
**De kwaliteitsrekening:
niet voor iedereen
en verder: afwikkeling van een
negatieve faillissementsboedel**
HR 13 juni 2003, RvdW 2003, 108 (ProCall)

Inleiding

Op 13 juni jongstleden heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen over de kwaliteitsrekening. Kort gezegd heeft de Hoge Raad beslist dat, zolang de wetgever niet anders heeft bepaald, de mogelijkheid om gebruik te maken van een kwaliteitsrekening is voorbehouden aan de notaris, de gerechtsdeurwaarder, de advocaat en de accountant. In de luwte van de beschouwingen over de reikwijdte van de toepasbaarheid van de kwaliteitsrekening bevat het arrest ook een belangrijke beslissing voor de faillissementspraktijk, meer in het bijzonder voor de wijze waarop een faillissement met een zogenaamde negatieve boedel moet worden afgewikkeld. Beide aspecten van het arrest zullen in deze bijdrage aan bod komen.

De kwaliteitsrekening

Kenmerkend voor een kwaliteitsrekening (ook wel 'derdenrekening' genoemd) is dat uit de tenaamstelling blijkt dat zij door de rekeninghouder wordt aangehouden om gelden voor derden te beheren. De bedoeling is dat deze gelden (de aanspraken jegens de bank) geen deel gaan uitmaken van het vermogen van de rekeninghouder dat vatbaar is voor verhaal door zijn schuldeisers. De kwaliteitsrekening met dat rechtsgevolg is als rechtsfiguur voor het eerst door de Hoge Raad aanvaard in het beroemde Slis-Stroom-arrest (HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 m.nt. WMK). In een overweging ten overvloede aanvaardde de Hoge Raad daarin de mogelijkheid van een bijzondere notariële kwaliteitsrekening, geopend voor één transactie. Sindsdien is de kwaliteitsrekening in de literatuur een dankbaar onderwerp van discussie gebleken. Deze discussie concentreert zich voornamelijk rond drie vragen:

1. Is het ook mogelijk een generieke kwaliteitsrekening aan te houden, waarop gelden ter zake van meerdere transacties kunnen worden beheerd zonder dat zij deel gaan uitmaken van het voor verhaal vatbare vermogen van de rekeninghouder?
2. Wat is het rechtskarakter van de kwaliteitsrekening? Meer in het bijzonder speelt in dit verband de vraag wie de rechthebbende is van de vordering op de bank.
3. Is de mogelijkheid om een kwaliteitsrekening aan te houden voorbehouden aan de notaris en beroepsbeoefenaren met een vergelijkbare maatschappelijke functie, of kan in beginsel iedereen een kwaliteitsrekening aanhouden?

De derde vraag stond centraal in het onderhavige arrest. Alvorens daar nader op in te gaan, zal ik in eerst nog even kort stil staan bij de eerste twee vragen waarover de wetgever en de Hoge Raad zich al in een eerder stadium hadden uitgelaten.

**Ad 1. De generieke kwaliteitsrekening:
art. 25 Wnot en art. 19 Gdw**

Zoals gezegd aanvaardde de Hoge Raad in het Slis-Stroom-arrest het principe van de bijzondere, voor één specifieke transactie geopende kwaliteitsrekening van een notaris. Daarmee was nog niet duidelijk of het ook mogelijk was een generieke kwaliteitsrekening aan te houden waarop gelden worden beheerd ter zake van verschillende transacties. Tot het onderhavige arrest had de Hoge Raad zich over deze vraag nog nooit uitgelaten. De wetgever daarentegen heeft nog niet zo lang geleden de generieke kwaliteitsrekening van de notaris en van de gerechtsdeurwaarder aanvaard. Art. 25 van de nieuwe Wet op het Notarisambt (Wnot) (Stb. 1999, 190) bevat een regeling voor een dergelijke algemene notariële kwaliteitsrekening. Een vrijwel gelijklopende regeling vindt men in art. 19 van de vernieuwde Gerechtsdeurwaarderswet (Gdw) (Stb. 2001, 70) voor de generieke kwaliteitsrekening van een gerechtsdeurwaarder.

