

MR. H.J. PORTINGEN / MR. J. KLUVER

Enkele nadere beschouwingen over de kwaliteitsrekening (HR ProCall)

O & F

32

Nr. 67 / oktober 2005

In zijn conclusie bij het ProCall-arrest¹ merkte A-G Verkade reeds op dat de status en toepassingsmogelijkheden van een tegen het faillissement van een tussenpersoon bestendige kwaliteitsrekening de laatste tien, vijftien jaar tot veel debat in de literatuur hebben geleid en dat iedere nadere beschouwing hierover, evenals de schriftelijke toelichtingen en zijn conclusie in die zaak, met die gemeenplaats open. Het ProCall-arrest heeft aan dat debat geen einde gemaakt; integendeel.² Het is niet onze bedoeling om in deze bijdrage dat debat nog eens dunnetjes over te doen. Wij richten ons, na enige inleidende beschouwingen, op de vraag van mogelijke toepassing buiten de door de Hoge Raad met zoveel woorden aanvaarde gevallen en op verschillen tussen een zogenaamde notariële kwaliteitsrekening, zoals bedoeld in artikel 25 van de Wet op het Notarisambt (WNA), en andere kwaliteitsrekeningen.

Begripsbepaling en achtergrond

In de praktijk, maar ook in de literatuur, komen wij de termen derdengeldenrekening, derdenrekening en kwaliteitsrekening tegen. Geen van de drie is een in de wet ingevuld begrip. Artikel 25 WNA spreekt over een 'bijzondere rekening'. Wij zullen hierna steeds kwaliteitsrekening gebruiken omdat dat het in de literatuur meest gehanteerde begrip lijkt. Binnen het begrip 'kwaliteitsrekening' wordt vervol-

gens wel een onderscheid gemaakt tussen aan de ene kant de zogenoemde bijzondere (ook wel: speciale of specifieke) kwaliteitsrekening, die voor een bepaalde transactie wordt geopend ten behoeve van een vooraf bekend aantal belanghebbenden, en aan de andere kant een generale (of: algemene) kwaliteitsrekening, die wordt geopend voor een steeds wisselende groep belanghebbenden, zonder dat de identiteit bekend hoeft te zijn. Door Steneker³ wordt ook onderscheid gemaakt tussen een kwaliteitsrekening met een enkelvoudige zekerheidsfunctie en een kwaliteitsrekening met een meervoudige zekerheidsfunctie. Dat onderscheid lijkt voor deze bijdrage niet relevant.

Een kwaliteitsrekening is een bankrekening die wordt aangehouden door een persoon, die wij hierna zullen aanduiden als de rekeninghouder, waarop bedragen worden gestort door en ten behoeve van één of meer anderen, die wij hierna zullen aanduiden als de belanghebbenden.

Het waarschijnlijk bekendste voorbeeld van een kwaliteitsrekening en de behoefte waarin deze voorziet, is de gebruikelijke afwikkeling van de geldstromen rondom de overdracht van vastgoed door de notaris. De verkoper en – meer nog – diens hypothecaire financier willen niet het risico lopen dat het vastgoed wordt overgedragen vóórdat de koopsom

1 HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196.

2 Voor een meer gedetailleerde bespreking van het ProCall-arrest in deze uitgave wordt verwezen naar Wolfert, 'De kwaliteitsrekening: het woord is aan de wetgever', *O&F* december 2003/59.

3 A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en Afgescheiden Vermogen*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer 2005.

