

## Zekerheid in de vorm van depot.

Door: Mr. Ariën Nielsen<sup>1</sup>

**Een van de garantiemethoden die tegenwoordig gebruikt worden bij anterieure overeenkomsten is het deponeren van geld bij een notaris. Nog niet zo'n gek idee, want een bankgarantie wordt door de bank als uitgegeven geld, en dus als een lening beschouwd. Met de huidige lage rentestand is het deponeren van geld op een afzonderlijke rekening dan ook goedkoper. Gaat het om een wezenlijke periode, dan zal de notaris het geld ook nog op een rekening zetten die rente oplevert. Hoe werkt dit eigenlijk precies?**

### *Inleiding*

In mijn artikel 'De financiële en juridische betrouwbaarheid van rechtspersonen'<sup>2</sup> kwamen enkele privaatrechtelijke zekerheden aan de orde. Dat betrof de bankgarantie, de concerngarantie en de hypothecaire zekerheid. Voor degene die gewend is om met kostenverhaal te werken zijn dat bekende vormen, die in tijden van economische malaise zo hun eigen problematiek kennen.

Er is nog een vierde methode die in de huidige tijd goed kan worden gebruikt, namelijk het depot bij de notaris. Die is toepasbaar als het geld beschikbaar is, maar degene die het moet betalen dat voorlopig alleen nog als zekerheid wil inzetten. Bijvoorbeeld omdat de wederpartij ook de nodige verplichtingen moet nakomen.

Er zitten de nodige aspecten aan depot, die echter niet algemeen bekend zijn. Het lijkt dus goed om enkele aspecten van een depotstelling eens nader te belichten. In het onderstaande artikel zal ik iets toelichten over de zekerheden die door het depot worden gedekt, de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid van de notaris, uitleg over de derdengeldenrekening waarover elke notaris standaard beschikt, wat er gebeurt bij faillissement van de depotverstrekker, de begunstigde of de notaris en tenslotte over eventuele rentevergoeding over het depot.

### *Wanneer en waarom?*

Er wordt veelal gebruik gemaakt van het deponeren van geld bij een notaris als een van partijen of beide partijen de garantie noodzakelijk achten dat er op het juiste tijdstip en onder de juiste omstandigheden betaald wordt. Omdat bankgaranties moeilijk te verkrijgen zijn en geld kosten, is in die situaties waarin het geld beschikbaar is of elders kan worden verkregen, een depot een veilige en zekere oplossing. Op het ogenblik zijn depots betrekkelijk gebruikelijk bij koop-aannemingsovereenkomsten. Dergelijke depots zijn mogelijk omdat er veelal al hypothecaire zekerheid door de afnemer is verkregen of deze geld beschikbaar heeft. Beide partijen zijn met het depot gediend. De aannemer wil de zekerheid dat er door de koper van de woning op de afgesproken tijdstippen betaald wordt. Dat zijn de bekende stappen in het koop-aannemingsproces: meestal aankoop grond, gereedkomen fundering, gereedkomen eerste verdieping, water- en winddicht, eerste oplevering en uiteindelijk de definitieve oplevering. Soms worden er gedetailleerdere stappen afgesproken. Het geld wordt bij de notaris gedeponerd, de notaris betaalt uit nadat hij de depotgever te kennen heeft gegeven akkoord te gaan met de overboeking van (een gedeelte van) de in depot gestelde gelden. In het geval van een depotstelling bij een koop-/aannemingsovereenkomst van een nieuwbouw woning wordt het betalingsschema van de koop-/aannemingsovereenkomst hierbij aangehouden.

De koper van de woning wil de zekerheid dat de aannemer aan zijn verplichtingen heeft voldaan. De depotstelling vervult op deze manier een waarborgfunctie. Een stok achter de deur voor degene, die tot het leveren van de tegenprestatie gehouden is.

Dergelijke zekerheidstellingen lenen zich bij uitstek voor de afwikkeling van transacties tussen ontwikkelaars en beleggers en tussen aannemers en projectontwikkelaars.

Tegenwoordig komt het systeem ook voor in het kader van de door artikel 6.17 Wro vereiste zekerheidstelling in anterieure overeenkomsten. In het kostenverhaal derhalve, tussen gemeente en de eigenaar van de grond, de zelfrealisator, meestal een projectontwikkelaar. Dat komt omdat depot eenvoudig goedkoper is dan een bankgarantie. Vooral in situaties waarin de ontwikkelaar over eigen geld beschikt of dat kan verkrijgen van particuliere investeerder wordt dit toegepast.

### *Hoe werkt het?*

#### *Derdengeldenrekening*

Een notaris die een bedrag in depot moet houden, zal moeten zorgen dat het geld niet wordt vermengd met het vermogen van zijn notariaat of zijn privévermogen. Op grond van het bepaalde in artikel 25 van de Wet op het Notarisambt (WNA) is iedere notaris verplicht een speciale bankrekening aan te houden, die uitsluitend bestemd is voor gelden, die de notaris in verband met zijn werkzaamheden onder zich neemt. Deze bankrekening wordt "derdengelden rekening" genoemd. Gerechtigden tot het saldo zijn de

<sup>1</sup> Notaris bij Broekema Nielsen notarissen te groningen.