Ad 2. Rechtskarakter van de kwaliteitsrekening

In genoemde regelingen heeft de wetgever ook het rechtskarakter van de door de notaris en de gerechtsdeurwaarder aan te houden generieke kwaliteitsrekening nader gedefinieerd. Dat gebeurde op een moment waarop over het rechtskarakter van de kwaliteitsrekening al druk werd gediscussieerd en dan met name over de vraag in wiens vermogen de vordering valt die uit hoofde van een tegoed op de kwaliteitsrekening jegens de bank bestaat. Kort gezegd zijn er in de literatuur twee opvattingen te

onderscheiden (zie voor literatuurverwijzingen de conclusie van A-G Verkade voor het onderhavige arrest, nr. 4.9). Volgens de ene opvatting is de rekeninghouder rechthebbende van de vordering op de bank, maar vormt deze vordering een van het overige vermogen van de rekeninghouder afgescheiden vermogensbestanddeel waarop geen verhaal mogelijk is door de crediteuren van de rekeninghouder; in geval van faillissement van de rekeninghouder valt deze vordering dan ook niet in de failliete boedel. In de andere opvatting is niet de rekeninghouder de schuldeiser van de vordering op de bank, maar de derden voor wie de op de kwaliteitsrekening gestorte gelden uiteindelijk zijn bestemd (ook wel de belanghebbenden genoemd). Tussen de belanghebbenden bestaat in deze opvatting een gemeenschap. Van een afgescheiden vermogen is in dit geval geen sprake, daar de vordering op de bank in het geheel niet in het vermogen van de rekeninghouder valt en reeds om die reden niet vatbaar is voor verhaal door de schuldeisers van de rekeninghouder.

De wetgever heeft de generieke kwaliteitsrekening van de notaris en de gerechtsdeurwaarder in art. 25 Wnot en 19 Gdw ingericht volgens de laatste opvatting. Dat betekent dus dat de gelden die zijn gestort op een algemene kwaliteitsrekening van een notaris of een gerechtsdeurwaarder gemeenschappelijk toebehoren aan de belanghebbenden. Bij de verdeling hebben zij ieder een voorwaardelijk recht op toedeling van de vordering op de bank. Gaat het om de kooppenningen die door de koper van onroerend goed zijn gestort op de kwaliteitsrekening van de notaris die het transport verzorgt, dan heeft de verkoper het recht van toedeling van de vordering op de bank uit hoofde van de kwaliteitsrekening ten belope van de kooppenningen, zulks echter onder de voorwaarde dat – kort gezegd – het transport plaatsvindt. De koper komt hetzelfde recht toe onder de voorwaarde dat het transport niet plaatsvindt. In zijn arrest van 12 januari 2001, NJ 2002, 371 m.nt. HJS (Koren q.q./Tekstra q.q.) oordeelde de Hoge Raad dat dezelfde regeling geldt voor de gelden die zijn gestort op een bijzondere (voor één transactie geopende) kwaliteitsrekening van een notaris. De vraag is of daarmee de discussie in de literatuur over het rechtskarakter van de kwaliteitsrekening definitief is beslecht. A-G Verkade blijkt daar wel van uit te gaan in zijn conclusie voor het onderhavige ProCall-arrest (nr. 4.10). Kortmann (TvI 2000/2, p. 47) en Faber (NbBW 2001, p. 49-50), die beiden kritiek hebben op het systeem waarvoor de wetgever in art. 25 Wnot en 19 Gdw heeft gekozen, menen evenwel dat het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Koren q.q./Tekstra q.q. zich niet zonder meer uitstrekt tot de bijzondere of generieke kwaliteitsreke-

ningen van anderen dan de notaris en de gerechtsdeurwaarder. Andere houders van kwaliteitsrekeningen zouden naar hun oordeel dus nog steeds de vrijheid hebben een kwaliteitsrekening anders in te richten: in het bijzonder door overeen te komen dat de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening toebehoort aan de rekeninghouder. De veronderstelling die hieraan ten grondslag ligt, is dat de kwaliteitsrekening niet is voorbehouden aan notarissen en gerechtsdeurwaarders, maar dat in beginsel iedereen een kwaliteitsrekening kan aanhouden.