ontvangen is. De koper en – meer nog – diens hypothecaire financier willen niet het risico lopen dat de koopsom wordt betaald voordat het vastgoed is overgedragen en zekerheid voor de aankoopfinanciering gevestigd kan worden. Het risico dat degene loopt die het eerst presteert, is niet alleen een niet-willen (of eenvoudigweg niet-doen) van de andere partij, maar ook een niet-kunnen, waarbij de grootste zorg is dat die partij in staat van faillissement geraakt. Strikt genomen is bij faillissement geen sprake van niet-kunnen. Immers, de failliete (rechts)persoon kan – vertegenwoordigd door de curator – nakomen, maar de beslissing om wel of niet na te komen, is aan de curator. Indien de curator ervoor kiest om niet na te komen, dan resteert slechts een vordering tot schadevergoeding, die concurrent is. Het idee van de kwaliteitsrekening is dat het te betalen bedrag buiten het vermogen van degene die het moet betalen (de koper) wordt gebracht, maar dat het slechts in het vermogen van de andere partij valt indien en zodra die partij zijn verplichtingen is nagekomen. Bij vastgoed betekent dit dat het bedrag wordt vrijgegeven, zodra is vast komen te staan dat overschrijving in het kadaster heeft plaatsgevonden, vrij van beslagen en hypotheeken.⁴

Het in het vastgoedvoorbeeld onderliggende ‘kipei-probleem’ speelt ook altijd een rol bij overnames bij de (detail)uitwerking van de levering in combinatie met vrij te geven en te vestigen zekerheid en betaling. Het komt in een iets andere vorm ook dikwijls terug in het kader van bijvoorbeeld garanties. De koper wil zeker stellen dat (ten minste) een bepaald gedeelte van de koopsom beschikbaar blijft voor directe verrekening met een eventuele garantieclaim (en dus niet in het vermogen van de verkoper valt), terwijl de verkoper zeker wil stellen dat het gehele bedrag van de koopprijs het vermogen van de koper heeft verlaten, ervan uitgaande dat er geen garantieclaim is. Oplossing kan zijn het bedrag naar analogie met Angelsaksische rechtsfiguren ‘in escrow’ te laten houden door een derde en voor dat doel kan een kwaliteitsrekening buitengewoon nuttig zijn, indien ten minste ook zeker gesteld is dat het aldus gestorte bedrag niet blootstaat aan verhaal door anderen, met

name crediteuren van de rekeninghouder (escrow agent). De bescherming van een verkoper tegen een niet-willen of niet-kunnen van de koper (en omgekeerd) wordt zeer relatief als de verkoper in plaats daarvan het risico van een niet-willen of niet-kunnen van de rekeninghouder loopt.

Hiermee hebben wij in beeld wat naar onze mening de twee kernelementen van de discussie over de kwaliteitsrekening zijn. Ten behoeve van de gewenste werking moet het bedrag enerzijds uit de ‘invloedssfeer’ en ‘risicosfeer’ van de belanghebbenden raken en anderzijds niet in de risicosfeer van de rekeninghouder (of een derde) komen, ervan uitgaande dat er voldoende vertrouwen in de rekeninghouder is dat een niet-willen zich niet voor zal doen. Overigens hangt de feitelijke omvang van het risico natuurlijk volledig af van de eventuele overige activiteiten en daarmee mogelijke schuldeisers die de rekeninghouder (of een derde) heeft, casu quo het debiteurenrisico dat de rekeninghouder vormt. Hier past nog de kanttekening dat geen bescherming wordt geboden tegen een deconfiture van de bank waar de rekening wordt aangehouden. Maar daartegen zijn de belanghebbenden ten aanzien van hun eigen rekeningen ook niet beschermd.

De twee kernelementen in een civielrechtelijk kader

‘Invloedssfeer’ en ‘risicosfeer’ belanghebbenden

Een van de pijlers van ons BW is het zogenaamde gesloten stelsel van het goederenrecht. Degene die het meest omvattende recht op een goed heeft (bij een zaak: de eigenaar) kan slechts de in de wet voorziene beperkte rechten vestigen. Beperkte rechten zijn rechten die van het meest omvattende recht (het moederrecht) zijn afgesplitst en deze leiden tot een eigen goederenrechtelijke aanspraak van de houder van het beperkte recht, en niet slechts tot een verbintenisrechtelijke aanspraak. Afspraken of regelingen die niet de overdracht van het goed of de vestiging van een beperkt recht inhouden, resulteren dientengevolge slechts in een verbintenisrechtelijke aanspraak.⁵ Daarbij zijn andere belangrijke uitgangspun-

4 Dit lijkt tamelijk eenvoudig, maar over de precieze goederen- en verbintenisrechtelijke duiding van dit geheel wordt bij tijd en wijle stevig gediscussieerd. Zie Kraan en Schoordijk in *WPNR* 2005/6608, 2005/6609 en 2005/6617. Dit overigens zonder dat de praktijk en zeker de gemiddelde koper en verkoper zich daar al te druk over lijken te maken.

