

De wettelijke kwaliteitsrekening: een *tour d'horizon*

NTBR 2024/7

In 1999 is de notariële algemene kwaliteitsrekening ingevoerd en in 2001 volgde de algemene kwaliteitsrekening voor gerechtsdeurwaarders. Daarna is het lang stil gebleven op het terrein van 'kwaliteitsrekeningwetgeving'. Recent zijn voor aanbieders van onlinekansspelen en voor bepaalde typen financiële ondernemingen wettelijke kwaliteitsrekeningen geïntroduceerd. In dit artikel worden deze recente ontwikkelingen besproken en geanalyseerd en wordt de vraag besproken wat er nog valt te verwachten op het terrein van de wettelijke kwaliteitsrekening.

1. Inleiding

Ruim twintig jaar geleden is art. 25 Wet op het notarisambt (hierna: Wna) ingevoerd. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat de notaris verplicht is 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. Het vorderingsrecht dat voortvloeit uit deze bijzondere rekening behoort toe aan de gezamenlijke rechtshabbers.² Een paar jaar na de invoering van art. 25 Wna is voor gerechtsdeurwaarders eenzelfde regeling in het leven geroepen (art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet, hierna: Gdw). De minister heeft tijdens de parlementaire behandeling van deze wetten aangegeven de wettelijke algemene kwaliteitsrekening vooralsnog niet naar andere beroepsgroepen te willen uitbreiden en eerst ervaring te willen opdoen met deze "privaatrechtelijke noviteit".³ Lange tijd is het dan ook bij deze twee regelingen gebleven.

Recentelijk heeft de wetgever in twee verschillende wetten, voor twee verschillende sectoren, algemene kwaliteitsrekeningen geïntroduceerd: voor aanbieders van onlinekansspelen⁴ en voor bepaalde typen financiële ondernemingen.⁵ Deze recente ontwikkelingen zijn de aanleiding voor een *tour d'horizon* langs wetgeving en rechtspraak over de wettelijke kwaliteitsrekening. Voor een goed begrip van de materie, begin ik met een schets van de herkomst van de (wettelijke) kwaliteitsrekening en de invoering van art. 25

Wna en 19 Gdw (paragraaf 2). In paragraaf 3 bespreek ik de ontwikkelingen die nadien plaats hebben gevonden. Daarna komen de bovengenoemde recente ontwikkelingen aan bod (paragraaf 4). In paragraaf 5 maak ik de rekening op: wat is de huidige stand van zaken op het terrein van de wettelijke kwaliteitsrekening en wat valt er te verwachten?

2. Het Slis-Stroom-arrest en de invoering van de algemene notariële kwaliteitsrekening

De notariële kwaliteitsrekening vindt haar oorsprong in een arrest dat ruim veertig jaar geleden – dus vóór de invoering van art. 25 Wna – werd gewezen: het *Slis-Stroom*-arrest.⁶ Centraal in deze zaak staat notaris Slis-Stroom. Zij ontving een koopsom van f 3.125.000 op de gezamenlijke kantoorrekening van de maatschap, maar op het moment dat de koopprijs aan de verkoper moest worden overgemaakt, had zij f 3.000.000 van de kantoorrekening gehaald voor een ander doel. Daarna is notaris Slis-Stroom failliet verklaard. De vraag rees aan wie het restant (f 125.000) toekwam: viel dit resterende girale tegoed in de boedel en kwam het toe aan de gezamenlijke crediteuren van notaris Slis-Stroom, of kwam het toe aan de koper?

De Hoge Raad overwoog dat het niet strookt met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers (art. 3:277 BW) om in dit geval de koper boven andere schuldeisers te bevorderen:

"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 dit een geval als bovenomschreven de koper die de betaling van de koopprijs via de notaris laten lopen, boven de andere schuldeisers te beschermen."⁷

Hierop volgt de volgende overweging ten overvloede:

"Aan het voorgaande doet (...) niet af dat het, zoals het eerste middel betoogt, nimmer in de bedoeling van partijen zou hebben gelegen om de notaris 'bedoeld geldbedrag met eigen geld te laten vermengen'. 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 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."⁸

1 Citeerwijze: Y. Diamant, 'De wettelijke kwaliteitsrekening: een *tour d'horizon*', NTBR 2024/7, afl. 3. Prof. mr. Y. (Yael) Diamant is hoogleraar Financiële netwerken en Europees goederenrecht bij het Department of Private, Business & Labour Law aan Tilburg University en senior legal counsel bij De Nederlandsche Bank.

2 Art. 25 lid 3 Wna.

3 *Handelingen I* 1998/99, nr. 24 (23 maart 1999), p. 1056.

4 Zie de Wet van 20 februari 2019 tot wijziging van de Wet op de kansspelen, de Wet op de kansspelbelasting en enkele andere wetten in verband met het organiseren van kansspelen op afstand, *Stb.* 2019, 127.

5 Zie de Wet van 11 mei 2022, houdende wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet bekostiging financieel toezicht 2019 en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2022), *Stb.* 2022, 197.

6 HR 3 februari 1984, *NJ* 1984/752.

7 HR 3 februari 1984, *NJ* 1984/752, r.o. 3.2.

8 HR 3 februari 1984, *NJ* 1984/752, r.o. 3.2.

In dit *obiter dictum* erkent de Hoge Raad de mogelijkheid om een “bijzondere notariële kwaliteitsrekening, geopend voor één transactie”⁹ te openen. Dit is opmerkelijk, omdat de Hoge Raad in het arrest juist het primaat legt bij de *paritas creditorum* en een bijzondere notariële kwaliteitsrekening inbreuk maakt op dat beginsel. Toch is het begrijpelijk dat de Hoge Raad deze uitweg heeft geboden. Hiermee kon immers onmiddellijk herhaling van het debacle worden voorkomen en het ‘beschaamde vertrouwen’ worden herwonnen.

Naar aanleiding van het *Slis-Stroom*-arrest heeft de wetgever in 1999 de *algemene kwaliteitsrekening* voor notarissen ingevoerd (art. 25 Wna). Twee jaar later volgde de *algemene kwaliteitsrekening* voor gerechtsdeurwaarders (art. 19 Gdw). Uit de memorie van toelichting bij de Wna en Gdw blijkt dat de wetgever niet lichtvaardig tot de invoering ervan is overgegaan. De minister benadrukt dat een kwaliteitsrekening ertoe leidt dat derden een positie krijgen die hen bevoorrecht boven andere schuldeisers van de notaris resp. gerechtsdeurwaarder, bijvoorbeeld ten aanzien van schuldeisers ten opzichte van wie de notaris aansprakelijk is uit wanprestatie, onrechtmatige daad en onverschuldigde betaling. De minister licht toe dat er “goede gronden” dienen te bestaan om de *paritas creditorum* te doorbreken:

“Dat de onderhavige groep derden een separatistenpositie wordt toegekend, spreekt niet van zelf, verg. [het *Slis-Stroom*-arrest], rov 3.2, waar de nadruk wordt gelegd op de *paritas creditorum*. Om deze te doorbreken dienen er goede gronden te zijn. In dit geval kunnen die worden gezocht in de bescherming van het publiek dat erop mag vertrouwen en ook daadwerkelijk pleegt te vertrouwen dat de notaris wiens wettelijke taak in vele gevallen meebrengt dat hem door derden gelden worden toevertrouwd, deze gelden afgescheiden houdt van zijn eigen vermogen.”¹⁰