Ad. 3 Kan iedere (rechts)persoon een kwaliteitsrekening aanhouden?

Daarmee zijn we aanbeland bij de meest principiële vraag: kan iedereen een kwaliteitsrekening aanhouden? Kan een makelaar die bemiddelt bij de totstandkoming van huurovereenkomsten een kwaliteitsrekening aanhouden waarop hij in opdracht van huurders en verhuurders waarborgsommen beheert, zonder dat deze gelden vallen in het voor verhaal vatbare vermogen van de makelaar? Kan een assurantiekantoor een kwaliteitsrekening gebruiken voor de incassering van verzekeringspenningen ten behoeve van haar klanten? En de belastingadviseur, die belastingteruggaven incasseert voor zijn klanten? Kan de penningmeester van een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid door middel van een kwaliteitsrekening gelden van de vereniging beheren, met het rechtsgevolg dat de gelden op die rekening in geval van een persoonlijk faillissement van de penningmeester niet in de boedel vallen? En wat te denken van het incassobureau dat de facturering en incassering verzorgt voor een andere instelling? Dat laatste was in onderhavige zaak aan de orde.

De feiten in de ProCall-zaak; het geding bij de rechtbank en het hof

ProCall is een incassobureau dat de facturering en incasso verzorgde voor de coöperatieve vereniging 'Coöperatie Vrijgevestigde Geneeskundigen Beatrixziekenhuis B.A.', hierna gemakshalve aangeduid als de Coöperatie. Het was oorspronkelijk de bedoeling dat ProCall de betalingen door de patiënten van de Coöperatie zou incasseren via een telebankierrekening bij de Generale Bank op naam van de Coöperatie. Toen dat niet mogelijk bleek, omdat de Generale Bank niet in staat was om ProCall online-toegang te verlenen op een rekening die ten name van de Coöperatie zou zijn gesteld, kozen partijen voor een andere constructie: ProCall opende een rekening bij de bank op haar naam, maar aan die tenaamstelling werd toegevoegd 'inzake Coöperatie Beatrix'. Op

deze rekening zijn uitsluitend betalingen ontvangen van patiënten van de Coöperatie. Deze betalingen werden gedaan door middel van acceptgiro's waarop als begunstigde stond vermeld 'Coöperatie Beatrixziekenhuis Gorichem' alsmede 'ProCall Factureerdiensten bv Inzake Coöperatie Beatrixziekenhuis'. Op 10 december 1997 werd ProCall failliet verklaard. Op de rekening bij de Generale Bank stond toen een positief saldo van ruim f 72.000. Nadien is het saldo nog opgelopen tot ruim f 173.000.

De curator van ProCall stelde zich op het standpunt dat dit saldo behoorde tot het failliete vermogen van ProCall, zodat de crediteuren van ProCall zich daarop konden verhalen. De Coöperatie meende evenwel dat de desbetreffende rekening gekwalificeerd moest worden als een kwaliteitsrekening, met als gevolg dat het saldo niet in de failliete boedel van ProCall viel.

