

Superboedelschulden?

Hof Amsterdam 28 mei 1998, JOR 1999, 13 m.nt. GAJB (Stigter/Tanger q.q.) gepubliceerd in Vennootschap & Onderneming 2000-1, p. 16-18.

Faillissement; onrechtmatige daad van de curator; ongerechtvaardigde verrijking. Een vervolg op HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 m.nt. PvS (Ontvanger/Hamm q.q.).

Inleiding

De onderhavige uitspraak van het Hof Amsterdam - waartegen overigens geen beroep in cassatie is ingesteld - steunt op het Ontvanger/Hamm-arrest van de Hoge Raad van 5 september 1997, NJ 1998, 437 m.nt. PvS. Laatstgenoemde uitspraak betreft een arrest dat reeds de nodige pennen in beweging heeft gezet (zie voor een overzicht van literatuur en jurisprudentie Verstijnen, De faillissementscurator, 1998, p. 183 e.v. Zie ook A-G Mok in zijn conclusie voor laatstgenoemd arrest, Conclusies RvdW 1997, 165). In het arrest van het Hof Amsterdam van 28 mei 1998 staat niet - zoals in het Ontvanger/Hamm-arrest - de boedelschuld uit onverschuldigde betaling centraal, maar de boedelschuld uit onrechtmatige daad door de curator gepleegd. Gemene deler van de twee arresten vormt de kern van de argumentatie van beide rechtscolleges waarin het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking gebruikt wordt om bepaalde boedelschulden de paritas creditorum te doen ontstijgen.

Feiten en voorgeschiedenis

De feiten die aanleiding gaven tot deze procedure zijn als volgt. Tot zekerheid voor terugbetaling van door Stigter aan Holland Industrial Ceramics B.V. ("H.I.C.") geleend geld had H.I.C. op enig moment ten behoeve van Stigter een (eerste) stil pandrecht gevestigd op enige activa. Na faillietverklaring van H.I.C. weigerde Mr Tanger evenwel, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van H.I.C. (de "Curator"), het pandrecht van Stigter te erkennen. Dit was voor Stigter aanleiding om in kort geding (onder meer) te vorderen dat het de Curator verboden zou worden de aan Stigter verpande vermogensbestanddelen te vervreemden voordat aan Stigter een redelijke termijn was gegund om zijn pandrecht uit te oefenen. Nadat de President de door Stigter verzochte voorzieningen had geweigerd, verkocht en leverde de Curator de tot zekerheid bezwaarde activa aan een derde, hetgeen Stigter uiteraard zeer verdroot. In hoger beroep echter oordeelde het Hof Amsterdam de handelwijze van de Curator onrechtmatig en veroordeelde hem om bij wijze van schadevergoeding aan Stigter te betalen een bedrag van NLG 150.000. Ter uitvoering van laatstgenoemd arrest deed Stigter executoriaal derdenbeslag leggen onder de bank van de curator. Voorts was ten laste van Stigter op verzoek van diens crediteuren reeds tweemaal conservatoir derdenbeslag gelegd onder de Curator. In een door de Curator geëntameerd kort geding werd Stigter door (wederom) de President te Haarlem verboden het derdenbeslag te vervolgen, zulks totdat de onder

de Curator gelegde beslagen waren opgeheven en door de Curator een plan van verdeling was gemaakt met betrekking tot het aanwezige actief.

De vordering van de Curator was ingegeven door het feit dat het aanwezige boedelactief niet toereikend was om alle boedelschulden te voldoen (negatieve boedel). Dit was op zich weinig verrassend. Voor de wijze waarop het boedelactief in een situatie als de onderhavige moet worden verdeeld is het De Ranitz/Ontvanger-arrest van de Hoge Raad van 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS maatgevend. Uit dit arrest blijkt dat ingeval van een zogenaamde negatieve boedel, de boedelschulden in beginsel naar evenredigheid moeten worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang. De President oordeelde dat voortzetting van de executie door Stigter de afwikkeling van het faillissement van H.I.C. met toepassing van het De Ranitz/Ontvanger-arrest in de weg zou staan. De President was kennelijk de mening toegedaan dat de boedelvordering van Stigter (slechts) concurrent was en wees op grond hiervan de verbodsvordering van de Curator toe.

