

Uit de Praktijk van het Notarieel Juridisch Bureau

Auteur: Mw. mr. J.J. Storm, Medewerker Notarieel Juridisch Bureau (njb@knbnl)
 Rubriek: Artikel
 Publicatie: WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
 Editie: 2008, 6773
 Publicatiedatum: 01-11-2008
 Uitgever: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

10. Aan wie komt de rente toe bij de 5%-regeling?

De 5%-regeling blijft een onderwerp dat leeft in de notariële praktijk. Op grond van deze regeling hoeft de opdrachtgever voor de bouw van een nieuwbouwwoning vijf procent van de aanneemsom niet rechtstreeks aan de aannemer te betalen, maar mag hij dit bedrag in depot storten bij een notaris. Dit depot dient als "stok achter de deur" voor de nakoming van de verplichtingen van de aannemer. De voorwaarden waaronder de notaris het depotbedrag aan de aannemer doorbetaalt, zijn te vinden in art. 7:768 BW. In dit artikel is niet geregeld aan wie eventuele rente over het depot toekomt. Op dit aspect wordt hierna ingegaan, mede aan de hand van de volgende casus.

1. Casus

Opdrachtgever O maakt gebruik van de 5%-regeling en stort een bedrag van € 15.000,- in depot bij de notaris. Binnen drie maanden na de oplevering van zijn nieuwbouwwoning laat O de notaris weten dat het depot geheel moet worden gehandhaafd, aangezien O bij de oplevering gebreken heeft geconstateerd. A, de aannemer, betwist dat sprake is van gebreken, waarna O en A elkaar ontmoeten ten overstaan van een arbiter. Deze beslist dat inderdaad sprake is van gebreken, maar niet in die mate als O heeft gesteld. De arbiter bepaalt daarom dat O een bedrag van € 5.000,- zal ontvangen ter compensatie en dat dit bedrag uit het depot bij de notaris zal worden voldaan. Voor het resterende bedrag wordt het depot vrijgegeven. Over het depotbedrag is inmiddels door de notaris een bedrag van € 450,- aan rente ontvangen. A maakt aanspraak op het gehele bedrag van de rente. O is het daarmee niet eens: hij is van mening dat de rente aan O en A moet worden uitgekeerd in dezelfde verhoudingen als waarin zij tot het depot zijn gerechtigd. Nu de arbiter heeft vastgesteld dat hij recht heeft op € 5.000,-, wat neerkomt op 1/3 deel van het depot, meent O tevens recht te hebben op 1/3 deel van de rente.

2. Rentevergoeding

De notaris moet de rente die hij van zijn bank over het depotbedrag ontvangt "aan de rechthebbende vergoeden", zoals de toelichting bij art. 15 van de Verordening beroeps- en gedragsregels aangeeft. Wie is in het geval van een 5%-depot de rechthebbende? De tekst van art. 7:768 BW geeft op deze vraag geen antwoord. Twee redeneringen liggen voor de hand:

- de notaris houdt het bedrag van het depot voor de opdrachtgever tot het moment dat het depot kan worden vrijgegeven aan de aannemer;
- de notaris houdt het depot na de storting direct voor de aannemer, maar het depot wordt pas vrijgegeven als aan de voorwaarden van art. 7:768 BW is voldaan.

Welke redenering is de juiste? Dat het antwoord op deze vraag niet eenvoudig is, blijkt uit de verschillende situaties die zich bij de 5%-regeling kunnen voordoen. Na een korte blik op de regeling in de wet (paragraaf 3) bespreek ik achtereenvolgens de volgende situaties:

- i. De opdrachtgever doet geen beroep op zijn opschortingsrecht. Het depot wordt vrijgegeven nadat drie maanden sinds de oplevering zijn verstreken, of eerder met toestemming van de opdrachtgever (paragraaf 4).
- ii. De situatie van de casus: het depot wordt beëindigd doordat de arbiter bepaalt dat het depot kan worden vrijgegeven (paragraaf 5).
- iii. De opdrachtgever doet tijdig een beroep op zijn opschortingsrecht en deelt de notaris mee tot welk bedrag het depot moet worden gehandhaafd. Het depot wordt later met toestemming van de opdrachtgever aan de aannemer uitgekeerd (paragraaf 6).

3. Art. 7:768 BW: de 5%-regeling

Aan de regeling van art. 7:768 BW valt op dat deze na aanvang van het depot slechts twee opties biedt: de notaris handhaaft het depot (lid 2) of hij brengt het bedrag in de macht van de aannemer (leden 2 en 3). Het artikel biedt geen grond voor terugbetaling van het bedrag aan de opdrachtgever. Dat suggereert dat de regeling erop is gericht het bedrag van het depot in alle gevallen te laten toekomen aan de aannemer, zij het dat de aannemer het bedrag pas in handen krijgt als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden hebben tot doel de opdrachtgever meer zekerheid te bieden dat de aannemer zijn verplichtingen correct nakomt en eventuele gebreken aan de nieuwbouwwoning tijdig verhelpt.