5 Volledigheidshalve willen wij hier nog wel opmerken dat in sommige gevallen ook een constructie met overdracht onder voorwaarde uitkomst kan bieden. Overdracht onder voorwaarde is mogelijk met goederenrechtelijk effect en als wij het goed zien, wordt inmiddels algemeen aanvaard dat voor de bepaling van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder uitsluitend het moment van de (voorwaardelijke) overdracht beslissend is. Ook bij een overdracht onder voorwaarde is de verkrijger derhalve in beginsel beschermd tegen een nadien niet-willen of niet-kunnen presteren van de vervreemder. Aan de voorwaarde kleven een aantal technische haken en ogen, maar voor deze bijdrage is van groter belang dat overboeking van een bedrag onder een voorwaarde bancair niet goed te realiseren lijkt.

ten dat op grond van artikel 3:276 BW een schuldeiser een vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen, tenzij de wet of een overeenkomst (met die schuldeiser) anders bepaalt en dat op grond van de paritas creditorum van artikel 3:277 BW schuldeisers gelijk delen in de opbrengst van de goederen van de schuldenaar behoudens de door de wet erkende rechten van voorrang, zoals bijvoorbeeld pand en hypotheek.⁶ Voorts bepaalt artikel 20 van de Faillissementswet dat het faillissement van een schuldeiser zijn gehele vermogen omvat ten tijde van de faillietverklaring. Kort gezegd, betekent dit dat het niet goed in dit systeem past om te aanvaarden dat op een enkele verbintenisrechtelijke basis een goed buiten de invloedssfeer of risicosfeer van de betreffende partij wordt gebracht.⁷

'Risicosfeer' rekeninghouder

Uit hetgeen hiervoor is opgemerkt, volgt dat een goed uit de invloedssfeer van de belanghebbenden kan worden gehaald door overdracht aan een andere partij. Gaat het om een geldsom, dan komt die overdracht neer op een bancaire overboeking naar de daartoe aangewezen rekening van de rekeninghouder (op de details van de verhouding van deze overboeking tot de goederenrechtelijke regels van overdracht gaan wij niet in). Die overdracht aan de rekeninghouder lijkt dan automatisch ook te betekenen dat de geldsom potentieel verhaalsobject voor andere crediteuren van de rekeninghouder is, tenzij er sprake is van een door de wet erkende reden van voorrang. Zo eenvoudig is het echter niet; de gewenste effecten van een kwaliteitsrekening laten zich niet goed vormgeven door middel van door de wet erkende redenen van voorrang en de oplossing die zich dan aandient is het aanvaarden van een zogenaamd afgescheiden vermogen, dat wil zeggen een figuur die bewerkstelligt dat het bedrag uitsluitend toe kan komen aan (een van) de belanghebbenden (zonder dat het bedrag direct in hun vermogen – en daarmee invloedssfeer en risicosfeer – terecht komt). In de volgende paragraaf zullen wij kort de ontwikkelingen van het afgescheiden vermogen schetsen.

Afgescheiden vermogen

De discussie over het afgescheiden vermogen werd begin jaren tachtig van de twintigste eeuw ineens heel acuut toen het (in elk geval toen) nauwelijks voorstelbare gebeurde: een notaris failliede en de curator nam het standpunt in dat een in verband met een transport van een onroerende zaak aan de notaris overgemaakt bedrag in de boedel van de notaris viel, als gevolg waarvan de verkoper na het transport slechts concurrent schuldeiser voor de koopsom van de door hem overgedragen onroerende zaak was. Deze casus leidde tot het zogenoemde Slis-Stroomarrest.⁸ De Hoge Raad liet de verkoper in de kou staan, maar gaf wel de richting van een oplossing, die neerkomt op een afzonderlijke rekening die als zodanig herkenbaar is. In de casus van het Slis-Stroomarrest was sprake van een 'gewone' rekening van de notaris, die op naam stond van de notaris en op naam van diens compagnon. De Hoge Raad overwoog onder andere:

'Beslissend is immers dat het geld [...] 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 desbetreffende 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.'

