

Door de Hoge Raad is onlangs opnieuw voortgeborduurd op het inmiddels roemruchte arrest *Ontvanger/Hamm q.q.*¹ Was dat arrest uit 1997 pro boedelcrediteur, het arrest *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden* uit 2002 viel te kenschetsen als pro boedel. Nu, in het op 2 mei gewezen arrest *De Jong/Lasschuit q.q.*, slaat de slinger weer wat terug ten faveure van de crediteur.

mr. Herman J.E. Veerbeek

Advocaat te Utrecht, directeur Juridische Zaken van NMB-Heller NV en docent Ondernemingsrecht aan de Universiteit Utrecht



Grenzen aan ongerechtvaardigde boedelverrijking

Wederpartij van curator beschermd tegen restitutierisico

Door de Hoge Raad is recent weer voortgeborduurd op het inmiddels roemruchte arrest *Ontvanger/Hamm q.q.*² In dat arrest uit 1997 is een nieuwe, zeer bijzondere, preferente boedelvordering gecreëerd. Dit type boedelvordering wordt wel de superpreferente boedelvordering genoemd. Afweging van belangen tussen boedelcrediteur en boedel leidde in dat geval tot een uitspraak die *pro* boedelcrediteur te noemen is. De werking van deze uitspraak is in 2002 ingeperkt in het arrest *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden* dat qua inhoud juist *pro* boedel (en daarmee *pro* overige boedelcrediteuren) is.³ In het arrest *De Jong/Lasschuit q.q.* van 2 mei 2003 zwaait de Hoge Raad de slinger weer wat terug ten faveure van een mogelijke boedelcrediteur.⁴

'ONMISKENBARE VERGISSING'

Ontvanger/Hamm q.q. gaat over de verplichting van de curator om, indien (i) na faillietverklaring onverschuldigd aan de boedel is betaald en (ii) deze betaling berust op een 'onmiskenbare vergissing', uit de beschikbare middelen van de boedel een gelijk bedrag

terug te betalen.⁵ De Hoge Raad meent dat deze verplichting van de boedel tot terugbetaling een zeer bijzonder karakter heeft. In de eerste plaats brengt de aard van deze boedelverplichting⁶ mee dat de curator haar behoort na te komen (a) 'zo spoedig mogelijk', (b) zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten en (c) met voorbijgaan van andere boedelcrediteuren. Verder brengt de aard van deze boedelverplichting mee dat de curator, ondanks de ongevraagde trammelant voor de boedel, (d) geen bijdrage in de algemene faillissementskosten mag verlangen en (e) slechts de redelijke kosten die als gevolg van de onverschuldigde betaling en de terugbetaling zijn gemaakt in mindering mag brengen. Dit oordeel ten aanzien van de aard van deze boedelverplichting hangt de Hoge Raad op aan het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) en aan de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Omdat het hier in wezen gaat

om een rangregeling (vergelijk titel 10 van boek 3 BW), heeft de Hoge Raad met deze uitspraak aangegeven dat er ook in het goederenrecht plaats is voor redelijkheid en billijkheid.⁷

Als gevolg van deze rechtsregel staat de partij die onverschuldigd betaalt wegens een 'onmiskenbare vergissing' vrij sterk. Indien het onverschuldigd betaalde bedrag op een rekening van de failliet binnenkomt, is de bank niet gerechtigd tot verrekening en is het betaalde bedrag derhalve nog beschikbaar.⁸ Ook indien het onverschuldigd betaalde bedrag op de faillissementsrekening binnenkomt, zal terugbetaling in de regel niet een probleem zijn. Een 'over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht'⁹ zal immers betaling van de niet-prangende boedelcrediteuren uitstellen tot het moment van afwikkeling van het faillissement omdat pas dan vaststaat of sprake

Er mag geen premie bestaan op onmiskenbaar onrechtmatig handelen van de curator

is van een boedelfaillissement in welk geval een rangregeling tussen boedelcrediteuren moet worden gemaakt en de in rang gelijke boedelcrediteuren naar evenredigheid moeten worden voldaan.¹⁰ Op straffe van privé-aansprakelijkheid zal de curator dus zeer terughoudend zijn in het daadwerkelijk doen van betalingen van de faillissementsrekening vóór het moment van afwikkeling. Het Hof Arnhem heeft eind vorig jaar nog bepaald dat een curator die ondanks het onmiskenbare karakter van een vergissing, het onverschuldigd betaalde bedrag houdt en hieruit zijn salaris voldoet terwijl voorzienbaar is dat de boedel vervolgens niet meer in staat is tot terugbetaling, ook persoonlijk handelt in strijd met de in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheid en daarom ook privé aansprakelijk is.¹¹ Terugbetaling van hetgeen onverschuldigd is ontvangen op een faillissementsrekening zal dus meestal wel mogelijk zijn.

