



A.H. (André) van Huffelen

Senior notarisklerk vastgoed bij NautaDutilh N.V. in Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift

DEPOT BIJ DE NOTARIS¹

Introductie

Regelmatig komt het voor dat partijen een bedrag bij de notaris in depot willen storten. Dat kan om uiteenlopende redenen gewenst zijn. Depots (van geldbedragen) onder de notaris willen nogal eens aanleiding geven tot discussies en problemen.² Het lijkt mij dan ook zinvol om aandacht aan dit onderwerp te geven.³ In dit artikel ga ik allereerst na of de notaris aan een depot mag meewerken (1), omschrijf ik vervolgens wat een depotovereenkomst moet inhouden (2), bespreek ik wat jurisprudentie (3), noem ik een aantal praktische aandachtspunten (4) en sluit af met een samenvatting en conclusie (5).

1. Mag de notaris gelden in depot nemen?

Het antwoord op deze vraag luidt, als zo vaak: Dat hangt er maar vanaf. Dit heeft alles te maken met art. 25 Wna. Lid 1 van dit artikel begint met de volgende zinnen:

1. *De notaris is verplicht bij een financiële onderneming die ingevolge de Wet op het financieel toezicht in Nederland het bedrijf van bank mag uitoefenen 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 ten behoeve van derden worden toevertrouwd, moeten op die rekening worden gestort. (...).*

Wanneer is nu sprake van het onder zich nemen 'in verband met zijn werkzaamheden'? Dat is een interessante vraag. Als notariële bemoeienis is vereist, zoals bijvoorbeeld bij de overdracht van een registergoed of van aandelen, is dat wel duidelijk. Het geldverkeer loopt immers (vrijwel altijd) via de notaris. Waaijer is van mening dat het gebod van art. 25 lid 1 Wna ruim moet worden uitgelegd.⁴

Wordt de notaris echter gevraagd mee te werken aan het stallen van gelden zonder meer, dan is dat niet toegestaan. Datzelfde geldt als partijen gelden via de rekening van de notaris willen laten lopen, zonder dat de notaris bij een transactie betrokken is. Dat is evenmin geoorloofd. Sterker, dan is sprake van oneigenlijk en mogelijk onrechtmatig gebruik van de derdengeldenrekening. Het adagium is ten slotte: 'De notaris is geen bank'.⁵ Uitdrukkelijk is dit opge-

nomen in de Parlementaire toelichting op de Wijziging van de Wet op het notarisambt, Stb. 2011, 557 (wetsvoorstel 32 700, 'Informatieplicht derdengeldrekening notariaat'), nr. 3, p. 2. Daarin komt het volgende voor:

De bijzondere rekening staat ten dienste van notariële werkzaamheden die worden verricht. Indien de dienstverlening door de notaris daarentegen uitsluitend bestaat uit het gebruik van de bijzondere rekening als zodanig of daar in hoofdzaak op is gericht, is er sprake van oneigenlijk en onrechtmatig gebruik van de bijzondere rekening.

Nu komt het voor dat notarissen hun cliënten toch ter wille willen zijn, ook al is dat op grond van de hiervoor bedoelde richtlijnen niet toegestaan. Het opstellen van een (notariële) depotakte wordt in het algemeen als onvoldoende beschouwd. De notaris fungeert dan in feite toch slechts als *escrow agent*. Van echte inhoudelijke bemoeienis is geen sprake.⁶

1 Reeds langere tijd was het mijn voornemen een artikel te schrijven over dit onderwerp. Inmiddels verscheen in het Notariaat Magazine een kort maar krachtig artikel met diverse jurisprudentie verwijzingen over dit onderwerp (Madeleine Hillen, 'Het depot onder de notaris', Notariaat Magazine editie 6, juli/augustus 2015, p. 28, 29. Ik adviseer geïnteresseerden met nadruk dit overzichtelijke artikel te lezen en voor de praktijk 'bij de hand te houden'. Niettemin heb ik toch besloten dit artikel te publiceren. Ik kies voor een wat andere opzet en bespreek ook enkele andere, meer praktische aspecten. Verder voel ik mij – ook – in dezen verwant met de apostel Paulus, die aan de Filippenzen schreef: 'Dezelfde dingen aan u te schrijven is mij niet onaangenaam en het geeft u zekerheid' (Filip. 3:1b HSV).