Rechtbank Utrecht stelde de Coöperatie in het gelijk (zie Rb. Utrecht 24 november 1999, JOR 2000/61 m.nt. JJvH). Volgens de rechtbank beantwoordde de gekozen constructie aan de voorwaarden die de Hoge Raad in het Slis-Stroom-arrest had geformuleerd voor het aannemen van een kwaliteitsrekening. De rechtbank verwierp voorts de stelling van de curator dat een kwaliteitsrekening slechts mogelijk is ten aanzien van gelden die naar aanleiding van één specifieke transactie worden beheerd door een derde in zijn kwaliteit. De rechtbank zag bovendien geen reden om de rechtsfiguur van de kwaliteitsrekening slechts toe te staan indien de houder van de kwaliteitsrekening behoort tot een bepaalde beroepsgroep, zoals notarissen en advocaten.

Hof Amsterdam oordeelde in hoger beroep echter dat van een kwaliteitsrekening geen sprake was (zie Hof Amsterdam 3 mei 2001, JOR 2002/84 m.nt. S. Steneker). Het hof kende daarbij onder meer belang toe aan het feit dat ProCall geen bijzondere vertrouwenspositie bleek te hebben tussen de Coöperatie en haar patiënten.

Oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad volgt het oordeel van het hof. Daarbij leunt hij zwaar op de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de huidige (vernieuwde) Wnot. De Hoge Raad citeert onder meer de volgende passage uit de memorie van toelichting (Kamerstukken II, 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 28):

'Gekozen is voor het stelstel van een "generale kwaliteitsrekening". Gevolg is dat de onderhavige der-

den een positie krijgen die hen bevoorrecht boven andere schuldeisers van de notaris, zowel in privé als in kwaliteit, zoals bijv. hen jegens wie de notaris aansprakelijk is uit wanprestatie, onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling. Dat de onderhavige groep derden een separatisten-positie wordt toegekend, spreekt niet vanzelf, vergl. HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 [Slis-Stroom, GAJB], 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, dat deze gelden afgescheiden houdt van zijn eigen vermogen.’

Vervolgens haalt de Hoge Raad een passage aan uit de mondelinge behandeling in de Eerste kamer, waarin de staatssecretaris – naar aanleiding van een artikel van Kortmann en Faber in WPNR 1998 (6303) p. 137 e.v. – stelde (Handelingen I, 23 maart 1999, p. 24-1056-1057):

‘Overigens lijkt mij zeer wel denkbaar dat de nu in art. 25 voorgestelde regeling een voorbeeldkarakter zal kunnen hebben voor een algemene regeling in het BW. Een probleem zal wel zijn wie voor een dergelijke regeling in aanmerking moet kunnen komen. In het voorstel van Kortmann en Faber wordt aan “een ieder die gelden beheert die voor een of meer belanghebbenden zijn bestemd” de mogelijkheid gegeven een kwaliteitsrekening aan te houden. Dat is dus niet beperkt tot vrije beroepsbeoefenaren of anderen die bijvoorbeeld in de uitoefening van hun bedrijf een dergelijke rekening nodig hebben. Dat roept ook praktische bezwaren op die het gevolg zijn van het onbeperkt scheppen van separatistenposities door middel van trustfiguren, waardoor bepaalde schuldeisers zich een sterkere positie kunnen verschaffen dan de andere. Dat kan op gespannen voet komen te staan met het zorgvuldig afgewogen en met waarborgen voor derden omklede stelsel van voorrechten en zakelijke zekerheden. De ervaring leert dat figuren zoals de trust, waarmee men vermogens voor schuldeisers kan afschermen, vaak worden gebezigd voor afscherming tegen verhaal voor vorderingen van de overheid terzake van belastingen en premies. Bij de voorbereiding van een algemene regeling zal dan ook zeker het ministerie van Financiën betrokken worden.’

