¹⁸⁰ Steneker 2005, p. 111.

¹⁸¹ Uniken Venema & Eisma 1990, p. 198; Wolfert 2003, p. 559; HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 (Slis-Stroom) r.o. 3.2.

¹⁸² H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, nr. 707.

¹⁸³ H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 555-556.

¹⁸⁴ H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 555-556.

¹⁸⁵ Asser/Mijnssen/De Haan 3-I 2001, nr. 481; Uniken Venema & Eisma 1990, p. 347.

¹⁸⁶ Steneker 2005, p. 169.

¹⁸⁷ Steneker 2005, p. 169.

¹⁸⁸ HR 2 februari 1984, NJ 1984, 752 (Slis-Stroom), r.o. 3.2.

■ ■

van voorrang, een onderling gelijke rang toekomt, in een geval als bovenomschreven de koper of de verkoper die de betaling van de koopprijs via de notaris laten lopen, boven de andere schuldeisers te beschermen."¹⁸⁹

Hier heeft de Hoge Raad de regel van de paritas creditorum toegepast. De belangenhebbende bij het bedrag op de bankrekening wordt niet beschermd boven de andere schuldeisers van de notaris.

In de lagere rechtspraak is de figuur van de kwaliteitsrekening na het Slis-Stroom arrest enkele keren de inzet van een geschil geweest. In deze geschillen ging het dan voornamelijk om de vraag of het bedrag dat op een kwaliteitsrekening stond zich nog bevond in het vermogen van één van de partijen. In enkele uitspraken werd geconcludeerd dat het bedrag dat op een kwaliteitsrekening stond zich in het vermogen van één van de partijen bevond.¹⁹⁰ Het gevolg bij een faillissement is dan dat het bedrag in de faillissementsboedel valt. Bij een andere uitspraak werd geconcludeerd dat de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening een voorwaardelijke vordering betrof.¹⁹¹ Mocht één van de partijen failliet verklaard worden dan komt de voorwaardelijke vordering in de faillissementsboedel terecht. Uit de uitspraken van de lagere rechters kan geen duidelijk conclusie getrokken worden of de vorderingen uit hoofde van de kwaliteitsrekening nu toebehoren aan het vermogen van een van de partijen of dat beide partijen een voorwaardelijke vordering in hun vermogen hebben. Na de invoering van de notariële kwaliteitsrekening (art. 25 Wn) werd in het Koren q.q./ Tekstra q.q. arrest door de Hoge Raad een antwoord gegeven op deze vraag.¹⁹² Bij de notariële kwaliteitsrekening valt de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening in een gemeenschap (art. 3:166 BW).¹⁹³ In het arrest is uitgemaakt dat de deelgenoten een voorwaardelijk recht op toedeling van de vordering hebben.¹⁹⁴ Mijns inziens kan dit analoog worden toegepast door partijen die een vordering hebben uit hoofde van een kwaliteitsrekening. De partijen hebben dan een voorwaardelijke vordering in hun vermogen. Maar door het Procall-arrest is het antwoord op deze vraag niet zo interessant meer, omdat het gebruik van de buitenwettelijke kwaliteitsrekening niet meer mogelijk is.¹⁹⁵

2.2.2.5 De trust als kwaliteitsrekening

Sommige auteurs zoals Faber, Kortmann, Steneker en Struycken vergelijken de kwaliteitsrekening met een trust.¹⁹⁶ Hun tegenstanders zijn Groefsema en W. Snijders die dit niet doen.¹⁹⁷ De trust is afkomstig uit het Anglo-Amerikaanse recht. Om een vergelijking mogelijk te maken wordt eerst duidelijk gemaakt wat een trust is. Een trust heeft de volgende kenmerken:¹⁹⁸

¹⁸⁹ HR 2 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (Slis-Stroom), r.o. 3.2.

¹⁹⁰ Rechtbank Dordrecht 12 februari 1986, *NJ* 1987, 372; Rechtbank Rotterdam 20 juni 1996, *JOR* 1996, 128; Rechtbank Amsterdam 28 juni 2001, *JOR* 2001, 1999 (Oskamp/Philips).

¹⁹¹ Hof Den Haag 24 maart 1998, *JOR* 1998, 113 (Post & Co.) m.nt. J.J. van Hees.

¹⁹² HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), r.o. 3.3.

¹⁹³ Art. 25 lid 3 Wn; *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3 p. 32.

¹⁹⁴ HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), r.o. 3.3.

¹⁹⁵ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

¹⁹⁶ Faber 1996, p. 220; Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Steneker 2005, p. 112; Struycken 1996, p. 754.

¹⁹⁷ Groefsema 1997, p. 117; W. Snijders 1993, p. 233-235.

¹⁹⁸ Kortmann 1996, p. 175-176.

- bij een trust is sprake van een trustvermogen dat toebehoort aan de trustee (mag ook indirect).
- het trustvermogen is afgescheiden van het privé-vermogen van de trustee. Het trustvermogen is geen rechtspersoon.
- de trustee moet zijn rechten met betrekking tot het trustvermogen uit oefenen ten behoeve van de beneficiaries of een bepaald doel uitoefenen.
- de beneficiaries kunnen van de trustee nakoming van de verbintenis vorderen en hem om rekening en verantwoording vragen van zijn beheer.
- doordat het trustvermogen een afgescheiden vermogen vormt worden de aanspraken van de beneficiaries op het trustvermogen niet getroffen door een eventueel faillissement van de trustee.
- doordat het trustvermogen is afgescheiden heeft dit tot gevolg dat de privé schuldeisers van de trustee geen verhaal hebben op het trustvermogen.

De trustee is te vergelijken met de rekeninghouder en de beneficiaries zijn de belanghebbenden.¹⁹⁹ Het trustvermogen is bij de figuur van de kwaliteitsrekening de vordering op de bank uit hoofde van de kwaliteitsrekening.²⁰⁰ Bij de trust komt het trustvermogen toe aan de trustee deze is dus de rechthebbende op het trustvermogen (juridisch gezien). De beneficiaries zijn de economische belanghebbenden. Kijken wij nu naar de figuur van de kwaliteitsrekening dan komen wij tot de conclusie dat de opvatting waarbij de rekeninghouder de rechthebbende is overeenkomt met de figuur van de trust. De opvatting waarbij de belanghebbenden de rechthebbende zijn is daar niet mee in overeenstemming. Mocht uiteindelijk de opvatting waarbij de rekeninghouder de rechthebbende is de heersende leer worden, dan kunnen wij tot de conclusie komen dat de kwaliteitsrekening als trust moet worden aangemerkt.²⁰¹ Mocht de ander opvatting de heersende leer worden dan is er geen sprake van een afgescheiden vermogen aan de zijde van de rekeninghouder/trustee. Dan moet de conclusie luiden dat de kwaliteitsrekening niet als een trust aangemerkt kan worden omdat het belangrijke kenmerk het afgescheiden vermogen ontbreekt. Groefsema en W. Snijders betogen dat een vergelijkende constructie van de trust voor de kwaliteitsrekening niet wenselijk is en tevens in ons huidige recht ook niet noodzakelijk is.²⁰² Zij pleiten voor een andere oplossing namelijk die van een eenvoudige gemeenschap (art. 3:166 BW). Deze oplossing wordt besproken in § 3.1.1.

¹⁹⁹ Avezaat 2002, p. 74.

²⁰⁰ Avezaat 2002, p. 73.

²⁰¹ Avezaat 2002, p. 89; Kortmann & Faber 1998, p. 144; Struycken 1996, p. 754.

²⁰² Groefsema 1997, p. 117; W. Snijders 1993, p. 233-235.

2.3 Afsluiting

Ten slotte kan tot de conclusie worden gekomen dat de uitspraak van de Hoge Raad in het Procall arrest de figuur van de buitenwettelijke kwaliteitsrekening een halt toegeroepen heeft.²⁰³ Terughoudendheid was op zijn plaats omdat aanvaarding van een buitenwettelijke kwaliteitsrekening betekent dat een uitzondering wordt gemaakt op de *paritas creditorum*. De buitenwettelijke kwaliteitsrekening bestaat na het Procall arrest dus niet meer. Intussen heeft de wetgever voor enkele beroepsbeoefenaars een wettelijk verplichte regeling gemaakt.²⁰⁴ Na het Procall arrest is de discussie over de kwaliteitsrekening niet gestopt. In de literatuur zijn twee hoofdstromingen ontstaan over de juridische constructie van de kwaliteitsrekening.²⁰⁵ Door talrijke auteurs wordt dan ook gepleit voor een algemeen wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening.²⁰⁶

²⁰³ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

²⁰⁴ Art. 25 Wn en art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet.

²⁰⁵ Faber 1996, p. 207; Groefsema 1997, p. 108; Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Schoordijk 2003/2, p. 64; H.J. Snijders 1997, p. 551; W. Snijders 1997, p. 108; Steneker 2005, p. 85-86 en p. 256; Struycken 1996, p. 752-754; Thesingh 1943, p. 57; Vranken 1998, p. 81-104; Vriesendorp 1998, p. 142; Zwalve 1998, p. 45-53.

²⁰⁶ Kortmann & Faber, 1998, p. 137-145; Schoordijk 2003/2, p. 76; H.J. Snijders 2004/1 p. 305; Steneker 2005, p. 255 e.v.; Struycken 1996, p. 752-754; Vriesendorp 1998, p. 150.

Hoofdstuk 3 De wettelijke kwaliteitsrekening

In het vorige hoofdstuk zijn de vragen over de kwaliteitsrekening na het Slis-Stroom arrest en de buitenwettelijke kwaliteitsrekening onderwerp van beschouwing geweest. Nu is het moment daar om de wettelijke kwaliteitsrekening zoals is opgenomen in art. 25 van de Wet op het Notarisambt (Wn) en art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet nader onder de loep nemen. De Stichting Derdengelden mag in dit verband ook gerekend worden tot de wettelijke kwaliteitsrekening. De notariële kwaliteitsrekening komt hierbij in aanmerking (§ 3.1) om vervolgens verder in te gaan op de kritiek (§ 3.1.2). Hierbij is het van belang stil te staan bij het Koren q.q./ Tekstra q.q. arrest dat gewezen is na de invoering van art. 25 Wn (§ 3.1.3). De Stichting Derdengelden zal daarna behandeld worden (§ 3.2) Tenslotte zal dit hoofdstuk afgerond worden met een conclusie over de huidige stand van kwaliteitsrekening.

3.1 Notariële kwaliteitsrekening

Eerst een opmerking vooraf over dat wat ten aanzien van art. 25 Wn geldt, geldt ook voor art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet, aangezien het een zelfde constructie betreft. Voor de goede orde wordt daarom alleen over de notariële kwaliteitsrekening gesproken wanneer het over deze constructie gaat. De aanleiding voor de wettelijke notariële kwaliteitsrekening vormt ongetwijfeld het faillissement van de Amsterdamse notaris Slis-Stroom. Het Slis-Stroom arrest heb ik in het vorige hoofdstuk uitvoerig besproken en ik zal daar nu niet weer op ingaan.²⁰⁷ De notaris is een persoon die een maatschappelijke vertrouwenspositie bekleedt.²⁰⁸ Ruim 15 jaar na het Slis-Stroom arrest trad op 1 januari 1999 een wettelijke regeling van de verplichte kwaliteitsrekening voor notarissen in werking.²⁰⁹ Het betreft art. 25 van de Wet op het notarisambt.²¹⁰ W. Snijders een van de raadsheren die destijds het Slis-Stroom arrest gewezen heeft, heeft eveneens een belangrijke bijdrage geleverd aan de wettelijke voorbereiding van de kwaliteitsrekening zoals vastgelegd in de Wet op het Notarisambt.²¹¹ De wens was om een regeling te maken die het vertrouwen van het grote publiek in het notariaat, na het Slis-Stroom debacle weer wist te herstellen.²¹² De gelden welke aan de notaris werden toevertrouwd mochten voortaan niet meer in de faillissementsboedel van de notaris verzeild kunnen raken.²¹³ Het lag volgens Snijders voor de hand dat de vordering op de bank uit hoofde van de kwaliteitsrekening zonder meer aan de belanghebbenden (derden) zouden toebehoren.²¹⁴ Enkel de notaris kreeg voortaan de exclusieve bevoegdheid deze gelden te beheren.²¹⁵ Dit is mogelijk geworden door gebruik te maken van de figuur van de privatieve last (art. 7:423 BW). Deze redenering ligt ook ten grondslag aan de bescherming van

²⁰⁷ Zie § 2.1.3.

²⁰⁸ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 10; *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 2.

²⁰⁹ Stb. 1999, 382.

²¹⁰ In veel literatuur hebben de schrijvers het nog over art. 22 Wn dit was zo bij het ontwerp van de wet, maar dit is later omgenummerd naar art. 25 Wn.

²¹¹ *Kamerstuk II* 1996-1997, 23706, nr. 12, p. 26; HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (Slis-Stroom).

²¹² *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3 p. 28.

²¹³ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3 p. 10.

²¹⁴ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3 p. 10; *Kamerstuk II* 1996-1997, 23706, nr. 12, p. 26; W. Snijders 1997, p. 103.

²¹⁵ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3 p. 32.

effectenbezitters in de Wet giraal effectenverkeer.²¹⁶ Bij het ontwerp van de notariële kwaliteitsrekening is volgens Snijders aansluiting bij het stelsel van die wet gezocht.²¹⁷

3.1.1 Art. 25 Wn

In deze paragraaf zullen de leden 1 tot en met 5 van art. 25 Wn besproken worden. Deze zijn mijns inziens de belangrijkste. De andere leden spreken voor zich en hebben weinig te maken met de juridische constructie van de notariële kwaliteitsrekening. De notariële kwaliteitsrekening moest voldoen aan de volgende twee kenmerken; ten eerste bescherming bieden tegen de insolventie, het onvermogen raken van de notaris.²¹⁸ Ten tweede dient de kwaliteitsrekening ook bescherming te bieden tegen de insolventie, onvermogen raken van de partijen ten behoeve van wie de kwaliteitsrekening gebruikt wordt. Art. 25 Wn is opgenomen in bijlage 1.

Lid 1 van art. 25 Wn

In lid 1 wordt de notaris verplicht één of meer bijzondere rekeningen aan te houden bij een kredietinstelling zoals bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, onder 1, van de Wet toezicht kredietwezen van 1992. De wetgever gebruikt de term “bijzondere rekeningen”. Naar mijn mening schept deze benaming verwarring en misverstanden, want niet duidelijk is of hiermee zowel de algemene/generale als wel de bijzondere/specifieke kwaliteitsrekeningen mee worden bedoeld. De wetgever heeft bij nader inzien alleen de algemene/generale kwaliteitsrekening bedoeld, zoals ook wel blijkt uit het arrest *Koren q.q./ Moulijn*.²¹⁹ Een betere term zou zijn geweest kwaliteitsrekeningen in plaats van bijzondere rekeningen. Uit dit lid blijkt dat de notaris in eigen naam met de vermelding van zijn hoedanigheid de rekeningovereenkomst met de kredietinstelling sluit. In de tenaamstelling van de rekening wordt daarmee duidelijk dat de notaris deze rekening ten behoeve van anderen aanhoudt. De notaris kan wellicht aangeduid worden als een middellijk vertegenwoordiger.²²⁰ Middellijke vertegenwoordiging komt hierop neer dat de notaris handelt in eigen naam, maar wel voor rekening van de belanghebbenden.²²¹ Wat gebeurt er wanneer er bedragen worden gestort op deze bijzondere rekening? Dan ontstaat een vordering op de kredietinstelling. Normaliter zou dit betekenen dat de vordering goederenrechtelijk toebehoort aan de notaris (rekeninghouder), omdat de notaris de wederpartij van de kredietinstelling is.²²² Maar art. 25 lid 3 Wn steekt daar een stokje voor. De overige zinnen in lid 1 zijn van formele aard en zijn voor de juridische constructie niet van belang. Daar zal ik dan ook niet op ingaan. Wel heeft de wetgever een vrijstelling (art. 8 en 9 Vrijstellingsregeling Wtk 1992) gegeven aan notarissen die in hun beroepsuitoefening opvorderbare gelden van het publiek ter beschikking krijgen (art. 82 lid 1 Wtk 1992), indien deze gelden worden aangehouden op een rekening

²¹⁶ *Kamerstuk II* 1996-1997, 23706, nr. 12, p. 26; W. Snijders 1997, p. 103.

²¹⁷ W. Snijders 1997, p. 103.

²¹⁸ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3 p. 10.

²¹⁹ HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (*Koren q.q./ Tekstra q.q.*), r.o. 3.3.

²²⁰ Zie toelichting bij lid 2 art. 25 Wn.

²²¹ Bloembergen 2001, p. 137-138; Van der Grinten 1993, p. 26.

²²² Steneker 2005, p. 206.

zoals bedoeld in art. 25 Wn.²²³ De bank moet volgens de Wet identificatie, bij dienstverlening, de identiteit van de cliënt vaststellen. Daarnaast moet de bank verifiëren of de rekeninghouder voor zichzelf optreedt, dan wel voor een derde (art 5 lid 2 Wid). Treedt de rekeninghouder op voor een derde zoals hier bij de notaris het geval is, dan dient de bank ook de identiteit van de derden vast te stellen (art. 5 lid 1 en 3 Wid). Maar voor de bank is de notaris hiervan vrijgesteld (art. 8b lid 1 Uitvoeringsregeling Wid) indien de rekening voldoet aan art. 25 Wn. De notaris dient wel volgens de Wid de identiteit van de belanghebbenden vast te stellen.²²⁴

Lid 2 van art. 25 Wn

De notaris krijgt volgens lid 2 de exclusieve bevoegdheid tot beheer en beschikking over de bijzondere rekening. Andere personen worden daarmee, zoals in het betreffende lid staat omschreven daarvan uitgesloten. Deze bevoegdheid van de notaris vloeit volgens de wetgever en de Hoge Raad voort uit een door de belanghebbenden aan de notaris verstrekte privatieve last (art. 7:423 lid 1 BW).²²⁵ Steneker schrijft dat als de exclusieve bevoegdheid niet uit lastgeving voortvloeit, maar rechtstreeks uit art. 25 lid 2 Wn want dan zouden de bepalingen van afdeling 7.7.2 BW op grond van art. 7:424 lid 1 BW toch van toepassing zijn.²²⁶ Art. 7:424 BW is een schakelbepaling die de artikelen 7:415-7:423 BW van overeenkomstige toepassing verklaart. Wat houdt privatieve lastgeving ingevolge art. 7:423 lid 1 BW in. Hierin dan is bedongen dat de lasthebber een aan de lastgever toekomend recht in eigen naam en met uitsluiting van de lastgever zal uitoefenen.²²⁷ De lastgever is zelf dus niet meer bevoegd om zijn recht uit te oefenen voor de duur van de lastgevingsovereenkomst.²²⁸ Dit beding werkt niet alleen tussen partijen, maar heeft eveneens een werking ten opzichte van derden. Hierin ligt het bijzondere karakter van de privatieve last.²²⁹ De uitsluiting kan niet worden tegengeworpen aan derden die haar kenden noch behoorden te kennen (art. 7:423 lid 1 slot BW). Wat precies de gevolgen zijn van de privatieve last, zal voor een groot deel afhankelijk zijn van de inhoud van de overeenkomst van lastgeving, deze overeenkomst bepaalt wat de uitoefening van het recht precies omvat.²³⁰ De wetgever heeft ervoor gekozen om met de privatieve last aan te sluiten bij het stelsel van art. 7:422 BW voor het einde van de lastgeving.²³¹ In de Wet op het Notarisambt heeft de wetgever deze bepaling niet uitgesloten.