Tijdens de mondelinge behandeling van art. 25 Wna heeft de staatssecretaris aangegeven terughoudend te zijn met het introduceren van een algemene regeling van de kwaliteitsrekening in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en eerst in de praktijk ervaring te willen opdoen met deze “*privaatrechtelijke noviteit*”.¹¹ Het invoeren van een algemene regeling van de kwaliteitsrekening in het BW kan volgens de staatssecretaris bovendien “*op gespannen voet komen te staan met het zorgvuldig afgewogen en met waarborgen voor derden omklede stelsel van voorrechten en zakelijke zekerheden*”.¹²

Tijdens de parlementaire behandeling van de Gdw kondigde de toenmalige staatssecretaris een theoretische studie aan naar een algemeen vermogensrechtelijke regeling van de derdenrekening.¹³ Eind 2001 heeft de staatssecretaris verslag gedaan van zijn bevindingen over de wenselijkheid van een “*algemene vermogensrechtelijke regeling van de derdenrekening in Boek 3 BW*”.¹⁴ De belangrijkste conclusie is dat er op dat moment geen dringende noodzaak was voor een algemene regeling van de kwaliteitsrekening. Een algemene regeling van de kwaliteitsrekening in het BW is er, zoals bekend, tot op heden niet gekomen.

3. Intermezzo: het ProCall-arrest

Na het *Slis-Stroom*-arrest en de invoering van art. 25 Wna en art. 19 Gdw rees de vraag hoe het *obiter dictum* uit het *Slis-Stroom*-arrest geïnterpreteerd moest worden: bood deze overweging een grondslag voor de aanvaarding van een bijzondere of (zelfs) een algemene kwaliteitsrekening die door een ander wordt gehouden dan een notaris of gerechtsdeurwaarder? De literatuur was verdeeld over deze vraag.¹⁵ In 2003 moest de Hoge Raad zich in de zaak *Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall* buigen over de vraag of het saldo op dergelijke rekeningen in de boedel viel of niet.¹⁶ Kort samengevat ging het in deze zaak om het volgende.

ProCall inde facturen voor een maatschap werkzaam in het Beatrixziekenhuis (hierna: de Coöperatie) en hield de ginde bedragen als tussenpersoon op een rekening op haar naam met de toevoeging ‘inzake de Coöperatie Beatrix’. Vervolgens ging ProCall failliet. Zoals gezegd was de vraag of het saldo op de rekening op naam van ProCall tot de failliete boedel van ProCall behoorde of dat het bij die rekening ging om een kwaliteitsrekening, met als gevolg dat het saldo was afgescheiden van die boedel.¹⁷

De Hoge Raad bespreekt in r.o. 3.3.1 tot en met 3.3.3 eerst de ontwikkelingen op het terrein van de kwaliteitsrekening

9 Op deze manier omschrijft de Hoge Raad zelf deze kwaliteitsrekening in het arrest *Koren/Tekstra* (HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9441, r.o. 3.3).
 10 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 28 (notarissen) en *Kamerstukken II* 1998/99, 22 775, nr. 14, p. 36 (gerechtsdeurwaarders).
 11 *Handelingen I* 1998/99, nr. 24 (23 maart 1999), p. 1056.
 12 *Handelingen I* 1998/99, nr. 24 (23 maart 1999), p. 1057.

13 *Handelingen II* 1999/00, nr. 73, p. 4883 en 4891. Zie ook *Handelingen I* 1998/99, nr. 24, p. 1056 en *Kamerstukken II* 1997/98, 23 706, nr. 32, p. 31.
 14 *Kamerstukken II* 2001/02, 22 775 en 23 706, nr. 21.
 15 Zie bijv. 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(6303), p. 139, met verdere verwijzingen. Verschillende schrijvers merken dit aan als de heersende leer, zie bijv. A.N. Knol, ‘De kwaliteitsrekening en faillissement’, *WPNR* 1998(6322), p. 486 en Vranken, p. 81; zie ook A.J. Verdaas, ‘Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht! Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht’, *NTBR* 2010/47, randnr. 13, maar er zijn ook gezaghebbende auteurs die een andere mening zijn toegedaan: Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam, *Algemeen goederenrecht* 3-1 2001, nr. 479, p. 483; W. Snijders, ‘Overpeinzingen naar aanleiding van de bundel Inzake kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht’, *Tvl* 1999/7, p. 150 en R.P.J.L. Tjittes, ‘Verbintenrechtelijke en andere aspecten van de kwaliteitsrekening’, in: E. Dirix & R.D. Vriesendorp (red.), *Inzake kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 23. Vgl. ook *Handelingen I* 1998/99, nr. 24 (23 maart 1999), p. 1056: “Ik heb al deze argumenten niet zelf verzonnen. Ik wijs erop dat ze ook zijn aangevoerd door oud-regeringscommissaris Snijders, die zich op dit punt uitdrukkelijk heeft opgesteld tegenover Kortmann. Ik wil dan ook de stelling bestrijden dat iedereen het met Kortmann eens is.”
 16 HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413.
 17 HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413, r.o. 3.2.

van het *Slis-Stroom*-arrest tot de inwerkingtreding van art. 25 Wna en art. 19 Gdw (zie paragraaf 2) en benadrukt daarbij het belang dat de wetgever hecht aan het in art. 3:276 BW verankerde uitgangspunt dat een schuldenaar in beginsel met zijn gehele vermogen voor zijn schulden instaat tegenover al zijn schuldeisers. Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

“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 [het *Slis-Stroom*-arrest] 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 klemt 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 onderstappend 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.”¹⁸

Uitzonderingen op art. 3:276 BW - in de memorie van toelichting bij de Wna en Gdw aangeduid als het “niet vanzelfsprekend zijn van ‘separatisten-posities’” - kunnen volgens de Hoge Raad alleen worden aangenomen als daarvoor “goede gronden” bestaan en als die gevallen “passen binnen het stelsel van de wet en aansluiten bij de in de wet geregelde gevallen”. Aan die twee eisen voldoen de rekeningen die bestemd zijn voor het ontvangen van gelden voor derden aangehouden door advocaten en accountants, overweegt de Hoge Raad. De gronden die de Coöperatie in deze zaak had aangevoerd voor het aannemen van een buitenwettelijke kwaliteitsrekening, achtte de Hoge Raad daarentegen niet overtuigend. Het girale saldo op de rekening op naam van ProCall viel dus in de boedel.

Blijkbaar zag de Hoge Raad in de *ProCall*-casus geen goede grond om de belangen van de Coöperatie voor te laten gaan op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Wellicht speelde bij dit oordeel mee dat de Coöperatie de mogelijkheid had haar positie juridisch te versterken, bijvoorbeeld door ProCall te verplichten de gelden te laten innen op een rekening van een “bewaarstichting”.¹⁹ Wellicht heeft voor de Hoge Raad ook meegewogen dat in deze zaak door de rechtbank werd vastgesteld dat ProCall en de Coöperatie aanvankelijk beoogden de rekening ten name van de Coöperatie te stellen, maar dat zij dit niet hebben gedaan omdat de bank in kwestie niet in staat was om ProCall online toegang te verlenen tot een rekening die ten name van de Coöperatie zou zijn gesteld.²⁰ A-G Verkade concludeert daarom dat het voor hem “evident [is] dat dit niét een ‘maatschappelijke noodzaak’ oplevert, die (ik zou haast zeggen: in de verste verte) vergelijkbaar is met de nood die in de *Slis-Stroom*-zaak aan de dag trad”.