De Hoge Raad wijst er ten slotte op dat de staatssecretaris bij de behandeling van de huidige (vernieuwde) Gerechtsdeurwaarderswet – in vervolg op een door hem bij de behandeling van de Wet op het Notarisambt gedane toezegging voor een nadere studie over een algemeen vermogensrechtelijke regeling van de kwaliteitsrekening in Boek 3 BW – een tweetal deelonderzoeken heeft toegezegd: ten eerste een theoretisch onderzoek naar de vraag wat het toepassingsgebied van een dergelijke regeling zou moeten zijn en ten tweede een evaluatie van de ervaringen in de praktijk met de nieuwe regelingen van art. 25 Wnot en art. 19 Gdw. Daaraan voegde de staatssecretaris in een brief aan de Tweede Kamer van 26 november 2001 nog toe dat bedoelde evaluatie pas in 2005 zal kunnen beginnen en dat met de beantwoording van de vraag of het aanbeveling verdient een algemene vermogensrechtelijke regeling van de derdenrekening in het BW op te nemen, zal worden gewacht op de resultaten van die evaluatie.

Met inachtneming van deze ‘signalen’ van de zijde van de wetgever, komt de Hoge Raad in de zaak tussen de curator van ProCall en de Coöperatie tot het volgende oordeel (r.o. 3.4):

‘Aanvaarding van een kwaliteitsrekening betekent dat een uitzondering wordt gemaakt op het (...), 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 zijn hiervoor in 3.3.1 aangehaalde arrest [Slis-Stroom, GAJB] 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 (...) geval heeft voortgebouwd, daarbij onderstrepd 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 gerechtsdeurwaar-

ders. 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 al 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 (...) 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 (...) 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 (...).

Analyse en commentaar

Het arrest brengt op een aantal punten duidelijkheid. In de eerste plaats natuurlijk dat het aanhouden van een kwaliteitsrekening vooralsnog is voorbehouden aan notarissen, gerechtsdeurwaarders, advocaten en accountants. Deze beslissing is instemmend ontvangen door Wolfert (WPNR (2003) 6541, p. 559 e.v.), maar bekritiseerd door Schoordijk (WPNR 2003 (6541) p. 557-558) en door Kortmann en Steneker in hun noot onder dit arrest in JOR 2003/209. Laatstgenoemde schrijvers wijzen erop dat de motivering van de Hoge Raad niet correct is. De Hoge Raad stelt (in navolging van de staatssecretaris en de A-G) dat de aanvaarding van de kwaliteitsrekening betekent dat een uitzondering wordt gemaakt op het in art. 3:276 BW verankerde uitgangspunt dat een schuldenaar in beginsel met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden tegenover al zijn schuldeisers. Dat impliceert dat de Hoge Raad meent dat aanvaarding van de kwaliteitsrekening vermogensaf-scheiding tot gevolg heeft. Nu evenwel de wetgever in

art. 25 Wnot en 19 Gdw en de Hoge Raad in het arrest Koren q.q./Tekstra q.q. de belanghebbenden bij een kwaliteitsrekening hebben aangeduid als gemeenschappelijk rechthebbenden van de vordering op de bank, zodat die vordering überhaupt niet in het vermogen van de rekeninghouder valt, is van een afscheiding van een vordering van het overige vermogen van de rekeninghouder geen sprake. De verwijzing naar art. 3:276 BW is vanuit dogmatisch oogpunt derhalve minder juist. Is de uitspraak daarmee onbegrijpelijk? Zo ver zou ik niet willen gaan. De juridische redenering mag misschien te wensen over laten; duidelijk is wel dat de regering zich afvraagt of een ongelimiteerde toepasbaarheid van de kwaliteitsrekening misbruik in de hand zou kunnen werken. Dat is op zichzelf een gerechtvaardigde vraag en nu de regering zich zo expliciet heeft uitgesproken daar verder onderzoek naar te willen doen, is het niet onbegrijpelijk dat de Hoge Raad daar niet op vooruit heeft willen lopen. Van de wetgever mag dan overigens wel de nodige voortvarendheid worden verwacht.