2 Marijke van Leeuwen schreef op 7 mei 2013 een blog onder de veelzeggende titel 'Depotperikelen bij een vastgoedtransactie' (www.pelsrijcken.nl/gebiedsontwikkeling) naar aanleiding van Rechtbank Amsterdam 19 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ6316, waarover meer in paragraaf 3.

3 Het in de nieuwbouwpraktijk bekende 5%-depot (art. 7:768 BW) laat ik in dit artikel buiten beschouwing, hoewel ook dat een interessant onderwerp blijft. Zie recent bijvoorbeeld nog ECLI:NL:RBROT:2015:7179, besproken in Notamail 12 oktober 2015/260.

4 Melis/Waaijer, De Notariswet, achtste druk 2012, p. 354.

5 Notariaat Magazine 2015-6.

6 Notariaat Magazine 2015-6.

Wat ook wel gebeurt, is dat de notaris heel creatief een 'titel' gaat construeren om toch aan de richtlijnen te voldoen en zodoende een gelddepot te kunnen faciliteren. Hillen laat hier terecht een waarschuwing tegen horen: *'U begeeft zich dan op glad ijs als het gaat om een transactie die u niet kunt overzien of waarbij u niet zelf kunt vaststellen of aan de voorwaarden voor uitkering van het depot is voldaan'*.⁷ Waarvan akte! Het is op zich prijzenswaardig dat notarissen constructief met hun cliënten meedenken, maar waakzaamheid is geboden. Voordat je het weet, zit je als notaris zelf met de 'gebakken peren'. Al te zeer 'meeveren' met de cliënt heeft al heel wat notarissen in een lastig parket gebracht.⁸

Een voorbeeld van een situatie – uit de praktijk van alledag – waarin een depot van gelden onder de notaris zinvol en toegestaan is, is het volgende. Stel dat een verkoper en een koper een koopovereenkomst hebben gesloten met betrekking tot een pand. Bij de koop is afgesproken dat de verkoper nog een aantal zaken zal regelen, bijv. het weghalen of repareren van bepaalde zaken. Bij de inspectie kort vóór de overdracht constateert de koper dat verkoper nog niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan.⁹ Omdat partijen het transport niet willen uitstellen, kiezen zij er voor om een bepaald bedrag bij de notaris in depot te laten staan. Zodra verkoper alsnog aan zijn verplichtingen heeft voldaan, zal de notaris het depot aan hem uitkeren.¹⁰

2. De depotakte

Als een notaris ervan overtuigd is dat hij gelden in depot kan nemen, is het een vereiste om een adequate depotakte¹¹ op te stellen.¹² Dat lijkt volstrekt logisch. Het is immers van groot belang dat betrokken partijen en de notaris exact weten wat de 'spelregels' van het depot zijn, wanneer kan/moet worden uitgekeerd etc. Discus-

sies en misverstanden liggen op de loer. Je zou dan ook verwachten dat dit altijd gebeurt. Toch is dit niet waar. Het komt nog steeds voor dat een depot wordt aangehouden zonder duidelijke schriftelijke afspraken. Bijvoorbeeld in de situatie dat op het laatste moment – aan de passeertafel – nog snel een depot wordt overeengekomen. Ook in die situatie, bij voorkeur vóór het passeren, moet echter een depotovereenkomst worden opgesteld.

Het komt ook voor dat partijen wel een depot bij de notaris willen aanhouden, maar het niet nodig vinden een depotovereenkomst op te (laten) stellen. Vaak is dat een kostenkwesie. De tuchtrechter heeft daar – naar mijn mening terecht – korte metten mee gemaakt. Ook tegen de wil van partijen moet een notaris een depotakte opstellen.¹³ De notaris heeft met deze uitspraak meteen een afdoende argument in handen om bij 'onwilligen' niet aan een depotregeling mee te werken.