4. Recente ontwikkelingen op het terrein van de wettelijke algemene kwaliteitsrekening

Na het *ProCall*-arrest is het bijna twintig jaar lang stil geweest op het terrein van de (wettelijke) kwaliteitsrekening. Opmerkelijk is daarom dat de wetgever recent voor twee verschillende typen ondernemingen wettelijke algemene kwaliteitsrekeningen heeft geïntroduceerd, namelijk voor aanbieders van onlinekansspelen (paragraaf 4.1) en voor bepaalde financiële ondernemingen (paragraaf 4.2). Voor incassodienstverleners heeft de wetgever daarentegen uitdrukkelijk géén wettelijke algemene kwaliteitsrekening

18 HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413, r.o. 3.3.4.

19 Zie voor andere juridische mogelijkheden R.M. Wibier, ‘Bewaarnemingsconstructies: insolventie van tussenpersonen’, in: E.F. Verheul & T.T. van Zanten, *Overeenkomst en zekerheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 19.4.

20 Zie A-G Verkade in zijn conclusie vóór het *ProCall*-arrest, ECLI:NL:PHR:2003:AF3413, onder 4.27.

willen introduceren (paragraaf 4.3). In deze paragraaf bespreek ik deze recente ontwikkelingen.

4.1 De wettelijke kwaliteitsrekening voor aanbieders van onlinekansspelen

Art. 311 lid 2 van de Wet op de kansspelen verplicht “de houder van een vergunning tot het organiseren van kansspelen op afstand” sinds 29 januari 2021 om passende waarborgen te treffen voor “de afscheiding van de tegoeden van de spelers van ander vermogen of de verzekering van die tegoeden”. Ter uitvoering van deze verplichting kan de vergunninghouder een algemene kwaliteitsrekening aanhouden (lid 3). De wetgever heeft gekozen voor het model van art. 19 Gdw en art. 25 Wna (hierna ook: de gemeenschapsconstructie): de spelers zijn gezamenlijk rechthebbende van het tegoed dat wordt aangehouden op de rekening van de aanbieder van onlinekansspelen.²¹ Als reden voor de verplichting tot vermogensscheiding van tegoeden van de spelers wordt in de memorie van toelichting het volgende aangevoerd:

“Voorkomen moet worden dat [de aanbieder van onlinekansspelen] tekort schiet in het uitbetalen van spelerstegoeden, al dan niet als gevolg van financiële problemen, faillissement of surseance. Omdat het saldo op de spelersrekeningen toebehoort aan de spelers, is het in beginsel niet wenselijk dat spelerstegoeden deel uitmaken van het risicodragend vermogen van de vergunninghouder, waardoor bijvoorbeeld speculatie met de spelerstegoeden mogelijk zou worden. Het saldo van de rekening waarop de spelerstegoeden gestort worden, moet verder altijd ten minste gelijk zijn aan het totaal van de spelerstegoeden van de spelers.”²²

Men zou verwachten dat in de memorie van toelichting bij art. 311 Wet op de kansspelen de “goede gronden” voor het introduceren van een “*separatisten-positie*” voor een specifieke groep schuldeisers (namelijk: voor de spelers van onlinekansspelen) worden genoemd, net als het geval was bij de invoering van art. 25 Wna en art. 19 Gdw (zie paragraaf 2).

Voor cliënten van notarissen en gerechtsdeurwaarders is de separatistenpositie gerechtvaardigd vanwege “de bescherming van het publiek dat erop mag vertrouwen en ook daadwerkelijk pleegt te vertrouwen dat de notaris [of gerechtsdeurwaarder] wiens wettelijke taak in vele gevallen meebrengt dat hem door derden gelden worden toevertrouwd, deze gelden afgescheiden houdt van zijn eigen vermogen”. Aanbieders van onlinekansspelen hebben geen wettelijke taak om gelden van anderen onder zich te houden; het zijn commerciële partijen die in het kader van hun werkzaamheden regelmatig als tussenpersoon gelden van spelers onder zich hebben. Het enkele feit dat aanbieders van onlinekansspelen gelden voor een ander aanhouden, lijkt voor

de wetgever te volstaan voor het invoeren van een wettelijke kwaliteitsrekening.

Het valt te betreuren dat de wetgever geen deugdelijke onderbouwing geeft voor de invoering van de wettelijke kwaliteitsrekening voor onlinekansspelaanbieders. Hierdoor komt de spelers van onlinekansspelen immers een wettelijke ‘superpreferentie’ toe: zij kunnen zich op dit afgescheiden vermogen verhalen zonder met andere schuldeisers te hoeven delen. De wens om een giraal tegoed toe te laten komen aan de economisch belanghebbende en hem zo te beschermen tegen insolventie van een tussenpersoon en tegen verhaal door andere crediteuren van de rekeninghouder, is begrijpelijk.²³ Echter, wanneer een onderbouwing voor het creëren van deze wettelijke superpreferentie ontbreekt, ontstaat het risico dat de beginselen die ten grondslag liggen aan het Nederlandse verhaalsrecht worden ondergraven, wat er op termijn toe kan leiden dat de beginselen zelf *im Frage* kunnen worden gesteld.²⁴

4.2 De wettelijke kwaliteitsrekening voor financiële ondernemingen

De tweede recente ontwikkeling ligt op het vlak van het financiële recht. Een viertal financiële ondernemingen – betaalinstellingen, elektronischgeldinstellingen, beleggingsondernemingen en afwikkelondernemingen – kunnen sinds 7 juli 2022 een ‘rekening met afgescheiden vermogen’ aanhouden.²⁵ Hiermee kunnen zij invulling geven aan de hun opgelegde verplichting tot vermogensscheiding van gelden die zij als tussenpersoon voor anderen ontvangen. Voordat ik de rekening met afgescheiden vermogen bespreek, zal ik eerst schetsen welke diensten deze financiële ondernemingen verrichten – waarbij ik de afwikkelondernemingen buiten beschouwing laat²⁶ – en wat de achtergrond is van de aan hen opgelegde verplichting tot vermogensscheiding.

4.2.1 Betaalinstellingen

De dienstverlening van betaalinstellingen bestaat in grote lijnen uit het faciliteren van het betalingsverkeer. Betaalinstellingen kunnen bijvoorbeeld worden ingeschakeld door bedrijven die via een webshop kleding, concertkaartjes etc. aan de man brengen. Bij de betaling van die goederen treedt vaak een betaalinstelling op als intermediair. Betaalinstellingen zijn in dat geval verplicht de ontvangen geldmiddelen ‘veilig te stellen’. Deze verplichting vloeit voort uit de

21 De verplichting van art. 311 Wet op de kansspelen is nader uitgewerkt in art. 4.30 Besluit kansspelen op afstand en art. 7.1 Beleidsregels vergunningverlening kansspelen op afstand 2023.

22 Kamerstukken II 2013/14, 33 996, nr. 3, p. 110.

23 Zo ook Wibier, par. 19.2. Van Oven gaf negentig jaar geleden al de volgende waarschuwing: “Zo gaarne is men geneigd om, door de belangen van bepaalde crediteuren scherp in het oog te nemen en niet te denken aan de grauwe massa der andere schuldeisers, die ene groep te bevoordelen, wier belangen door gelijkstelling met andere pijnlijk getroffen worden. Maar tegen dergelijke opwellingen van het goede hart moet men zeer wantrouwend zijn.” Zie J.C. van Oven, ‘Geldverduistering, ius constituendum’, *NJB* 1934, p. 788.

