

Terughoudendheid gepast bij openen kwaliteitsrekening

Inleiding

De kwaliteitsrekening is voorwerp geweest van een aantal arresten van de Hoge Raad. In het meest recente arrest over de kwaliteitsrekening, Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall (HR 13 juni 2003, JOR 2003, 209 m.nt. SCJJK en A. Steneker) oordeelde de Hoge Raad dat slechts bepaalde beroepsgroepen een kwaliteitsrekening kunnen openen.

Een kwaliteitsrekening heeft de volgende kenmerken. De kwaliteitsrekening betreft een rekening, aangehouden bij een bank waarop door (een van de) partijen met een bepaald doel een bedrag wordt gestort. De kwaliteitsrekening staat op naam van een tussenpersoon, de rekeninghouder, die handelt in een bepaalde (vertrouwens)kwaliteit. De rekeninghouder beheert de kwaliteitsrekening. De partijen ten behoeve van wie de rekening is geopend, zijn de rechthebbenden op het saldo van de kwaliteitsrekening. Tussen deze rechthebbenden bestaat met betrekking tot dit saldo een gemeenschap, als bedoeld in artikel 3:166 lid 1 BW. De rechthebbenden hebben ieder een voorwaardelijk recht op het saldo van de kwaliteitsrekening. Uitbetaling van het saldo van de kwaliteitsrekening aan een van de rechthebbenden geschiedt door de rekeninghouder indien aan bepaalde door partijen (vooraf) overeengekomen voorwaarden is voldaan.

De Hoge Raad heeft de kenmerken van de kwaliteitsrekening in een aantal arresten nader uitgewerkt.

De kwaliteitsrekening tot aan het arrest Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall

De bijzondere notariële kwaliteitsrekening; het Slis-Stroomarrest

In het Slis-Stroomarrest (HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 m.nt. WMK) aanvaardt de Hoge Raad voor het eerst de mogelijkheid van een bijzondere notariële kwaliteitsrekening. Een bijzondere notariële kwaliteitsrekening is, volgens de Hoge Raad, een rekening geopend voor één transactie op naam van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betrokken partijen. Een belangrijk gevolg van de bijzondere notariële kwaliteitsrekening is dat het op de kwaliteitsrekening gestorte bedrag niet in het vermogen van de rekeninghouder (de notaris) valt.

In het Slis-Stroomarrest had de koper van een bedrijfspand de koopsom gestort op een bankrekening van de (transport)notaris. De notaris ging failliet voordat betaling van de koopprijs aan de koper had plaatsgevonden. De Hoge Raad oordeelde dat de koopprijs in de failliete boedel van de notaris viel. De koper trok aan het kortste eind.

Beslissend in deze casus is, volgens de Hoge Raad, dat

‘(...) het geld, al of niet in 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.’

Het uitgangspunt is dat een tegoed op een bankrekening behoort tot het vermogen van de (rechts)persoon op wiens naam de rekening is gesteld. Met betrekking tot de bijzondere notariële kwaliteitsrekening aanvaardt de Hoge Raad in het Slis-Stroomarrest een uitzondering op dit uitgangspunt. De Hoge Raad laat in het midden wie de rechthebbende is op het saldo van een bijzondere notariële kwaliteitsrekening, maar stelt dat het daarop gestorte bedrag niet tot het vermogen van de rekeninghouder behoort.

Naar aanleiding van het Slis-Stroomarrest bestaat in de literatuur een tweedeling over de vraag of dit arrest een grondslag biedt voor de aanvaarding van bijzondere of algemene kwaliteitsrekeningen die op naam staan van andere personen dan een notaris, maar wel ten behoeve van derden zijn geopend. Behoort het saldo op dergelijke rekeningen tot het vermogen van die personen of niet?

De generale kwaliteitsrekening

Het Slis-Stroomarrest heeft voor de wetgever aanleiding gevormd tot het opnemen van een wettelijke regeling over de generale kwaliteitsrekening op naam van de notaris of de gerechtsdeurwaarder. De generale kwaliteitsrekening is neergelegd in artikel 25 Wet op het nota-

risambt en artikel 19 Gerechtsdeurwaarderswet. Een generale kwaliteitsrekening betreft een kwaliteitsrekening die voor meer dan één transactie aangehouden wordt.