Wat zijn nu de onderwerpen die in een depotakte aan de orde moeten (of kunnen) komen? Ik grijp even terug op het aan het slot van paragraaf 1 gegeven voorbeeld. Als eerste moet uiteraard worden vermeld wie de partijen bij de akte zijn: dat zijn de partijen tussen wie het 'geschil' speelt, maar ook de notaris zelf.¹⁴ Hij zal op enig moment immers moeten overgaan tot uitkering van het depot, hetzij aan de verkoper, hetzij aan de koper en misschien wel in gedeelten aan beide partijen.

Daarnaast dient het geschil te worden benoemd – de 'titel' van het depot om zo te zeggen – en verder adviseer ik de verplichtingen/actiepunten duidelijk te omschrijven waaraan – in genoemd voorbeeld – de verkoper moet voldoen wil het depot kunnen worden uitgekeerd.

Verder is uiteraard een essentieel onderdeel van een depotovereenkomst een heldere regeling wanneer het depot door de notaris mag worden uitgekeerd. Vanzelfsprekend is dat het geval wanneer de nog resterende verplichtingen correct zijn nagekomen en partijen de notaris ondubbelzinnig en gelijkkluidend schriftelijk instrueren dat tot uitkering mag worden overgegaan en aan wie. Ook bij een rechterlijke uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan of uitvoerbaar bij voorraad is verklaard kan tot uitbetaling worden overgegaan. Het is zinvol om als veiligheidsklep in te bouwen dat het uitsluitend ter beoordeling van de notaris is of schriftelijke opdrachten en dergelijke duidelijk genoeg zijn. Ook mag een bepaling over de door de notaris te berekenen administratie- en beheerskosten niet ontbreken. Ten slotte is een bepaling met betrekking tot over het depot te vergoeden rente relevant.

3. Jurisprudentie

Het is opmerkelijk hoeveel rechtszaken worden gevoerd over een depot bij de notaris. Het gaat daarbij zowel om civielrechtelijke zaken als tuchtuitspraken. Er gaat in de praktijk blijkbaar nogal eens wat mis. Hillen geeft in haar artikel een uitgebreide opsomming van relevante jurisprudentie.¹⁵ Ik wil daar nog enkele zaken aan toevoegen.

7 Notariaat Magazine 2015-6.

8 Ik hoorde eens iemand zeggen: Dan ben je niet klantgericht, maar klantgezwicht.

9 Een variant is dat partijen verschillen van mening over de wijze waarop aan de verplichtingen is voldaan.

10 Voor de juridische implicaties van een depot verwijs ik naar paragraaf 2 van het artikel van Hillen in Notariaat Magazine 2015-6 (HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371).

11 In de meer internationaal georiënteerde praktijk vaak aangeduid met escrow agreement.

12 Wat ook wel gebeurt, is dat de depotafspraken in de leveringsakte worden opgenomen.

13 Kamer voor het notariaat in Amsterdam 18 november 2014 (TNORAMS:2014:36), besproken in Notamail 16 december 2014/317. De betreffende notaris kreeg de maatregel van waarschuwing opgelegd, nu de kamer tot het oordeel kwam dat hij zijn zorgplicht had geschonden.

14 Ook wanneer de depotafspraken in de leveringsakte worden opgenomen, is er sprake van een driepartijenovereenkomst.

15 Notariaat Magazine 2015-6. Zie ook 'Problemen met uitbetaling depotgelden', Notariaat Magazine 2005-8, p. 26, 27 en 'Perikelen omtrent (het achterwege blijven van) de depotovereenkomst' (rubriek Tuchtuitspraken), Notariaat Magazine 2010-9, p. 40.