Wat zegt de uitspraak verder over het rechtskarakter van de door een advocaat of een accountant aangehouden derdenrekening en over de daaraan te verbinden voorwaarden? In dat verband is van belang dat de Hoge Raad het voor mogelijk houdt dat advocaten en accountants zonder specifieke wetgeving een kwaliteitsrekening aanhouden, juist omdat dat 'aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen'. In dat verband spreekt de Hoge Raad uitdrukkelijk van 'overeenkomstige toepassing' van de regeling opgenomen in art. 25 Wnot en art. 19 Gdw. Het komt mij voor dat gelet op deze overwegingen de door advocaten en accountants aangehouden kwaliteitsrekeningen (vooralsnog) zullen moeten voldoen aan dezelfde voorwaarden als in art. 25 Wnot en art. 19 Gdw worden gesteld ten aanzien van de generieke kwaliteitsrekeningen van de notaris en de gerechtsdeurwaarder. Dat betekent dus ook dat advocaten en accountants niet, zoals Kortmann nog meende in zijn noot onder het arrest Koren q.q./Tekstra q.q. (TvI 2001/2, p. 47), de vrijheid hebben hun kwaliteitsrekeningen zodanig in te richten dat de vordering uit hoofde van de kwaliteitsrekening op de bank toekomt aan de advocaat of accountant. Ook ten aanzien van de door advocaten en accountants aangehouden derdenrekeningen geldt derhalve dat degenen ten behoeve van wie de rekening wordt aangehouden, gezamenlijk rechthebbenden zijn van de vordering op de bank.

Met dit arrest is ten slotte ook duidelijk geworden dat in de gevallen waarin aanvaarding van een kwaliteitsreke-

ning is toegestaan, deze mogelijkheid zich niet beperkt tot de bijzondere kwaliteitsrekening, maar dat ook de generieke kwaliteitsrekening is toegestaan. Dat volgde, als gezegd, voor de notaris en de gerechtsdeurwaarder al uit de art. 25 Wnot en art. 19 Gdw. Nu de Hoge Raad de regelingen van deze bepalingen analoog toepasbaar acht op de kwaliteitsrekening van de advocaat en de accountant, moet ten aanzien daarvan hetzelfde worden aangenomen.

Hiermee zijn de belangrijkste vragen rond de kwaliteitsrekening, door de rechter althans, wel beantwoord. Het woord is thans aan de wetgever, nu van regeringszijde een (her)bezinning is aangekondigd op het nut van een algemene regeling van de kwaliteitsregeling zodra de resultaten bekend zijn van de in 2005 aan te vangen evaluatie van de regelingen van art. 25 Wnot en art. 19 Gdw. In dat verband zal de discussie in de literatuur over de reikwijdte van de toepasbaarheid van de kwaliteitsrekening en het rechtskarakter daarvan ongetwijfeld worden voortgezet.

Betekenis van het arrest voor de afwikkeling van een negatieve faillissementsboedel

Hoewel de kwaliteitsrekening centraal stond, heeft de Hoge Raad in het onderhavige arrest – en passant lijkt het wel – voorts een belangrijke beslissing genomen op het gebied van het faillissementsrecht, meer in het bijzonder over de afwikkeling van een faillissement met een negatieve boedel. Daarvan is sprake wanneer het actief niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen.

Bij boedelschulden denke men aan schulden die – kort gezegd – kunnen worden toegerekend aan de afwikkeling van het faillissement. Voorbeelden zijn het salaris van de curator, contractuele verplichtingen die de curator jegens derden aangaat en fiscale schulden die bij de afwikkeling van het faillissement ontstaan. Sommige schulden zijn door de wetgever als boedelschulden aangemerkt (vgl. o.a. art. 24, 39 en 40 Fw). Boedelschulden geven een onmiddellijke aanspraak op de boedel; zij moeten in beginsel onmiddellijk door de curator worden voldaan. Dat staat overigens niet expliciet in de wet, maar het blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet en het volgt ook uit het systeem van die wet. Art. 26 Fw, dat bepaalt dat rechtsoverdrachten die voldoening van verbintenissen uit de boedel ten doel hebben gedurende het faillissement op geen andere wijze kunnen worden ingesteld dan door aanmelding ter verificatie, richt zich niet tot de boedelschuldeisers. Boedelschuldeisers staan bij de tegeldemaking van hun boedelvorde-

ringen in beginsel alle rechtsmiddelen ten dienste die een crediteur buiten faillissement heeft, waaronder het leggen van beslag en het recht de curator te betrekken in een (incasso-) kort geding of een bodemprocedure.