²²³ Grundmann-van de Krol 2004, p. 383.

²²⁴ Steneker 2005, p. 219; Stcrt. 2003, 102, p. 16.

²²⁵ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 30 en 32; HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), m.nt. H.J. Snijders.

²²⁶ Steneker 2005, p. 207.

²²⁷ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 169; Bloembergen 2001, p. 145-146.

²²⁸ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 169; Bloembergen 2001, p. 145-146.

²²⁹ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 169; Bloembergen 2001, p. 145-146.

²³⁰ Bloembergen 2001, p. 145-146.

²³¹ *Kamerstuk II* 1991-1992, 17779, nr. 8, p. 8-9; Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, p. 143-144.

Keren wij nu terug naar de notariële kwaliteitsrekening dan bestaat tussen de belanghebbenden en de notaris een lastgevingverhouding/lastgevingovereenkomst.²³² Er moet van uitgegaan worden dat de belanghebbenden gezamenlijk een last hebben gegeven voor het beheer en de beschikking over een vordering.²³³ De lastgevingovereenkomst geeft de lasthebber een bevoegdheid en daarnaast een verplichting.²³⁴ De bevoegdheid die aan de notaris gegeven wordt omvat het recht om de vordering van de belanghebbenden op de bank uit te oefenen.²³⁵ In art. 25 lid 3 Wn wordt bepaald dat de belanghebbenden de gezamenlijke rechthebbenden zijn op het vorderingsrecht voortvloeiende uit de bijzondere rekening. De verplichting die de notaris opgelegd wordt houdt in om betalingopdrachten aan de bank te geven als voldaan is aan de opschortende/ontbindende voorwaarde.²³⁶ Het is niet wenselijk wanneer ook de belanghebbenden bevoegd zouden zijn en zouden kunnen beschikking over de bijzondere rekening.²³⁷ Vandaar dat art. 25 lid 2 Wn deze bevoegdheden uitsluitend laat toekomen aan de notaris. Daarnaast heeft de wetgever gedacht aan art. 7:420 lid 1 BW. De wetgever heeft dit artikel uitgesloten, zodat de rechthebbenden geen rechtstreekse rechten tegen de bank kunnen uitoefenen of op hun te doen laten overgaan.²³⁸ Dat dit wenselijk is zal duidelijk zijn. De bevoegdheid en verplichting van de notaris tot uitoefening van de vordering van de belanghebbende op de bank worden beheerst door de wettelijke bepalingen van lastgeving.²³⁹

Art. 7:422 BW gaat over de beëindiging van de lastgeving en kan een probleem veroorzaken.²⁴⁰ Art. 7:422 lid 1 onder a BW bepaalt, immers dat door de dood, de ondercuratelestelling, het faillissement van de lastgever (belanghebbenden) of voor het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen doen de lastgeving eindigen. Art. 7:422 lid 1 onder b BW bepaalt hetzelfde voor de notaris, tenzij in de lastgevingsovereenkomst anders is bepaald (art. 7:422 lid 1 onder b jo. lid 2 BW). Eerst zal ik de gevolgen van de gebeurtenissen van art. 7:422 lid 1 onder a BW bespreken. Bij de dood van een belanghebbende valt zijn aanspraak op de voorwaardelijke vordering uit hoofde van de bijzondere rekening in zijn nalatenschap.²⁴¹ Bij de ondercuratelestelling verkrijgt de bewindvoerder hetzelfde recht dat de ondercuratele gestelde had.²⁴² Bij het faillissement of het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling valt de aanspraak op de voorwaardelijke vordering uit hoofde van de bijzondere rekening in de faillissementsboedel.²⁴³ Wat is het gevolg van art. 7:422 lid 1 onder b BW als de lastgeving eindigt voor de belanghebbenden.

²³² *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 30; Steneker 2005, p. 211.

²³³ Steneker 2005, p. 215.

²³⁴ Steneker 2005, p. 211.

²³⁵ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 30; Steneker 2005, p. 211.

²³⁶ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 10; Steneker 2005, p. 212.

²³⁷ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 32.

²³⁸ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 30 en p. 32; Kortmann & Faber 1998, p. 142; W. Snijders 1993, p. 239.

²³⁹ Steneker 2005, p. 214.

²⁴⁰ Kortmann & Faber 1998, p. 142, Schoordijk 2003/2 p. 57-58 en 76; Waaijer 2004, p. 567.

²⁴¹ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, p. 151; Steneker 2005, p. 216.

²⁴² Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, p. 152.

²⁴³ Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 372; Thesingh 1943, p. 61-62; Steneker 2005, p. 216-217.

Wanneer de lastgeving eindigt, vervallen daarmee de verplichtingen en bevoegdheden van de notaris met betrekking tot de vordering van de belanghebbenden op de bank.²⁴⁴ De belanghebbenden hebben nu een vordering op de bank. Over het feit of de curator in het faillissement van de notaris dan nog een taak heeft voor wat betreft de uitvoering / naleving van de kwaliteitsrekening verschillen de meningen.²⁴⁵ Mijns inziens heeft de curator wel degelijk een taak, hij dient zorg te dragen over afwikkeling van de kwaliteitsrekening.²⁴⁶ Art. 26 Wn bepaalt dat de notaris gedurende diens faillissement van rechtswege in de uitoefening van zijn ambt is geschorst. Dan is art. 28 Wn wellicht van toepassing dat onder andere voorziet in het waarnemen c.q. de vervanging van de notaris bij schorsing. Art. 7:422 lid 1 onder b BW is van regelend recht.²⁴⁷ Mitsdien kan overeengekomen worden in de lastgevingsovereenkomst dat de lastgeving niet eindigt wanneer een waarnemer wordt benoemd.²⁴⁸ De bevoegdheden en verplichtingen van de notaris gaan dan over op de waarnemer.²⁴⁹

Lid 3 van art. 25 Wn

Dit lid is één van de belangrijkste omdat het bepaalt dat het vorderingsrecht voortvloeiende uit de bijzondere rekening toebehoort aan de gezamenlijke rechthebbenden. In § 2.2.2.1 zijn de twee opvattingen over wie de rechthebbenden zijn van de vordering(en) uit hoofde van de kwaliteitsrekening op de bank besproken. De wetgever heeft bij deze wet gekozen voor de belanghebbenden.²⁵⁰ Een belangrijke consequentie van deze keuze is, dat het bedrag op de bijzondere rekening niet in het vermogen van de notaris terechtkomt. Het bedrag behoort toe aan de gezamenlijke belanghebbenden.²⁵¹ Een gevolg van deze keuze is dat als er twee of meer belanghebbenden zijn het vorderingsrecht een gemeenschap (art. 3:166 BW) vormt.²⁵² Een gemeenschap wordt door art. 3:166 lid 1 BW als volgt omschreven: een gemeenschap is aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk. Het wettelijke systeem gaat uit van twee soorten gemeenschappen namelijk de eenvoudige gemeenschap en de bijzondere gemeenschap. De eenvoudige gemeenschap (art. 3:166 BW) is een gemeenschap van een of meer goederen. De bijzondere gemeenschap (art. 3:189 BW) wordt omschreven als een algemeenheid van goederen.²⁵³ Deze bijzondere gemeenschap kan naast goederen ook schulden omvatten.²⁵⁴ In art. 3:189 BW worden de verschillende bijzondere gemeenschappen benoemd. De kwaliteitsrekening wordt niet genoemd, deze valt dus mijns inziens onder de eenvoudige gemeenschap.²⁵⁵ Op de eenvoudige gemeenschap is

²⁴⁴ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, p. 152-153; Thesingh 1943, p. 60; Steneker 2005, p. 217.

²⁴⁵ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 33; *Kamerstuk II* 2004-2005, 22705 en 23706, nr. 21, p. 9; Vranken 1998, p. 86; Wessels 2001, p. 65; W. Snijders 1999, p. 154.

²⁴⁶ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 33; *Kamerstuk II* 2004-2005, 22705 en 23706, nr. 21, p. 9.

²⁴⁷ Steneker 2005, p. 218.

²⁴⁸ Vranken 1998, p. 86; Steneker 2005, p. 218.

²⁴⁹ Vranken 1998, p. 86; W. Snijders 1999, p. 154; Steneker 2005, p. 218.

²⁵⁰ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 10.

²⁵¹ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 10.

²⁵² *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 32.

²⁵³ Asser/Mijnsen/De Haan 3-I 2001, p. 443 en p. 456; Van Mourik 2001, p. 1-2; Schoordijk 2003/2, p. 81.

²⁵⁴ Van Mourik 2001, p. 1-2.

²⁵⁵ Schoordijk 2003/2, p. 81.



titel 3.7.1 BW van toepassing. Een eenvoudige gemeenschap vormt geen afgescheiden vermogen, wat wel het geval is bij de bijzondere.²⁵⁶ Steneker schrijft dat de belangrijkste grondslag van een afgescheiden vermogen bij een kwaliteitsrekening aanwezig is wanneer de goederenrechtelijke gerechtigdheid tot de vordering op de bank en het economische belang in verschillende handen zijn, wat het geval is bij de opvatting wanneer de rekeninghouder de rechthebbende is.²⁵⁷

Hieronder wordt alleen nog nader ingaan op de eenvoudige gemeenschap omdat de kwaliteitsrekening tot deze gemeenschap behoort. De gemeenschap ontstaat op het moment van storting van een bedrag op de kwaliteitsrekening.²⁵⁸ Wat kunnen de deelgenoten nu met de gemeenschap/gemeenschappelijke goed bewerkstelligen? De belanghebbenden zijn dus de deelgenoten in de gemeenschap. Het aandeel van de belanghebbenden in de gezamenlijke vordering behoort tot het vermogen van deze belanghebbenden. De beschikkingsbevoegdheid wordt geregeld door art. 3:175 BW en dit artikel bepaalt vervolgens dat een ieder van de deelgenoten over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed kan beschikken, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten iets anders voortvloeit. Het beheer wordt geregeld in art. 3:170 BW. Lid 2 van dit artikel maakt het de deelgenoten mogelijk om de bevoegdheid tot beheer en beschikking exclusief aan de rekeninghouder te laten toekomen.²⁵⁹ Hiervoor wordt een privatieve last (art. 7:423 lid 1 BW) aan de rekeninghouder verleend. Ieder der deelgenoten kan te allen tijde verdeling van een gemeenschappelijk goed vorderen, tenzij uit de aard van de gemeenschap iets anders voortvloeit (art. 3:178 lid 1 BW). Bij de kwaliteitsrekening hebben de deelgenoten (de belanghebbenden) te maken met ontbindende/opschortende voorwaarden.²⁶⁰ De deelgenoten weten dat geen van hen zonder meer als onvoorwaardelijk rechthebbende op het bedrag van de kwaliteitsrekening beschouwd kan worden.²⁶¹ De deelgenoten hebben dus een voorwaardelijk aandeel in de gemeenschap. De gemeenschap omvat de onvoorwaardelijke vordering op de kredietinstelling. Mocht de rekeninghouder onverhoopt failliet verklaard worden dan is dit geen probleem omdat de vordering geen deel uit maakt van het vermogen van de rekeninghouder.²⁶² De deelgenoten hebben geen vordering op de rekeninghouder, maar als gemeenschap hebben zij een vordering op de bank. Wat is er aan de hand wanneer één van de deelgenoten failliet verklaard wordt, dan heeft de curator dezelfde rechten als de failliete deelgenoot had in de periode van voor zijn faillissement.²⁶³ De curator kan dan pas tot inning over aangaan zodra aan de voorwaarde is voldaan.

In art. 3:186 lid 1 BW wordt bepaald dat een levering vereist is voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde op dezelfde wijze als voor de overdracht is voorgeschreven. Dit zou

²⁵⁶ Van Mourik 2001, p. 1-2.

²⁵⁷ Steneker 2005, p. 209.

²⁵⁸ Groenewegen 2001, p. 388.

²⁵⁹ W. Snijders 1993, p. 241.

²⁶⁰ Zie § 2.2.

²⁶¹ Groenewegen 2001, p. 388; HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.).

²⁶² *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 10 en p. 32-33.

²⁶³ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 9.

betekenen dat een akte en een mededeling aan de bank (art. 3: 94 lid 1 BW) vereist is.²⁶⁴ Hierop is door Kortmann en Steneker kritiek geleverd.²⁶⁵ Echter Steneker schrijft dat het zijns inziens juist is om aan te nemen dat de notaris op grond van de aan hem verstrekte last de bevoegdheid heeft om ten laste van de kwaliteitsrekening betaalopdrachten te geven aan de bank.²⁶⁶ Deze betaalopdrachten zorgen er dan voor dat het geld wordt overgemaakt aan de belanghebbenden. Er is dan volgens Steneker geen sprake van toedeling van een gemeenschappelijk goed (art. 3:186 lid 1 BW), maar van een bevoegdelijke uitoefening van een gemeenschappelijk recht door de notaris.²⁶⁷ Indien het saldo dat op de kwaliteitsrekening (het gemeenschappelijke goed) stond is uitbetaald aan de uiteindelijke belanghebbende (begunstigde), doet dit de gemeenschap op heffen.²⁶⁸ Snijders is het niet eens met Steneker en hij schrijft:

‘aan het einde van de gemeenschap dient verdeeld te worden en ter uitvoering van die verdeling dient aan de eisen voor levering te worden voldaan (art. 3:186 BW), hetgeen onpraktisch voorkomt. Juist omdat het om voorwaardelijke rechten gaat, vergt de verdeling i.c. echter geen levering, maar wordt de vereiste goederenrechtelijke mutatie zonder meer door de vervulling van de voorwaarde gerealiseerd.’²⁶⁹

Daarnaast wordt in de memorie van toelichting nog vermeld dat veel bepalingen van titel 3.7 niet afgestemd zijn op de figuur van de kwaliteitsrekening.²⁷⁰ Hierbij moet onder andere gedacht worden dat de rechthebbenden (deelgenoten) van deze gemeenschap continue veranderen en de deelgenoten zullen elkaar in beginsel geheel onbekend zijn.²⁷¹ Een gezamenlijke actie kan dan tot problemen leiden. Verder heeft lid 3 het nog over de aansprakelijkheid van de notaris bij eventuele tekorten op de kwaliteitsrekening. De notaris dient deze tekorten aan te vullen. Hiervoor heeft de notaris een ontspanningsmogelijkheid welke ontleend wordt uit het Knobo Beheer/notaris Schellenbach arrest.²⁷²

Lid 4 van art. 25 Wn

Volgens de Memorie van toelichting sluit dit lid aan bij art. 26 e.v. van de Wet giraal effecten verkeer.²⁷³ Volgens W. Snijders was het ook de opdracht om aansluiting te zoeken bij het stelsel van de wet.²⁷⁴ Dit lid bepaalt dat de rechthebbende recht heeft op uitkering van zijn aandeel mits het recht zich daar niet tegen verzet. De notaris zal pas over gaan tot het verstrekken van betaalopdrachten aan de bank zodra voldaan is aan de opschortende/ontbindende voorwaarden. Tevens wordt bepaald dat de

²⁶⁴ Groenewegen 2001, p. 388; Van Mourik 2001, nr. 30; H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 180-181.

²⁶⁵ Kortmann en Steneker, noot bij HR 12 januari 2001, *JOR* 2001/50, onder 7.

²⁶⁶ Steneker 2005, p. 211.

²⁶⁷ Steneker 2005, p. 211.

²⁶⁸ Steneker 2005, p. 211.

²⁶⁹ H.J. Snijders, noot bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./Moulijn), onder 8.

²⁷⁰ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 33; *Kamerstuk II* 1996-1997, 23706, nr. 12 p. 26.

²⁷¹ Groefsema 1997, p. 114.

²⁷² *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 33; HR 9 maart 1990, *NJ* 1990, 428 (Knobo Beheer/notaris Schellenbach).

²⁷³ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 33.

²⁷⁴ W. Snijders 1997, p. 103.

notaris als eventuele rechthebbende op het saldo op de bijzondere rekening pas betaald mag worden indien de andere rechthebbende voldaan zijn. De notaris is vaak ook rechthebbende van het saldo op de kwaliteitsrekening als het gaat om zijn honorarium. Verder spreekt dit lid voor zich.

Lid 5 van art. 25 Wn

Wederom heeft de Wet giraal effecten verkeer de wetgever bij deze bepaling geïnspireerd.²⁷⁵ Het derdenbeslag kan niet onder de kredietinstelling worden gelegd. Dit wordt verklaard doordat de kredietinstelling geen verklaring kan geven of het saldo/aandeel ook daadwerkelijk toekomt aan deze rechthebbende.²⁷⁶ De kredietinstelling weet niet wie de belanghebbende/rechthebbenden zijn. De notaris is de enige die dit weet. Lid 5 bepaalt dan ook dat een schuldeiser van de rechthebbende onder de notaris derdenbeslag dient te leggen op het aandeel van deze rechthebbende. Een gevolg is dat de notaris onder wie beslag gelegd is niet meer bevrijdend kan betalen aan de beslagene.²⁷⁷ De notaris dient een verklaring te geven wat hij van deze beslagene onder zich heeft (art. 476a Rv). De bepalingen van derdenbeslag art. 475 tot en met art. 479a Rv zijn hierbij van toepassing. Bij de totstandkoming van dit artikel is de discussie gevoerd of nog wel gesproken kan worden van derdenbeslag.²⁷⁸ De wetgever vond van wel, omdat beslag gelegd wordt op hetgeen de notaris als lasthebber van de belanghebbende beheert en wellicht moet uitkeren.²⁷⁹ Hierop is kritiek geleverd.²⁸⁰ Vranken vindt de kritiek niet terecht. Hij wijst op het arrest Jahn/Nask²⁸¹ waarin de Hoge Raad heeft aanvaard dat derdenbeslag onder de lasthebber was gelegd op gelden geïnd door een onderlasthebber.²⁸² Vranken stelt als dit al doel treft, moet een beslag onder de notaris bij een kwaliteitsrekening ook mogelijk zijn.²⁸³ Bij deze constructie kan de bank in beginsel buiten het derdenbeslag en de verklaring blijven, de bank hoeft zich alleen aan de opdrachten van de notaris te houden.²⁸⁴ Steneker vindt dat Vranken niet de vergelijking mag maken met het Jahn/Nask arrest, omdat de lasthebber in het Jahn/Nask arrest iets verschuldigd is aan de beslagene.²⁸⁵ Wel heeft Vranken volgens Steneker gelijk als art. 25 Wn niet van toepassing is maar alleen het vermogensrecht.²⁸⁶ Het derdenbeslag dient dus volgens art. 25 lid 5 Wn onder de notaris gelegd te worden. Is verrekening mogelijk? Kan de notaris het saldo van de kwaliteitsrekening dat hij moet uitkeren aan de belanghebbenden verrekenen met een vordering die de notaris heeft op dezelfde belanghebbenden. Gelet op de parlementaire geschiedenis van deze wet wordt het verrekenen mijns

²⁷⁵ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3 p. 33.