De Kamer voor het notariaat in Amsterdam kreeg een klacht te behandelen, die een koper van een appartement had ingediend tegen de behandelend notaris naar aanleiding van een door de notaris verrichte uitbetaling van het depot. De verkoper in kwestie diende binnen een bepaalde termijn een balkonhekje te herstellen. De herstelwerkzaamheden vonden weliswaar plaats, maar niet binnen de vastgestelde termijn. Voor dat geval bepaalde de depotovereenkomst dat het depotbedrag, behoudens onvoorziene omstandigheden en op grond van redelijkheid en billijkheid, op verzoek van koper zou worden uitgekeerd aan koper. Gezien deze bepaling stond het de notaris niet vrij om het depot op een andere wijze uit te keren zonder daartoe strekkende eensluitende opdracht van verkoper en koper. Nu hij dit toch had gedaan, heeft hij zijn zorgplicht jegens partijen bij de depotovereenkomst geschonden. De notaris voerde nog aan dat hem een zekere beoordelingsvrijheid toekwam ten aanzien van de uitleg van de bepalingen van de depotovereenkomst. De kamer ging daar niet in mee. In de depotovereenkomst was namelijk niet bepaald dat partijen de notaris belastten met het oordeel of het depot op grond van redelijkheid niet (geheel) aan koper moest worden uitgekeerd als overigens aan de voorwaarden voor uitkering aan koper was voldaan. De klacht werd daarom gegrond verklaard.¹⁶

Een ander geval betrof de situatie dat twee partijen met elkaar een planschadeovereenkomst sloten. Onderdeel daarvan was dat de partij met de bouwplannen aan de ander een schadevergoeding zou betalen, zodra er een onaantastbare bouwvergunning was verleend. Het overeengekomen schadebedrag werd bij de notaris in depot gestort. Op enig moment is de bouwvergunning onherroepelijk, waarna de gerechtigde tot de schadevergoeding de notaris verzoekt tot uitkering over te gaan. Direct daarna gaat de andere partij failliet, waarop de curator het depot opeist met de motivatie dat het depotbedrag in de failliete boedel valt. De gerechtigde is van mening dat de notaris het depotbedrag aan hem moet uitkeren. De notaris gaat niet tot uitkering over. De rechtbank komt tot het oordeel dat er tussen de notaris en de eiser geen (depot)overeenkomst tot stand is gekomen.¹⁷ Ook is er geen sprake van een derdenbeding op grond waarvan de eiser nakoming van de notaris kan vorderen.¹⁸ Indien was geoordeeld dat wel sprake was van een depotovereenkomst, had de curator naar mijn mening geen recht van spreken gehad. In dat geval was de voorwaardelijke vordering van de gerechtigde op de notaris (en niet op de failliete boedel) door de vervulling van de voorwaarde immers onvoorwaardelijk geworden.

Rechtbank Arnhem moest zich buigen over een zaak waarbij een notaris per abuis het hele bedrag aan de ene partij uitkeerde, terwijl ongeveer de helft daarvan aan de andere partij had moeten worden betaald. Nu partijen beiden een voorwaardelijk recht op uitkering jegens de notaris hadden¹⁹, was de conclusie dat aan de ontvanger onverschuldigd was betaald. Het bedrag moest dan ook (in zijn geheel) worden teruggestort.²⁰

Een interessant geval betrof Rechtbank Den Haag, hoewel daar het handelen van de notaris niet centraal stond. Partijen liggen ernstig met elkaar in de clinch over uitkering van het depot, waarbij door de ene partij conservatoir beslag onder de notaris wordt gelegd. In deze zaak was in ieder geval sprake van een adequate depotovereenkomst.²¹

Gaat (het recht op) een depot over op een volgende koper? Over deze boeiende vraag moest Rechtbank Amsterdam oordelen. In dit geval vochten drie honden om het been: de verkoper, de eerste koper en de tweede koper. De notaris weigert tot uitbetaling over te gaan met een beroep op art. 6:37 BW. Diverse vragen komen aan de orde: is de tweede koper in de plaats getreden van zijn rechtsvoorganger, de eerste koper? Zijn de rechten van de eerste koper op de tweede overgegaan? Kan het recht op het depot worden gezien als een kwalitatief recht (art. 6:251 BW)? Hoe zit het met verjaring? Etc. De algemene overwegingen en de specifieke beoordeling van de rechter zijn bijzonder interessant. Essentie van de uitspraak was in ieder geval dat de rechten op het depot niet waren overgegaan op de tweede koper, terwijl de notaris werd veroordeeld het depot uit te betalen aan de verkoper.²²

4. Praktische aandachtspunten

Naar aanleiding van het artikel van Hillen in Notariaat Magazine 2015-6 en het vorenstaande zet ik een aantal praktische aandachtspunten op een rij.