24 M. Haentjens, ‘Incoherentie verenigd. Privaatrechtelijke concepten onder druk van Europees financieel recht’, *TPR* 2017, 54(4), p. 1384.

25 Zie art. 3:29aa Wft voor betaalinstellingen en elektronischgeldinstellingen en art. 4:87aa Wft voor beleggingsondernemingen.

26 De afwikkelonderneming wordt in dit artikel buiten beschouwing gelaten, omdat zij een in de praktijk minder vaak voorkomende onder toezicht staande financiële onderneming is.

Richtlijn betaaldiensten.²⁷ Zoals gebruikelijk bij Europese richtlijnen, schrijft de richtlijn alleen het te behalen resultaat voor. De richtlijn vereist dat het nationale recht de volgende twee mogelijkheden biedt voor het veiligstellen van ontvangen geldmiddelen:

- a. de gelden worden “op geen enkel tijdstip vermengd met de geldmiddelen van een andere natuurlijke persoon of rechtspersoon dan de betalingsdienstgebruikers voor wier rekening de geldmiddelen worden aangehouden” en “zij worden overeenkomstig het nationale recht in het belang van de betalingsdienstgebruikers gevrijwaard tegen vorderingen van andere schuldeisers van de betalingsinstelling, in het bijzonder in het geval van insolventie”; dan wel
- b. de gelden worden “gedekt door een verzekeringspolis of een vergelijkbare waarborg van een verzekeringsmaatschappij of kredietinstelling die niet tot dezelfde groep behoort als de betalingsinstelling, voor een bedrag dat gelijk is aan het bedrag dat afgescheiden zou zijn bij het ontbreken van de verzekeringspolis of vergelijkbare waarborg, en dat betaalbaar is ingeval de betalingsinstelling niet in staat is haar financiële verplichtingen na te komen”.

Het Nederlandse recht valt voor het effectueren van de onder a. genoemde verplichting terug op de mogelijkheden die het privaatrecht te bieden heeft. Dat was tot voor kort vermogensscheiding door het onderbrengen van de gelden bij een stichting die enkel tot doel heeft om deze gelden te bewaren.²⁸ Sinds kort bestaat er een alternatief voor de bewaartichting, namelijk de rekening met afgescheiden vermogen – deze rechtsfiguur komt in paragraaf 4.2.4 aan bod.

In de praktijk maken de meeste betaalinstanties ter vervulling van de veiligstelverplichting gebruik van een bewaartichting en niet van de onder b. genoemde mogelijkheid (een verzekeringspolis of bankgarantie).²⁹ In het hierboven gegeven voorbeeld van de onlineaankoop van kleding of concertkaartjes, betaalt de onlinekoper de koopprijs op de bankrekening van een stichting. Deze stichting maakt de koopprijs vervolgens over naar de onlineverkoper. Door de betaling te laten verlopen via de stichting – en niet via de betaalinstantie zelf – maken de gelden geen deel uit van het vermogen van de betaalinstantie. Deze gelden staan dus niet bloot aan verhaal door crediteuren van de betaalinstantie, noch vallen de gelden bij haar faillissement in de boedel. De gelden die bestemd zijn voor de onlineverkoper, zijn daardoor juridisch gescheiden van het vermogen

van de betaalinstantie en daarmee voldoet zij aan de verplichting om deze gelden veilig te stellen.³⁰

4.2.2 Elektronischgeldinstellingen

Een elektronischgeldinstelling is degene die zijn bedrijf maakt van het uitgeven van elektronisch geld. Elektronisch geld is een geldswaarde die elektronisch of magnetisch is opgeslagen.³¹ Bij elektronisch geld kan worden gedacht aan plastic cadeaukaarten. In dat geval wordt het elektronisch geld opgeslagen op een elektronische drager, zoals een chip (magnetische opslag). Bij elektronische opslag van elektronisch geld wordt het elektronisch geld opgeslagen in een centrale rekeningadministratie. Het elektronisch geld vertegenwoordigt een vordering op de elektronischgeldinstelling; het is uitgegeven in ruil voor ontvangen chartaal of giraal geld. Met het elektronisch geld kunnen vervolgens betalingstransacties worden verricht bij andere partijen, bijvoorbeeld door het inleveren van de plastic cadeaukaart.

Elektronischgeldinstellingen hebben de verplichting om de gelden die zijn ontvangen in ruil voor de uitgifte van elektronisch geld, veilig te stellen.³² Ook deze verplichting vloeit voort uit Europese regelgeving.³³ Een elektronischgeldinstelling kan, net als een betaalinstantie, op verschillende manieren invulling geven aan dit vereiste: door het onderbrengen van de gelden in een stichting, een verzekering of bankgarantie. In de praktijk maken elektronischgeldinstellingen, net als betaalinstanties, voornamelijk gebruik van een stichting om vermogensscheiding te bereiken.³⁴

4.2.3 Beleggingsondernemingen

Een beleggingsonderneming is degene die een beleggingsdienst verleent of een beleggingsactiviteit verricht.³⁵ Beleggingsondernemingen kunnen bijvoorbeeld de beleggingsdienst ‘vermogensbeheer’ aanbieden. De beleggingsonderneming wordt dan ingeschakeld om financiële instrumenten te kopen en verkopen binnen de door de cliënt aangegeven kaders.

De Richtlijn markten in financiële instrumenten (beter bekend onder haar Engelse acroniem MiFID) verplicht

27 Zie art. 10 Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt (beter bekend onder haar Engelse acroniem PSD2).

28 Art. 3:29a lid 1 Wft jo. art. 40a Besluit prudentiële regels Wft.

29 Zie de uitkomsten van het empirische onderzoek hiernaar in E.J. van Praag, *PSD2: naar open banking en bankieren in een ecosysteem. Preadvis voor de Vereniging voor Financieel Recht 2020*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 185 e.v. Zie tevens *Kamerstukken II 2021/22*, 35 950, nr. 4, p. 6, waarin wordt aangegeven dat de stichting derdengelden voor betaalinstanties de belangrijkste wijze van vermogensscheiding is.

30 De klanten van de betaalinstantie lopen wel een faillissementsrisico op de stichting (aangenomen dat het arrest *Stichting beheer derdengelden advocatuur NautaDutilh/Ontvanger* (HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1139) niet op dit soort stichtingen van toepassing is). Om die reden wordt de stichting ingericht als risicomijdende entiteit, zie daarover W.A.K. Rank & L.J. Silverentand, ‘Betaalinstanties en de (on)wenselijkheid van een wettelijke kwaliteitsrekening’, in: B. Bierens & F.E.J. Beekhoven van den Boezem (red.), *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 5.3 en 5.5.2.

31 Art. 1:1 Wft.

32 Art. 3:29a lid 1 Wft jo. art. 40b Besluit prudentiële regels Wft.

33 Art. 7 Richtlijn 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld (ook bekend onder haar Engelse acroniem EMD2).

34 Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 35 950, nr. 4, p. 6, waarin wordt aangegeven dat de stichting ook voor elektronischgeldinstellingen de belangrijkste wijze van vermogensscheiding is.