²⁷⁶ Vranken 1998, p. 94; *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3 p. 33.

²⁷⁷ Vranken 1998, p. 94.

²⁷⁸ Vranken 1998, p. 95.

²⁷⁹ Vranken 1998, p. 95.

²⁸⁰ Kortmann & Faber 1998, p. 143; Struycken 1996, p. 752-754.

²⁸¹ HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 447 (Jahn/Nask).

²⁸² Vranken 1998, p. 95-96.

²⁸³ Vranken 1998, p. 95-96.

²⁸⁴ Vranken 1998, p. 96-97.

²⁸⁵ Steneker 2005, p. 225-226.

²⁸⁶ Steneker 2005, p. 226.

inziens hier uitgesloten.²⁸⁷ De notaris die de verplichting heeft om het saldo van de kwaliteitsrekening over te maken aan de belanghebbende, kan zijn vordering op dezelfde belanghebbenden dus niet verrekenen.²⁸⁸ De notaris zal in de regel wel zijn honorarium en kosten over het beheer van het saldo op de kwaliteitsrekening in mindering mogen brengen, voordat de notaris de bank opdracht geeft tot het doen van de betaling.²⁸⁹

3.1.2 De kritiek op art. 25 Wn

De notariële kwaliteitsrekening van art. 25 Wn is niet door iedereen positief ontvangen.²⁹⁰ Kortmann en Faber hebben betoogd dat art. 25 Wn niet in die huidige vorm ingevoerd mag worden.²⁹¹ Naast hun kritiek hebben zij tevens een alternatieve wettelijke regeling voorgesteld. Helaas voor Kortmann en Faber bleef de regering bij hun standpunt en werd het ontwerp ook daadwerkelijk wetgeving. Een positief punt is dat hun betoog grote indruk gemaakt heeft op de regering. De Staatssecretaris heeft toegezegd de regeling na 5 jaar onafhankelijk te zullen evalueren.²⁹² Momenteel is de Commissie evaluatie Wet op het notarisambt onder leiding van dhr. Hammerstein bezig met de opdracht de wet- en regelgeving van het notarisambt aan een onderzoek te onderwerpen.²⁹³ De uitkomst van deze evaluatie werd medio 2005 verwacht.²⁹⁴

Ik zal de kritiek van Kortmann en Faber kort weergeven en daar waar nodig van commentaar voorzien. Op de eerste plaats vinden zij de pseudo-kwaliteitsrekening dogmatisch minder juist.²⁹⁵ Het gaat Kortmann en Faber te ver om aan de tenaamstelling van de bankrekening, in het bijzonder aan de vermelding van de hoedanigheid van de tussenpersoon, de consequentie te verbinden dat de gelden die op de bankrekening van de tussenpersoon worden gestort, niet aan de rekeninghouder als rechthebbende toebehoren, maar aan de belanghebbenden.²⁹⁶ Zij vinden dat constructie op gespannen voet staat met de grondslag van het vertegenwoordigingsrecht.²⁹⁷ De tussenpersoon handelt bij het openen van de bankrekening slechts ten behoeve van derden, hij treedt niet op als hun vertegenwoordiger. Verder schrijven Kortmann en Faber dat een directe verkrijging zoals bedoeld in art. 3:110 BW door de belanghebbenden van de vordering op de bank niet in overeenstemming is met het huidige vermogensrecht, omdat art. 3:110 BW op een verkrijging van een vordering op naam niet van toepassing is.²⁹⁸ De kritiek is niet helemaal terecht want de notaris treedt op als middellijk

²⁸⁷ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3 p. 33.

²⁸⁸ Kortmann 2002, p. 791.

²⁸⁹ Kortmann 2002, p. 791.

²⁹⁰ Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Struycken 1996, p. 752-754; Vriesendorp 1998, p. 139-150.

²⁹¹ Kortmann & Faber 1998, p. 137-145.

²⁹² *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 2; *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 1.

²⁹³ *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 1.

²⁹⁴ *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 61, p. 1 en p. 7.

²⁹⁵ Kortmann & Faber 1998, p. 140.

²⁹⁶ Kortmann & Faber 1998, p. 140.

²⁹⁷ Kortmann & Faber 1998, p. 140.

²⁹⁸ HR 23 september 1994, NJ 1996, 461 (Kas-Associatie/Drying Corporatie) en zie Faber 1996, p. 213-214 en p. 237-239; Kortmann & Faber 1998, p. 140.

vertegenwoordiger van de belanghebbende.²⁹⁹ Op grond van ons vertegenwoordigingsrecht is hij daardoor vanaf de verkrijging rechthebbende.³⁰⁰ Volgens Snijders verkrijgt de notaris bij de notariële kwaliteitsrekening in het geheel geen goed er wordt immers slechts geld gestort op een rekening die hij q.q. houdt.³⁰¹ Dus geen levering aan de notaris.³⁰² De notaris is van begin af aan slechts houder van het bedrag op de kwaliteitsrekening.³⁰³ Daarbij schrijft Snijders:

‘De storting van het depot behelst ook geen verkrijging door de notaris voor de belanghebbenden: de partij die stort of - zoals hier - ten behoeve waarvan gestort is, blijft of - zoals hier - wordt rechthebbende onder ontbindende voorwaarde; zijn wederpartij wordt door de storting op de depotrekening rechthebbende onder opschortende voorwaarde; deze wederpartij wordt dus onder opschortende voorwaarde betaald, maar niet geleverd.’³⁰⁴

Op de tweede plaats kleven aan het gebruik van de constructie van de privatieve lastgeving een aantal bezwaren.³⁰⁵ Dit geldt zeker voor het bepaalde in art. 7:423 lid 1, tweede zin BW: De uitsluiting kan niet worden tegengeworpen aan derden die haar kenden noch behoorden te kennen. Daarnaast is de beëindigingsregeling (art. 7:422 BW) voor de privatieve lastgeving weinig praktisch bij beheersverhouding zoals bij de kwaliteitsrekening.³⁰⁶ Kortmann en Faber verdedigen de opvatting dat de vordering uit hoofde van een kwaliteitsrekening aan de rekeninghouder toebehoort. Hieruit vloeit dan rechtstreeks de exclusieve beheers- en beschikkingbevoegdheid voort, hiervoor is dus de figuur van de privatieve lastgeving niet nodig.

Het derde bezwaar betreft het leerstuk van de verrekening. Normaal gesproken zou de bank een tegenvordering op de belanghebbende kunnen verrekenen met haar schuld aan de belanghebbende uit hoofde van de kwaliteitsrekening (art. 6:127 lid 2 BW) en andersom.³⁰⁷ De gezamenlijke belanghebbenden vormen een gemeenschap (art. 25 lid 3 Wn). De vordering op de bank uit hoofde van de kwaliteitsrekening behoort toe aan deze gemeenschap. Iedere belanghebbende kan dus zijn aandeel in de vordering dus verrekenen met een schuld aan de bank en andersom, omdat wordt voldaan aan het wederkerigheidsvereiste (art. 6:127 lid 2 BW).³⁰⁸ Mijns inziens is het verrekenen niet mogelijk, omdat de wetgever dit heeft uitgesloten.³⁰⁹ De wetgever heeft alleen de verrekening van de

²⁹⁹ H.J. Snijders, noot bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), onder 5; Groefsema 1997, p. 110-111.

³⁰⁰ H.J. Snijders, noot bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), onder 5.

³⁰¹ H.J. Snijders, noot bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), onder 5.

³⁰² H.J. Snijders, noot bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), onder 5.

³⁰³ H.J. Snijders, noot bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), onder 5.

³⁰⁴ H.J. Snijders, noot bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), onder 5.

³⁰⁵ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nrs. 169-171; Kortmann & Faber 1998, p. 140.

³⁰⁶ Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nrs. 171-172; Kortmann & Faber 1998, p. 140 en 142; Waaijer 2004, p. 596; zie § 3.1.1.

³⁰⁷ Kortmann & Faber 1998, p. 141.

³⁰⁸ Kortmann & Faber 1998, p. 141.

³⁰⁹ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 33.

vordering tot uitkering aan de belanghebbende met de schuld van de belanghebbende aan de notaris niet uitgesloten.³¹⁰

Een vierde bezwaar levert de problematiek van het beslag op. Wat gebeurt er indien een schuldeiser van een belanghebbende beslag legt op de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening. Een voorbeeld ter illustratie. Stel dat een schuldeiser van een koper van een onroerendgoed beslag legt op de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening. Bij de overdacht doet zich dan een probleem voor, het bedrag van de verkoop kan niet op de rekening gestort worden van de verkoper omdat de vordering is getroffen door beslaglegging. Dan zou dus volgens Kortmann en Faber een gekunstelde constructie gebruikt moeten worden wil men dit nadeel opheffen.³¹¹

Als vijfde nadeel wordt aangevoerd dat bij het gebruik van een algemene kwaliteitsrekening vaak meerdere belanghebbenden betrokken zijn.³¹² Tussen deze belanghebbenden ontstaat een eenvoudige gemeenschap (art. 3:166 BW). Het nadeel wordt pas duidelijk als de privatieve last eindigt van de rekeninghouder, door opzegging of door zijn faillissement.³¹³ Een groot aantal belanghebbenden bij een dergelijke kwaliteitsrekening kent elkaar vaak niet en dit kan leiden tot een probleem indien de gezamenlijke belanghebbenden de gemeenschap moeten verdelen.³¹⁴ Mijns inziens levert dit geen probleem op, omdat bij een faillissement van de notaris de curator belast is met de afhandeling van de kwaliteitsrekening.³¹⁵

Tegenstanders van art. 25 Wn zien de kwaliteitsrekening vaak als een figuur die veel verwantschap vertoont met de trust.³¹⁶ De wetgever heeft immers de goedkeuring gegeven voor de inwerkingtreding van het Haagse Trustverdrag.³¹⁷ Met de kwaliteitsrekening kan inderdaad een constructie van de trustleer worden bereikt, alleen moet men dan de trust in het interne Nederlandse recht aanvaarden.³¹⁸ De volgende problemen zijn dan te verwachten: zeggenschap, verrekening, aansprakelijkheid, beslag, verhaal, belasting en vererving.³¹⁹

Maar gelukkig zijn o.a. Schoordijk, H.J. Snijders en W. Snijders wel tevreden over art. 25 Wn.³²⁰ Schoordijk merkt nog op dat het huidige art. 25 Wn aanbeveling verdient om dit onder te brengen in

³¹⁰ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 33.

³¹¹ Kortmann & Faber 1998, p. 141-142.

³¹² Kortmann & Faber 1998, p. 142.

³¹³ Kortmann & Faber 1998, p. 142.

³¹⁴ Groefsema 1997, p. 114; Kortmann & Faber 1998, p. 142.

³¹⁵ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 33; *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21 p. 9.

³¹⁶ Faber 1996, p. 220; Kortmann & Faber 1998, p. 144; Steneker 2005, p. 112; Struycken 1996, p. 752 en 754.

³¹⁷ Kortmann & Faber 1998, p. 144; Struycken 1996, p. 752 en 754; Trb. 1985, 141.

³¹⁸ H.J. Snijders, noot bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), onder 4.

³¹⁹ H.J. Snijders, noot bij HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), onder 4.

³²⁰ Schoordijk 2003/2, p. 76; W. Snijders 1997, p. 102-103; HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), m.nt. H.J. Snijders.

het Burgerlijk Wetboek en deze bepaling van toepassing te verklaren op alle gevallen waarin een derdenrekening zich voordoet.³²¹

3.1.3 Het Koren q.q./ Moulijn arrest

Het arrest Koren q.q./ Moulijn³²² ofwel Koren q.q./ Tekstra q.q. uit 2001 is het tweede arrest waarin de Hoge Raad zich uitspreekt over een kwaliteitsrekening. Het arrest is gewezen na de inwerkingtreding van art. 25 Wn. Het arrest geeft een verruiming voor de kwaliteitsrekening. In art. 25 Wn gaat het om een algemene/ generale kwaliteitsrekening en in dit arrest wordt door de Hoge Raad aan een bijzondere notariële kwaliteitsrekening dezelfde gevolgen verbonden als voor de algemene/generale kwaliteitsrekening.³²³ Alvorens op de uitspraak van de Hoge Raad in te gaan zal ik eerst een korte uiteenzetting geven over deze kwestie. K. was tot eind 1992 bestuurder van Energiemeetsystemen EMS International BV, EMS Benelux BV en Energiemeetsystemen EMS Holland BV, (hierna samen aan te wijzen als: EMS). EMS was fabrikant van energiezuinige, "slimme" gasmeters. Op 4 november/ 23 december 1992 is EMS failliet verklaard. Mr. Tekstra werd als curator (hierna: Tekstra q.q.) aangesteld. Op 24 mei 1993 heeft Tekstra q.q. tegen K. een procedure aanhangig gemaakt bij de rechtbank te Amsterdam. Tekstra q.q. stelde K. aansprakelijk voor de tekorten in het faillissement van EMS op grond van art. 2:248 BW. Tekstra q.q. heeft daartoe onder meer gesteld dat K. niet heeft voldaan aan de boekhoudverplichting, zoals bedoeld in art. 2:10 BW. De vordering werd in eerste aanleg toegewezen. K. heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld. Voor het verdere verloop van deze zaak met betrekking tot de vragen over de kwaliteitsrekening is de afwachting van deze procedure niet van belang. Op 23 november heeft Tekstra q.q. conservatoir beslag doen leggen op het toenmalige woonhuis van K. Het woonhuis was inmiddels al verkocht op 20 november 1993 door K. en zijn echtgenote. Teneinde levering van het woonhuis vrij van beslag mogelijk te maken zijn K. en zijn echtgenote met Tekstra q.q. op 11/14 maart 1994 overeengekomen dat het deel van de koopsom (fl. 523 189,95), dat overbleef na voldoening van de hypotheekhouder, onder een notaris gedeponereerd zou worden. Het bedrag werd in depot gegeven aan notaris mr. Moulijn (hierna: de notaris) van de maatschap Moulijn Bosse & Huddleston Slater Notarissen. In de depotakte is de volgende bepaling opgenomen: *"b. het depot met de eventueel daarop ontvangen rente wordt uitgekeerd aan diegene die door ondergetekenden eensluidend daartoe schriftelijk wordt aangewezen, dan wel aan diegene die daartoe bij in kracht van gewijsde gegaan rechterlijk vonnis wordt aangewezen."*³²⁴

De depotakte werd getekend door K., zijn echtgenote, Tekstra q.q. en door de notaris. De notaris heeft vervolgens het aan hem in depot gegeven bedrag gestort op een speciaal hiervoor door hem geopende derdenrekening, waarvan de tenaamstelling voldoet aan de eisen voor een kwaliteitsrekening. Dat wil zeggen (volgens het Slis-Stroom arrest) een rekening ten name van de notaris met vermelding van

³²¹ Schoordijk 2003/2, p. 76.

³²² HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.).

³²³ HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), r.o. 3.3.

³²⁴ HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.).

diens hoedanigheid als opdrachtnemer van degenen ten behoeve waarvan het depot is gestort.³²⁵ K. is op 20 januari 1998 in staat van faillissement gesteld waarbij werd aangesteld mr. Koren als curator (hierna: de curator). De curator heeft de notaris verzocht het in depot gehouden bedrag over te maken op de derdenrekening van zijn kantoor. De notaris heeft aan dit verzoek niet voldaan omdat Tekstra q. q. weigerde hiervoor zijn toestemming te geven. Vervolgens spraak de curator de notaris in rechte aan. De rechtsvraag die naar aanleiding van deze zaak gesteld is aan de Hoge Raad luidt mijns inziens. Aan welke partij behoort het saldo dat op een bijzondere notariële kwaliteitsrekening staat toe? Dient bij een bijzondere notariële kwaliteitsrekening aansluiting gezocht te worden bij de algemene kwaliteitsrekening van art. 25 Wn. De Hoge Raad lijkt inderdaad aansluiting te zoeken bij art. 25 Wn in r.o. 3.3.

'...In zijn arrest van 3 februari 1984, nr. 12219, NJ 1984, 782, heeft de Hoge Raad - voor zover thans van belang - geoordeeld "(...) dat niet de weg is gekozen van storting van het bedrag op een afzonderlijke rekening ten name van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betreffende koper en verkoper, noch een - wat betreft het afgescheiden blijven van het overgemaakte bedrag van het vermogen van de notaris - daarmee gelijk te stellen weg." Aldus heeft de Hoge Raad de mogelijkheid aanvaard van de bijzondere notariële kwaliteitsrekening, geopend voor één transactie. Ook onder de werking van art. 3:84 lid 3 BW "blijft [toegelaten] de figuur van de girorekening die door bijv. een notaris ten behoeve van één of meer anderen wordt geopend in dier voege dat het daarop gestorte bedrag niet in zijn vermogen valt, mits van de hoedanigheid waarin hij ten behoeve van die anderen optreedt, uit de tenaamstelling van de rekening blijkt", aldus Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1202. Voormeld arrest heeft voorts voor de wetgever de aanleiding gevormd om in art. 25 van de nieuwe Wet op het Notarisambt een regeling te treffen voor de algemene notariële kwaliteitsrekening. Blijkens deze bepaling is de notaris als lasthebber van de gerechtigden tegenover de kredietinstelling bij uitsluiting bevoegd tot het beheer en de beschikking over de bijzondere rekening. 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. Tussen deze rechthebbenden geldt met betrekking tot die gelden een gemeenschap als bedoeld in art. 3:166 lid 1 BW. 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. Wordt een van de deelgenoten failliet verklaard, dan brengt het beginsel dat de curator vermogensrechtelijk dezelfde positie inneemt als de

³²⁵ HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 (Slis-Stroom), r.o. 3.2.

*gefaillleerde ten opzichte van zijn wederpartij had of zou hebben gehad, mee dat het voorwaardelijk recht dat aan de deelgenoot toekwam in diens faillissement valt.*³²⁶

De conclusie van deze uitspraak is dat bij een bijzondere notariële kwaliteitsrekening de gezamenlijke rechthebbende deelgenoten zijn in een gemeenschap (art. 3:166 BW).³²⁷ De gemeenschap omvat het recht op uitkering van het gedeponeerde bedrag. De deelgenoten hebben bij de verdeling van deze gemeenschap een voorwaardelijk recht op toedeling van de door de notaris beheerde bedrag op de kwaliteitsrekening. Mocht een van de deelgenoten in staat van faillissement worden verklaard, dan valt dat voorwaardelijk recht in diens faillissementsboedel en heeft de curator niets meer dan dat de gefaillleerde had. Past men dit op de Koren q.q./Moulijn zaak toe, dan heeft Koren q.q. dezelfde rechten als K. en zijn echtgenote voor diens faillissement. Dus het in de boedel gevallen vorderingsrecht blijft onderworpen aan de in de depotakte neergelegde voorwaarde.