Het arrest heeft uiteraard gevolgen gehad voor de notariële praktijk. Uiteindelijk heeft de wetgever de knoop ten aanzien van de gelden die een notaris onder zich krijgt, doorgemaakt met de eigen regeling van artikel 25 WNA.⁹ In feite wordt simpelweg wettelijk bepaald dat het saldo op de kwaliteitsrekening is afgescheiden van het vermogen van de notaris, en wel door lid 3 dat bepaalt dat het vorderingsrecht op de bank dat voortvloeit uit de bijzondere rekening, toebehoort aan de gezamenlijke rechthebbenden (in onze terminologie: de belanghebbenden) en derhalve niet aan de notaris. Daarmee is het bedrag echter niet weer teruggekeerd in de invloedssfeer of risicosfeer van de belanghebbenden. Dat blijkt niet met zoveel

6 Dit wordt nogmaals bevestigd in artikel 3:278 lid 2 BW, dat bepaalt dat voorrechten alleen uit de wet ontstaan.

7 Althans, waar het gaat om werking jegens alle (mogelijke) schuldeisers. Met een specifieke schuldeiser kunnen wel regelingen worden getroffen op grond waarvan hij zich niet, of uitsluitend, op bepaalde goederen van de schuldenaar zal verhalen en/of andere schuldeisers voor zal laten gaan.

8 HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752.

9 Voor de volledigheid vermelden wij hierbij dat ook de gerechtsdeurwaarders een speciale regeling kregen langs dezelfde lijn in artikel 19 van de Gerechtsdeurwaarderswet. Daarop gaan wij verder niet in.

woorden uit artikel 25 WNA, maar de Hoge Raad heeft in het Koren q.q./Tekstra q.q.-arrest¹⁰ meer duidelijkheid gegeven. Daar is overigens de regeling van artikel 25 WNA toegepast, terwijl de betreffende notariële kwaliteitsrekening reeds bestond voordat artikel 25 WNA in werking was getreden. De Hoge Raad legt het feit dat het saldo op de bankrekening toebehoort aan de gezamenlijk rechthebbenden (volgens lid 3 van artikel 25 WNA) zo uit dat de vordering op de bank onderdeel is van een gemeenschap waarin alle belanghebbenden deelgenoot zijn. Op die gemeenschap is dan titel 7 van Boek 3 van toepassing, voorzover artikel 25 WNA geen afwijkende regeling bevat. Artikel 25 WNA bevat een dergelijke afwijkende regeling ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid over het gemeenschappelijk goed (immers, de notaris is bij uitsluiting bevoegd over het saldo te beschikken en niet de gezamenlijke deelgenoten) en ten aanzien van de verdeling (de deelgenoten brengen geen verdeling tot stand, maar dat doet de notaris, door overboeking). In het vermogen (en dus ook in een eventuele faillissementsboedel) van een belanghebbende valt slechts het aandeel in die gemeenschap.

Een andere vraag die naar aanleiding van het Slis-Stroom-arrest opkwam, is of ook bankrekeningen van niet-notarissen zodanig kunnen worden vormgegeven dat deze in een afgescheiden vermogen resulteren. De Hoge Raad liet zich daar in het Slis-Stroom-arrest niet heel expliciet over uit, maar de aanknopingspunten die de Hoge Raad gaf, leken ook buiten het notariaat wel toe te passen.