35 Art. 1:1 Wft.

beleggingsondernemingen om de aan hun cliënten toebehorende gelden en financiële instrumenten (denk aan aandelen, obligaties en derivaten) te “beschermen”.³⁶ De manieren die de Wft en onderliggende regelgeving bieden om invulling te geven aan deze verplichting, hangen af van de vraag of sprake is van een bankbeleggingsonderneming (een bank die tevens de beleggingsdiensten en -activiteiten mag verrichten) of een niet-bankbeleggingsonderneming (een beleggingsonderneming zonder bankvergunning).³⁷ Een van de manieren waarop niet-bankbeleggingsondernemingen gelden en financiële instrumenten kunnen bewaren, is via een separate bewaarinstelling. Deze bewaarinstelling kan de rechtsvorm hebben van een stichting.³⁸

4.2.4 De rekening met afgescheiden vermogen voor financiële ondernemingen

Sinds 7 juli 2022 hebben betaalinstellingen, elektronischgeldinstellingen en beleggingsondernemingen een nieuwe mogelijkheid om aan hun verplichting tot vermogensscheiding te voldoen: de rekening met afgescheiden vermogen.³⁹ Het derde lid van art. 3:29aa Wft resp. art. 4:87aa Wft vormt de kern van de regeling inzake de rekening met afgescheiden vermogen. Dit artikellid bepaalt dat, in afwijking van art. 3:276 BW, de op een rekening met afgescheiden vermogen aangehouden geldmiddelen een afgescheiden vermogen vormen dat uitsluitend dient tot voldoening van bepaalde vorderingen, namelijk: (i) van vorderingen van de bank waar deze rekening wordt aangehouden in verband met het beheer van de rekening; en (ii) van vorderingen van de derden voor wie geldmiddelen op de rekening zijn geadministreerd, voor zover die vorderingen verband houden met het toevertrouwen van de geldmiddelen aan de financiële onderneming.

Het feit dat de rekening op naam staat van de betreffende financiële onderneming, betekent volgens de memorie van toelichting dat deze financiële onderneming bij uitsluiting bevoegd is tot het beheer en de beschikking over de rekening met afgescheiden vermogen.⁴⁰ Hoewel de rekening op naam staat van de financiële onderneming, vallen de gelden bij haar faillissement niet in de boedel en kunnen andere schuldeisers van de financiële onderneming dan de hierboven onder (i) en (ii) genoemde geen verhaal op de gelden nemen. Dit is het gevolg van art. 3:29aa, derde lid Wft resp.

resp. art. 4:87aa Wft. In de memorie van toelichting wordt er gesproken van “*verhaalsexclusiviteit*”.⁴¹

Over de redenen voor de introductie van de wettelijke kwaliteitsrekening voor betaalinstellingen, elektronischgeldinstellingen en beleggingsondernemingen wordt in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt:

“DNB en de AFM hebben in hun wetgevingsbrieven meermaals gepleit voor de invoering van een «wettelijke kwaliteitsrekening». Ook in de praktijk bestaat hier vraag naar. Een belangrijke reden voor het openen van de mogelijkheid van een rekening met afgescheiden vermogen is dat de stichting derdengelden – een veelgebruikte vorm van vermogensscheiding door Nederlandse financiële ondernemingen – in het buitenland een onbekend fenomeen is, waardoor de afwikkeling van grensoverschrijdende transacties wordt bemoeilijkt. Constructies gericht op vermogensscheiding zoals de Nederlandse stichting derdengelden worden in het buitenland niet altijd begrepen, en buitenlandse partijen weigeren soms aan een stichting derdengelden te betalen omdat zij vrezen dat een betaling aan een ander dan de financiële onderneming niet bevrijdend zal zijn. Daarnaast bevordert de figuur van de rekening met afgescheiden vermogen cross-sectorale uniformiteit van financiële regelgeving met betrekking tot het zekerstellen van gelden van cliënten van financiële ondernemingen, hetgeen bijdraagt aan de transparantie van die regelgeving.”⁴²

Opmerking verdient dat de rekening met afgescheiden vermogen een *alternatief* is voor de reeds bestaande wijzen van vermogensscheiding voor financiële ondernemingen. Daarmee blijft het in de praktijk bijvoorbeeld mogelijk voor betaalinstellingen en elektronischgeldinstellingen om aan de veiligstelverplichting te voldoen door gelden aan te laten houden door een aparte bewaarstichting.⁴³ Daarnaast is het goed om in het vizier te houden dat de rekening met afgescheiden vermogen alleen betrekking heeft op giraal geld en (dus) niet op de bewaring van financiële instrumenten.

In de literatuur wordt de rekening met afgescheiden vermogen verwelkomd omdat zij een praktisch alternatief biedt voor betaalinstellingen, elektronischgeldinstellingen en beleggingsondernemingen: zij is eenvoudiger te duiden voor buitenlandse partijen en is goedkoper dan het opzetten van een stichting derdengelden.⁴⁴

36 Zie art. 16 lid 8 en 9 Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten. Deze artikelen zijn geïmplementeerd in art. 4:87 Wft.

37 Zie daarover uitgebreid W.A.K. Rank, ‘Vermogensscheiding: a bird’s eye overview’, in: W.A.K. Rank (red.), *Vermogensscheiding in de financiële praktijk* (Financieel Juridische Reeds, nr. 14), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 1-84.

38 Zie art. 7:17 lid 2 onderdeel a Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen, dat bepaalt dat de bewaarinstelling een rechtspersoon naar Nederlands recht moet zijn.

39 De rekening met afgescheiden vermogen biedt dus een alternatief voor de reeds bestaande wijzen van vermogensscheiding, zoals een stichting derdengelden, zie *Kamerstukken II 2021/22*, 35 950, nr. 3, p. 3.

40 *Kamerstukken II 2021/22*, 35 950, nr. 3, p. 23.

41 *Kamerstukken II 2021/22*, 35 950, nr. 3, p. 23.

42 *Kamerstukken II 2021/22*, 35 950, nr. 3, p. 2.

43 *Kamerstukken II 2021/22*, 35 950, nr. 3, p. 3.

44 J.B.S. Hijink & C.W.M. Lieverse, ‘Consultatievoorstel voor Wijzigingswet toezicht financiële markten 2022’, *Ondernemingsrecht 2021/40*, p. 245 en – met enige terughoudendheid – W.A.K. Rank & L.J. Silverentand, ‘Betaalinstellingen en de (on)wenselijkheid van een wettelijke kwaliteitsrekening’, par. 5.4.1, in: B. Bierens & F.E.J. Beekhoven van den Boezem (red.), *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

4.2.5 Olievlekwerking van de rekening met afgescheiden vermogen

De rekening met afgescheiden vermogen lijkt een zekere olievlekwerking te hebben binnen het financiële recht: in het consultatievoorstel voor de implementatie van de Richtlijn kredietkopers en kredietsevicers wordt voorgesteld de rekening met afgescheiden vermogen in te zetten voor gelden die worden geïnd door kredietsevicers.⁴⁵ Kredietsevicers zijn partijen die in de uitoefening van een beroep of bedrijf niet-renderende kredietovereenkomsten (*non-performing loans* of kortweg NPL's) namens een kredietkoper beheren en de nakoming ervan afdwingen, waarbij tevens een of meerdere kredietsevicingactiviteiten worden verricht.⁴⁶ Onder 'kredietsevicingactiviteiten' verstaat de richtlijn samengevat: (i) het innen en invorderen van verschuldigde betalingen van de kredietnemer; (ii) het opnieuw onderhandelen met de kredietnemer over voorwaarden, voor zover degene die deze activiteit verricht geen bemiddelaar is; (iii) het beheren van alle klachten met betrekking tot de rechten van een kredietgever; en (iv) het in kennis stellen van de kredietnemer van alle wijzigingen in bijvoorbeeld rentevoeten of kosten.⁴⁷