Ingevolge artikel 25 Wet op het notarisambt en artikel 19 Gerechtsdeurwaarderswet dient een notaris/gerechtsdeurwaarder bij een kredietinstelling één 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 ten behoeve van derden onder zich neemt. De gelden die aan de notaris/gerechtsdeurwaarder in verband met zijn werkzaamheden als zodanig worden toevertrouwd, dienen op deze rekening te worden gestort.

Belangrijke kenmerken van de generale kwaliteitsrekening, gehouden door de notaris of de gerechtsdeurwaarder, betreffen, volgens de voormelde wettelijke regelingen, onder meer de volgende:

1. de notaris/gerechtsdeurwaarder is bij uitsluiting bevoegd tot het beheer en de beschikking over de bijzondere rekening;
2. het vorderingsrecht voortvloeiende uit de bijzondere rekening behoort toe aan de gezamenlijk rechthebbenden; en
3. er kan geen derdenbeslag worden gelegd onder de kredietinstelling op het aandeel van een rechthebbende in de bijzondere rekening.

Tijdens de behandeling van artikel 25 Wet op het notarisambt in de Eerste Kamer merkte de staatssecretaris op dat de voorgestelde regeling een voorbeeldkarakter kon hebben voor een algemene regeling in het Burgerlijk Wetboek. Daarbij werd wel opgemerkt dat het niet zo eenvoudig is die regeling te veralgemeniseren. Beter zou eerst kunnen worden gekeken naar de werking van de regeling in de praktijk (Handelingen I 1998/99, nr. 24, 23 maart 1999, p. 1056-1057). Een dergelijke evaluatie van (het gebruik van) de generale kwaliteitsrekening in de praktijk zal op haar vroegst in 2005 plaatsvinden (Kamerstukken II 2001/02, 22 775, 23 706, nr. 21, p. 7).

De belanghebbenden zijn rechthebbenden op de kwaliteitsrekening; Koren q.q./Tekstra q.q.

In het arrest Koren q.q./ Tekstra q.q. (HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 m.nt. HJS) geeft de Hoge Raad duidelijkheid over de vraag wie de rechthebbenden zijn op de vordering op de bank, die voortvloeit uit een kwaliteitsrekening.

Met betrekking tot deze vraag kunnen twee hoofdstromingen worden onderscheiden. Volgens de eerste stroming is de rekeninghouder de rechthebbende op de vordering op de bank. Het saldo van de kwaliteitsrekening is afgescheiden van het overige vermogen van de rekeninghouder. In geval van een faillissement van de rekeninghouder valt het saldo van de kwaliteitsrekening niet in diens failliete boedel. Volgens de tweede stroming zijn de belanghebbenden bij de kwaliteitsrekening de rechthebbenden op de vordering op de bank. De rekeninghouder fungeert als opdrachtnemer van de belanghebbenden en is belast met het exclusieve beheer over het saldo van de kwaliteitsrekening; de rekeninghouder heeft terzake een privative last.

In het arrest Koren q.q./Tekstra q.q. betrof het een door een notaris voor een specifiek geval geopende kwaliteitsrekening (i.e. een bijzondere notariële kwaliteitsrekening). De Hoge Raad oordeelde dat degene(n) ten behoeve van wie het bedrag op de kwaliteitsrekening wordt gestort en aangehouden, de rechthebbende(n) is (zijn) op het saldo van de bijzondere notariële kwaliteitsrekening. De Hoge Raad baseerde dit oordeel mede op het bepaalde in artikel 25 Wet op het notarisambt en in artikel 19 Gerechtsdeurwaarderswet. Hierdoor hebben schuldeisers van een notaris geen verhaal op het saldo van een bijzondere notariële kwaliteitsrekening.

Voorts oordeelde de Hoge Raad dat de gezamenlijk rechthebbenden op de vordering op de bank deelgenoot zijn in een gemeenschap zoals bedoeld in artikel 3:166 lid 1 BW. Dit houdt, volgens de Hoge Raad, in dat ieder van de deelgenoten bij de verdeling van deze gemeenschap een voorwaardelijk recht op toedeling van de door de notaris beheerde vordering op de bank heeft. Het betreft een voorwaardelijk recht, aangezien de belanghebbenden (in casu, maar doorgaans ook in de praktijk) onderling de voorwaarden afspreken waaronder betaling aan een van de belanghebbenden plaatsvindt. Volgens de constructie van de Hoge Raad is de stortende partij rechthebbende onder de ontbindende voorwaarde en de partij ten behoeve van wie gestort wordt, rechthebbende onder de opschortende voorwaarde. De notaris is als middellijk vertegenwoordiger krachtens een privative lastgeving bij uitsluiting bevoegd tot het beheer en de beschikking over de bijzondere notariële kwaliteitsrekening.