Het is daarom verdedigbaar dat de rente over het depot in alle gevallen toekomt aan de aannemer. Het staat immers vast dat hij het depotbedrag zal ontvangen, de vraag is alleen: wanneer? Toch is dat niet in alle situaties even helder, zoals hierna zal blijken.

4. Situatie I: geen beroep op een opschortingsrecht

De meest eenvoudige situatie is de situatie waarin de opdrachtgever zich niet op een opschortingsrecht beroept. Het depotbedrag wordt dan na het verstrijken van drie maanden na de oplevering in de macht van de aannemer gebracht. Zeker indien geen gebreken zijn geconstateerd of deze tijdig naar tevredenheid zijn verholpen, is er dan mijns inziens geen reden de rente over het depot te vergoeden aan de opdrachtgever. Deze heeft op grond van de aannemingsovereenkomst terecht betaald. De aannemer ontvangt dan het gehele depot, inclusief de rente.

5. Situatie II: de casus: uitbetaling na uitspraak van de arbiter

In de beschreven casus heeft de arbiter bepaald dat het depot aan de aannemer kan worden vrijgegeven. Ook heeft deze bepaald dat aan de opdrachtgever een bedrag toekomt. Een redelijke oplossing zou dan zijn dat de rente aan de aannemer en de opdrachtgever toekomt in de verhoudingen waarin het depotbedrag aan ieder van hen wordt uitgekeerd. De opdrachtgever wordt een bedrag toegekend ter grootte van 1/3 deel van het depot, zodat hij ook 1/3 deel van de rente zou moeten ontvangen. In de casus zou O dan € 5.000,- plus € 150,- ontvangen, aannemer A ontvangt € 10.000,- plus € 300,-. De vraag is echter met welke argumenten deze oplossing onderbouwd moet worden. De arbiter heeft in feite bepaald dat "het depot wordt vrijgegeven", zoals van hem wordt verlangd op grond van art. 7:768 BW. Dit artikel geeft de arbiter niet de mogelijkheid een deel van het depot aan de opdrachtgever vrij te geven. De uitspraak van de arbiter moet daarom waarschijnlijk als volgt worden gelezen: het gehele depot valt vrij aan de aannemer, echter deze is verplicht een schadevergoeding te betalen aan de opdrachtgever ten bedrage van € 5.000,-. Deze schadevergoeding moet ten laste van de aannemer uit het depotbedrag worden voldaan. Deze lezing van de uitspraak brengt mee dat het bedrag van de schadevergoeding pas vanaf de uitspraak toekomt aan de opdrachtgever. Het gehele *resterende* depotbedrag valt volgens de arbiter vrij aan de aannemer. Gezien deze formulering lijkt het erop dat het gehele bedrag dat nog bij de notaris in depot staat, inclusief de rente, aan de aannemer moet worden uitgekeerd en dat uitsluitend het bedrag van € 5.000,- *ten laste van de aannemer* aan de opdrachtgever moet worden betaald. Dat is ook verenigbaar met de uitleg die in situatie I is gegeven. Het zou voor de notaris en partijen beter werkbaar zijn indien dit met zoveel woorden in de uitspraak was opgenomen.

6. Situatie III: de opdrachtgever beroept zich op een opschortingsrecht

Aan wie de rente toekomt, is het meest onduidelijk in de situatie dat de opdrachtgever een beroep doet op zijn opschortingsrecht in de zin van art. 6:262 BW en geen uitspraak van een arbiter beschikbaar is. Dat is bijvoorbeeld aan de orde in de situatie dat de opdrachtgever het depot alsnog vrijgeeft. Aangezien de 5%-regeling de positie van de opdrachtgever beoogt te versterken, mag verondersteld worden dat diens positie niet slechter is dan bij een beroep op een opschortingsrecht in andere situaties dan bij een aannemingsovereenkomst. Degene die in een andere situatie zijn betaling opschort, houdt het betreffende bedrag op zijn eigen bankrekening. De rente over dit bedrag zal hij dus zelf ontvangen. Bij de 5%-regeling wordt een beroep op een opschortingsrecht echter pas gedaan in de fase dat het bedrag al aan de notaris is overgemaakt. Om de opdrachtgever minimaal een positie te geven die gelijkwaardig is aan die van degene die in een andere situatie opschort, zal de rente in ieder geval vanaf het beroep op het opschortingsrecht moeten toekomen aan de opdrachtgever.