De Richtlijn kredietkopers en kredietsevicers roept een vergunningplicht in het leven voor kredietsevicers. Kredietsevicers die gelden van kredietnemers mogen ontvangen en aanhouden zijn verplicht om deze gelden op een afzonderlijke rekening bij een bank te storten.⁴⁸ De lidstaten moeten ervoor zorgen dat *"overeenkomstig het nationale recht die gelden in het belang van de kredietkopers worden beschermd tegen de vorderingen van de andere kredietgevers van de kredietsevicers, met name in geval van insolventie"*.⁴⁹ In het conceptwetsvoorstel voor de implementatie van de Richtlijn kredietkopers en kredietsevicers wordt voorgesteld deze verplichting te implementeren in een nieuw art. 4:81f Wft, dat bepaalt dat de kredietsevicer een rekening met afgescheiden vermogen moet aanhouden voor de gelden die hij ontvangt van de kredietnemers. Deze wettelijke kwaliteitsrekening voor kredietsevicers is op dezelfde wijze vormgegeven als de hierboven beschreven rekening met afgescheiden vermogen voor betaalinstanties en elektronischgeldinstellingen in art. 3:29aa Wft.

4.3 Geen wettelijke kwaliteitsrekening voor incassodienstverleners

De werkzaamheden van incassodienstverleners lijken sterk op de dienstverlening van kredietsevicers. Toch bestaat er

voor incassodienstverleners geen wettelijke verplichting tot vermogensscheiding noch de mogelijkheid om een wettelijke kwaliteitsrekening aan te houden en het ziet er niet naar uit dat dit op korte termijn anders zal zijn.

Bijna twee jaar geleden, op 11 mei 2022, is de Wet kwaliteit incassodienstverlening (hierna: Wki) aangenomen. De Wki heeft tot doel misstanden bij buitengerechtelijke incassowerkzaamheden te bestrijden en de schuldenproblematiek in Nederland terug te dringen. 'Buitengerechtelijke incassowerkzaamheden' zijn gedefinieerd in de Wki als *"activiteiten ter verkrijgen van voldoening buiten rechte van een vordering tot betaling van een geldsom"*.⁵⁰ De reikwijdte van de Wki is beperkt tot dienstverleners die zich richten op het innen van schulden jegens natuurlijke personen (consumenten).⁵¹

Bij de totstandkoming van de Wki, die op 1 april 2024 in werking is getreden,⁵² is weliswaar overwogen om een wettelijke kwaliteitsrekening voor incassodienstverleners te verplichten, maar de wetgever heeft hier *"omwille van de evenredigheid"* van afgezien.⁵³ In reactie op consultatievragen hierover geeft de minister aan dat de *"geconstateerde misstanden niet het beeld hebben opgeleverd dat het financieel beheer in de incassobranche een probleem oplevert dat met een derdengeldenrekening kan worden verholpen"* en dat *"financieel toezicht en een verplichte derdengeldenrekening betekent dat het toezicht ingewikkelder en daarmee duurder zal worden"*.⁵⁴ Wel merkt de wetgever op dat een verplichte wettelijke kwaliteitsrekening een onderwerp van de evaluatie van de Wki zal zijn.

De argumenten overtuigen mij niet geheel. De Inspectie Justitie en Veiligheid zal met de inwerkingtreding van de Wki al toezicht houden op de registratieplicht en kwaliteitseisen.⁵⁵ De vraag is of toezicht op een verplichte wettelijke kwaliteitsrekening (of breder: een verplichting tot vermogensscheiding) inderdaad een grote additionele last betekent die het toezicht op incassodienstverleners ingewikkelder en (daarmee) duurder maakt.⁵⁶ Ook het tweede argument dat de *"geconstateerde misstanden niet het beeld hebben opgeleverd dat het financieel beheer in de incassobranche een probleem oplevert dat met een*

45 Voluit: Richtlijn (EU) 2021/2167 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2021 inzake kredietsevicers en kredietkopers en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2014/17/EU. Deze richtlijn had op 29 december 2023 in het Nederlandse recht geïmplementeerd moeten zijn, maar op dit moment is enkel nog een conceptwetsvoorstel en concept memorie van toelichting beschikbaar, zie wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK014084. Zie over deze richtlijn uitgebreid: F.E.J. Beekhoven van den Boezem & L.S. Aalders, 'De nieuwe richtlijn inzake kredietsevicers en kredietkopers', *Ondernemingsrecht* 2022/51.

46 Art. 3 onderdeel 8 Richtlijn kredietsevicers en kredietkopers.

47 Art. 3 onderdeel 9 Richtlijn kredietsevicers en kredietkopers.

48 Art. 6 lid 1 Richtlijn kredietsevicers en kredietkopers.

49 Art. 6 lid 2 Richtlijn kredietsevicers en kredietkopers.

50 Art. 1 Wki.

51 Art. 2 Wki.

52 Zie art. 11.1 van het Besluit van 20 februari 2024, houdende nadere eisen met betrekking tot de kwaliteit van incassodienstverlening, de hoogte van het tarief van de registratie, een aanpassing van het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten, alsmede de vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet kwaliteit incassodienstverlening (Besluit kwaliteit incassodienstverlening), *Stb.* 2024, 44.

53 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 733, nr. 3, p. 21.

54 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 733, nr. 3, p. 50.

55 Screeningsautoriteit Justis houdt het register bij waarin partijen die buitengerechtelijke incassodiensten verrichten, zich moeten aanmelden (art. 4 Wki). Toezicht en handhaving vindt plaats door de Inspectie Justitie en Veiligheid. Incassobureaus moeten aan een aantal kwaliteitseisen voldoen, in het bijzonder met betrekking tot informatieverstrekking, geschillenbeslechting en de ethische omgang met schuldenaren (art. 13 Wki).

56 De regeling van de wettelijke kwaliteitsrekening voor aanbieders van onlinekansspelen kan hierbij als voorbeeld worden genomen, zie art. 311 lid 3 Wet op de kansspelen, art. 4.30 Besluit kansspelen op afstand en art. 7.1 Beleidsregels vergunningverlening kansspelen op afstand 2023.

derdengeldenrekening kan worden verholpen” overtuigt mij niet geheel. Uiteraard zal de verplichting tot vermogensscheiding door (bijvoorbeeld) een wettelijke kwaliteitsrekening er niet toe leiden dat de schuldenproblematiek in Nederland wordt teruggedrongen, maar een faillissement van een incassodienstverlener draagt daar ook zeker niet aan bij (aangenomen dat de rechter in die situatie art. 25 Wna en art. 19 Gdw niet analoog toepast). Belangrijker is dat in de memorie van toelichting en de reactie op de consultatievragen niet wordt onderzocht of er in dit geval goede gronden zouden kunnen bestaan voor het introduceren van een separatistenpositie voor een specifieke groep schuldeisers.