In het geval van een faillissement van een van de belanghebbenden (deelgenoot in de gemeenschap) valt het voorwaardelijk recht dat aan die belanghebbende (deelgenoot) toekwam, in diens faillissement. De curator neemt vermogensrechtelijk dezelfde positie in als de

gefaillieerde ten opzichte van zijn wederpartij had of zou hebben gehad. De curator verkrijgt alsdan een voorwaardelijke vordering op het saldo van de bijzondere notariële kwaliteitsrekening.

Door aanhangers van de aan het begin van deze paragraaf beschreven eerste stroming (de rekeninghouder is de rechthebbende) wordt in de literatuur opgemerkt dat de privaatieve last aan de notaris kan eindigen door opzegging van de curator in geval van een faillissement van een van de belanghebbenden. H.J. Snijders (aanhanger van de hiervoor beschreven tweede stroming in de literatuur) stelt in zijn noot onder het arrest *Koren q.q./Tekstra q.q.* dat indien dit het geval zou zijn, dit niet betekent dat het saldo van de kwaliteitsrekening aan de belanghebbenden wordt uitbetaald. Aan de voorwaarden voor uitbetaling moet immers zijn voldaan.

**Terughoudendheid gepast;
Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall**

ProCall Factureerdiensten B.V. (hierna: ProCall) verzorgde voor de Coöperatie Vrijgevestigde Geneeskundigen Beatrixziekenhuis B.A. (hierna: de Coöperatie) de debiteurenadministratie en het incasso. Hiertoe had ProCall een bankrekening geopend op haar naam met vermelding 'inzake de Coöperatie'. ProCall verzond facturen aan patiënten van de Coöperatie. Op deze facturen stond vermeld 'Coöperatie Vrijgevestigde Geneeskundigen Beatrixziekenhuis' p/a ProCall Factureerdiensten B.V. Op de bankrekening zijn uitsluitend girale betalingen van de patiënten van de Coöperatie ontvangen. ProCall is op 10 december 1997 in staat van faillissement verklaard.

In het arrest *Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall* stond de vraag centraal of het saldo van de op naam van ProCall staande rekening al dan niet tot de failliete boedel van ProCall behoorde, oftewel of er sprake was van een kwaliteitsrekening met als gevolg dat het saldo een van de failliete boedel van ProCall afgescheiden vermogen vormde.

De rechtbank oordeelde dat het saldo van de rekening van ProCall niet in de failliete boedel van ProCall viel, aangezien de rekening op naam van ProCall als een kwaliteitsrekening moest worden gekwalificeerd. Deze rekening voldeed, volgens de rechtbank, aan de vereisten genoemd in het *Slis-Stroomarrest*, de rekening stond op naam van ProCall, met vermelding van haar hoedanigheid van opdrachtnemer van de Coöperatie. De rechtbank oordeelde dat er geen reden was de rechtsfiguur van de kwaliteitsrekening slechts toe te laten ten aanzien van gelden van een op zichzelf staande transactie, noch om

deze slechts toe te staan voor transacties waarbij derden als notarissen of advocaten betrokken zijn.

De Hoge Raad oordeelde echter anders. De Hoge Raad kwalificeert de rekening op naam van ProCall inzake de Coöperatie niet als een kwaliteitsrekening. De Hoge Raad overwoog dat het saldo van de op naam van ProCall staande rekening in de failliete boedel van ProCall valt en niet behoort tot het vermogen van de Coöperatie. In zijn onderbouwing van dit oordeel formuleerde de Hoge Raad als uitgangspunt dat bij een kwaliteitsrekening een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van artikel 3:276 BW. Dit artikel bepaalt dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt.