De superpreferentie is ook toegekend aan de boedelverplichting tot vergoeding van schade die het gevolg is van onrechtmatige handelingen van de curator die schade veroorzaken aan de positie van de separatist, zoals het onrechtmatig verkopen van stil verpande goederen.¹² Er mag geen premie bestaan op onmiskenbaar onrechtmatig handelen van de curator. Deze premie zou immers mede de curator als hoogpreferente boedelcrediteur ten goede komen. Een andere beslissing zou tot wantoestanden kunnen leiden.

'GERECHTELIJKE VERGISSING'

De superpreferente boedelvordering wegens onverschuldigde betaling is door de Hoge Raad in 2002 ingeperkt in *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*. Die zaak gaat over een vordering op de boedel tot terugbetaling van hetgeen aan de boedel was voldaan op grond van een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad verklaard was en welk vonnis in hogere instantie is vernietigd. De Hoge Raad meent dat de in eerste instantie veroordeelde partij die in hoger beroep het vonnis in eerste aanleg vernietigd ziet slechts een concurrente boedelvordering tot terugbetaling van het onverschuldigd betaalde heeft. In dit geval dus niet een vordering die (a) zo spoe-

dig mogelijk, (b) zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten en (c) met voorbijgaan van andere boedelcrediteuren, door de boedel moet worden terugbetaald. De Hoge Raad noemt in dit arrest het geval van een 'onmiskenbare vergissing' uit *Ontvanger/Hamm q.q.* een uitzondering ter vermijding van verrijking van de overige schuldeisers. Een (soms ook onmiskenbare) 'vergissing' van de rechter in eerste of tweede instantie wordt door de Hoge Raad niet gezien als een 'onmiskenbare vergissing' zodat geen sprake is van een superpreferente maar slechts van een concurrente boedelvordering. Door deze nuancering staat de partij die onverschuldigd betaalt wegens een 'vergissing' van de rechter vrij zwak omdat de vordering tot terugbetaling pas na de preferente boedelvorderingen (salaris curator, fiscaal en UWV) aan de beurt komt.

HET RESTITUTIERISICO

In het arrest *De Jong/Lasschuit q.q.* van 2 mei 2003 gaat het ook over een curator die in een gerechtelijke procedure veroordeling van de wederpartij heeft verkregen. Het Hof Den Haag heeft De Jong veroordeeld tot het betalen van circa 25.000 euro aan de boedel en het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard. In cassatie heeft De Jong bij incidentele conclusie gevorderd dat aan de uitvoerbaar bij voorraadverklaring de voorwaarde zal worden verbonden dat eerst door de curator zekerheid wordt gesteld voor de terugbetaling van dit bedrag, bijvoorbeeld in de vorm van een bankgarantie. Deze vordering wordt door de Hoge Raad toegewezen.

Dat de rechter, indien dit wordt gevorderd, een vonnis uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren is bepaald in art. 233 Rv. Dat kan, aldus dit artikel, 'tenzij uit de aard van de zaak anders voortvloeit'. Lid 3 van dat art. en art. 235 Rv bepalen dat de rechter daaraan de voorwaarde kan verbinden dat tot een door de rechter te bepalen bedrag zekerheid wordt gesteld. Dit instrument lijkt in het modern procesrecht zelden

te worden gebruikt omdat de rechter bij het beoordelen van de vraag of een vonnis uitvoerbaar bij voorraad moet worden verklaard, veelal een volledige afweging van belangen maakt en daarbij het restitutierisico meeweegt.