En toen kwam ProCall

De vraag wie – buiten de notaris – een dergelijk afgescheiden vermogen kan creëren, kwam in het ProCall-arrest aan de orde. Factureringsbedrijf ProCall was door middel van een overeenkomst van opdracht belast met de facturering en de inning van de vorderingen van een coöperatie van geneeskundigen en had daartoe op haar eigen naam een aparte rekening geopend met de vermelding 'Inzake Coöperatie X'. Die rekening volgde derhalve de door de Hoge Raad gegeven aanknopingspunten van het Slis-Stroom-arrest. ProCall gaat failliet en de Hoge Raad meent dat er geen sprake is van een afgescheiden vermogen en oordeelt dat de geïnde vorderingen in de boedel van ProCall vallen. De Hoge Raad overweegt:

'Aanvaarding van een kwaliteitsrekening betekent dat een uitzondering wordt gemaakt [...] op het in artikel 3:276 BW verankerde uitgangspunt dat een schuldenaar in beginsel met zijn 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).'

De Hoge Raad vervolgt dat in het Slis-Stroom-arrest weliswaar een uitzondering is aanvaard op dit uitgangspunt, maar dat met verdere uitbreiding daarvan terughoudendheid dient te worden betracht, mede gelet op de rechtszekerheid en de belangen van het financieringsverkeer. Voor het maken van een uitzondering op het basisprincipe zoals omschreven in artikel 3:276 BW zijn goede gronden vereist. De Hoge Raad overweegt:

'[...] dat voor het maken van een uitzondering als hiervoor bedoeld goede gronden vereist zijn, welke in het geval van de notaris en de deurwaarder 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 overige vermogen. In een wat derdengelden betreft vergelijkbare vertrouwenspositie verkeren ook de beroepsgroepen van advocaten en accountants.'

Wie kunnen na ProCall een kwaliteitsrekening hebben?

Het ProCall-arrest is in de literatuur wel bekritiseerd¹¹ (net als overigens artikel 25 WNA) omdat de Hoge Raad te terughoudend zou zijn met het aanvaarden van de mogelijkheid van een rekening die een afgescheiden vermogen vormt. Daartegenover wordt gesteld dat in het goederenrechtelijk systeem de uitkomst van het ProCall-arrest het meest voor de hand ligt en dat het woord bij aanvaarding van uitzonderingen op de goederenrechtelijke hoofdregels bij de wetgever moet liggen en niet bij de Hoge Raad. In die zin lijkt men soms in de discussie een beetje langs elkaar heen te praten; geldend recht en (door de betreffende auteur) gewenst recht lijken niet altijd zuiver van elkaar gescheiden te worden.¹²

10 HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371.

11 H.J. Snijders (in *NTBR* 2004/7, p. 301) typeert het ProCall-arrest echter als een stap vooruit van de Hoge Raad in die zin dat aan een advocaat en een accountant ook de mogelijkheid van een kwaliteitsrekening wordt toegekend.

12 A-G Verkade spreekt in zijn conclusie bij het ProCall-arrest – paragraaf 4.19 – over deductieve/cognitieve versus volitieve rechtsvorming.

Wat er van die kritiek ook zij, uit het ProCall-arrest moet de conclusie worden getrokken dat niet iedereen een kwaliteitsrekening kan aanhouden waarvan het saldo een van het van de rekeninghouder overige vermogen afgescheiden vermogen vormt en dat bij uitbreiding buiten de door de Hoge Raad naast de notaris en deurwaarder met zoveel woorden aanvaarde groepen – accountants en advocaten – uiterste terughoudendheid past. Er moeten voldoende goede gronden aanwezig zijn om een kwaliteitsrekening aan te houden. Dergelijke gronden worden geacht aanwezig te zijn bij professionelen zoals advocaten en accountants aldus de Hoge Raad:

‘Overeenkomstige toepassing van de regeling opgenomen in artikel 25 Wet op het notarisambt en artikel 19 Gerechtsdeurwaarderswet op de door advocaten en accountants met het oog op het ontvangen van voor derden bestemde gelden aangehouden rekeningen [...] is dan ook, als passend binnen het stelsel van de wet en aansluitend bij de wet in de wet geregelde gevallen, mogelijk.’

Heel erg concreet helpt de Hoge Raad ons wat betreft de invulling van die goede gronden derhalve niet verder. Duidelijk is wel dat bij ProCall geen goede gronden aanwezig werden geacht.