3.1.3.1 Kritiek op het Koren q.q./Moulijn arrest

Ook dit arrest heeft weer enkele pennen in beweging gebracht.³²⁸ Salomons vindt de gekozen oplossing van de Hoge Raad niet verrassend.³²⁹ Salomons vraagt zich alleen af of het wel juist is om tussen de belanghebbende een gemeenschap te creëren.³³⁰ Hij is in ieder geval niet overtuigd dat deze constructie dwingend voortvloeit uit de door de Hoge Raad gehanteerde argumentatie.³³¹ Salomons stelt dat het eenvoudiger is om aan te nemen dat K. en zijn echtgenote tot aan de het intreden van de in de depotakte neergelegde voorwaarde exclusief rechthebbende zijn op het saldo van de rekening.³³² Verder schrijft hij dat K. en zijn echtgenote de notaris niet tot terugbetaling kunnen verplichten zolang niet is voldaan aan de voorwaarde in de depotakte.³³³ Tekstra wordt pas rechthebbende wanneer K. en zijn echtgenote daarmee instemmen of bij een rechtelijk vonnis.³³⁴ Volgens Salomons kan er geen gemeenschap tussen de belanghebbenden ontstaan zijn.³³⁵ Dit is niet te baseren op het Slis-Stroom arrest, want daarin wordt immers niet gesproken over een gemeenschap tussen belanghebbenden en ook uit de parlementaire geschiedenis van art. 25 Wn is dit niet te halen.³³⁶ Daarin wordt enkel over een algemene kwaliteitsrekening, waarin de gemeenschap een uitkomst is vanwege de vele stortingen op de kwaliteitsrekening gesproken.³³⁷ Salomons vervolgt zijn betoog met een van de meest belangrijke vragen die art. 25 Wn oproept: waaraan ontleent de voorwaardelijke begunstigde zijn

³²⁶ HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), r.o. 3.3.

³²⁷ HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), r.o. 3.3.

³²⁸ Van Es 2001, p. 633; Kortmann en Steneker, noot bij HR 12 januari 2001, JOR 2001/50 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), onder 7 en 8; Van Koppen 2001, p. 111; Salomons 2001, p. 357; Vroom 2001, p. 94.

³²⁹ Salomons 2001, p. 357.

³³⁰ Salomons 2001, p. 358.

³³¹ Salomons 2001, p. 358.

³³² Salomons 2001, p. 358.

³³³ Salomons 2001, p. 358.

³³⁴ Salomons 2001, p. 358.

³³⁵ Salomons 2001, p. 357.

³³⁶ Salomons 2001, p. 358.

³³⁷ Salomons 2001, p. 358.

vorderingsrecht?³³⁸ Volgens Faber is er helemaal niets aan de begunstigde gecedeerd.³³⁹ De verkrijging van de begunstigde kan dus alleen orginair zijn.³⁴⁰ Daarbij wordt door Salomons nog opgemerkt dat geen sprake kan zijn van een derdenbeding omdat er dan sprake moet zijn van een overeenkomst tussen de begunstiger, bank en voorwaardelijk begunstigde daarbij doet zich nog een probleem voor dat de bank alleen in opdracht van de notaris mag handelen.³⁴¹ Salomons conclusie luidt dat de voorwaardelijke begunstigde zijn vorderingsrecht rechtstreeks aan de wet moet ontleen.³⁴² De wet moet de voorwaardelijk begunstigde aanmerken als rechthebbende.³⁴³ Verder schrijft hij dat als het gaat om een uitbreiding van de regeling van art. 25 Wn naar een bijzondere kwaliteitsrekening men wellicht over zijn bezwaar heen moet stappen, maar zeker niet bij uitbreidingen naar niet-notariële kwaliteitsrekeningen.³⁴⁴ Van Es vindt de gekozen oplossing van de Hoge Raad wel verrassend en de benadering onjuist.³⁴⁵ Kort samengevat komt de conclusie van de Hoge Raad volgens van Es op het volgende neer. Naar analogie van art. 25 Wn hebben beide partijen een voorwaardelijk recht op toedeling van een gemeenschappelijke vorderingsrecht op de bank.³⁴⁶ Van Es schrijft:

‘Voorwaardelijk gerechtigden tot een vorderingsrecht zijn geen deelgenoten in een gemeenschap. De ontbindende en de opschortende voorwaarden 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. Staat vast dat de voorwaarde niet zal intreden, dan verliest de gerechtigde onder opschortende voorwaarde van rechtswege zijn voorwaardelijk recht en verkrijgt de gerechtigde onder ontbindende voorwaarde van rechtswege een voorwaardelijk 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.’³⁴⁷

Volgens van Es heeft de Hoge Raad zich vergist in het antwoord op de vraag, wie bij de generale kwaliteitsrekening deelgenoot zijn in de gemeenschap.³⁴⁸ Art. 25 lid 3 Wn bepaalt dat het vorderingsrecht toebehoort aan de gezamenlijke rechthebbenden. Van Es merkt op dat pas van gezamenlijke rechthebbenden en van een gemeenschap gesproken kan worden wanneer meerdere

³³⁸ Salomons 2001, p. 358.

³³⁹ Faber 1996, p. 206.

³⁴⁰ Salomons 2001, p. 358.

³⁴¹ Salomons 2001, p. 358.

³⁴² Salomons 2001, p. 358.

³⁴³ Salomons 2001, p. 358.

³⁴⁴ Salomons 2001, p. 358.

³⁴⁵ Van Es 2001, p. 631-634.

³⁴⁶ Van Es 2001, p. 633.

³⁴⁷ Van Es 2001, p. 633.

³⁴⁸ Van Es 2001, p. 633.

paren begunstigers en begunstigten erbij betrokken zijn.³⁴⁹ Deze mogelijkheid bestaat alleen bij een generale kwaliteitsrekening. Verder schrijft hij dat de Hoge Raad wellicht art. 25 Wn anders uitlegt:

*‘dat de bij een bepaalde transactie betrokken rechthebbende, geen voorwaardelijk vorderingrecht 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.’*³⁵⁰

De kritiek gaat dus over de situatie van een enkele transactie waarbij de betrokken partijen bij de bijzondere rekening deelgenoten in een gemeenschap zijn geworden.³⁵¹

3.2 De Stichting Derdengelden

De Stichting Derdengelden is een andere vorm van een wettelijk geregelde kwaliteitsrekening, welke ook na het Procall arrest nog toegepast kan worden.³⁵²

3.2.1 Art. 3 boekhoudverordening 1998: Een Stichting Derdengelden

Het gebruik van de Stichting Derdengelden is door de Nederlandse Orde van Advocaten in art. 3 van de Boekhoudverordening 1998 dwingend voorgeschreven. Art. 3 van de Boekhoudverordening 1998 is opgenomen in bijlage 2. Net als bij de wettelijke notariële kwaliteitsrekening moet de figuur van de Stichting Derdengelden ook aan een aantal eisen voldoen. Een Stichting Derdengelden kan door een ieder opgericht worden.³⁵³ Een Stichting Derdengelden is een rechtspersoon die beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken (art. 2:285 lid 1 BW). Het doel zal voornamelijk bestaan uit het beheren en uitkeren van derdengelden aan de rechthebbenden.³⁵⁴ De oprichtingsvereiste staan titel 2.6 BW. Een stichting moet worden opgericht bij notariële akte (art. 2:286 lid 1 BW). De akte dient de statuten van de stichting te bevatten (art. 2:286 lid 3 en 4 BW). Voor de statuten bij de Stichting Derdengelden voor advocaten wordt gebruik gemaakt van de “Modelstatuten” welke als bijlage bij de Boekhoudverordening opgenomen zijn.³⁵⁵ De stichting dient ingeschreven te worden in het handelsregister (art. 2:289 BW). Jaarlijks dient de stichting een jaarrekening op te maken (art. 2:300 BW). Deze vereisten zijn voor een advocaat over het algemeen geen probleem.³⁵⁶

³⁴⁹ Van Es 2001, p. 634.

³⁵⁰ Van Es 2001, p. 634.

³⁵¹ Van Es 2001, p. 634; Salomons 2001, p. 358; Kortmann en Steneker, noot bij HR 12 januari 2001, *JOR* 2001/50, onder 7 en 8.

³⁵² H.J. Snijders 2004/2, p. 618; HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

³⁵³ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 8.

³⁵⁴ Buijn & Van Hees 2000, p. 69.

³⁵⁵ Zie voor modelstatuten: <http://www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/>.

³⁵⁶ Steneker 2005, p. 251.

Bij een Stichting Derdengelden heeft men te maken met vier partijen te weten; de belanghebbenden, de advocaat, de Stichting Derdengelden en de bank.³⁵⁷ Tussen de advocaat en de Stichting Derdengelden wordt een “modelovereenkomst” gesloten. De modelovereenkomst maakt onderdeel uit van de Boekhoudverordening.³⁵⁸ In deze overeenkomst is onder meer opgenomen dat de stichting verplicht is de derdengelden te beheren en uit te keren.³⁵⁹ De Stichting Derdengelden houdt een rekening bij de bank aan in eigen naam (Stichting Derdengelden) zonder verdere vermelding van de hoedanigheid in de tenaamstelling, dan is toch kenbaar dat de gelden worden gehouden ten behoeve van andere dan de stichting zelf.³⁶⁰ Mijns inziens kan men de rekening die door de stichting wordt aangehouden kwalificeren als een kwaliteitsrekening.³⁶¹ De stichting dient in en buiten rechte vertegenwoordigd te worden door het bestuur. Het bestuur dient volgens de modelstatuten (art. 6 lid 1) ten minste te bestaan uit twee bestuursleden, meestal advocaten. Door de tweehandtekeningen eis wordt verhinderd dat advocaten oneigenlijke betalingsopdrachten geven, die ten laste kunnen komen van de rekening van de stichting derdengelden.³⁶² Een ander belangrijk punt is dat de Stichting Derdengelden beschermd moet worden tegen het insolventierisico van de advocaat of tegen een beslaglegging door een van zijn schuldeisers.³⁶³ Dit wordt bereikt doordat de stichting op eigen naam een rekening bij de bank heeft geopend waarop derden de gelden storten en deze rekening behoort dan tot het vermogen van de stichting.³⁶⁴ Daarnaast heeft de Stichting Derdengelden een beperkte doelomschrijving (art. 2:285 lid 1 BW) waardoor zijn geen andere schuldeisers heeft dan de belanghebbenden/rechthebbende bij de kwaliteitsrekening.³⁶⁵ De figuur van de Stichting Derdengelden vormt geen afgescheiden vermogen.³⁶⁶ Het privé vermogen van de advocaat en de vordering op de bank welke toebehoort aan de stichting vormen twee afzonderlijke vermogens. De vordering van de stichting op de bank kan dan ook niet getroffen worden door het faillissement van de advocaat of door beslaglegging van diens schuldeisers.³⁶⁷

Hoe is de rechtsverhouding tussen de belanghebbende en de stichting geregeld. Hiervoor zijn twee mogelijkheden.³⁶⁸ De belanghebbenden hebben een rechtstreekse vordering op de stichting.³⁶⁹ De andere mogelijkheid is dat de belanghebbenden een vordering hebben op de advocaat en de advocaat heeft dan een vordering op de stichting.³⁷⁰ Mijns inziens is de eerste mogelijkheid de beste. Bij de tweede mogelijkheid komt de vordering immers in het vermogen van de advocaat terecht, met alle

³⁵⁷ Steneker 2005, p. 239.

³⁵⁸ Zie voor modelovereenkomst: <http://www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/>.

³⁵⁹ Buijn & Van Hees 2000, p. 69; Modelovereenkomst art 3.

³⁶⁰ Steneker 2005, p. 239-240.

³⁶¹ HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

³⁶² Steneker 2005, p. 239.

³⁶³ Steneker 2005, p. 239.

³⁶⁴ Buijn & Van Hees 2000, p. 69; Steneker 2005, p. 241-242.

³⁶⁵ Buijn & Van Hees 2000, p. 69; zie ook Boekhoudverordening art. 1 sub e.

³⁶⁶ Steneker 2005, p. 239.

³⁶⁷ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 4.

³⁶⁸ Steneker 2005, p. 241-242.

³⁶⁹ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 4; Steneker 2005, p. 242.

³⁷⁰ Schoordijk 2003/2, p. 107.



gevolgen van dien. Om te bereiken dat de belanghebbenden een rechtstreekse vordering op de stichting hebben is in art. 3 Modelovereenkomst een derdenbeding opgenomen ten behoeve van de belanghebbenden.³⁷¹ Art. 3 Modelovereenkomst luidt;

‘Het kantoor bedingt onherroepelijk van de stichting dat de stichting aan de rechthebbende betaalt de bedragen die door de stichting zijn ontvangen en aan de rechthebbende toekomen. De betaling geschiedt zo spoedig mogelijk nadat door of namens de rechthebbende daartoe het verzoek is gedaan. Voorzover door of namens de rechthebbende dit beding niet eerder aanvaard, geldt het verzoek als aanvaarding van het ten behoeve van de rechthebbende gemaakte beding. Indien niet vaststaat dat de rechthebbende aanspraak kan maken op onmiddellijke uitbetaling, geschiedt de uitbetaling eerst nadat dit wel is komen vast te staan.’

Normaliter dient een derdenbeding door de belanghebbenden aanvaard te worden (art. 6:253 lid 1 BW), voordat de belanghebbenden partij worden bij de overeenkomst (art. 6:254 lid 1 BW).³⁷² Volgens Avezaat wordt met de derde volzin voorkomen dat voor de geldigheid van het beding telkens expliciete aanvaarding vereist is.³⁷³ Een verzoek om uitbetaling geldt als aanvaarding van het derdenbeding.³⁷⁴ Ik ga er vanuit dat het wel duidelijk is dat de belanghebbenden een voorwaardelijke vordering hebben op de stichting.

Daarnaast de vraag hoe is de rechtsverhouding tussen de belanghebbenden en de advocaat geregeld. Indien de belanghebbenden een rechtstreekse vordering hebben op de stichting, dan hoeft er alleen een overeenkomst gesloten te worden tussen de belanghebbenden en de stichting.³⁷⁵ De advocaat is alleen als bestuurder van de stichting betrokken vanwege zijn rechtspersoonlijke relatie met de stichting.³⁷⁶ De advocaat heeft een dubbelrol, hij vervult de functie van advocaat en die van bestuurder van de stichting. De stichting mag alleen gelden uitkeren op verzoek van de advocaat in zijn functie als advocaat, of op verzoek van één van de belanghebbenden en de advocaat in zijn functie.³⁷⁷ Dit laatste zal in de overeenkomst van de advocaat met de stichting geregeld moeten worden.³⁷⁸ Wat gebeurt er als de belanghebbenden geen rechtstreekse vordering hebben op de stichting. Dan treedt de advocaat op als middellijke vertegenwoordiger van de belanghebbenden en zal hij een privatieve last ingevolge art. 7:423 BW moeten bezitten.³⁷⁹ Dit is dan dezelfde constructie als van notariële

³⁷¹ Stcrt. 2000, nr. 134, p. 29; Avezaat 2002, p. 55; Schoordijk 2003/2, p. 102.

³⁷² Bloembergen 2001, p. 369 en p. 371.

³⁷³ Avezaat 2002, p. 55.

³⁷⁴ Avezaat 2002, p. 55.

³⁷⁵ Steneker 2005, p. 244.

³⁷⁶ Steneker 2005, p. 244.

³⁷⁷ Steneker 2005, p. 244.

³⁷⁸ Steneker 2005, p. 244.

³⁷⁹ Schoordijk 2000, p. 68; Schoordijk 2003/2, p. 101.

kwaliteitsrekening.³⁸⁰ Mijns inziens hebben de belanghebbenden een rechtstreekse vordering op de stichting, waardoor de figuur van de privatieve last hier helemaal niet nodig is.³⁸¹

3.2.2 Stichting Derdengelden: beslag of faillissement

Wat gebeurt er bij een eventueel beslag of faillissement? Wanneer partijen handelen in overeenstemming met de bepalingen van de Boekhoudverordening 1998, de Modelstatuten en Modelovereenkomst dan kan toch aangenomen worden dat de belanghebbenden een vordering verkrijgen op de stichting en niet op de advocaat.³⁸² Deze visie is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest De Kroon/Peters.³⁸³ De schuldeisers van de advocaat kunnen geen beslag doen leggen op de vorderingen van de Stichting Derdengelden op de bank. Immers de vordering van de stichting behoort niet tot het vermogen van de advocaat. De vordering valt in het vermogen van de stichting. Een uitzondering is denkbaar, waarbij de advocaat ook belanghebbende is voor bijvoorbeeld de inning van zijn declaraties. Hetzelfde geldt voor het faillissement van de advocaat. Wat nu als de belanghebbende failliet gaat of beslag gelegd wordt op zijn vordering op de stichting? De schuldeisers van de belanghebbende kunnen beslag leggen op de voorwaardelijke vordering die de belanghebbende heeft op de stichting. Dit beslag dient dan onder de stichting gelegd te worden.³⁸⁴ Het faillissement van een belanghebbende heeft geen invloed op de vordering van de belanghebbende op de stichting, immers de voorwaardelijke vordering op de stichting valt in de faillissementsboedel.

3.2.3 Is de Stichting derdengelden wel een oplossing?

Het voordeel van de stichting derdengelden is dat deze door praktisch iedereen gebruik zou kunnen worden. Hetgeen bevestigd wordt door de brief van de Staatssecretaris waarin het volgende staat:

*‘Voor zover men zou aarzelen of zonder wettelijke grondslag een generale derdenrekening mogelijk is, kan men in elk geval in navolging van wat voor de advocatuur geldt de constructie van een stichting derdengelden kiezen’.*³⁸⁵

De oprichting van een Stichting derdengelden gaat gepaard met financiële en administratieve lasten.³⁸⁶ Deze eisen kunnen een probleem zijn voor stichtingen die worden gebruikt voor eenmalige transacties of voor het beheer van kleine bedragen.³⁸⁷ Voor een advocaat zal dit denk ik over het algemeen geen probleem zijn.³⁸⁸ De wettelijke notariële kwaliteitsrekening is toch wel een stuk eenvoudiger dan de Stichting Derdengelden. De vraag is dus aan de orde of de Stichting Derdengelden wel de oplossing is? Schoordijk schrijft:

³⁸⁰ Zie § 3.1.1.

³⁸¹ Avezaat 2002, p. 57-58; Steneker 2005, p. 244.

³⁸² Zie anders Steneker die in zijn proefschrift ook de gevolgen bespreekt indien de belanghebbenden een vordering op de advocaat hebben.

³⁸³ HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 373 (De Kroon/ Peters), r.o. 3.4.1 tot en met 3.4.4.

³⁸⁴ Steneker 2005, p. 244-247.

³⁸⁵ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 8.

³⁸⁶ zoals een notariële akte (art. 2:286 lid 1 BW) en de jaarrekening (art. 2:300 BW); zie § 3.2.1.

³⁸⁷ H.J. Snijders 2004/2, p. 616; Steneker 2005, p. 251.

³⁸⁸ Steneker 2005, p. 251.