In het *Slis-Stroomarrest* is volgens de Hoge Raad voor een specifiek geval een uitzondering op dit uitgangspunt aanvaard. Deze uitzondering mag niet ruim worden uitgelegd,

'(...) maar met verdere uitbreiding daarvan dient terughoudendheid te worden betracht gezien de rechtszekerheid en de belangen van het financieeringsverkeer, die bij het voormelde uitgangspunt [art. 3:276 BW; JR] bij uitstek zijn betrokken.'

Ter ondersteuning verwijst de Hoge Raad naar hetgeen door de wetgever is opgemerkt over de toelaatbaarheid van uitzonderingen op artikel 3:277 lid 1 BW. Dit artikel formuleert het beginsel van *paritas creditorum* (schuldeisers komt ter zake van verhaal op het vermogen van hun schuldeiser een onderling gelijke rang toe). Terughoudendheid is gepast; er dienen, volgens de wetgever, goede gronden te zijn om dit beginsel te doorbreken. Een goede grond betrof, volgens de wetgever, de bescherming van het publiek. Deze bescherming houdt in dat het publiek erop vertrouwt en erop mag vertrouwen dat gelden die worden toevertrouwd aan personen die daar krachtens een wettelijke taak mee belast zijn, niet in het eigen vermogen van die personen vallen, maar door hen afgescheiden (van dit vermogen) worden gehouden. Daarnaast stelt de Hoge Raad dat de wetgever heeft aangegeven dat de betreffende materie (van de kwaliteitsrekening) vooralsnog niet voldoende kan worden overzien om tot een algemene regeling van de derdenrekening te komen.

Volgens de Hoge Raad bevinden advocaten en accountants zich in een vergelijkbare positie als notarissen en gerechtsdeurwaarders. Overeenkomstige toepassing van artikel 25 Wet op het notarisambt en artikel 19 Gerechts-

deurwaarderswet op door advocaten en accountants ten behoeve van derden ontvangen en aangehouden gelden is mogelijk. Aldus kunnen slechts bepaalde beroepsgroepen, waaronder in ieder geval notarissen, gerechtsdeurwaarders, advocaten en accountants, een kwaliteitsrekening openen.

De stichting derdengelden advocatuur

Advocaten zijn ingevolge Boekhoudverordening 1998 verplicht een stichting derdengelden op te richten en ter beschikking te hebben: de Stichting Derdengelden advocatuur. Het doel van deze stichting betreft het tijdelijke beheer van derdengelden ten behoeve van de rechthebbenden. De rechthebbenden zijn, volgens de Boekhoudverordening 1998, degenen voor wie de ontvangen derdengelden zijn bestemd. De rekening waarop de derdengelden worden ontvangen, staat op naam van de stichting.

Krachtens de Boekhoudverordening 1998 is de advocaat verplicht, zodra hij derdengelden onder zich heeft verkregen, deze gelden direct ofwel naar de rechthebbende(n) ofwel naar de rekening die wordt beheerd door de stichting derdengelden, over te maken. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het krachtens de Boekhoudverordening 1998 niet mogelijk is dat een advocaat een (aparte) kwaliteitsrekening opent, ook al voldoet een dergelijke rekening aan de door de Hoge Raad daaraan gestelde vereisten.

De escrow-rekening

In de overnamepraktijk sluiten partijen tot zekerheid van betaling van een bepaald bedrag veelal een (zogenoemde) escrow-overeenkomst. In deze overeenkomst spreken partijen af een bepaald bedrag op een bankrekening, de escrow-rekening, te storten. De escrow-rekening wordt beheerd door een tussenpersoon, de escrow-agent, met als doel het verrichten van betalingen in overeenstemming met de bepalingen in de escrow-overeenkomst.

Heeft het arrest Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall gevolgen voor de wijze waarop partijen een escrow-rekening dienen te openen? Uitgangspunt is (ook bij de escrow-rekening) dat de rekeninghouder op wiens naam de rekening staat, de rechthebbende is op het saldo van de escrow-rekening. Indien de escrow-rekening op naam van de escrow-agent staat, is de escrow-agent rechthebbende op de vordering op de bank. In geval van een faillissement van de escrow-agent valt dit saldo in diens failliete boedel.

Naar aanleiding van het Slis-Stroomarrest en het arrest Koren q.q./Tekstra q.q. zijn er in de literatuur twee technieken ontwikkeld om te voorkomen dat de aan de escrow-agent toevertrouwde gelden niet in diens failliete boedel vallen (R.I.V.F. Bertrams, *De escrow-overeenkomst als zekerheids- en beheersinstrument voor geldstroming*, Deventer 2002). Kort gezegd houden de twee technieken het volgende in.