In het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* (HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS) besliste de Hoge Raad dat wanneer het boedelactief niet toereikend is om alle boedelschulden integraal te voldoen, de boedelschulden moeten worden voldaan volgens het wettelijk systeem van rangorde als neergelegd in titel 3.10 BW. Dat betekent dat eerst de boedelschulden moeten worden voldaan die zich laten kwalificeren als kosten van executie en vereffening (waartoe volgens de Hoge Raad in ieder geval het salaris en de verschotten van de curator behoren). Uit de resterende netto-opbrengst dienen vervolgens eerst de preferente boedelschulden te worden voldaan. Resteert er dan nog actief, dan moet dat pons-ponsgewijze (dus naar rato van de omvang van ieders vordering) worden verdeeld onder de concurrente boedelschuldeisers.

Een curator die te maken heeft met een negatieve boedel, of rekening moet houden met de mogelijkheid dat de boedel uiteindelijk negatief zal blijken te zijn – dat wordt vaak pas in de loop van het faillissement duidelijk – kan in dit systeem niet zomaar iedere boedelschuldeiser betalen en zeker niet iedere willekeurige concurrente boedelcrediteur. Hij weet immers pas wat aan iedere boedelschuldeiser conform het wettelijk systeem toekomt, nadat hij het faillissement helemaal heeft afgewikkeld. Het niet op eerste verzoek voldoen van een boedelschuldeiser staat evenwel op gespannen voet met het hiervoor beschreven uitgangspunt dat boedelschuldeisers aanspraak kunnen maken op onmiddellijke betaling en die betaling zonodig in rechte kunnen afdwingen. Over dit dilemma waren mij tot dusver slechts twee uitspraken van lagere rechters bekend, namelijk van de Rechtbank Rotterdam 11 oktober 1985, NJ 1987, 186 en van de Pres. Rb. Breda 4 maart 1994, KG 1994, 119. Beide uitspraken kwamen erop neer dat een boedelschuldeiser geen betaling kan afdwingen van zijn (concurrente) boedelvordering, zolang niet valt te overzien of alle boedelschulden geheel zullen kunnen worden betaald.

De kwestie kwam in de zaak tussen de curator van ProCall en de Coöperatie op de volgende wijze aan de orde. Zoals vermeld, stond op de ter discussie staande rekening bij de Generale Bank ten tijde van de faillietverklaring een positief saldo van ruim f 72.000. Ook daarna werden nog betalingen van patiënten van de

Coöperatie op deze rekening ontvangen, waardoor het saldo opliep tot ruim f 173.000. De curator van ProCall had de Generale Bank opdracht gegeven om dit saldo van ruim f 173.000 over te boeken naar de faillissementsrekening. De Coöperatie vorderde dat de curator het aldus op de faillissementsrekening bijgeschreven bedrag aan haar zou betalen. Die vordering was primair gebaseerd op de stelling van de Coöperatie dat de rekening gekwalificeerd moest worden als een kwaliteitsrekening, zodat het saldo niet in de boedel viel en de curator niet bevoegd was daarover te beschikken. Het hof wees die stelling af, als hiervoor besproken, en verbond daaraan de conclusie dat de Coöperatie haar vordering op ProCall in het faillissement geldend moest maken en niet buiten het faillissement in de onderhavige procedure, waarna het hof in het dictum de vordering van de Coöperatie in zijn geheel afwees. In cassatie klaagde de Coöperatie dat het hof daarmee had miskend dat de vordering van de Coöperatie ter zake van de na de faillietverklaring op de bewuste rekening binnengekomen bedragen gekwalificeerd moest worden als een boedelvordering (vgl. art. 24 Fw). Een boedelvordering, zo gaat het desbetreffende onderdeel van de cassatiemiddelen verder, behoeft niet ter verificatie te worden aangemeld of anderszins in het faillissement geldend te worden gemaakt. Het hof had de vordering van de Coöperatie in zoverre dus moeten toewijzen, aldus de Coöperatie in dit onderdeel.