*‘de advocatuur wordt geconfronteerd met een extra betaallaag, die volledig overbodig is, het denken in termen van een derdenrekening hoogst ingewikkeld, althans vermoeiend maakt, daarom onpraktisch is en welke in de toekomst dan ook dient te verdwijnen.’*³⁸⁹

Hij is dan ook van mening dat de stichting derdengelden overbodig is. Ik denk dat de stichting een oplossing kan zijn voor advocaten, accounts en incassobureau's, omdat het Procall arrest de buitenwettelijke ontwikkeling van de kwaliteitsrekening de pas heeft afgesneden en voor deze groep bestaat momenteel geen wettelijk alternatief. Mochten andere dan advocaten gebruik willen maken van een Stichting Derdengelden constructie dat zou ik hen willen adviseren om gebruik maken van vergelijkbare modelovereenkomsten en modelstatuten zoals door de Nederlandse Orde van Advocaten is voorgeschreven.³⁹⁰

3.3 Afsluiting

In de Wet op het Notarisambt is de verplichte notariële kwaliteitsrekening geregeld. Ik ben van mening dat de notariële kwaliteitsrekening van art. 25 Wn, het vertrouwen van het grote publiek in het notariaat hersteld heeft na het Slis-Stroom debacle. Het Koren q.q./ Tekstra q.q. arrest vormt een aanvulling op art. 25 Wn, omdat bij een bijzondere notariële kwaliteitsrekening aansluiting gezocht wordt bij de algemene kwaliteitsrekening welke geregeld is in art. 25 Wn.³⁹¹ Schoordijk vindt dat de regeling van art. 25 Wn van toepassing verklaard moet worden op alle gevallen van derdenrekeningen.³⁹² De Staatssecretaris van Justitie heeft bij de behandeling van de Gerechtsdeurwaarderswet een toezegging gedaan voor een studie over een algemene vermogensrechtelijke regeling van de kwaliteitsrekening in Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.³⁹³ De Staatssecretaris heeft geschreven dat de toegezegde evaluatie zal starten in 2005.³⁹⁴ Het antwoord op de vraag of een algemene vermogensrechtelijke regeling van de derdenrekening in het Burgerlijk Wetboek wordt opgenomen moet worden gewacht tot de resultaten van de evaluatie voorhanden zijn.³⁹⁵

Na het Procall arrest gebruiken de verschillende incasso- en factureerbedrijven de Stichting Derdengelden. De Stichting Derdengelden is een wettelijke mogelijkheid die momenteel door iedereen gebruikt zou kunnen worden.³⁹⁶ Alleen is de Stichting Derdengelden niet echt geschikt voor eenmalige transacties of voor het beheer van kleine bedragen.³⁹⁷ Een illustratief voorbeeld: een student die een reis organiseert voor de studievereniging, de studenten maken het bedrag aan de organiserende student

³⁸⁹ Schoordijk 2003/2, p. 107.

³⁹⁰ Zie <http://www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/> voor de modelovereenkomst en voor de modelstatuten.

³⁹¹ HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), r.o. 3.3.

³⁹² Schoordijk 2003/2, p. 107.

³⁹³ Kamerstuk II 2001–2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 1-2.

³⁹⁴ Kamerstuk II 2001–2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 2.

³⁹⁵ Kamerstuk II 2001–2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 1-2; Kamerstuk II 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 1-2.

³⁹⁶ Kamerstuk II 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 8; HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

³⁹⁷ H.J. Snijders 2004/2, p. 616; Steneker 2005, p. 251.



over.³⁹⁸ Een inzake rekening is door het Procall arrest uitgesloten. De oprichtingskosten van een Stichting Derdengelden wegen naar alle waarschijnlijkheid nu niet op tegen het insolventierisico van deze student. Mocht de student nu onverhoopt failliet verklaard worden dan zullen de bedragen in de failliete boedel vallen. Voor dit soort gevallen biedt de huidige stand van de kwaliteitsrekening geen adequate oplossing.

³⁹⁸ H.J. Snijders 2004/1, p. 304.

Hoofdstuk 4 Een voorstel voor een wettelijke regeling

In de vorige hoofdstukken heb ik uitvoerig stilgestaan bij de huidige stand van zaken in de praktijk, van de rechtspraak en de vakliteratuur met betrekking tot de kwaliteitsrekening. In dit hoofdstuk stel ik voor de kwaliteitsrekening een plaats te geven binnen ons recht, door het invoeren van een algemene wettelijke regeling van dit fenomeen. Waarom aan een dergelijke regeling behoefte bestaat zal nader worden uitgelegd (§ 4.1). Ik geef een aantal voorbeelden uit de praktijk waaruit blijkt dat een algemene wettelijke regeling tot nu toe niet wordt gemist. Vervolgens geef ik aan hoe een wettelijke regeling er uit zou moeten zien (§ 4.2). Bij het doen van een voorstel moeten uiteraard keuzes worden gemaakt. Welke keuzes ik maak zal uit de hiernavolgende overwegingen blijken. Ik zal daarnaast tevens even stil staan bij de alternatieven voor de kwaliteitsrekening (§ 4.3). Tot slot kom ik in § 4.4 terug op de probleemstelling waarmee deze scriptie begonnen is.

4.1 Waarom een wettelijke regeling wenselijk is.

De wenselijkheid van een algemene wettelijke regeling voor de kwaliteitsrekening wordt in de literatuur niet betwist.³⁹⁹ Wel zijn er onderlinge verschillen over hoe die regeling eruit zou moeten zien.⁴⁰⁰ De regeling moet mijns inziens zowel de algemene als bijzondere kwaliteitsrekening omvatten. Verder moet iedereen van de regeling gebruik kunnen maken. Enkele voorstellen zijn al gedaan in de literatuur.⁴⁰¹ Schoordijk is van mening, dat art. 25 Wn overgeheveld moet worden naar boek 3 BW en van toepassing moet worden op alle derdengelden.⁴⁰² Kortmann/Faber⁴⁰³ en Steneker⁴⁰⁴ hebben ook al een voorstel gedaan voor een wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening. Bij het bespreken van mijn eigen voorstel zal ik aangeven in hoeverre mijn opvatting verschilt met die van de anderen. Eerst ga ik echter in op de in de praktijk bestaande behoefte aan een regeling van de kwaliteitsrekening. Mijn aanknopingspunt hierbij is het Procall-arrest.

Mijns inziens blijkt uit het Procall-arrest⁴⁰⁵ dat er aan een algemene wettelijke regeling behoefte bestaat omdat de uitkomst van het arrest geen recht doet aan deze problematiek. Mijns inziens is het verdedigbaar dat de rekening waarop de patiënten het verschuldigde bedrag aan het ziekenhuis betaalden als een kwaliteitsrekening kan worden bestempeld. De rekening die Procall gebruikte voor het Beatrix Ziekenhuis was ook alleen bestemd voor de bedragen die de patiënten van het Beatrix Ziekenhuis verschuldigd waren. Dit arrest is één van de oorzaken dat de verdere buitenwettelijke ontwikkeling van de kwaliteitsrekening is gestopt.⁴⁰⁶ Nu de buitenwettelijke kwaliteitsrekening een dode letter is geworden moet de wetgever op korte termijn desondanks met een oplossing komen. De

³⁹⁹ Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Schoordijk 2003/2, p. 76; H.J. Snijders 2004/1, p. 298-305; Steneker 2005, p. 265-266; Struycken 1996, p. 752-754; Vriesendorp 1998, p. 139-150.

⁴⁰⁰ Kortmann & Faber 1998, p. 144-145; Schoordijk 2003/2, p. 76; Steneker 2005, p. 265-266.

⁴⁰¹ Kortmann & Faber 1998, p. 144-145; Schoordijk 2003/2, p. 76; Steneker 2005, p. 265-266.

⁴⁰² Schoordijk 2003/2, p. 76.

⁴⁰³ Kortmann & Faber 1998, p. 137-145.

⁴⁰⁴ Steneker 2005, p. 265-266.

⁴⁰⁵ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall).

⁴⁰⁶ Wolfert 2003, p. 563.

probleemstelling van waaruit ik vertokken ben, stelt de vraag: *‘Bestaat er naast de wettelijke basis van een kwaliteitsrekening voor de notaris/gerechtsdeurwaarder ook behoefte aan een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening voor een ieder?’* Ook andere voorbeelden geven aan dat de noodzaak aanwezig is om in een nieuwe regeling te gaan voorzien.⁴⁰⁷ Hieronder volgen een paar voorbeelden die deze problematiek goed duidelijk maken.

Veel bedrijven/particulieren moeten aanbetalen/vooruitbetalingen doen wil een crediteur (leverancier) een zaak leveren. Een voorbeeld ter verduidelijking. Stel iemand wil een keuken kopen bij een keukenleverancier.⁴⁰⁸ Een keuken is een zaak dat vaak op maat gemaakt moet worden. De keukenleverancier wil zekerheid hebben van iemand die een keuken bestelt dat hij ook daadwerkelijk zal gaan betalen. Hiervoor bedingt de keukenleverancier meestal een aanbetaling. Als de aanbetaling is gedaan behoort het bedrag van de aanbetaling tot het vermogen van de keukenleverancier. Mocht de keukenleverancier nu in staat van faillissement raken, voordat de keuken geleverd is dan behoort het aanbetaalde bedrag tot de failliete boedel. Op dat moment is de bestelde keuken nog niet geleverd, én zal deze aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid ook niet meer geleverd worden. Maar het meest vervelende is dat men dan ook kan fluiten naar de terug betaling van de gedane aanbetaling/vooruitbetaling. Men heeft dan alleen een concurrente vordering op de keukenleverancier. Uit de praktijk is bekend dat bij een faillissement bijna nooit een uitkering gedaan wordt aan concurrente schuldeisers.⁴⁰⁹ Dit kan toch niet de bedoeling zijn van ons huidige recht. Het advies luidt dan ook betaal nooit aan zonder daarvoor een zekerheid terug te krijgen, zoals een bankgarantie. Een uitzondering bestaat, indien het keukenbedrijf aangesloten is bij de Centrale Branchevereniging Wonen (CBW). Dan is men de aanbetaling die gedaan is tot maximaal 25% niet kwijt indien voldaan wordt aan de voorwaarden van het CBW.⁴¹⁰ In de dagelijkse praktijk zal dit eerder uitzondering dan regel zijn.

Een ander voorbeeld: huisartsen en tandartsen laten hun debiteurenadministratie over aan gespecialiseerde bedrijven.⁴¹¹ Deze huisartsen en tandartsen hebben het versturen en het incasseren van de facturen van hun cliënten overgedragen of gecedeerd aan een incasso- of factuierdienst. Een situatie naar analogie van het Procall-arrest. De incasso- en factuierdiensten maken gebruik van een Stichting Derdengelden. Zo’n Stichting is na het Procall arrest nog de enige mogelijkheid om te voorkomen dat gestorte gelden van de cliënten niet in het vermogen terechtkomt van de incasso- of factuierdienst. Aan een Stichting Derdengelden zijn een aantal nadelen verbonden waarop een

⁴⁰⁷ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 6-7.

⁴⁰⁸ Het voorbeeld is ontleend aan de vele faillissementen van keukenleveranciers zoals die van Hans Verkerk Keukens (2003), Horn Keuken en Bad (2003) en het recente faillissement van Spectrom keukens en badkamers (2005).

⁴⁰⁹ Polak 2002, p. 209.

⁴¹⁰ Zie <http://www.cbw.org> voor meer informatie over de CBW voorwaarden.

⁴¹¹ Voorbeelden van dergelijke bedrijven: Famed en LHV (<http://www.nota-direct.nl>).

incasso- of factureerdienst niet zit te wachten.⁴¹² De invoering van een algemene kwaliteitsrekening zal hiermee de Stichting Derdengelden overbodig maken.⁴¹³

Als een crediteur (leverancier) voor de eerste keer goederen wil leveren aan een nieuwe debiteur (koper) zal de leverancier eisen dat de koper eerst betaalt, voordat de goederen geleverd zullen worden. Meestal levert dit geen probleem op, maar het zou kunnen gebeuren dat de leverancier nadat de koper de betaling verricht heeft in staat van faillissement wordt verklaard. De door de koper gedane vooruitbetaling op de rekening van de leverancier behoort na de betaling tot het vermogen van de leverancier. Mocht de leverancier failliet verklaard zijn nog voordat deze de goederen geleverd heeft, dan heeft de koper helaas alleen een concurrente vordering op de faillissementsboedel. Het is dan ook verstandiger wanneer de koper om een bankgarantie vraagt of overeenkomt bij levering contant te betalen. In de commerciële wereld wordt er meestal vanuit gegaan dat het allemaal niet zo'n vaart zal lopen. Ook hier zou een kwaliteitsrekening een uitkomst kunnen bieden. In de projectfinanciering/bouwwereld wordt door een aannemer bedwongen bij het aannemen van werk dat de aanbesteder een deel van de aanneemsom zal onderbrengen bij een onafhankelijke derde.⁴¹⁴ De aannemer wordt betaald vanuit het bedrag dat is ondergebracht bij de onafhankelijke derde.⁴¹⁵ Een kwaliteitsrekening zou hier goede diensten kunnen bewijzen. Aan de hand van de hierboven gegeven voorbeelden heb ik duidelijk willen maken dat aan een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening behoefte bestaat en dat invoering daarvan daarom erg wenselijk is.

De notariële kwaliteitsrekening is ontstaan na het Slis-Stroom debacle en was bedoeld om het vertrouwen van het grote publiek in het notariaat te herstellen.⁴¹⁶ Mijns inziens is dit argument ook te gebruiken voor de invoering van een algemene kwaliteitsrekening die door een ieder te gebruiken is. De zekerheidsfunctie vormt een van de belangrijkste redenen voor de invoering van een algemene kwaliteitsrekening. In dit verband heeft Tjittes er dan ook op gewezen dat het aanhouden van een kwaliteitsrekening een middel kan zijn tegen het wantrouwen dat men over het algemeen in de medemens heeft.⁴¹⁷ Men wil pas de koopprijs c.q. het goed afstaan als men zeker weet dat men ook de tegenprestatie zal verkrijgen: men wil met andere woorden zekerheid! Mijns inziens is dat precies de functie die de kwaliteitsrekening weet te vervullen: partijen krijgen een vorm van zekerheid, waardoor gezonde achterdocht geen rol meer hoeft te spelen.

Momenteel is het houden van een kwaliteitsrekening alleen voorbehouden aan bepaalde beroepsbeoefenaars welke hiertoe door de wet worden verplicht, zoals de notaris (art. 25 Wn) en de gerechtsdeurwaarder (art. 19 Gerechtsdeurwaarderwet). Voor advocaten die gelden ontvangen voor

⁴¹² Zie § 3.2.1 en § 3.2.3.

⁴¹³ Schoordijk 2003/2, p. 107.

⁴¹⁴ Zie ook Steneker 2005, p. 50-51.

⁴¹⁵ Zie ook Steneker 2005, p. 50-51.

⁴¹⁶ Zie § 3.1; *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 10.

⁴¹⁷ Tjittes 1998, p. 18.

derden geldt de verplichting gebruik te maken van een Stichting Derdengelden.⁴¹⁸ De Stichting Derdengelden is een zelfstandige rechtspersoon die beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen en een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken (art. 2:285 lid 1 BW).⁴¹⁹ De Hoge Raad beschouwt de constructie van de Stichting Derdengelden als een kwaliteitsrekening.⁴²⁰ De Stichting Derdengelden is dan ook een constructie die niet is voorbehouden aan bepaalde beroepsbeoefenaars maar door een ieder te gebruiken is.⁴²¹ In § 3.2.1 en § 3.2.3 is uiteengezet dat aan de Stichting Derdengelden een aantal nadelen kleven. Deze nadelen maken de stichting niet interessant voor eenmalige transacties of voor kleine bedragen.⁴²² Een illustratief voorbeeld is de situatie waarin een student die een reis organiseert voor de studievereniging.⁴²³ De studenten maken het bedrag aan de organiserende student over.⁴²⁴ Een inzake rekening is door het Procall arrest uitgesloten.⁴²⁵ De oprichting van een Stichting Derdengelden weegt ontegenzeggelijk niet op tegen het insolventierisico van deze student. Mocht de student nu onverhoopt failliet verklaard worden dan zullen de bedragen in de failliete boedel vallen. Voor dit soort gevallen biedt de huidige stand van de kwaliteitsrekening geen adequate oplossing. Ik denk dat voor dergelijke gevallen een andere oplossing gevonden moet worden, te weten: de invoering van een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening in boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. In de volgende paragraaf ga ik hier nader op in. De wetgever heeft hier gelukkig ook al eens over nagedacht want, bij de behandeling van de Gerechtsdeurwaarderswet heeft de Staatssecretaris een toezegging gedaan voor een studie over een algemene vermogensrechtelijke regeling van de kwaliteitsrekening in Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.⁴²⁶ Een tweetal deelonderzoeken is toegezegd: een theoretisch onderzoek gericht op de vraag wat het toepassingsgebied van een algemene vermogensrechtelijke regeling van de derdenrekening zou moeten zijn en een evaluatie van de praktijkervaringen met bestaande regelingen die de bescherming van derdengelden tot doel hebben.⁴²⁷ De Staatssecretaris heeft in een brief geschreven dat de toegezegde evaluatie zal starten in 2005.⁴²⁸ Het antwoord op de vraag of een algemene vermogensrechtelijke regeling van de kwaliteitsrekening in het Burgerlijk Wetboek wordt opgenomen, moet worden gewacht tot de resultaten van de evaluatie voorhanden zijn.⁴²⁹ Het is nu november 2005 en tot op heden heb ik niets meer vernomen van de toegezegde evaluatie.⁴³⁰ Ik ben van mening dat ook al voor het tijdstip van de evaluatie voldoende redenen aanwezig zijn om een wettelijke regeling dien aangaande voor te stellen.

⁴¹⁸ Zie art. 3 Boekhoudverordening van de Orde van Advocaten.

⁴¹⁹ Zie § 3.2.

⁴²⁰ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

⁴²¹ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 8.

⁴²² H.J. Snijders 2004/2, p. 616; Steneker 2005, p. 251.

⁴²³ H.J. Snijders 2004/1, p. 304-305.

⁴²⁴ H.J. Snijders 2004/1, p. 304-305.

⁴²⁵ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall), r.o. 3.3.4.

⁴²⁶ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22 775 en 23 706, nr. 21, p.1-2.

⁴²⁷ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22 775 en 23 706, nr. 21, p. 2.

⁴²⁸ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22 775 en 23 706, nr. 21, p. 2.

⁴²⁹ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22 775 en 23 706, nr. 21, p.1-2; *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 1-2.

⁴³⁰ *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 1-2.