De eerste techniek houdt in dat niet de escrow-agent, maar de belanghebbenden (de partijen ten behoeve van wie de escrow-rekening is geopend) de rechthebbenden zijn op het saldo van de escrow-rekening (de escrow-rekening staat op naam van de escrow-agent). Deze techniek volgt het stramien van artikel 25 Wet op het notarisambt en artikel 19 Gerechtsdeurwaarderswet (de rekeninghouder is niet de rechthebbende op het saldo van de generale kwaliteitsrekening). De escrow-agent treedt als middellijk vertegenwoordiger namens de belanghebbenden op krachtens een privaatieve lastgeving. De escrow-agent handelt in eigen naam, maar voor rekening van de belanghebbenden.

De tweede techniek houdt in dat de escrow-agent op wiens naam de escrow-rekening is geopend, rechthebbende is op de vordering op de bank, maar dat deze vordering is afgescheiden van het overige vermogen van de escrow-agent. Deze techniek volgt het Slis-Stroomarrest, daarbij aannemende dat dit arrest een grondslag biedt voor het openen van een bijzondere kwaliteitsrekening door andere personen dan een notaris (Bertrams, a.w.).

Aangenomen wordt dat de escrow-rekening voldoet aan de kenmerken van een kwaliteitsrekening zoals door de Hoge Raad is omschreven in het Slis-Stroomarrest (op naam van een tussenpersoon met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betreffende partijen). Naar aanleiding van het arrest Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall rijst de vraag wat de gevolgen zijn indien partijen een escrow-rekening openen op naam van de escrow-agent, niet zijnde een notaris, gerechtsdeurwaarder, advocaat of accountant. Valt het saldo op deze escrow-rekening in de failliete boedel van de escrow-agent, i.e. zijn de belanghebbenden nog wel de rechthebbenden op het saldo van de escrow-rekening op naam van de escrow-agent, niet zijnde een notaris, gerechtsdeurwaarder, advocaat of accountant?

Naar aanleiding van het arrest Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall kan worden gesteld dat een escrow-rekening die niet op naam staat van een van de voormelde

beroepsgroepen, geen kwaliteitsrekening is zoals door de Hoge Raad geformuleerd in de arresten Slis-Stroom, Koren q.q./Tekstra q.q. en Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall. Hetgeen tot gevolg heeft dat, in geval van een faillissement van de escrow-agent, het saldo van de escrow-rekening in de failliete boedel van de escrow-agent valt. Om dit te voorkomen verdient het de voorkeur de escrow-rekening op naam van de belanghebbenden te openen.

Dit artikel uit *Vennootschap & Onderneming* is gepubliceerd door **Conclusie** en is bedoeld voor anonieme bezoekers

Als gevolg van het Slis-Stroomarrest bestaat in de literatuur een tweedeling over de vraag of het bepaalde door de Hoge Raad in dit arrest een grondslag biedt voor de aanvaarding van een bijzondere of algemene kwaliteitsrekening op naam van andere personen.

In de vele recent verschenen artikelen naar aanleiding van het arrest Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall wordt door de meerderheid van die schrijvers geconcludeerd dat de Hoge Raad in dit arrest slechts toepassing van de kwaliteitsrekening aanvaardt voor bepaalde beroepsgroepen, waaronder in ieder geval notarissen, gerechtsdeurwaarders, advocaten en accountants. In alle overige gevallen behoort het tegoed op een bankrekening die op eigen naam ten behoeve van derden wordt aangehouden, tot het vermogen van de rekeninghouder en vormt dit tegoed niet een van het vermogen van de rekeninghouder afgescheiden vermogen. Dit geldt (waarschijnlijk) ook voor een door partijen geopende escrow-rekening die staat op naam van de escrow-agent, niet zijnde een notaris, gerechtsdeurwaarder, advocaat of accountant.

Het verdient aanbeveling dat de wetgever de onzekerheden met betrekking tot (het openen van) een kwaliteitsrekening door andere personen dan de voormelde beroepsgroepen wegneemt door een algemene regeling in het Burgerlijk Wetboek op te nemen, het liefst eerder dan 2005.

*Mr. J.O. Rodenburg
NautaDutilh N.V.*