<sup>2</sup> Zie Grondzaken in de Praktijk van februari 2013, blz. 16.

gezamenlijke gerechtigden ("de derden"). De notaris is op grond van het bepaalde in artikel 25 lid 2 van de WNA "bij uitsluiting bevoegd" tot het beheer en beschikking over de derdengeldenrekening.

De derdengeldenrekening valt dus niet onder het vermogen van de notaris. Omdat hij geen rechthebbende is op het saldo van de derdengeldenrekening valt het betreffende saldo op deze bankrekening niet in een faillissement van de notaris. Notarissen staan onder toezicht van het Bureau Financieel Toezicht. Dit toezicht is –uiteraard- zeer streng. Kwamen in het verleden notarissen, die tegen de regelgeving beschikten over het saldo van de derdengelden, er nog wel eens vanaf met een waarschuwing van de toezichthouder, tegenwoordig gaat bij dergelijke vergrijpen de zender onverbiddelijk "op zwart". Het vertrouwen in het notariaat dient buiten elke twijfel verheven te zijn.

De regelgeving omtrent het beheer en beschikking over de derdengeldenrekening is in artikel 25 WNA opgenomen. Het artikel bevat ook een gedetailleerde regeling terzake van de door een bank te vergoeden rente.

#### Depotovereenkomst

Over het vergoeden van rente, alsook over de kosten van het beheer en beschikken over bij de notaris in depot gestelde gelden, worden in de betreffende depotovereenkomst afspraken vastgelegd.

Sommige depots blijven te lang staan. Dat heeft ook negatieve aspecten. Bij de afwikkeling van de 5% regeling bij nieuwbouwprojecten, doen zich in sommige gevallen conflicten voor, die maar niet tot een oplossing komen. Dergelijke depots dienen weliswaar als stok achter de deur om een aannemer aan te sporen om zijn werk goed af te leveren. Soms duurt herstel of reparatie aan de woning echter (te) lang, of wordt het werk door de betreffende aannemer zelfs helemaal niet meer uitgevoerd. Een koper van een nieuwbouw woning is dan vaak niet bereid om het depot vrij te geven voor betaling aan de aannemer. Op de uitbetaling (en het opheffen van het depot) is de notaris aangewezen op de bereidheid van partijen om hun geschil voor te leggen aan een Raad van Arbitrage. Als notaris rest in dat geval niets anders dan lijdzaam afwachten. In de situatie dat de aannemer tussentijds failleert, zal de curator het depot opvragen. De wijze van afwikkeling is afhankelijk van de vraag of er een GIW garantie is en een derde de bouw overneemt. Met de curator zal dan ook de overname van het depot moeten worden geregeld. Gaat de opdrachtnemer niet akkoord, dan kan dat nog een heel juridisch steekspel opleveren. Het aanhouden van het depot kost de notaris overigens geen geld, maar het "vervuilt" de boekhouding.

#### Faillissement en intrekking

Depot is een stelsel waarbij de notaris het geld als houder onder zich heeft en over een volmacht beschikt om het uit te betalen onder bepaalde voorwaarden en omstandigheden aan een met name genoemde (rechts)persoon. Uiteraard wordt een en ander in een overeenkomst vastgelegd.

De artikelen 3:60 t/m 3:79 BW geven de wettelijke regeling voor volmacht. De volmacht die bij depot geldt behelst niet meer dan het geld als houder namens de opdrachtgever te houden en uit te betalen overeenkomstig het bepaalde in de depotovereenkomst. Artikel 3:72 sub a BW bepaalt dat de volmacht onder meer eindigt door het faillissement van de volmachtgever. Dat is dwingend recht en betekent dat in een dergelijk geval de curator in plaats van de depotsteller over het ter depot gegeven geld kan beschikken. Een curator zal vaak ook de mogelijkheid onderzoeken of hij de verplichtingen, die voortvloeien uit de aan de depotovereenkomst ten grondslag liggende overeenkomst dient na te komen. Ook kan de tekst van de depotovereenkomst een regeling bevatten over het faillissement van (één) van de partijen. Of de curator van de depotgever over de in depotgestelde gelden kan beschikken hangt dus in belangrijke mate af van de wijze waarop de depotovereenkomst is geredigeerd.

#### Conclusie

De mogelijkheid om de nakoming van afspraken tussen contractspartijen door middel van de derdengeldenrekening van notarissen te waarborgen, is een snelle en objectieve manier om partijen zekerheid omtrent de nakoming van verplichtingen te bieden.

De derdengeldenrekening is een in de Wet op het Notarisambt gebaseerde bankrekening. Het beheer en beschikken over de derdengeldenrekening is gedetailleerd in de wet omschreven en is onderhevig aan streng toezicht van het Bureau Financieel Toezicht.

De notaris vervult bij het beheren van de depotovereenkomst een objectieve, neutrale en onafhankelijke positie tussen partijen, die hem in het rechtsverkeer is toegedicht.

Deze functie kan in de huidige (rechts-)praktijk een prima oplossing bieden.