4.2 Een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening

Destijds hebben Kortmann en Faber voor de invoering van art. 25 Wn een poging ondernomen om de wetgever op andere gedachten te brengen.⁴³¹ Zij hebben een voorstel gedaan voor een algemene wettelijke regeling in boek 3 BW.⁴³² Kortmann en Faber stellen art. 3:276a BW voor.⁴³³ De voorkeur van Kortmann en Faber ging uit naar een eenvoudige regeling welke praktisch goed hanteerbaar is en goed inpasbaar is in het huidige wettelijke systeem.⁴³⁴ In het voorstel is de rekeninghouder de rechthebbende op de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening.⁴³⁵ Het vorderingsrecht van de rekeninghouder vormt een afgescheiden vermogen, zodat het niet in het eigen vermogen van de rekeninghouder terecht kan komen.⁴³⁶ Dus het vorderingsrecht is niet vatbaar voor verhaal van de schuldeisers van de rekeninghouder, wat een uitzondering op art. 3:276 BW maakt. Verder schrijven Kortmann en Faber dat met hun voorstel beter wordt aangesloten bij de constructies van de kwaliteitsrekening van vele andere landen.⁴³⁷ Recentelijk heeft Steneker een leerling van Kortmann in zijn proefschrift een voorstel opgenomen voor een wettelijke regeling voor de kwaliteitsrekening in boek 3 BW.⁴³⁸ Het voorstel van Steneker komt in grote lijnen overeen met het eerdere voorstel van Kortmann en Faber. Steneker wil de regeling net als Kortmann en Faber opnemen in titel 3.10 BW bij de verhaalsregulering en heeft ook gekozen voor art. 3:276a BW.⁴³⁹ Het voorstel van Steneker zal ik verder niet bespreken. Steneker zelf geeft hierover een uitvoerige toelichting in zijn proefschrift.⁴⁴⁰

4.2.1 Een voorstel

In dit hoofdstuk heb ik al aangegeven met een voorstel wens te komen voor een mogelijke wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening. Ik wil deze materie vanuit de invalshoek van de dagelijkse praktijk analyseren en komen met een praktisch voorstel. Kortmann, Faber en Steneker hebben naar deze materie bekeken vanuit het traditionele systeem van de wet en hebben daar met hun voorstellen zo goed mogelijk aansluiting bij gezocht.⁴⁴¹ Ik ben van mening dat zij zeer terughoudend zijn en wellicht te bevreesd om te gaan sleutelen aan bepaalde traditionele rechtsprincipes zoals de *paritas creditorum*.

In § 2.2.2.1 concludeer ik dat in de literatuur twee hoofdstromingen zijn te herkennen over wie nu de rechthebbende is op de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening op de bank.⁴⁴² Ik ben een voorstander van de stroming waarbij de belanghebbenden de rechthebbenden zijn op de vordering.

⁴³¹ Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; zie § 3.1.2.

⁴³² Kortmann & Faber 1998, p. 144.

⁴³³ Kortmann & Faber 1998, p. 144.

⁴³⁴ Kortmann & Faber 1998, p. 144.

⁴³⁵ Kortmann & Faber 1998, p. 144.

⁴³⁶ Kortmann & Faber 1998, p. 144.

⁴³⁷ Kortmann & Faber 1998, p. 144.

⁴³⁸ Steneker 2005, p. 265-266.

⁴³⁹ Steneker 2005, p. 268.

⁴⁴⁰ Steneker 2005, p. 265-274.

⁴⁴¹ Kortmann & Faber 1998, p. 144; Steneker 2005, p. 265-266.

⁴⁴² Zie § 2.2.2.1.

Deze keuze is van essentieel belang voor de verdere juridische constructie van mijn voorstel. Kortmann, Faber en Steneker hebben hun voorstellen gedaan vanuit de andere visie: de rekeninghouder is de rechthebbende. In hoofdstuk 3 heb ik de notariële kwaliteitsrekening (art. 25 Wn) geanalyseerd.⁴⁴³ Ik ben een voorstander van de door de wetgever gekozen juridische constructie van de notariële kwaliteitsrekening.⁴⁴⁴ De gekozen constructie van art. 25 Wn heeft wel heel wat kritiek gekregen in de literatuur.⁴⁴⁵ Ik deel deze kritiek niet omdat de gekozen constructie van art. 25 Wn geen onoverkomelijke moeilijkheden geven.⁴⁴⁶ Ik ben van mening dat de notariële kwaliteitsrekening van art. 25 Wn, het vertrouwen van het grote publiek in het notariaat hersteld heeft na het Slis-Stroom debacle. Ik ben niet de enige die daar zo over denkt.⁴⁴⁷ Schoordijk, een jurist van naam, heeft deze materie vanuit een praktische invalshoek bekeken en vindt dat de regeling van art. 25 Wn van toepassing verklaard moet worden op alle gevallen van derdenrekeningen.⁴⁴⁸ Tevens dient art. 25 Wn volgens hem overgeheveld te worden naar het Burgerlijk Wetboek.⁴⁴⁹ Hiermee moet het dan mogelijke zijn voor een ieder om een kwaliteitsrekening aan te houden.⁴⁵⁰ Ik ben het met Schoordijk eens, maar Schoordijk had zijn visie moeten motiveren.

De notariële kwaliteitsrekening van art. 25 Wn vormt mijns inziens een goed begin voor een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening. Ik heb in § 2.2.2.2 al aangeven dat ik de voorkeur geef aan de opvatting waarbij de belanghebbenden de rechthebbenden zijn op de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening op de bank. Over het waarom, kan ik kort zijn. Wanneer gekeken wordt vanuit de praktische invalshoek, moet aangenomen worden dat wanneer iemand een bedrag stort op een kwaliteitsrekening hij toch wel rechthebbende blijft op het gestorte bedrag en niet dat de rekeninghouder ineens rechthebbende wordt.⁴⁵¹ Een gevolg is wel dat naast de begunstiger (degene die het bedrag stort) er ook een begunstigde is. De begunstiger en begunstigde zijn samen de belanghebbenden bij de kwaliteitsrekening. De belanghebbenden zijn dan gezamenlijk de rechthebbenden op de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening.⁴⁵² De eenvoudige gemeenschap is dan de meest geschikte figuur.⁴⁵³ Een eenvoudige gemeenschap wordt door art. 3:166 lid 1 BW als volgt omschreven: een gemeenschap is aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk. De gemeenschap ontstaat op het moment van storting van een bedrag op de kwaliteitsrekening.⁴⁵⁴ De gemeenschap omvat de onvoorwaardelijke vordering uit hoofde

⁴⁴³ Zie § 3.1.1.

⁴⁴⁴ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 10 en p. 28-31.

⁴⁴⁵ Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Struycken 1996, p. 752-754; Steneker 2005, p. 205-236.

⁴⁴⁶ *Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21, p. 9; Schoordijk 2003/2, p. 76.

⁴⁴⁷ Schoordijk 2003/2, p. 107; Struycken 1996, p. 752.

⁴⁴⁸ Schoordijk 2003/2, p. 76 en p. 107.

⁴⁴⁹ Schoordijk 2003/2, p. 76 en p. 107.

⁴⁵⁰ Schoordijk 2003/2, p. 76 en p. 107.

⁴⁵¹ Zie ook H.J. Snijders 2004/2, p. 616.

⁴⁵² Aan de vordering zijn wel voorwaarden verbonden, voor de begunstiger is dit een ontbindende voorwaarde en voor de begunstigde is dit een opschortende voorwaarde. Zie ook § 2.1.2.

⁴⁵³ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3 p. 10 en p. 32.

⁴⁵⁴ Groenewegen 2001, p. 388.

van de kwaliteitsrekening op de kredietinstelling en de deelgenoten hebben dan een voorwaardelijk aandeel in deze gemeenschap.⁴⁵⁵ Ik zou de algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening dan ook willen opnemen in titel 3.7.1 BW bij de gemeenschap. Mijns inziens is plaatsing van de wettelijke regeling in titel 3.7.1 BW de beste plaats, omdat in mijn voorstel de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening een eenvoudige gemeenschap vormt waarbij de gezamenlijke belanghebbenden de deelgenoten zijn. Wellicht is plaatsing van de regeling achter art. 3:166 BW wel het meest geschikt, waardoor het art. 3:166a BW wordt. Ik heb hierboven al aangegeven dat art. 25 Wn een goed begin vormt voor een algemene wettelijke regeling en daarom ga ik art. 25 Wn ook als basis voor mijn voorstel gebruiken. Hieronder volgt het voorstel.

Voorstel art. 3:166a BW

1. Iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon kan bij een ingevolge de Wet toezicht kredietwezen 1992 ingeschreven kredietinstelling als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, onder 1, van de Wet toezicht kredietwezen 1992 één of meer kwaliteitsrekeningen aanhouden. De kwaliteitsrekening wordt door de rekeninghouder aangehouden op zijn naam ten behoeve van een of meer belanghebbenden. Uit de tenaamstelling van een kwaliteitsrekening moet kenbaar zijn dat het een kwaliteitsrekening is.
2. Het vorderingsrecht voortvloeiende uit de kwaliteitsrekening behoort toe aan de gezamenlijke rechthebbenden en vormt een eenvoudige gemeenschap als bedoeld in artikel 3:166 BW. Aan het aandeel/vorderingsrecht van de rechthebbenden kunnen opschortende/ontbindende voorwaarden worden verbonden die door een ieder gerespecteerd dienen te worden. Het aandeel van iedere rechthebbende wordt berekend naar evenredigheid van het bedrag dat te zijnen behoeve op de kwaliteitsrekening is gestort.
3. De rekeninghouder is bij uitsluiting bevoegd tot het beheer en de beschikking over de kwaliteitsrekening ingevolge artikel 7:423 BW. Afdeling 7.7.2 BW is hierbij van toepassing, met uitzondering van artikel 7:420 BW. Ten laste van deze rekening mag de rekeninghouder slechts betalingen doen in opdracht van een rechthebbende. Gelden die aan de rekeninghouder in verband met zijn werkzaamheden als zodanig worden toevertrouwd, moeten op de kwaliteitsrekening worden gestort. Indien deze gelden abusievelijk op een andere rekening van de rekeninghouder zijn gestort of indien ten onrechte gelden op de kwaliteitsrekening zijn gestort, is de rekeninghouder verplicht deze onverwijld op de juiste rekening te storten. Hetzelfde geldt indien de gelden rechtstreeks in handen van de rekeninghouder zijn gesteld. De rekeninghouder wordt aansprakelijk gehouden bij een tekort in het saldo van de kwaliteitsrekening, hij is verplicht dit tekort

⁴⁵⁵ Groenewegen 2001, p. 388; HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), r.o. 3.3.

direct aan te vullen, tenzij de rekeninghouder aannemelijk maakt dat het tekort hem niet kan worden toegerekend.

4. De kredietinstelling van lid 1 voegt de over de gelden gekweekte rente toe aan het saldo van de kwaliteitsrekening. Onze Minister kan regels vaststellen wat betreft de wijze van berekening en uitkering van de rente van de op de kwaliteitsrekening gestorte gelden.

5. De kredietinstelling van lid 1 is verplicht de kwaliteitsrekening in te schrijven in het kwaliteitsrekeningenregister. Onze Minister kan regels vaststellen wat betreft de wijze van inschrijving en wijze van het totstandkomen van het kwaliteitsrekeningenregister.

6. Een rechthebbende heeft voor zover uit de aard van zijn recht niet anders voortvloeit, te allen tijde recht op uitkering van zijn aandeel in het saldo van de kwaliteitsrekening. Is het saldo van de kwaliteitsrekening niet toereikend om aan iedere rechthebbende het bedrag van zijn aandeel uit te keren, dan wordt in dat geval het saldo onder de rechthebbenden verdeeld naar evenredigheid van ieders aandeel.

7. Er kan geen derdenbeslag worden gelegd onder de in het eerste lid bedoelde kredietinstelling op het aandeel van een rechthebbende op de kwaliteitsrekening. Is onder de rekeninghouder derdenbeslag gelegd op het aandeel van een rechthebbende in de kwaliteitsrekening, dan kan de rekeninghouder die overeenkomstig de artikelen 476a en 477 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verklaring heeft gedaan of die is veroordeeld overeenkomstig artikel 477a van dat wetboek, zonder opdracht van de rechthebbende overeenkomstig de verklaring of veroordeling betalen aan de executant.

8. Bij een faillissement van een van de gezamenlijke rechthebbenden, zal zijn aandeel met de daaraan verbonden voorwaarden in diens faillissementsboedel vallen. Bij het faillissement van een rekeninghouder is de rekeninghouder onbevoegd enige daad van beheer of beschikking betreffende de kwaliteitsrekening te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de curator.

9. Rechtshandelingen verricht in strijd met de bepalingen van dit artikel zijn vernietigbaar. De vernietigingsgrond kan worden ingeroepen door iedere rechtstreeks belanghebbende. Rechten, door derden te goeder trouw anders dan om niet verkregen op gelden die het voorwerp waren van de vernietigde rechtshandeling, worden geëerbiedigd.

10. Van de bepalingen van dit artikel en van de in het vierde en vijfde lid bedoelde regels kan niet worden afgeweken.

Merendeel van bovenstaande bepalingen hebben geen toelichting nodig, omdat het voorstel veel verwantschap vertoont met art. 25 Wn. Art. 3:166a BW is dus art. 25 Wn met enkele aanpassingen ter verbetering en verduidelijking van het wetsartikel. Daarom zullen de leden van art. 3:166a BW verder niet uitvoerig besproken worden. Voor een deel is de toelichting van de notariële kwaliteitsrekening

van toepassing.⁴⁵⁶ Hieronder volgt nog een kleine toelichting op een paar wijzigingen ten opzicht van art. 25 Wn.

De kwaliteitsrekening in het voorstel vormt geen afgescheiden vermogen, omdat het vorderingsrecht voortvloeiende uit de kwaliteitsrekening toe behoort aan de gezamenlijke rechthebbenden (art. 3:166a lid 2 BW). Tussen de gezamenlijke rechthebbenden ontstaat een eenvoudige gemeenschap (art. 3:166 BW)⁴⁵⁷ en een eenvoudige gemeenschap vormt geen afgescheiden vermogen.⁴⁵⁸ De kwaliteitsrekening uit het voorstel vormt dus geen trustachtig figuur.

De kredietinstellingen moeten voortaan gebruik gaan maken van een specifieke codering waaruit kan worden opgemaakt dat het om een kwaliteitsrekening gaat. Naast het gegeven dat uit de tenaamstelling van de kwaliteitsrekening moet blijken dat het een kwaliteitsrekening betreft heeft men tegelijk dan een dubbele controle. Dit komt voorts ook de bestrijding van eventuele fraude ten goede. In art. 3:166a lid 5 BW is opgenomen dat er een kwaliteitsrekeningenregister moet komen. Mijns inziens moet dit een openbaar register worden waarin alle Nederlandse kwaliteitsrekeningen moeten worden ingeschreven, zodat deze rekeningen voor iedereen kenbaar kunnen zijn. Daarnaast moet de belastingdienst mijns inziens controle houden op het register om fraude en belastingontduiking te voorkomen.⁴⁵⁹ Wellicht moet er in de toekomst in de WED een aparte bepaling komen waarbij fraude met een kwaliteitsrekening strafbaar wordt gesteld.⁴⁶⁰

In lid 2 is duidelijk een keuze gemaakt voor de voorwaardelijkheid van de vorderingen en dat er sprake is van opschortende/ontbindende voorwaarden. Lid 3 bepaalt expliciet dat aan de rekeninghouder een privatieve last wordt gegeven en dat afdeling 7.7.2 BW van toepassing is.⁴⁶¹ Ook hier is art. 7:420 lid 1 BW uitgesloten, zodat de rechthebbenden geen rechtstreekse rechten tegen de bank kunnen uitoefenen of op zich doen laten overgaan.⁴⁶² Het eerste deel van lid 8 is wellicht overbodig maar dit maakt expliciet duidelijk dat de curator niet meer rechten heeft dan de failliet had voor zijn faillissement. Maar de tweede zin van lid 8 maakt duidelijk dat de rekeninghouder bij zijn faillietverklaring niet meer alleen bevoegd is om handelingen van beheer en beschikking wat betreft de kwaliteitsrekening uit te oefenen. De curator heeft hier een taak gekregen. Lid 9 geeft aan dat het artikel van dwingend recht is.

⁴⁵⁶ Zie § 3.1.1.

⁴⁵⁷ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 10; Pitlo/Reehuis e.a. 2001, p. 320; Schoordijk 2003/2, p. 80-81.

⁴⁵⁸ Van Mourik 2001, p. 1-2; Schoordijk 2003/2, p. 80-81.

⁴⁵⁹ Hoe deze controle door de belastingdienst er precies uit moet komen te zien, gaat momenteel te ver voor deze scriptie.

⁴⁶⁰ De tijd zal dit moeten leren, wellicht dat hierover een evaluatie moet plaats vinden.

⁴⁶¹ Zie § 3.1.1 voor uitleg over de privatieve last.

⁴⁶² *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 30 en p. 32; Kortmann & Faber 1998, p. 142; W. Snijders 1993, p. 239.

Met het voorstel moet het mogelijk zijn dat een crediteur (leverancier) een kwaliteitsrekening opent waarop zijn debiteuren (kopers/afnemers) een aanbetaling/vooruitbetaling kunnen doen. Het vorderingsrecht uit hoofde van de kwaliteitsrekening vormt een eenvoudige gemeenschap.⁴⁶³ De leverancier en zijn afnemers hebben dan een aandeel in deze gemeenschap. Aan het aandeel van de rechthebbenden zijn voorwaarden verbonden (opschorten/ontbindende), zij hebben dus een voorwaardelijk aandeel in de gemeenschap.⁴⁶⁴ De leverancier is rechthebbende onder opschortende voorwaarden, indien hij de bestelde zaak levert wordt hij de rechthebbende. De afnemer is rechthebbende onder ontbindende voorwaarden, zodra de bestelde zaak geleverd is wordt de leverancier de rechthebbende op het bedrag dat op de kwaliteitsrekening staat. Mocht de leverancier failliet gaan dan staat dus het aanbetaalde/vooruitbetaalde bedrag op de kwaliteitsrekening. Dit levert geen probleem op, omdat het aandeel van de leverancier met de daaraan verbonden voorwaarden in zijn faillissementsboedel valt. De curator dient de voorwaarden die verbonden zijn aan het aandeel te respecteren. Aan de andere kant indien een rechthebbende die een bedrag heeft gestort op de kwaliteitsrekening en na de storting failliet verklaard wordt, dan valt het aandeel met de daaraan verbonden voorwaarden (vaak ontbindende voorwaarden) in zijn faillissementsboedel. De curator heeft dus een aandeel met voorwaarden in de boedel zitten en dient dit te respecteren (art. 3:166a lid 3 jo lid 8 BW). Het volgende is goed denkbaar. De leverancier wil bij een project een aanbetaling hebben en het overige bedrag wordt op rekening geleverd. Dit is met het voorstel geen probleem. De leverancier levert het goed/project op en stuurt een factuur voor het overige bedrag. Het bedrag op de kwaliteitsrekening wordt na de oplevering overgemaakt op de rekening van de leverancier.

Wat gebeurt er dan met de beschikkingsbevoegdheid van de leverancier die een kwaliteitsrekening heeft geopend en failliet verklaard wordt? De leverancier verliest door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen (art. 23 Fw).⁴⁶⁵ Het bedrag op kwaliteitsrekening behoort niet tot de faillissementsboedel, omdat de kwaliteitsrekening geen deel uitmaakt van het vermogen van de leverancier. Alleen het voorwaardelijke aandeel van de leverancier valt in zijn faillissementsboedel. De curator is belast met het beheer en de vereffening van den faillieten boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (art. 68 lid 1 Fw).⁴⁶⁶ De leverancier is de rekeninghouder van de kwaliteitsrekening en dus is hij bij uitsluiting bevoegd tot het beheer en de beschikking over de kwaliteitsrekening (art. 3:166a lid 3 BW), dus ook na zijn faillietverklaring. Wat moet er gebeuren met de taak tot het beheer en de beschikking over de kwaliteitsrekening bij het faillissement van de rekeninghouder? Bij de notariële kwaliteitsrekening (art. 25 Wn) verschillen de meningen of de curator in het faillissement van de

⁴⁶³ Art. 3:166a lid 2 BW.