Door De Jong is aangevoerd dat indien het geschil in de hoofdzaak uiteindelijk in zijn voordeel wordt beslist, hij zal zijn opgescheept met 'een bijkans onverhaalbare vordering'. Dit lijkt een waarheid als een koe, gezien de rechtsregel uit het arrest *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden* en de statistisch naar het schijnt geringe kans op algehele voldoening van alle concurrente boedelvorderingen bij afwikkeling van faillissementen. Zoals wel vaker in de rechtspraak heeft de curator zich tegen de vordering tot zekerheidstelling enkel verweerd met de stelling

naar omgekeerde evenredigheid
Stel ik voor van inlasseringsvermogen.



dat De Jong het restitutierisico 'op geen enkele wijze gemotiveerd (heeft) onderbouwd'. En passant laat de curator nog weten dat hij het voornemen heeft om het faillissement direct na ontvangst van de betaling door De Jong af te wikkelen en dat die afwikkeling niet zal worden uitgesteld totdat door de Hoge Raad in de hoofdzaak zal zijn beslist. De curator geeft (impliciet) nog een inkijkje in de toestand van de boedel: zonder de betaling door De Jong is er geen ruimte voor zekerheidstelling. De Hoge Raad, anders dan de A-G, volgt de stelling

van De Jong. De Hoge Raad meent dat het op de weg van de curator had gelegen om meer inzicht te geven in het risico van De Jong dat hij, indien hij alsnog in de hoofdzaak in het gelijk gesteld wordt, niet daadwerkelijk terugbetaald zal worden. Omdat de curator over de meest recente gegevens inzake de toestand van de boedel beschikt en de curator voor het afwickelen van het faillissement slechts wacht op voldoening van hetgeen betaalbaar is op grond van het arrest van het hof, had de curator, volgens de Hoge Raad, 'aanstonds opheldering' kunnen en ook moeten verschaffen met betrekking tot dit restitutierisico. Volgens de Hoge Raad moet er in deze zaak vanuit gegaan worden dat de curator 'ingeval zijn vordering op De Jong uiteindelijk alsnog wordt afgewezen, niet in staat zal zijn tot (algehele) terugbetaling van hetgeen De Jong uit hoofde van het arrest van het hof verschuldigd is'. De toewijzing van De Jongs vordering hangt de Hoge Raad op aan afweging van 'de wederzijdse belangen', een afweging die het hof kennelijk niet (goed) gemaakt heeft.

VERGELIJKING MET BESTAANDE RECHTSPRAAK

Deze uitspraak wijkt af van de jurisprudentie op het punt van incasso van boedelvorderingen en het leggen van beslag tot zekerheid voor de nakoming van boedelvorderingen. De Jong is een crediteur met een voorwaardelijke concurrente boedelvordering. Zijn vordering is voorwaardelijk want onder de voorwaarden (i) dat hij de boedel betaalt op grond van het arrest van het hof en (ii) dat hij in de hoofdzaak alsnog gelijk krijgt. Zijn boedelvordering is concurrent (en niet superpreferent) op grond van de rechtsregel van *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*. Het fixatiebeginsel laat in beginsel onverlet de mogelijkheid voor boedelcrediteuren om hun vordering te incasseren of om door beslag te leggen ten laste van de boedel zekerheid te verkrijgen.¹³

Uit jurisprudentie van lagere rechters van de laatste jaren blijkt dat van de boedelcrediteur kan worden verlangd dat hij afwikkeling van de boedel afwacht indien nog niet is te overzien of alle boedelschulden kunnen worden voldaan.¹⁴ In het geval De Jong

wordt een concurrente boedelcrediteur wél zekerheid gegund. Dit verschil kan worden gerechtvaardigd door het feit dat De Jong nog geen boedelcrediteur is maar dat hij, gedwongen door het arrest van het hof (een rechterlijke beslissing die mogelijk een 'vergissing' is), voorwaardelijk boedelcrediteur moet worden.

UITVOERBAAR BIJ VOORRAAD?

Een enge interpretatie van het arrest *De Jong/Lasschuit q.q.* is dat indien in een dergelijk geval de curator maar stelt dat hij met afwikkeling van de boedel zal wachten totdat definitief in de hoofdzaak zal zijn beslist, het mogelijk is dat een voor de boedel gunstig vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard wordt zonder dat door de boedel zekerheid behoeft te worden gesteld. Dit lijkt mij niet juist. Ik meen dat de rechtsregel uit *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden* met zich brengt dat een vonnis in een zaak waarbij de faillissementsboedel is betrokken als procespartij in beginsel niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard kan worden (althans niet zonder dat zekerheid wordt geboden voor het restitutierisico zoals in het geval *De Jong/Lasschuit q.q.*).