Een aanzet voor de invulling van de goede gronden: het omslagpunt

Wij zouden een invulling willen bepleiten aan de hand van betrokkenheid ingevolge een wettelijk toegewezen taak of bevoegdheid bij wat wij als het ‘omslagpunt’ aanduiden. Let wel: het gaat hier alleen om de gevallen die niet door de Hoge Raad uit hoofde van hun functie worden aanvaard. Wat wij onder dat omslagpunt verstaan, laat zich waarschijnlijk het eenvoudigst schetsen aan de hand van voorbeelden waar geldstromen via een kwaliteitsrekening (van oudsher) aan de orde zijn, zoals overdracht van vastgoed. Een soort grootste gemene deler is dat, al naar gelang het geval, er steeds twee of meer partijen potentieel recht hebben op het af te zonderen bedrag of een deel daarvan. In het meest simpele voorbeeld: de koper en de verkoper. Bepalend voor de vraag aan wie het bedrag toekomt, is of zich wel of niet een

bepaalde omstandigheid voordoet (voorbeeld: overdracht van het vastgoed vrij van beslagen, wel of niet een garantieclaim). Het zich al dan niet voordoen van die omstandigheid of, meer precies, de vervulling van een voorwaarde, duiden wij aan als het omslagpunt. Bij een overdracht van vastgoed is betrokkenheid van de notaris bij dat omslagpunt een gegeven vanwege de voor de levering (en hypotheek) vereiste notariële akte en de opgave die de notaris aan het kadaster doet. Is er slechts één gerechtigde tot het bedrag oftewel maar één belanghebbende, dan is er geen sprake van een omslagpunt. In die situaties – de ProCall-casus lijkt een goed voorbeeld – zien wij eigenlijk helemaal geen reden voor het aannemen van een afgescheiden vermogen door middel van een kwaliteitsrekening. Gevolg is dat als er niet voor gezorgd wordt dat de belanghebbende direct verkrijgt, dat er dan een risico in de ‘tussenschakel’ is. Dat risico kan vermeden worden door de belanghebbende, eventueel door een vorm van vertegenwoordiging door de tussenschakel, direct te laten verkrijgen. In de ProCall-casus had dit bijvoorbeeld kunnen worden bewerkstelligd door opening van een rekening op naam van de coöperatie, met een volmacht aan ProCall. Met A-G Verkade zijn wij van mening dat de mogelijke praktische bezwaren en extra kosten die een dergelijk arrangement voor de coöperatie hadden betekend, niet opwegen tegen het maken van een uitzondering op het goederenrechtelijk systeem.¹³ Het criterium van de wettelijke taak of bevoegdheid heeft een zekere overlap met de ‘maatschappelijke noodzaak’ die door Snijders¹⁴ is genoemd, maar wij achten ons criterium preciezer. Onze benadering betekent dat een arbiter¹⁵ (aangehaald als voorbeeld door A-G Verkade, maar niet door de Hoge Raad genoemd), indien hem gelden worden toevertrouwd op een aparte rekening met de aanduiding dat die inzake een bepaalde procedure worden aangehouden, een afgescheiden vermogen zou moeten worden toegekend.¹⁶ Nogmaals: onze benadering poogt alleen een handvat te geven voor de invulling van de goede gronden bij uitbreiding buiten de door de Hoge Raad genoemde gevallen. Voor een notaris en advocaat is de (mogelijkheid van) een kwaliteitsrekening die een afgescheiden vermogen vormt, een gegeven. Bij de accountant veroorlo-

13 Vergelijk de kernachtige uitspraak van A-G Verkade in de conclusie bij ProCall, paragraaf 4.27: goederenrechtelijke zekerheid mag zijn prijs kennen.

14 H.J. Snijders, *NTBR* 2004/7.

15 Die als wettelijke taak heeft een aan hem voorgelegd geschil te beslechten.

16 En dat ligt dan ook in het verlengde van het aanvaarden van een kwaliteitsrekening/afgescheiden vermogen van een advocaat.

ven wij ons daar een klein vraagteken. De Hoge Raad heeft deze wel genoemd, maar het onder zich houden van gelden lijkt niet in te passen in de wettelijke taak die de accountant heeft (controle jaarrekening) en de daaruit voortvloeiende maatschappelijke vertrouwensfunctie.