⁴⁶⁴ Art. 3:166a lid 2 BW; HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), r.o. 3.3.

⁴⁶⁵ Polak 2002, p. 65.

⁴⁶⁶ Polak 2002, p. 154-155 en p. 174-176.

notaris een taak heeft voor wat betreft de uitvoering/naleving van de kwaliteitsrekening.⁴⁶⁷ De wetgever gaat er bij de notariële kwaliteitsrekening vanuit dat de curator moet zorgen voor de afwikkeling van de kwaliteitsrekening.⁴⁶⁸ Mijn voorstel sluit zich bij de wetgever aan.⁴⁶⁹ Ik denk dat het verstandig is om de curator bij de afhandeling van de kwaliteitsrekening te betrekken, omdat de rekeninghouder wellicht niet meer het vertrouwen geniet van de rechthebbenden op vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening of ter voorkoming van fraude doordat de rekeninghouder de bedragen op de kwaliteitsrekening verduistert. In het voorstel is de curator samen met de failliete rekeninghouder belast met het beheer en de beschikking over de kwaliteitsrekening, omdat de curator bekend is met de situatie waarin de rekeninghouder zich bevindt. Daarom is in het voorstel in lid 8 tweede zin het volgende opgenomen: bij het faillissement van een rekeninghouder is de rekeninghouder onbevoegd enige daad van beheer of beschikking betreffende de kwaliteitsrekening te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de curator. Naast lid 8 van art. 3:166a BW zal art. 68 Fw aangepast moeten worden. Ik denk zelf aan toevoeging van een derde lid aan art. 68 Fw, maar dat zal niet genoeg zijn ook art. 23 Fw zal aangepast moeten worden. Hiervoor wil ik art. 23a Fw in het leven roepen.

Voorstel 23a Fw

Door de faillietverklaring verliest de schuldenaar die een of meer kwaliteitsrekeningen op zijn naam heeft staan van rechtswege de beschikking en het beheer over deze kwaliteitsrekeningen, te rekenen van den dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen.

Voorstel art. 68 lid 3 Fw

De curator is samen met de failliet/rekeninghouder belast met het beheer en de beschikking over de kwaliteitsrekeningen die op naam van de failliet staan.

Waarom bestaat er buiten een faillissementssituatie ook niet zo'n regeling waarbij de rekeninghouder alleen samen met de een curator (derde) beheers- en beschikkingshandeling mag verrichten? Buiten faillissement geniet de rekeninghouder vaak nog het vertrouwen van de rechthebbenden. Mocht de rekeninghouder toch een bedrag van de kwaliteitsrekening hebben verduisterd, dan is deze als gevolg van art. 3:166a lid 3 BW aansprakelijk voor het tekort in het saldo op de kwaliteitsrekening. De rekeninghouder heeft dan wanprestatie (art. 6:74 BW) of een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) gepleegd. In § 4.2.1.2 worden nog enkele andere middelen tegen misbruik besproken.

⁴⁶⁷ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 33; *Kamerstuk II* 2004-2005, 22705 en 23706, nr. 21, p. 9; Vranken 1998, p. 86; Wessels 2001, p. 65; W. Snijders 1999, p. 154.

⁴⁶⁸ *Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3, p. 33; *Kamerstuk II* 2004-2005, 22705 en 23706, nr. 21, p. 9; zie ook art. 26 Wn dat bepaalt dat de notaris gedurende diens faillissement van rechtswege in de uitoefening van zijn ambt is geschorst.

⁴⁶⁹ Zie art. 3:166a lid 8 BW.

Een schuldeiser kan zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen (art. 3:276 BW). Het begrip *paritas creditorum* houdt in de gelijkheid der schuldeisers.⁴⁷⁰ Alle schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering op de schuldenaar, behoudens door de wet erkende redenen van voorrang (art. 3:277 lid 1 BW). Ik denk dat het verstandig is om expliciet te bepalen in titel 3.10 BW bij het verhaalsrecht op goederen, dat de kwaliteitsrekening een uitzondering is. De schuldeisers dienen de voorwaarden te respecteren en tegen zich te laten gelden die verbonden zijn aan het aandeel in de gemeenschap. Hieronder volgt een voorstel.

Voorstel toevoeging van lid 3 aan art. 3:277 BW

Schuldeisers dienen indien hun schuldenaar een aandeel heeft in een gemeenschap waarin een vordering uit hoofde van een kwaliteitsrekening valt, de daaraan verbonden voorwaarden te accepteren en tegen zich te laten gelden. Van dit lid mag niet worden afgeweken bij overeenkomst.

Om problemen te voorkomen met art. 82 lid 1 Wtk 1992 waarbij de rekeninghouder opvorderbare gelden van het publiek ter beschikking krijgt, dient net als bij art. 25 Wn een vrijstelling gegeven te worden in de Vrijstellingsregeling Wtk 1992.⁴⁷¹ Ook dient een vrijstelling gegeven te worden aan de rekeninghouder voor de Wid (art. 5 lid 1, 2 en 3 Wid), zodat de bank geen problemen krijgt met deze wet om de identiteit van de cliënt/derden vast te stellen.

4.2.1.1 Wie is rechthebbende op de gekweekte rente?

In mijn voorstel van art. 3:166a lid 4 BW heb ik het over de gekweekte rente. De kredietinstelling dient de gekweekte rente toe toevoegen aan het saldo van de kwaliteitsrekening.⁴⁷² De vraag is nu wie heeft recht op deze rente. De begunstiger heeft het bedrag op de kwaliteitsrekening gestort en is rechthebbende onder ontbindende voorwaarde en de begunstigde is rechthebbende onder opschortende voorwaarde. De vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening valt in de gemeenschap en beide hebben een aandeel in de gemeenschap met de daaraan verbonden ontbindende/opschortende voorwaarde. Ik zou willen stellen dat de gekweekte rente tot het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde toe moet komen aan de begunstiger en dat de gekweekte rente na het in vervulling gaan van de voorwaarde toe komt aan de begunstigde. Vaak zal als de voorwaarde in vervulling is gegaan door de rekeninghouder worden over gegaan tot uitkering van het bedrag aan de begunstigde. De termijn tussen dat de voorwaarde intreedt en de uitkering van het bedrag zal zeer kort zijn, deze rente zal vaak verwaarloosbaar zijn. De termijn tussen het storten van bedrag op de kwaliteitsrekening en het in vervulling gaan van de voorwaarde kan kort maar ook zeer lang zijn. Hier moet toch serieus rekening gehouden worden met de gekweekte rente en deze dient dan toe te komen aan de

⁴⁷⁰ H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 554-555.

⁴⁷¹ Grundmann-van de Krol 2004, p. 383; zie ook Steneker 2005, p. 273-274.

⁴⁷² Zie ook Kortmann & Faber 1998, p. 144.

begunstiger. Wellicht moet hiervoor een aparte regeling gemaakt moet worden, zoals art. 3:166a lid 4 BW en art. 25 lid 7 Wn bepalen: *‘Onze Minister kan regels vaststellen met betrekking tot de wijze van berekening en uitkering van de rente van de op de bijzondere rekening gestorte gelden.’*

4.2.1.2 Misbruik van de regeling wat dan?

Het is een bekend feit dat de mens tot het kwade geneigd is en van elke regeling misbruik kan of wil maken om er zelf beter van te worden. Dit zal dus ook wel met art. 3:166a BW gaan gebeuren. In art. 3:166a lid 3 BW wordt de rekeninghouder aansprakelijk gehouden voor een tekort op de kwaliteitsrekening. Deze aansprakelijkheid kan gebaseerd worden op titel 6.1.9 BW (de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis) of op titel 6.3 BW (de onrechtmatige daad).

De rekeninghouder of derde zou eventueel privé vermogen kunnen overmaken op de kwaliteitsrekening zodat het op het eerste gezicht onttrokken lijkt uit zijn privé vermogen. Deze praktijken zullen vooral aangetroffen worden bij faillissementen, om vermogen “veilig te stellen”. Het bedrag/vermogen komt dan terecht op de kwaliteitsrekening en valt in de gemeenschap waarin de rekeninghouder/derde een aandeel heeft. Op dit bedrag dat door de rekeninghouder/derde is gestort zijn geen opschortende/ontbindende voorwaarden van toepassing omdat de rechtshandeling onverplicht is verricht. Ik denk dat het huidige recht voldoende middelen heeft om het misbruik tegen te gaan.⁴⁷³ Bij een niet faillissement situatie kunnen wij denken aan art. 3:45 BW de actie Pauliana en art. 3:46 BW vermoeden van benadeling. Bij een faillissementssituatie kunnen wij denken aan art. 42 FW de faillissementspauliana, art. 43 en 45 Fw vermoeden van benadeling en art. 47 Fw voldoening van een opeisbare schuld terwijl men wist dat het faillissement aangevraagd is. Mocht deze middelen niet toereikend zijn, dan kan later als nog besloten worden dat nadere maatregelen gewenst zijn.

Een ieder kan volgens art. 3:166a BW een kwaliteitsrekening openen. De rekeninghouder/leverancier zal deze kwaliteitsrekening soms ook hebben geopend ten behoeve van zichzelf, ter bescherming van zijn afnemers/kopers tegen zijn eigen insolventierisico. Een voorbeeld ter verduidelijking. Stel dat een leverancier een kwaliteitsrekening opent. Deze leverancier laat zijn afnemers aanbetalingen/voortuitbetalingen verrichten op deze kwaliteitsrekening. De leverancier zelf is dus de begunstigde van het bedrag op de kwaliteitsrekening. De leverancier is tevens de rekeninghouder en dus exclusief bevoegd tot het beheer en de beschikking over de kwaliteitsrekening. De leverancier/rekeninghouder zou hiervan misbruik kunnen maken door de gelden op de kwaliteitsrekening toch alvast over te schrijven op de eigen bankrekening voordat is voldaan aan de opschortende voorwaarden. Dit is niet de bedoeling en is in strijd met art. 3:166a lid 3 BW, de rekeninghouder mag slechts betalingen doen in opdracht van een rechthebbende. Op dit moment is de rekeninghouder nog één van de gezamenlijke rechthebbenden en kan hij deze betaalopdracht nog niet geven. De rekeninghouder is volgens hetzelfde lid aansprakelijk voor een eventueel tekort op de

⁴⁷³ Zie ook Steneker 2005, p. 269.

kwaliteitsrekening.⁴⁷⁴ De volgende vraag kan dan meteen gesteld worden. Wie is belast met de controle op de rekeninghouder, logischer wijs zouden dit de gezamenlijke rechthebbenden moeten zijn. Maar ik kan mij veronderstellen dat de leverancier/rekeninghouder geen inzage wil geven in de kwaliteitsrekening. Iedere rechthebbende/deelgenoot heeft de mogelijkheid om een verzoekschrift in te dienen ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak ten behoeve van de gemeenschap (kwaliteitsrekening), tenzij een regeling (de lastgevingsovereenkomst) anders bepaalt (art. 3:171 BW). Mijns inziens mag een lastgevingsovereenkomst deze bevoegdheid tot procederen niet beperken. Volgens Van Mourik hebben deze verzoekschriften alleen betrekking op de relatie van een deelgenoot tot derden en niet op verhoudingen tot mededeelgenoten.⁴⁷⁵ Mocht de vordering gericht zijn tegen mededeelgenoten dan moet rekening gehouden worden met toepassing van art. 3:184 BW, dat voorziet in toerekening op het aandeel van deze mededeelgenoot dat hij verschuldigd is aan de gemeenschap.⁴⁷⁶ Mijns inziens heeft de rekeninghouder een dubbelrol, hij is deelgenoot en tevens derde voor het beheer van de kwaliteitsrekening/gemeenschap. Dus het indienen van een verzoekschrift op basis van art. 3:171 BW is mogelijk omdat deze wordt ingesteld tegen de derde die belast is met het beheer. Tevens kan op verzoek van een afnemer/rechthebbende de bestaande regeling (lastgevingsovereenkomst) door de rechter gewijzigd worden of buiten werking worden gesteld (art. 3:168 lid 3 BW).⁴⁷⁷ De afnemer kan ingevolge art. 3:173 BW rekening en verantwoording eisen van de rekeninghouder/leverancier bij het einde van het beheer.⁴⁷⁸ Doordat een derde belast is met het beheer is titel 7.7 BW (Opdracht) van toepassing en art. 7:403 BW bepaalt dat de opdrachtnemer/rekeninghouder een informatieplicht heeft.⁴⁷⁹ Ik denk dat het mogelijk moet kunnen zijn dat de rekeninghouder een afschrift dient te versturen naar de deelgenoot, waarop vermeld staat dat het bedrag op de kwaliteitsrekening is overgemaakt naar de privé-rekening van de rekeninghouder/leverancier. Mijns ziens zouden deze middelen toch voldoende moeten zijn om het misbruik tegen te gaan. Ook hier wil ik stellen mochten deze middelen niet toereikend zijn, dan kan als nog besloten worden dat nadere maatregelen gewenst zijn.

4.2.1.3 Wet op de notarisambt

Ik denk dat art. 25 Wn ook gewijzigd dient te worden indien mijn voorstel ingevoerd zou worden.

Voorstel nieuw art. 25 Wn

1. De notaris is verplicht een of meer kwaliteitsrekeningen aan te houden zoals in artikel 3:166a BW is omschreven, die uitsluitend bestemd zijn voor gelden, die hij in verband met zijn werkzaamheden als zodanig onder zich neemt. Indien meer notarissen in een maatschap samenwerken, kan de kwaliteitsrekening ten name van die notarissen tezamen,

⁴⁷⁴ De aansprakelijkheid kan gebaseerd worden op art. 6:74 BW of op art. 6:162 BW.

⁴⁷⁵ Van Mourik 2001, p. 17.

⁴⁷⁶ Van Mourik 2001, p. 17; HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604.

⁴⁷⁷ H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 170-171.

⁴⁷⁸ Pilto/Reehuis e.a. 2001, p. 325.

⁴⁷⁹ Van Mourik 2001, p. 17; Pilto/Reehuis e.a. 2001, p. 325.

de maatschap of vennootschap worden gesteld. De notaris vermeldt het nummer van de bijzondere rekening op zijn briefpapier.

2. De notaris kan aan een onder zijn verantwoordelijkheid werkzame persoon volmacht verlenen voor het beheer en de beschikking over de kwaliteitsrekeningen.
3. Van de bepalingen van dit artikel kan niet worden afgeweken.

Voor de notaris verandert met het nieuwe art. 25 Wn bijna niets. Het art. 25 Wn nieuw verwijst naar art. 3:166a BW welke van toepassing wordt en dit is het oude maar dan verbeterde art. 25 Wn.

4.2.2 Kritiek op het voorstel

Ik weet dat dit voorstel niet iedereen tevreden zal stellen. Ik hoop met het voorstel de discussie over een algemene wettelijke regeling weer te doen herrijzen. Aan ieder voorstel kleven wel nadelen zo ook aan dit voorstel. Ik ben zoals wel duidelijk geworden is een voorstander van de notariële kwaliteitsrekening en heb mij door art. 25 Wn laten inspireren. De Nijmeegse school heeft zich altijd fel verzet tegen de notariële kwaliteitsrekening in zijn huidige vorm en zal dit naar alle waarschijnlijkheid ook wel tegen dit voorstel doen.⁴⁸⁰ Zij zullen mijn voorstel wel een pseudo-kwaliteitsrekening noemen.⁴⁸¹ Een aantal van de bezwaren van Kortmann en Faber op art. 25 Wn, zullen door hen ook geuit worden op mijn voorstel. Daar zou ik mij alvast tegen willen verdedigen omdat een aantal bezwaren nu niet meer opgaat. Te denken aan het bezwaar dat de privatieve last eindigt door faillissement of het bezwaar van het gelegde beslag. Indien de rekeninghouder in staat van faillissement wordt verklaard, dient de rekeninghouder samen met de curator zorg te dragen voor de afhandeling van de kwaliteitsrekening. In art. 3:166a lid 7 BW wordt bepaald dat alleen derdenbeslag onder de rekeninghouder gelegd kan worden, omdat alleen de rekeninghouder weet wie de rechthebbenden zijn.⁴⁸² De rekeninghouder moet ook verklaren of de rechthebbende een voorwaardelijk aandeel heeft in de gemeenschap en eventueel uitkeren aan de executant. Verder zullen Kortmann en Faber stellen dat mijn voorstel niet goed in het wettelijke systeem past. Maar daar verschillen de meningen over.⁴⁸³

4.3 De mogelijke alternatieven.

Ik denk dat er bijna geen alternatieven voorhanden zijn die een mogelijke wettelijke regeling voor een algemene kwaliteitsrekening kan vervangen. De Stichting Derdengelden zou een alternatief kunnen zijn. Maar aan de constructie van de Stichting Derdengelden kleven nadelen welke de stichting niet bruikbaar maakt als alternatief in elke situatie, in § 3.2.1 en § 3.2.3 heb ik dit beschreven. Graag zouden wij een rechtsfiguur hebben die in elke situatie bruikbaar is. Zou een bankgarantie hiervoor een alternatief kunnen zijn. De bankgarantie is niet in het Burgerlijk Wetboek geregeld. De

⁴⁸⁰ Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Steneker 2005, p. 71-94 en p. 181-204.

⁴⁸¹ Kortmann & Faber 1998, p. 140.

⁴⁸² *Kamerstuk II* 1995-1996, 23706, nr. 6, p. 46.

⁴⁸³ Kortmann & Faber 1998, p. 140; Schoordijk 2003/2, p. 64; Struycken 1997, p. 753.

bankgarantie lijkt sterk op de rechtsfiguur van borgtocht (art. 7:850 BW) die wel in het BW geregeld is. De borgtocht is een overeenkomst waarbij een derde, de borg, zich jegens de schuldeiser verbindt tot nakoming van een verbintenis die de hoofdschuldenaar tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.⁴⁸⁴ De schuldeiser kan de borg pas aanspreken nadat hij tevergeefs de hoofdschuldenaar heeft aangesproken (art. 7:855 lid 1 BW). Het begrip garantie⁴⁸⁵ heeft geen vast staande juridische betekenis. In Nederland wordt de bankgarantieovereenkomst doorgaans aangemerkt als een overeenkomst sui generis, die beheerst wordt door eigen regels.⁴⁸⁶ Een bankgarantie kan omschreven worden als een onherroepelijk toezegging van een derde (de garant) jegens de schuldeiser (de begunstigde) dat hij op eerste verzoek van de schuldeiser conform de voorwaarden van die garantie, direct het door de schuldeiser opgegeven bedrag aan hem zal voldoen, zonder dat de derde zich ervan gewist dat het betalingsverzoek terecht is gedaan.⁴⁸⁷ De bankgarantie strekt dus tot zekerheid voor de nakoming van verplichtingen welke uit de overeenkomst voortvloeien. De garanties worden vaak gegeven door banken ten behoeve van hun cliënten, vandaar de benaming bankgaranties. De bankgaranties komen vaak voor bij aannemingsovereenkomsten en leveranties van kapitaalgoederen en worden veel gebruikt bij internationale transacties.⁴⁸⁸ De bankgarantie is niet verbonden met de onderliggende overeenkomst.⁴⁸⁹ De bankgarantie onderscheidt zich van de borgtocht omdat de garant jegens de begunstigde een eigen zelfstandige verplichting op zich neemt welke is geabstraheerd van zowel de basisovereenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser als van de rechtsverhouding tussen schuldenaar-schuldeiser en garant.⁴⁹⁰ De bankgarantie heeft dus slechts een zekerheidsfunctie hetgeen overeenkomt met het doel van de kwaliteitsrekening. Nadeel ten opzicht van de kwaliteitsrekening is dat de bank garant moet staan en bank is een commerciële instelling die graag geld wil verdienen. Bij een bankgarantie wordt er over het algemeen van uitgegaan dat de bank niet tot betaling hoeft over te gaan. Aan een bankgarantie zijn kosten verbonden. Bij projecten met een grote financiële omvang zal dit geen probleem zijn. Bij particulieren die een keuken willen kopen en een aanbetaling/vooruitbetaling moeten doen zullen de kosten van een bankgarantie niet op wegen tegen het insolventierisico van de leverancier. Mijns inziens vormt de bankgarantie dan ook geen bruikbaar alternatief voor de kwaliteitsrekening.