Ik heb twee argumenten om deze stelling nader te onderbouwen. In de eerste plaats kan een beroep worden gedaan op de bewoordingen van art. 233 Rv. Dat artikel stelt dat uitvoerbaar bij voorraadverklaring kan 'tenzij uit de wet of de aard van de zaak anders

voortvloeit'. Indien een faillissementsboedel procedeert moet in de regel worden aangenomen worden dat 'de aard van zaak' meebrengt dat het uitvoerbaar bij voorraad verklaren niet kan. De curator (op wiens naam de boedel procedeert) is immers een zonderling in het procesbedrijf en verdient als zodanig ook uitzonderlijke behandeling. De gevolgen van het arrest *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden* rechtvaardigen een uitzonderlijke behandeling.

Het tweede argument is dat afweging van belangen in beginsel tot de conclusie moeten leiden dat de vordering van de curator tot uitvoerbaar bij voorraadverklaring van het vonnis moet worden geweigerd. De curator zal immers in de regel niet echt een cashflowbelang hebben bij onmiddellijke betaling (behoudens wellicht het geval waarin de curator de onderneming van failliet laat doordraaien). Bovendien, indien door de curator toch moet worden gewacht met afwikkeling van het faillissement totdat definitief in de hoofdzaak zal zijn beslist, heeft de boedel geen ander redelijk rechtens te respecteren belang bij uitvoerbaarverklaring bij voorraad (het belang van afdekking van het risico van insolventie van de wederpartij kan door zekerheidstelling worden opgelost). Het enige belang lijkt het ten behoeve van de (overige) boedelcrediteuren, waaronder de curator zelf, verwerven van de kans op wat de *Komdeur q.q./Nationale*

Nederlanden-premie genoemd zou kunnen worden.

Honorering van dat belang kan leiden tot ongerechtvaardigde boedelverrijking. Het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* is uitdrukkelijk gemotiveerd met

het argument dat ongerechtvaardigde boedelverrijking vermeden moet worden. In die geest moet naar mijn mening in de toekomst met dergelijke gevallen omgegaan worden.

Een wettelijke regeling van boedelvorderingen kan de stroom van procedures over dit onderwerp indammen



dat krijg je als je zomaar je
neus ergens insteekt...



BESCHERMING VAN DE BOEDEL

Bovenstaande zou overigens kunnen betekenen dat ook de boedel bescherming kan vragen tegen een vordering tot uitvoerbaar bij voorraadverklaring. Ik realiseer mij dat het vandaag de dag voorkomt dat vonnissen waarbij de boedel is veroordeeld uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. De curator kan tegen een dergelijke vordering aanvoeren dat verwacht mag worden dat hij als curator goed op de centen zal passen hangende de rechtsstrijd. Het boedelvermogen wordt zo niet voortijdig verzwakt en de boedel loopt geen restituterisico.

Er kan in de regel rustig met betalen door de boedel worden gewacht totdat definitief in de hoofdzaak is beslist, of wellicht zelfs tot het moment van afwikkeling van het faillissement na zo'n eindbeslissing. Dit laatste zou in lijn zijn met de hiervoor bedoelde jurisprudentie over incasso van en beslaglegging voor boedelvorderingen. Deze bescherming van de boedel tegen uitvoerbaar bij voorraadverklaring zou zelfs kunnen gelden indien in de bestreden uitspraak door de rechter een superpreferente vordering is geconstateerd. Dat is dan niet meer een vordering die (a) 'zo spoedig mogelijk', (b) zonder de afwikkeling

van de boedel af te wachten en (c) met voorbijgaan van andere boedelcrediteuren moet worden voldaan. De superpreferente vordering kan als zodanig blijven bestaan maar de crediteur van die vordering moet geduld hebben en wachten op het laatste rechterlijk oordeel in de hoofdzaak, en misschien zelfs wel op afwikkeling van het faillissement. Dit geldt alleen indien en zolang de curator het bestaan van deze superpreferente vordering betwist. Indien een superpreferente vordering die niet wordt betaald wegens betwisting, lijkt mij de rentepost overigens eveneens superpreferent.