Over de periode na het invoeren van het opschortingsrecht kan verschillend worden gedacht. Het vorenstaande pleit voor een rentevergoeding aan de opdrachtgever. Dit argument is echter ook te weerleggen: dat de 5%-regeling tot doel heeft de positie van de opdrachtgever te versterken, wil nog niet zeggen dat deze *in alle opzichten* moet worden versterkt. De opdrachtgever heeft tenslotte ook al de mogelijkheid het bedrag zonder opgaaf van redenen in depot te stellen. Deze bevoegdheid zou hij in andere situaties niet hebben. Als wordt aangenomen dat deze bevoegdheid opweegt tegen het renteverlies, is verdedigbaar dat het opschortingsrecht in het kader van de 5%-regeling niet noodzakelijk dezelfde gevolgen hoeft te hebben als in andere situaties. Bovendien wordt het depot, zoals hiervoor is gebleken, uiteindelijk aan de aannemer uitgekeerd, hetgeen ervoor pleit dat deze ook de rente ontvangt.

Zelf vind ik een rentevergoeding aan de opdrachtgever in deze situatie het meest verdedigbaar. Indien achteraf blijkt dat de opdrachtgever terecht een beroep op zijn opschortingsrecht heeft gedaan, is deze uitkomst redelijk. Blijkt het beroep achteraf onterecht gedaan, dan geeft art. 7:768 BW daarvoor de mogelijkheid van een schadevergoeding aan de aannemer aan. Deze wordt op grond van lid 4 gesteld op de wettelijke rente. Bovendien past deze oplossing het best bij de gedachte dat de 5%-regeling ooit is ontstaan als "stok achter de deur".

Er is echter nog een complicatie. De positie van de opdrachtgever ten aanzien van het depot is namelijk niet steeds dezelfde. Het verschil wordt veroorzaakt door de twee verschillende perioden die art. 7:768 BW kent.

Voorafgaand aan het beroep op een opschortingsrecht is er een periode die loopt vanaf de storting bij de notaris tot maximaal de datum waarop drie maanden zijn verstreken na de oplevering van de nieuwbouwwoning. In deze periode hoeft de opdrachtgever nog geen beroep te doen op een opschortingsrecht. Er hoeft zelfs geen sprake te zijn van (dreigende) gebreken aan de nieuwbouwwoning. Vervolgens breekt de tweede periode aan, die loopt vanaf het einde van de eerste periode tot het tijdstip van uitbetaling van het depot. In deze periode kan de opdrachtgever de betaling aan de aannemer niet meer zonder reden uitstellen: hij zal een beroep moeten doen op een opschortingsrecht. Daarvoor is vereist dat de aannemer zijn verbintenis uit de aannemingsovereenkomst niet nakomt, dan wel niet geheel of niet behoorlijk nakomt.

De tweede periode is hiervoor reeds besproken. Voor de eerste periode zijn twee redeneringen denkbaar:

1. De eerste periode wordt 'meegesleept' door de tweede periode. Indien wordt aangenomen dat de rente in de tweede periode aan de opdrachtgever moet worden vergoed, zou dit ook voor de eerste periode moeten gelden. De gedachte hierachter is wederom dat degene die in het kader van een aannemingsovereenkomst een opschortingsrecht invoert, geen slechtere positie zou moeten hebben dan degene die dat in verband met een andere overeenkomst doet.
2. Voor de eerste periode geldt hetzelfde als in situatie I: omdat het depot uiteindelijk aan de aannemer wordt uitgekeerd, dient deze ook de rente te ontvangen. De reden om de rente aan de opdrachtgever te vergoeden, is immers uitsluitend dat deze bij de invoering van het opschortingsrecht geen slechtere positie mag krijgen dan bij invoering van dit recht in andere situaties. Nu in de eerste periode het opschortingsrecht nog niet is ingeroepen, is er geen reden de rente niet aan de aannemer uit te keren.

Ook het onderscheid tussen de twee perioden dat het depot loopt, zorgt derhalve voor onduidelijkheden.

Voor het notariaat en cliënten is het wenselijk dat een duidelijke richtlijn bestaat voor de rentevergoeding. De vraag komt op of de aannemer, de opdrachtgever en de notaris dit onderwerp kunnen regelen in een depotovereenkomst. In beginsel is het sluiten van een dergelijke overeenkomst mogelijk, tenzij deze meebrengt dat ten nadele van de opdrachtgever van de wettelijke regeling wordt afgeweken. Aangezien in deze regeling over de rente niets is bepaald, is de stelling houdbaar dat niet ten nadele van de opdrachtgever wordt afgeweken indien een (deel van) de rente wordt toegewezen aan de aannemer. De aannemer en de opdrachtgever zouden vooruitlopend op

de depotovereenkomst met de notaris alvast kunnen afspreken aan wie een eventuele rentevergoeding door de notaris moet worden uitgekeerd.

7. Conclusie

Aan wie de rente toekomt over een depot in het kader van de 5%-regeling is niet geregeld. Het lijkt redelijk de rente aan de aannemer uit te keren indien de opdrachtgever geen beroep op zijn opschortingsrecht doet. In de gevallen waarin de opdrachtgever dat wel doet, is onduidelijk aan wie de rente toekomt. Nu de wet geen duidelijkheid biedt, is het aan te bevelen hierover tevoren afspraken te maken.