4.4 Afsluiting

De probleemstelling van waaruit ik begonnen ben deze scriptie te schrijven stelt de vraag centraal: *‘Bestaat er naast de wettelijke basis van een kwaliteitsrekening voor de notaris/gerechtsdeurwaarder ook behoefte aan een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening voor een ieder? Indien het antwoord bevestigend luidt, hoe kan zo’n algemene wettelijke regeling er dan uitzien.’* Met de

⁴⁸⁴ H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 385-386.

⁴⁸⁵ Zie over de bankgarantie uitgebreid: H.J. Pabbruwe, *Bankgarantie*, Deventer: Kluwer 2000.

⁴⁸⁶ H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 385-386.

⁴⁸⁷ H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 385-386.

⁴⁸⁸ H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 385-386.

⁴⁸⁹ H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 385-386.

⁴⁹⁰ H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001, p. 385-386.

gegeven voorbeelden in § 4.1 heb ik duidelijk willen maken dat de kwaliteitsrekening een belangrijke behoefte kan vervullen in het Nederlandse vermogensrecht. Ik voel mij gesterkt doordat in de literatuur de wenselijkheid van een algemene wettelijke regeling voor de kwaliteitsrekening niet wordt betwist.⁴⁹¹ Daarnaast is in Den Haag bij de behandeling van de Gerechtsdeurwaarderswet een toezegging gedaan voor een studie over een algemene vermogensrechtelijke regeling van de kwaliteitsrekening in Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.⁴⁹² Het antwoord op de vraag of een algemene vermogensrechtelijke regeling van de derdenrekening in het Burgerlijk Wetboek wordt opgenomen moet worden gewacht tot de resultaten van de evaluatie voorhanden zijn.⁴⁹³ Mijns inziens hoeft er helemaal geen evaluatie plaats te vinden, er is duidelijk behoefte aan een dergelijke regeling.

Ik heb dan ook een voorstel gedaan voor een dergelijke regeling in § 4.2. In de literatuur zijn meerdere voorstellen gedaan voor de invoering van een dergelijke regeling.⁴⁹⁴ Ik heb dit voorstel vanuit een andere invalshoek gedaan dan de eerdere voorstellen. Ik hoop dan ook dat het voorstel (art. 3:166a BW) een nuttige bijdrage kan leveren aan de discussie over de mogelijke invoering van een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening in boek 3 Burgerlijk Wetboek. Mijns inziens zijn er verder geen bruikbare alternatieven om de figuur van de kwaliteitsrekening te vervangen of tegen te houden. Het is nu aan de wetgever om mijn inspanning en enthousiasme uit deze scriptie te honoreren en te besluiten tot een algemene wettelijke regeling voor de kwaliteitsrekening te komen, anders gezegd de bal ligt nu bij de wetgever.

⁴⁹¹ Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Schoordijk 2003/2, p. 76; H.J. Snijders 2004/1, p. 298-305; Steneker, 2005, p. 255 e.v.; Struycken 1996, p. 752-754; Vriesendorp 1998, p. 139-150.

⁴⁹² *Kamerstuk II* 2001–2002, 22775 en 23706, nr. 21, p.1-2.

⁴⁹³ *Kamerstuk II* 2001–2002, 22775 en 23706, nr. 21, p.1-2; *Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59, p. 1-2.

⁴⁹⁴ Kortmann & Faber 1998, p. 137-145; Schoordijk 2003/2, p. 76; Steneker 2005, p. 265-266.

Literatuurlijst

- Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994 S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede en H.O. Thunnissen, *Mr. C Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- Asser/Mijnsen/De Haan 3-I 2001 F.H.J. Mijnsen en P. de Haan, *Mr. C Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Avezaat 2002 R.M. Avezaat, *De kwaliteitsrekening*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.
- Bloembergen 2001 A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2001.
- Buijn & Van Hees 2000 F.K. Buijn & J.J. van Hees, 'De advocatuur kan gerust zijn: de Boekhoudverordening werkt (reactie op: R.M. Avezaat, Boekhoudverordening werkt niet, *Advocatenblad* 1999, p. 1079-1080)', *Advocatenblad* 2000, p. 69-70.
- Van Es 2001 P.C. van Es, '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* 2001, p. 631-634.
- Faber 1996 N.E.D. Faber, 'Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust. Trust and trust-like arrangements*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 195-262.
- Groefsema 1998 L. Groefsema, 'Gelden van derden' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 107-119.
- Groenewegen 2001 J.L.M. Groenewegen, 'Een zekere kwaliteit?', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 383-389.
- Van der Grinten 1993 W.C.L. van der Grinten, *Monografieën Nieuw BW B-81 Lastgeving*, Deventer: Kluwer 1993.
- Grundmann-van de Krol 2004 C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door het effectenrecht. Beschouwingen omtrent Nederlands effectenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.
- Van Koppen F.P. van Koppen, 'De kwaliteitsrekening bij faillissement van één of meer

- belanghebbenden. Koren q.q./MB & HS Notarissen en Tekstra q.q. (HR 12 januari 2001, RvdW 2001, 29; JOR 2001,50)', *Bb* 2001-11, p. 111-113.
- Kortmann 1996 S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust. Trust and trust-like arrangements*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 169-193.
- Kortmann & Faber 1998 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'De kwaliteitsrekening en art. 22 van het ontwerp van de Wet op het notarisambt', *WPNR* 1998, p. 137-145.
- Kortmann 2001 S.C.J.J. Kortmann, 'Faillissement en bijzondere kwaliteitsrekening', *TvI* 2001-2, p. 45-47.
- Kortmann 2002 S.C.J.J. Kortmann, 'Notariële kwaliteitsrekening en verrekening', *WPNR* 2002, p. 789-791.
- Krol 1998 A.N. Krol, 'Kwaliteitsrekening en faillissement', *WPNR* 1998, p. 485-489.
- Langemeijer 1942 G.E. Langemeijer, 'Bankrekeningen ten behoeve van anderen', *NJB* 1942, p. 177-185 en p. 309-312.
- Van Mourik 2001 M.J.A. van Mourik, *Monografieën Nieuw BW B-9 Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2001.
- Parl. Gesch. Boek 7 W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering 3, 5 en 6. Boek. Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.
- Pitlo/Reehuis e.a. 2001 W.H.M. Reehuis e.a., *A. Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- Polak 2002 C.E. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2002.
- Salomons 2001 A.F. Salomons, 'Art. 25 Wet op het Notarisambt en de bijzondere notariële kwaliteitsrekening (HR 12 januari 2001, RvdW 2001, 29)', *WPNR* 2001, p. 357-359.
- Schoordijk 2000 H.C.F. Schoordijk, 'De Stichting Derdengelden van de advocaten werkt wel', *Advocatenblad* 2000, nr.2, p. 67-68.
- Schoordijk 2003/1 H.C.F. Schoordijk, 'Een kwaliteitsrekening is voor een gewoon mens niet meer weggelegd', *WPNR* 2003, p. 557-558.
- Schoordijk 2003/2 H.C.F. Schoordijk, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer: Kluwer 2003.
- H.J. Snijders 1997 H.J. Snijders, 'Verhaal op trustvermogen in Nederland', *WPNR* 1997, p. 551-556.
- H.J. Snijders & Rank-Berenschot 2001 H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.
- H.J. Snijders 2004/1 H.J. Snijders, 'De kwaliteitsrekening nader beschouwd', *NTBR* 2004-7, p. 298-305.
- H.J. Snijders 2004/2 H.J. Snijders, 'De kwaliteitsrekening nader beschouwd', *TVP en Marcel*

- Storme* 2004-1, p. 601-621.
- W. Snijders 1993 W. Snijders, 'Trustverdrag en Nederlands materieel recht', in: D. van Dijk e.a., *Grensoverschrijdend privaatrecht. Een bundel opstellen over privaatrecht in internationaal verband (Van Rijn van Alkemade-bundel)*, Deventer: Kluwer 1993, p. 231-243.
- W. Snijders 1997 W. Snijders, 'Nog een duit in de zak van de trust' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 87-106.
- W. Snijders 1999 W. Snijders, 'Overpeinzingen naar aanleiding van de bundel Inzake Kwaliteit, de kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht', *TvI* 1999-7, p. 149-154.
- Steneker 2002 A. Steneker, 'Kwaliteitsrekening laat op zich wachten', *WPNR* 2002, p. 385-391.
- Steneker 2005 A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen*, Deventer: Kluwer 2005.
- Struycken 1996 T.H.D. Struycken, 'De notariële kwaliteitsrekening in het voorstel voor een nieuwe Notariswet', *WPNR* 1996, p. 752-754.
- Thesingh 1943 H. Thesingh, 'Enige opmerkingen betreffende bankrekeningen ten behoeve van derden', *RM Themis* 1943, 1943, p. 56-72.
- Tjittes 1998 R.P.J.L. Tjittes, 'Verbintenisrechtelijke en andere aspecten van de kwaliteitsrekening', in: E. Dirix & R.D. Vriesendorp (red.), *Inzake kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlandsrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 17-30.
- Uniken Venema & Eisma 1990 C.AE. Uniken Venema & S.E. Eisma, *Preadvies van de vereniging handelsrecht 1990. Eigendom ten titel van beheer naar komend recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- Vranken 1998 J.B.M. Vranken 'Faillissement/beslag en kwaliteitsrekening', in: E. Dirix & R.D. Vriesendorp (red.), *Inzake kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlandsrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 81-104.
- Vriesendorp 1998 R.D. Vriesendorp, 'De kwaliteitsrekening in Nederland; een nadere regeling gewenst!', in: E. Dirix & R.D. Vriesendorp (red.), *Inzake kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlandsrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 139-150.
- Vriesendorp 2004 R.D. Vriesendorp, 'Coöperatie Beatrixziekenhuis/Procall', *Ars Aequi* 2004-11, p.775-781.
- Vroom 2001 V.Vroom, 'De kwaliteitsrekening na HR 12 januari 2001 (JOR 2001, 50 mr. Koren q.q./mr. Moulijn)', *V&O* 2001-5, p. 94-97.
- Waijter 2004 B.C.M. Waijter, 'Boekbespreking: H.C.F. Schoordijk, De notariële en

- andere derdenrekening (mede in het licht van de rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 2003,' *WPNR* 2004, p. 566-569.
- Wessels 2001 B. Wessels, 'Iets over de notariële kwaliteitsrekening', *WPNR* 2001, p. 65-66.
- Wolfert 2003 E.C.M. Wolfert, 'Van Slis-Stroom (1984) tot Coöperatie Beatrixziekenhuis/Procall (2003); het einde van een tijdperk?', *WPNR* 2003, p. 559-563.
- Zwalve 1998 W.J. Zwalve, 'Geld op de plank', in: E. Dirix & R.D. Vriesendorp (red.), *Inzake kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlandsrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 45-53.

Jurisprudentie

- HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (Slis-Stroom).
- HR 9 maart 1990, *NJ* 1990, 428 (Knobo Beheer/notaris Schellenbach).
- HR 23 september 1994, *NJ* 1996, 461 (Kas-Associatie/Drying Corporatie).
- HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 447 (Jahn/Nask).
- HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604.
- HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./ Tekstra q.q.), m.nt. H.J. Snijders.
- HR 12 januari 2001, *JOR* 2001/50, m.nt. S.C.J.J.Kortmann en A. Steneker.
- HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 373 (De Kroon/Peters).
- HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (Procall).

Hof Den Haag 24 maart 1998, *JOR* 1998, 113 (Post & Co.) m.nt. J.J. van Hees.

Rechtbank Amsterdam 28 juni 2001, *JOR* 2001, 199 (Oskamp/Philips).

Rechtbank Dordrecht 12 februari 1986, *NJ* 1987, 372.

Rechtbank Rotterdam 20 juni 1996, *JOR* 1996, 128.

Rechtbank Utrecht 24 november 1999 *NJKort* 2002, 27.

Kamerstukken

- Kamerstuk II* 1991-1992, 17779, nr. 8.
- Kamerstuk II* 1993-1994, 23706, nr. 3.
- Kamerstuk II* 1995-1996, 23706, nr. 6.
- Kamerstuk II* 1996-1997, 23706, nr. 12.
- Kamerstuk II* 1997-1998, 23706, nr. 22.
- Kamerstuk II* 2001-2002, 22775 en 23706, nr. 21.
- Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 59.
- Kamerstuk II* 2004-2005, 23706, nr. 61.

Bijlage 1 Art. 25 Wn

Art. 25 Wn luidt:

1. De notaris is verplicht bij een ingevolge de Wet toezicht kredietwezen 1992 ingeschreven kredietinstelling als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, onder 1, van de Wet toezicht kredietwezen 1992 een of meer bijzondere rekeningen aan te houden op zijn naam met vermelding van zijn hoedanigheid, die uitsluitend bestemd zijn voor gelden, die hij in verband met zijn werkzaamheden als zodanig onder zich neemt. Gelden die aan de notaris in verband met zijn werkzaamheden als zodanig worden toevertrouwd, moeten op die rekening worden gestort. De bovenbedoelde kredietinstelling voegt de over de gelden gekweekte rente toe aan het saldo van de bijzondere rekening. Indien deze gelden abusievelijk op een andere rekening van de notaris zijn gestort of indien ten onrechte gelden op de bijzondere rekening zijn gestort, is de notaris verplicht deze onverwijld op de juiste rekening te storten. Hetzelfde geldt indien de gelden rechtstreeks in handen van de notaris zijn gesteld. Indien meer notarissen in een maatschap samenwerken, kan de bijzondere rekening ten name van die notarissen tezamen, de maatschap of vennootschap worden gesteld. De notaris vermeldt het nummer van de bijzondere rekening op zijn briefpapier.
2. De notaris is bij uitsluiting bevoegd tot het beheer en de beschikking over de bijzondere rekening. Hij kan aan een onder zijn verantwoordelijkheid werkzame persoon volmacht verlenen. Ten laste van deze rekening mag hij slechts betalingen doen in opdracht van een rechthebbende.
3. Het vorderingsrecht voortvloeiende uit de bijzondere rekening behoort toe aan de gezamenlijke rechthebbenden. Het aandeel van iedere rechthebbende wordt berekend naar evenredigheid van het bedrag dat te zijnen behoeve op de bijzondere rekening is gestort. 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.
4. Een rechthebbende heeft voor zover uit de aard van zijn recht niet anders voortvloeit, te allen tijde recht op uitkering van zijn aandeel in het saldo van de bijzondere rekening. Is het saldo van de bijzondere rekening niet toereikend om aan iedere rechthebbende het bedrag van zijn aandeel uit te keren, dan mag de notaris aan de rechthebbende slechts zoveel uitkeren als in verband met de rechten van de andere rechthebbenden mogelijk is. In dat geval wordt het saldo onder de rechthebbenden verdeeld naar evenredigheid van ieders aandeel, met dien verstande dat, indien een notaris zelf rechthebbende is, hem slechts wordt toegedeeld hetgeen overblijft, nadat de andere rechthebbenden het hun toekomende hebben ontvangen.
5. Er kan geen derdenbeslag worden gelegd onder de in het eerste lid bedoelde kredietinstelling op het aandeel van een rechthebbende in de bijzondere rekening. Is onder de notaris derdenbeslag gelegd op het aandeel van een rechthebbende in de bijzondere rekening, dan kan de notaris die overeenkomstig de artikelen 476a en 477 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verklaring heeft gedaan of

die is veroordeeld overeenkomstig artikel 477a van dat wetboek, zonder opdracht van de rechthebbende overeenkomstig de verklaring of veroordeling betalen aan de executant.

6. Rechtshandelingen verricht in strijd met de bepalingen van dit artikel zijn vernietigbaar. De vernietigingsgrond kan worden ingeroepen door iedere rechtstreeks belanghebbende. Rechten, door derden te goeder trouw anders dan om niet verkregen op gelden die het voorwerp waren van de vernietigde rechtshandeling, worden geëerbiedigd.

7. Onze Minister kan regels vaststellen met betrekking tot de wijze van berekening en uitkering van de rente van de op de bijzondere rekening gestorte gelden.

8. Van de bepalingen van dit artikel en van de in het zevende lid bedoelde regels kan niet worden afgeweken.

Bijlage 2 Art. 3 Boekhoudverordening 1998 van de Nederlandse Orde van Advocaten

Art. 3 van de Boekhoudverordening 1998 luidt:

1. De advocaat is verplicht een Stichting Derdengelden ter beschikking te hebben.
2. De advocaat ziet erop toe dat derdengelden niet naar hem worden overgemaakt maar hetzij rechtstreeks naar de rechthebbende, hetzij naar de hem ter beschikking staande Stichting Derdengelden. De advocaat is verplicht ervoor te zorgen dat op zijn briefpapier uitsluitend het bankrekeningnummer van die stichting is vermeld. De vermelding van het eigen bankrekeningnummer is slechts toegestaan bij betalingsverzoeken betrekking hebbende op verschotten en geldbedragen die de advocaat zelf toekomen.
3. De advocaat is verplicht zodra hij desondanks derdengelden onder zich heeft gekregen deze onverwijld over te maken hetzij naar de rechthebbende, hetzij naar de in het eerste lid bedoelde Stichting Derdengelden, en een dergelijke handeling steeds afzonderlijk te registreren zodanig dat daaruit telkens blijkt
 - het ontvangen bedrag;
 - de datum en wijze van ontvangst;
 - de datum van overmaking;
 - de begunstigde;
 - de naam van de handelend advocaat.
4. De advocaat ziet erop toe dat de derdengelden die zich door zijn toedoen bevinden onder een Stichting Derdengelden worden overgemaakt naar de rechthebbende zodra de gelegenheid zich daartoe voordoet.
5. Het is de advocaat niet toegestaan derdengelden te doen strekken tot zekerheid van hemzelf, zijn praktijk of enige derde of anderszins in strijd met hun bestemming te gebruiken.
6. Het in dit artikel bepaalde is voor zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing op geldswaardige papieren en kostbaarheden.