NAAR EEN WETTELIJKE REGELING

Het komt niet (alleen) omdat het meestal

advocaten zijn die tot curator worden benoemd dat er zoveel wordt geprocedeerd door en tegen curatoren. Een belangrijke reden is de onduidelijke wetgeving. Eind 2001 heeft de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht (de werkgroep Raaymakers) aanbevolen om de Faillissementswet te verhelderen en te verbeteren en in dat kader voorgesteld om de boedelvorderingen in de wet te regelen.¹⁵ Het kabinet heeft de aanbevelingen van het eindrapport overgenomen en in april 2003 is de Staatscommissie Insolventierecht benoemd die onder leiding van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann moet werken aan concrete wetgeving.¹⁶

Een wettelijke regeling van boedelvorderingen kan de stroom van procedures over dit onderwerp indammen. Wellicht kunnen door een heldere regeling in de wet van boedelvorderingen, meer procedures over processuele kwesties, zoals in de zaak *De Jong/Lasschuit q.q.* het geval was, worden voorkomen. Het zijn juist de 'armere' boedels ten aanzien waarvan nu via de rechter duidelijkheid wordt gezocht. De 'boedelverarming' die hiervan gevolg is moet zo spoedig mogelijk worden gestopt.

NOTEN

- HR 5 september 1997, NJ 1998, 437, en JOR 1997, 102, met noot De Liagre Böhl (*Ontvanger/Hamm q.q.*).
- HR 5 september 1997, NJ 1998, 437, en JOR 1997, 102, met noot De Liagre Böhl (*Ontvanger/Hamm q.q.*).
- HR 7 juni 2002, JOR 2002, 147, met noot Boekraad (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*).
- HR 2 mei 2003, NJB 2003, p. 1083, en RvdW 2003, 89 (*De Jong/Lasschuit q.q.*).
- Zie voor de algemene verplichting tot terugbetaling van hetgeen onverschuldigd is betaald art. 6:203 BW.
- Mendel meent dat de Hoge Raad begrippen als 'de aard van...' nader dient in te vullen, zie: Mendel, M.M., *Motiveren met 'de aard van de overeenkomst' en de 'aard van de rechtsregel'*, Deventer, Kluwer, 2003.
- Zie hierover dat leerstuk: Feseveur, *Redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht*, in: *WPNR* 2002, p. 29-39.
- HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 (*Postgiro/Voute q.q.*).
- Dit criterium voor de zorgvuldigheidsnorm die geldt voor de curator op straffe van privé-aansprakelijkheid is ontleend aan HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (*Maclou/Van Schuppen q.q.*).
- Regels gebaseerd aan HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).
- Hof Arnhem 26 november 2002, JOR 2003, 46.
- Hof Amsterdam 28 mei 1998, JOR 1999, 13, met noot Boekraad.

- Blijkens onder meer HR 14 juni 1991, NJ 1991, 630 (*Jurgens q.q./Y*) geeft een boedelschuld een onmiddellijke aanspraak op de boedel en volgens oude rechtspraak, waaronder HR 28 november 1930, NJ 1931, 253 (*Hermans q.q./Teixeira de Mattos*), kan in beginsel wel beslag onder de boedel worden gelegd.
- Als grondslag hiervoor kan worden genoemd: HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*); in recentere lagere rechtspraak wordt incasso van of beslag tot zekerheid voor een boedelvordering in de regel niet toegestaan; zie voor een recent geval waarin een vordering tot betaling van een concurrente boedelvordering wegens onverschuldigde betaling werd afgewezen en werd aangegeven dat afwikkeling moet worden afgewacht: Voorzieningenrechter Roermond 18 maart 2003, JOR 128, met noot Wessels; zie voor een geval waarin opheffing van beslag gelegd tot zekerheid voor een boedelvordering werd bevolen: Pres. Rb. Breda 4 maart 1994, KG 1994, 119, met noot Verstijlen.
- De tekst van het eindrapport van de Werkgroep Modernisering Faillissementsrecht Tweede Fase van oktober 2001 en de brief van de Minister van Justitie waarbij dit rapport wordt aangeboden aan de Tweede Kamer van 3 december 2001 (en waarin de werkgroep de Werkgroep *Herziening Faillissementsrecht* wordt genoemd) zijn te vinden op www.minez.nl/faillissementswet.

- Besluit Instelling Commissie Insolventierecht, 3 april 2003/Nr.03.001469, *Stcr.* 2003, 80, p. 8 (herplaatsing van *Stcr.* 2003, 76, p. 12) en Besluit Benoeming Leden Commissie Insolventierecht, 3 april 2003/Nr.03.001469, *Stcr.* 17 april 2003, p. 11.