De Hoge Raad zegt hierover in r.o. 4 niet meer dan dat dit onderdeel faalt 'op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.41'. In dat onderdeel van zijn conclusie overweegt A-G Verkade het volgende:

'Ook dit onderdeel kan niet tot cassatie leiden. Het is juist dat boedelschulden een onmiddellijke aanspraak geven op de boedel, en het is ook juist dat zij niet ter verificatie behoeven te worden aangemeld. Zulks impliceert evenwel uitdrukkelijk *niet* dat die boedelschulden steeds ook onmiddellijk moeten worden voldaan. De curator kan immers pas tot volledige betaling overgaan indien hij kan overzien dat voor integrale afdoening ruimte is. Mocht blijken dat er onvoldoende saldo is dan zullen de boedelcrediteuren [bedoeld zal zijn: de *concurrente* boedelcrediteuren, GAJB] met een pons-ponsgewijze verdeling genoegen moeten nemen. Het voorgaande wordt in het onderdeel miskend.'

In een voetnoot verwijst de A-G in dit verband nog naar Wessels, Insolventierecht, deel VII (2001), nr. 7082, waarin weer wordt verwezen naar voormelde uitspraken

van Rechtbank Rotterdam en van de President van Rechtbank Breda. De in die uitspraken neergelegde regel dat een boedelschuldeiser pas betaling kan afdwingen van zijn boedelvordering indien duidelijk is dat de boedel daarvoor toereikend is, is hiermee dus door de Hoge Raad bekrachtigd. Het belang van deze beslissing mag niet worden onderschat. Faillissementen waarin vanaf de aanvang duidelijk is dat de boedel zeker niet negatief zal zijn, zijn in de praktijk zeer schaars. In het overgrote deel van de faillissementen zullen de meeste boedelschuldeisers, ondanks het uitgangspunt dat zij op onmiddellijke en integrale betaling aanspraak kunnen maken, dus toch gewoon de afwikkeling van het faillissement moeten afwachten.

Dat geldt in ieder geval voor de concurrente boedelschuldeisers en, afhankelijk van de stand van de boedel en de vooruitzichten, in veel gevallen ook voor de boedelvordering van de curator en de preferente boedelvorderingen. Een uitzondering zal gelden voor degene die als gevolg van een onmiskenbare vergissing aan de boedel heeft betaald; ingevolge het arrest Ontvanger/Hamm q.q. (HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 m.nt. PvS) moet de daaruit voortvloeiende boedelschuld uit onverschuldigde betaling immers onmiddellijk en met voorbijgaan van de aanspraken van de overige boedelcrediteuren uit de boedel worden voldaan. Denkbaar is ook dat een uitzondering zal moeten worden gemaakt voor de boedelvorderingen die ontstaan uit overeenkomsten die de curator met derden is aangegaan. Men denke bijvoorbeeld aan de door de curator ingeschakelde makelaar, taxateur of accountant, maar ook aan de leverancier die op verzoek van de curator tijdens het faillissement nog goederen levert. In de praktijk plegen deze boedelvorderingen onmiddellijk en integraal door curatoren te worden voldaan, ook wanneer de boedel negatief is. In de literatuur is men het er wel over eens dat dit type boedelschulden inderdaad bij voorrang behoort te worden voldaan, maar over de dogmatische grondslag wordt nog druk gediscussieerd.

Mr. G.A.J. Boekraad