Daarbij komt nog dat kredietsservicers, die zeer vergelijkbare diensten verlenen, de gelden die zij innen bij kredietnemers op een rekening met afgescheiden vermogen moeten aanhouden (als het geconsulteerde conceptwetsvoorstel wordt aangenomen en in werking treedt). Dit betekent dus dat het afhankelijk is van het wettelijke regime – de Wft of de Wki – of er wel of geen verplichting is tot het ‘veiligstellen’ van de geïnde gelden. Van dit verschil in behandeling lijkt de Nederlandse wetgever zich bij tot totstandkoming van de Wki geen rekenschap te hebben gegeven. Uiteraard is de Nederlandse wetgever gehouden om voor kredietsservicers een separatistenpositie te creëren (dit vereiste volgt immers uit een Europese richtlijn), maar dat doet er mijns inziens niet aan af dat de wetgever er goed aan doet om zich rekenschap te geven van de ontwikkelingen op Europees niveau en deze mee te nemen in zijn overwegingen. Alleen op die manier kan coherente wetgeving geborgd worden.

5. Wat levert de *tour d’horizon* op?

5.1 Juridische vormgeving van de wettelijke kwaliteitsrekening

De *tour d’horizon* langs rechtspraak en wetgeving op het terrein van de kwaliteitsrekening laat zien dat er sinds kort twee varianten van de wettelijke kwaliteitsrekening naast elkaar bestaan. Ten eerste de kwaliteitsrekening waarbij niet de rekeninghouder rechthebbende is van het girale tegoed, maar waarbij dit tegoed toebehoort aan de gezamenlijk belanghebbenden (degenen voor wie de op de rekening staande gelden zijn bestemd). Deze gemeenschapsconstructie wordt gehanteerd in art. 25 Wna, art. 19 Gdw en art. 311 lid 3 Wet op de kansspelen. Analoge toepassing van de gemeenschapsconstructie is, zo volgt uit het *ProCall*-arrest, bovendien mogelijk wanneer er “goede gronden” bestaan voor het aannemen van een kwaliteitsrekening en wanneer een kwaliteitsrekening “past binnen het stelsel van de wet en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen”.

Naast de kwaliteitsrekening met gemeenschapsconstructie bestaat sinds kort de kwaliteitsrekening waarbij de rekeninghouder rechthebbende is van het girale tegoed en dit tegoed een afgescheiden vermogen vormt waarop slechts een beperkte kring van schuldeisers verhaal kan nemen (de rekening met afgescheiden vermogen). Deze ‘trustachtige’ constructie

wordt gehanteerd in art. 3:29aa en 4:87aa Wft en zal mogelijk ook voor kredietsservicers in de Wft worden ingevoerd.

De tweede variant van de kwaliteitsrekening – de trustachtige constructie – wordt alleen in het financiële recht toegepast. Voor juristen die in het financiële recht geverseerd zijn, komt dat niet als een verrassing: in de Wft en andere financiële wetten werd namelijk al vóór de invoering van de rekening met afgescheiden vermogen veelvuldig gebruikgemaakt van een trustachtige constructie om invulling te geven aan vermogensscheidingseisen (grotendeels van Europese oorsprong). Een voorbeeld hiervan is art. 4:37j lid 5 Wft, dat bepaalt dat het vermogen van een beleggingsinstelling een afgescheiden vermogen vormt dat uitsluitend dient tot voldoening van bepaalde vorderingen.⁵⁷ Art. 4:45 lid 1 Wft bevat een vergelijkbare bepaling voor maatschappijen en fondsen voor collectieve belegging in effecten (kortweg een icbe) en ook in de pensioenwetgeving wordt de trustachtige constructie toegepast, zie art. 4:71a lid 1 Wft en art. 123 lid 1 jo. art. 1 Pensioenwet. De kwaliteitsrekening met een trustachtige constructie sluit qua vormgeving dus aan bij vermogensscheiding elders in het financiële recht.⁵⁸ Overigens wordt in het financiële recht ook de gemeenschapsconstructie toegepast, namelijk in de Wet giraal effectenverkeer (hierna: Wge): om de belegger te beschermen tegen het faillissement van zijn intermediair (het zogenaamde *intermediary risk*) wordt voor girale effecten (zoals aandelen en obligaties) gewerkt met verschillende gemeenschappen (verzameldepots en girodepots).⁵⁹ Voor de bescherming van een cliënt met een derivatenpositie maakt de Wge echter weer gebruik van de trustachtige constructie: het afgescheiden derivatenvermogen.⁶⁰

De huidige kwaliteitsrekeningwetgeving, waarbij de twee constructies naast elkaar worden gebruikt, verdient wellicht niet de schoonheidsprijs.⁶¹ Toch is het naar mijn mening niet problematisch dat de wetgever zich bedient van twee constructies; beide wegen leiden namelijk naar Rome. Jan Vranken heeft in zijn bijdrage aan de bundel *Inzake kwaliteit* de beide constructies ‘doorgerekend’ op hun consequenties voor beslag en faillissement en concludeert dat vanuit dat perspectief geen van beide constructies duidelijke voorkeur verdient.⁶² Ik ben het eens met Zwolve

57 Art. 4:45 lid 1 Wft bevat een vergelijkbare bepaling voor een maatschappij voor collectieve belegging in effecten of een fonds voor collectieve belegging in effecten (kortweg een icbe). Verder verwijs ik naar art. 4:71a lid 1 Wft en art. 123 lid 1 jo. art. 1 Pensioenwet.

58 Kamerstukken II 2021/22, 35 950, nr. 3, p. 2-3.

59 Zie hoofdstuk 2 (in het bijzonder art. 12) en hoofdstuk 3 (in het bijzonder art. 38) van de Wge. Deze verplichting tot vermogensscheiding vloeit voort uit MiFID II, zie art. 16 lid 8.

60 Zie art. 49f onderdeel f en g Wge. Ook deze verplichting tot vermogensscheiding vloeit voort uit MiFID II, zie art. 16 lid 8. Zie over de introductie van het afgescheiden derivatenvermogen: V. Tweehuysen, ‘Bescherming van derivatenbeleggers via een afgescheiden vermogen in de Wet giraal effectenverkeer’, *NTBR* 2016/17, p. 123-126.

61 Vgl. Tweehuysen, p. 126. Zij wijst erop dat het gebruik van de twee verschillende constructies voor vermogensscheiding in één wet (de Wge) ertoe leidt dat deze wet een “*allegaatje*” wordt.

62 J.B.M. Vranken, ‘Faillissement/beslag en kwaliteitsrekeningen’, in: E. Dirix & R.D. Vriesendorp (red.), *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 81-98. Zo ook Wibier, par. 19.5.

en Snijders dat vanuit dogmatisch perspectief de gemeenschapsconstructie de voorkeur verdient.⁶³ Deze constructie sluit goed aan bij art. 3:276 BW, dat 'compartimentering' van het vermogen van een schuldenaar juist verbiedt. Vranken en Wibier benoemen de voordelen van de trustachtige constructie en brengen naar voren dat zij minder gecompliceerd is.⁶⁴ De trustachtige constructie heeft naar mijn mening nog een ander voordeel: juist omdat er sprake is van compartimentering – het creëren van een afgescheiden vermogen bij de rekeninghouder – treedt op de voorgrond dat deze constructie een uitzondering vormt op het uitgangspunt van art. 3:276 BW. Bij de rekening met afgescheiden vermogen wordt de afwijking van art. 3:276 BW expliciet in de wet benoemd.⁶⁵ De gemeenschapsconstructie past daarentegen dogmatisch zo goed in het systeem van het BW, dat het risico bestaat dat uit het oog wordt verloren dat óók de gemeenschapsconstructie een separatistenpositie voor specifieke schuldeisers creëert en dat daarvoor goede gronden bestaan. Dat lijkt te zijn gebeurd bij de invoering van art. 311 Wet op de kansspelen (zie paragraaf 4.1).