Wat betreft de kwaliteitsrekening van een advocaat is de discussie overigens enigszins academisch omdat daar in principe de figuur van de Stichting Derdengelden voorgeschreven is.¹⁷ Het feit dat de Stichting Derdengelden een aparte rechtspersoon is, betekent feitelijk ook een van het overige vermogen van de advocaat afgescheiden vermogen. Gelden die in depot moeten worden gegeven worden niet rechtstreeks ondergebracht bij een advocaat, maar deze worden gestort op een door een Stichting Derdengelden gehouden bankrekening. Het faillissementsrisico van de stichting is zeer klein aangezien het doel van deze stichting beperkt is (zij heeft geen andere activiteiten dan het houden van derdengelden voor de belanghebbenden) en de stichting geen andere crediteuren heeft dan de belanghebbenden bij (een gedeelte van) het saldo op de kwaliteitsrekening.

Door een zeer beperkt doel en een beperking van de activiteiten wordt de risicosfeer van de stichting afgeschermd, in die zin dat zij feitelijk niets mag of kan wat tot andere schuldeisers dan de belanghebbenden zou kunnen leiden.

De omslagpuntbenadering houdt ook in dat een escrow agent of escrow rekening bij een bank geen afgescheiden vermogen betekent, uiteraard tenzij de escrow agent notaris of advocaat is (of eventueel accountant).

De systematiek van artikel 25 WNA is niet in overeenstemming met hetgeen goederenrechtelijk zou gelden indien artikel 25 WNA niet van toepassing zou zijn op een kwaliteitsrekening die wordt aangehouden door een notaris. Zou artikel 25 WNA immers niet gelden, dan zou de notaris ten name van wie de rekening is geopend, goederenrechtelijk rechthebbende zijn ter zake van de vordering op de bank. Artikel 25 WNA volgt een geheel eigen systematiek: de belanghebbenden zijn rechthebbenden op de vordering op de bank onder de voorwaarden die in hun onderlinge verhouding gelden en de notaris is met uitsluiting van de rechthebbenden bevoegd tot beheer en beschikking over de rekening.¹⁸ Deze

bevoegdheid van de notaris kan gezien worden als een door de belanghebbenden aan de notaris gegeven privaatieve last in de zin van artikel 7:423 lid 1 BW¹⁹. De belanghebbenden hebben dus twee rechten, te weten: een gemeenschappelijk vorderingsrecht op de bank ter hoogte van het saldo en een recht ten opzichte van de notaris om te handelen conform de aan hem gegeven opdracht.

Moet het bijzondere regime van artikel 25 WNA nu ook – naar analogie – toegepast worden op iedere rekening die door een advocaat of accountant wordt aangehouden en waarop voor derden bestemde gelden worden ontvangen? Op grond van het ProCall-arrest lijkt deze vraag bevestigend te moeten worden beantwoord. Dit zou onder meer impliceren dat de belanghebbenden rechthebbenden zijn tot de vordering op de bank (conform de systematiek van artikel 25 lid 3 WNA). Toepassing van artikel 25 WNA zou naar onze mening dan voor het geheel aan de orde zijn, derhalve ook ten aanzien van de bevoegdheid tot overboeking en de in het Koren q.q./Tekstra q.q.-arrest neergelegde interpretatie van de aard van de rechten van de belanghebbenden. Als aanvaard wordt dat een advocaat een wat derdengelden betreft vergelijkbare positie heeft als een notaris, dan is er naar onze mening veel voor te zeggen dat daar niet alleen een recht (namelijk de mogelijkheid van een afgescheiden vermogen), maar ook een plicht – om de door hem gehouden kwaliteitsrekening conform artikel 25 WNA vorm te geven – uit voortvloeit.