1. Wanneer een notaris wordt gevraagd een depot aan te houden, moet hij beoordelen of hij daartoe gerechtigd is. De notaris is geen bank.
2. Bij een depot dient vrijwel²³ altijd een depotovereenkomst te worden opgesteld, waarbij zowel de betrokken partijen als de notaris partij zijn (driepartijenovereenkomst) en waarin alle relevante zaken helder en ondubbelzinnig worden vastgelegd. 'Geen tijd' is geen excuus, evenmin als het feit dat partijen

16 Kamer voor het notariaat in Amsterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:TNORAMS:2015:19.

17 Ik ken de details van de zaak niet, maar ik vraag mij af of deze zaak zich – zeker naar de huidige maatstaven – wel leende voor een depot bij de notaris op grond van de in paragraaf 1 besproken criteria. Daarnaast is er geen sprake van een (volwaardige) depotovereenkomst.

18 Rechtbank Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ6464.

19 HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371, ECLI:NL:HR:2001:AA9441.

20 Rechtbank Arnhem 16 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK9799.

21 Rechtbank 's-Gravenhage 5 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5996.

22 Rechtbank Amsterdam 19 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ316.

23 Zie voor een uitzondering Hof Amsterdam 6 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:CA2568, waar sprake was van een depot op verzoek van een boedelgevolmachtigde in een nalatenschap.

het niet nodig vinden om een depotovereenkomst op te stellen.

3. Door het depot krijgen partijen een voorwaardelijk recht op uitkering van het depotbedrag jegens de notaris.
4. Bij een depot geldt een zorgplicht van de notaris. Een actieve houding en zorgvuldige communicatie zijn vereist.
5. De notaris moet zorgvuldig afwegen of hij anderen wel of niet moet/mag informeren over (uitkering van) het depot.
6. Ten aanzien van het uitbetalen van een depot heeft de notaris een zelfstandige onderzoeks- en controleplicht. Voortvarend handelen is geboden.
7. De notaris moet erop toezien dat een depot zich niet 'ten eeuwigen dage' voortsleept.²⁴ Het opnemen van een eindtermijn en het toekennen aan de notaris van een bepaalde beslissingsbevoegdheid kunnen hierbij van dienst zijn.
8. Als de notaris onverhoopt een depotbedrag of een gedeelte abusievelijk aan de verkeerde partij uitkeert, heeft een terugvorderingsactie met een beroep op onverschuldigde betaling zeker kans van slagen.

5. Samenvatting en conclusie

Depots van gelden onder de notaris zijn vaak een bron van moeilijkheden, misverstanden en discussies. De talrijke rechts- en tuchtzaken bewijzen dit. De notaris moet er alles aan doen om prudent met een depot om te gaan en daarbij als een professionele beroepsoefenaar handelen. Hij moet daarbij een actieve houding aan de dag leggen. Ook bij een depot heeft een notaris ten opzichte van zijn opdrachtgevers een (zwaarwegende) zorgplicht.

In dit artikel heb ik een aantal zaken de revue laten passeren, mede aan de hand van jurisprudentie op dit vlak. Cruciaal is een duidelijke depotovereenkomst. 'Zonder depotovereenkomst geen depot', is het adagium. Het is mijn overtuiging dat een depot bij de notaris beslist niet altijd tot problemen hoeft te leiden. Wel moet de notaris steeds alert zijn en zijn voordeel doen met ervaringen en rechterlijke uitspraken uit het verleden. In die zin bieden de in het verleden begane missers mogelijk een garantie voor de toekomst. De in paragraaf 4 geformuleerde aandachtspunten kunnen daarbij een hulpmiddel zijn.

²⁴ Je verbaast je erover hoe lang een depot soms voortduurt. Soms jarenlang, zonder dat er iets gebeurt. Partijen zitten dan blijkbaar niet om het geld verlegen en ook de notaris vindt het wel best. In de laatste in paragraaf 3 besproken zaak (noot 21) stonden de gelden maar liefst 12 jaar in depot.