5.2 *Het afgrenzingsvraagstuk: meer kwaliteitsrekeningwetgeving in de toekomst?*

Ruim twintig jaar geleden is de wettelijke kwaliteitsrekening voor notarissen en gerechtsdeurwaarders ingevoerd. Daarna is het twintig jaar stil geweest op het terrein van kwaliteitsrekeningwetgeving. Enkele jaren geleden is zowel voor aanbieders van onlinekansspelen als voor bepaalde financiële ondernemingen een wettelijke kwaliteitsrekening geïntroduceerd. Dit doet de vraag rijzen of de wetgever minder terughoudend is geworden met de invoering van wettelijke kwaliteitsrekeningen voor situaties waarin een professionele partij in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf als tussenpersoon gelden van anderen ontvangt en onder zich houdt, en of er meer kwaliteitsrekeningwetgeving valt te verwachten.

Voordat ik inga op deze vraag, wil ik allereerst opmerken dat het naar mijn mening de wetgever en niet de rechter is die zich over de afgrenzingsvraag zou moeten buigen.⁶⁶ De Hoge Raad lijkt dit ook zo te zien: hij maakt duidelijk dat de overweging ten overvloede uit het *Slis-Stroom*-arrest beperkt is tot 'een specifiek geval' (namelijk: de *bijzondere* notariële kwaliteitsrekening, geopend voor één transactie), zodat een *algemene* kwaliteitsrekening in beginsel een wettelijke basis vereist.

63 Zie W.J. Zwalve, 'Geld op de plank', in: E. Dirix & R.D. Vriesendorp (red), *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 52-53 en Snijders, p. 152. Zie voorts de verwijzingen bij Vranken, p. 82, voetnoot 6.

64 Vranken, p. 98. Wibier noemt de trustachtige constructie een "vrij elegante manier om met de problematiek om te gaan", zie Wibier, par. 19.4. Zie voorts de verwijzingen bij Tweehuysen, p. 123, voetnoot 5 en bij Vranken, p. 82, voetnoot 6.

65 Art. 3:29aa lid 3 Wft en art. 4:87aa lid 3 Wft: "In afwijking van artikel 276 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (...)." Zie ook art. 49g lid 1 Wge.

66 Deze vraag wordt ook opgeworpen door Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam, *Algemeen goederenrecht* 3-1 2001, nr. 480, p. 485-6 en Wibier, par. 19.4.

Ik betwijfel of de wetgever een koers heeft ingezet waarbij te verwachten valt dat er meer wettelijke kwaliteitsrekeningen zullen worden ingevoerd. Vooropgesteld moet worden dat vermogensscheiding ook zonder een wettelijke kwaliteitsrekening kan worden bereikt, namelijk door gebruik te maken van een aparte rechtspersoon, zoals een bewaartichting. Hiervan wordt in de praktijk ook regelmatig gebruikgemaakt en in veel gevallen volstaat dit om de belangen van de economisch belanghebbenden juridisch veilig te stellen. Partijen die buitengerechtelijke incassowerkzaamheden verrichten maken bijvoorbeeld gebruik van een stichting derdengelden bij het innen van vorderingen en het gebruik van een stichting derdengelden had ook kunnen voorkomen dat de Coöperatie het schip inging bij het faillissement van ProCall. Soms zijn ook andere praktische oplossingen denkbaar. In de zaak die ten grondslag lag aan het *ProCall*-arrest hadden ProCall en de Coöperatie bijvoorbeeld een andere bank kunnen inschakelen die wel in staat was geweest om ProCall online toegang te verlenen tot een rekening die op naam van de Coöperatie stond.

De invoering van een wettelijke kwaliteitsrekening is dus niet steeds noodzakelijk om vermogensscheiding te bewerkstelligen; daarvoor kan de stichting derdengelden worden gebruikt en soms kan wellicht een andere praktische oplossing worden gevonden. Bij gebreke aan een dringende praktische noodzaak zal de wetgever niet snel overgaan tot het invoeren van meer kwaliteitsrekeningwetgeving, laat staan een algemene regeling van de kwaliteitsrekening in het BW.⁶⁷ Ik kan mij voorstellen dat de wetgever zich bij deze stand van zaken de vraag stelt in welke gevallen de *mogelijkheid* van vermogensscheiding door middel van een stichting derdengelden onvoldoende en een *wettelijke verplichting* tot vermogensscheiding inclusief toezicht daarop noodzakelijk is. De Nederlandse wetgever heeft deze vraag in positieve zin beantwoord voor de notaris, gerechtsdeurwaarder en aanbieder van onlinekansspelen voor zover deze partijen gelden voor een ander onder zich houden. De Europese wetgever heeft gekozen voor een verplichting tot vermogensscheiding voor een financiële onderneming die als tussenpersoon girale tegoeden voor anderen onder zich houdt.⁶⁸ Ik verwacht niet dat er op korte termijn voor veel meer partijen die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf regelmatig als tussenpersoon gelden van klanten of anderen onder zich houden, een wettelijke kwaliteitsrekening zal worden ingevoerd.

Wanneer de wetgever een wettelijke kwaliteitsrekening invoert, is het wenselijk dat hij daarbij een consistente koers vaart. Ik wees er al op dat bij de invoering van art. 25 Wna en art. 19 Gdw goede gronden werden vereist voor het introduceren van separatistenposities, terwijl bij de invoering van art. 311 lid 3 Wet op de kansspelen volstond dat er een commerciële partij is die in de uitoefening van zijn bedrijf

67 Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 22 775 en 23 706, nr. 21, p. 8.

68 Ook Haentjens, p. 1379 wijst erop dat in deze gevallen de rechtspolitieke keuze reeds op Europees niveau is gemaakt.

regelmatig gelden voor een ander (de economisch belanghebbende) onder zich houdt. Een consistente koers betekent dat de wetgever een keuze maakt voor een van beide benaderingen en deze benadering consequent doorvoert. Naar mijn mening doet de wetgever er goed aan om vast te houden aan het bestaan van goede gronden – een maatschappelijke noodzaak – voor het creëren van separatistenposities. Daarmee wordt recht gedaan aan de beginselen van het Nederlandse verhaalsrecht en wordt erosie van die beginselen voorkomen. Mocht de wetgever een andere keuze maken en het voldoende vinden dat het gaat om een (commerciële) partij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf regelmatig als tussenpersoon gelden van klanten of anderen onder zich houdt, dan moet deze keuze consequent worden toegepast. In dat geval zouden bijvoorbeeld ook incassodienstverleners verplicht moeten worden tot vermogensscheiding en zouden zij een wettelijke kwaliteitsrekening moeten kunnen aanhouden. Ten slotte doet de Nederlandse wetgever er goed aan om zich rekenschap te geven van relevante ontwikkelingen op Europees niveau om coherente wetgeving te bevorderen. Wanneer de Nederlandse kwaliteitsrekeningwetgeving wordt bekeken met een *bird's eye view* is het opmerkelijk dat kredietstrevigers een wettelijke kwaliteitsrekening *moeten* aanhouden, maar dat een verplichting tot vermogensscheiding (bijvoorbeeld) door een wettelijke kwaliteitsrekening niet geldt voor incassodienstverleners.