Een andere vraag is wat artikel 25 WNA betekent voor de advocaat, die conform de op hem toepasselijke regels, gebruikmaakt van een Stichting Derdengelden. Moet dan de systematiek van artikel 25 WNA ook worden toegepast op de bestaande constructie die gehanteerd wordt bij de Stichting Derdengelden die – conform de bepalingen van het BW – rechthebbende is op de vordering op de bank? Aan analoge toepassing van artikel 25 WNA op de constructie met de Stichting Derdengelden lijkt in de praktijk geen behoefte te bestaan, maar bij de notaris lijkt artikel 25 WNA geen keuzevrijheid te laten ten aanzien van de vorm van een kwaliteitsrekening.

Samenvatting en conclusie

Als er gelden op een notariële kwaliteitsrekening of een advocatuurlijke derdengeldenrekening worden gestort, dan hebben de belanghebbenden de zeker-

17 Volgens de Boekhoudverordening 1998.

18 Zie lid 2 van artikel 25 WNA.

19 Zie HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 en ook bijvoorbeeld A. Steneker in zijn proefschrift *Kwaliteitsrekening en Afgescheiden Vermogen*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer 2005.

heid dat het niet in de boedel van de notaris of de advocaat zal vallen in geval van faillissement van de notaris respectievelijk de advocaat. Verder is het saldo op deze rekening niet vatbaar voor beslag door de crediteuren van de notaris dan wel de advocaat. De vordering van de belanghebbenden op de bank/de notaris ofwel op de Stichting Derdengelden valt steeds in de boedel van de belanghebbenden.

Bij aanvaarding van de mogelijkheid van een kwaliteitsrekening met een saldo dat een – van het overige vermogen van de rekeninghouder – afgescheiden vermogen vormt, voor andere gevallen dan door de Hoge Raad genoemd (advocaat, accountant en notaris) past ingevolge het ProCall-arrest uiterste terughoudendheid. De Hoge Raad geeft aan dat er goede gronden moeten zijn, hetgeen naar onze mening meer concreet ingevuld zou kunnen worden door aan te knopen bij betrokkenheid van de rekeninghouder bij het zogenoemde omslagpunt ingevolge een wettelijk voorgeschreven taak of bevoegdheid. Dat zou betekenen dat aan arbiters, waar immers een wettelijke basis voor hun betrokkenheid bij de beslechting van een geschil is,²⁰ een afgescheiden vermogen zou kunnen worden toegekend waar het gaat om stortingen van bedragen in relatie tot de (uitkomst van) door hen te beslechten geschillen.

Ook het gebruik van de Stichting Derdengelden of gebruik van andere stichtingen kan nog steeds uit-

komst bieden. Feitelijk blijft men dan uit de dogmatische discussie over afscheiding van het vermogen, omdat eenvoudigweg een aparte rechtspersoon bestaat. Dat betekent dat afscherming van de risicosfeer van de andere verplichtingen van die stichting op zichzelf niet mogelijk is, maar feitelijke bescherming wordt geboden door de stichting zo in te richten dat er geen eigen risico's zijn. ('Voorkomen is beter dan genezen'.)

Ten aanzien van de Stichting Derdengelden die door advocaten wordt gehanteerd, is de vraag of deze onder het regime van artikel 25 WNA gebracht kan of zelfs moet worden. Betoogd zou zelfs kunnen worden dat de advocaat – strikt de lijn en achtergrond van artikel 25 WNA volgend – dan zelf de rekening zou moeten aanhouden, en niet via een stichting.

Zolang de Stichting Derdengelden Advocatuur 'goed' gebruikt wordt en dus geen andere crediteuren dan belanghebbenden heeft, lijkt de discussie over de vraag of artikel 25 WNA daarop volledig moet worden toegepast meer van academisch dan van praktisch belang.

Een afsluiting van het debat over de kwaliteitsrekening lijkt in elk geval voorlopig nog niet in zicht, althans niet zolang de wetgever niet spreekt.

Mr. H.J. Portengen is notaris te Rotterdam.

Mr. J. Kluver is advocaat te Rotterdam.

²⁰ Zie artikelen 1020 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.