Bespreking van het arrest van het Hof Amsterdam

Geheel in lijn met het Ontvanger/Hamm-arrest, maar zonder overigens expliciet naar dat arrest te verwijzen maakte het Hof korte metten met het oordeel van de President. De onrechtmatige daad van de Curator hield, kort gezegd, in de onomkeerbare frustratie van het recht van de pandhouder (Stigter) - een separatist derhalve - door aan Stigter verpande vermogensbestanddelen zonder rechtsgrond zelf (doch q.q.) te gelde te maken. Ten gevolge van deze onrechtmatige daad zijn aan de boedel activa toegevallen, die er anders niet zouden zijn geweest, aldus het Hof Amsterdam (r.o. 4.12). Vervolgens oordeelde het Hof dat de Curator de onderhavige boedelvordering van Stigter uit onrechtmatige daad niet mocht behandelen als een concurrente boedelschuld die eerst kan worden voldaan wanneer de preferente boedelschuldeisers volledig zijn betaald, maar dat deze boedelvordering onmiddellijk en integraal moet worden voldaan, zonder de afwikkeling van de (negatieve) boedel af te wachten en met voorbijgaan van de aanspraken van andere boedelschuldeisers. De omstandigheid dat de wet aan de boedelvordering uit onrechtmatige daad geen voorrecht verbindt en met betrekking tot deze vordering ook niet rechtstreeks een andere grond voor voorrang aanwijst, maakt dit niet anders. Indien de Curator het bedrag, verkregen ten gevolge van deze onrechtmatige daad, welke daad aan de gezamenlijke (overige) boedelschuldeisers valt toe te rekenen, aan de boedel zou toevoegen, dan zou dit leiden tot een verrijking van die schuldeisers ten koste van Stigter. Het stelsel van de Faillissementswet biedt hiervoor geen rechtvaardiging, aldus het Hof.

Commentaar

Verrassend is deze uitspraak mijns inziens allerminst. Met het Ontvanger/Hamm-arrest heeft de Hoge Raad aan de boedelvordering uit onverschuldigde betaling een bijzondere status toegekend: superboedelschuld. Uit het onderhavige arrest volgt dat tevens aan de door een curator gepleegde onrechtmatige daad, mits deze leidt tot een ongerechtvaardigde verrijking van de boedel, deze bijzondere status toegekend dient te worden. Zal het hierbij (kunnen) blijven? Ik meen van niet.

Ingeval van een vordering op grond van de overige verbintenissen uit de wet: zaakwaarneming (art. 6:198 BW e.v.) en ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW), kunnen de argumenten van de Hoge Raad met evenveel recht worden gebruikt (zie ook Vriesendorp in zijn annotatie van Ontvanger/Hamm q.q., *Ars Aequi* 48 (1999) 7/8, p. 564 e.v.).

Naarstig wordt gezocht naar een grondslag voor de toekenning van de bijzondere status aan deze boedelschulden. Gegeven de omvang van deze bijdrage beperk ik mij noodgedwongen tot enige stellingen en gedachten. De boedelschuldeisers met een boedelvordering op grond van een verbintenis uit de wet onderscheiden zich van 'normale' (boedel)schuldeisers doordat zij (i) nimmer (vrijwillig) het insolventierisico van de debiteur hebben geaccepteerd en (ii) nooit in enigerlei onderhandelingsituatie de mogelijkheid hebben gehad om voor hun vordering een (zakelijk) zekerheidsrecht te bedingen. En de *paritas creditorum* dan? Welnu, het algemene uitgangspunt van artikel 3:277 BW is, gezien de vele uitzonderingen op dit beginsel (ook) mijns inziens weinig overtuigend en onvoldoende als rechtvaardiging voor de feitelijke achterstelling van vorenstaande boedelschuldeisers, denk alleen al aan de monopolisten (zoals de nutsbedrijven). Bovendien zegt dit beginsel niet dat allen, onverschillig welke rechten zij hebben, dezelfde benadeling zouden moeten ondergaan. In gevallen als de onderhavige hebben vorenstaande argumenten in het Anglo-Amerikaanse recht onder omstandigheden de vorming van een zogenaamde *constructive trust* tot gevolg; hiermee wordt voorkomen dat boedelschuldeisers juichen wanneer de boedel wordt vermeerderd met een vermogenswaarde waarop deze recht noch titel heeft. Ofschoon wij de *constructive trust* niet kennen, zouden wij aansluiting kunnen zoeken bij het Anglo-Amerikaanse (trust)recht door te bepleiten dat activa als de onderhavige de boedel niet bereiken, doch terecht komen in een fictieve '*constructive wachtkamer*'. Langs welke weg men de oplossing ook zoekt, de potentieel grote reikwijdte van de gebezigde argumenten vergt een scherpe omlijning opdat de afwikkeling van faillissementen helder blijft en daarmee de - ook door de Hoge Raad gepropageerde (HR 30 juni 1995, NJ 1996, 554, r.o. 3.9) - rechtszekerheid gewaarborgd blijft. Het verdient mijns inziens aanbeveling dat de wetgever in deze duidelijkheid scheidt en een regeling opneemt voor de afwikkeling van een negatieve boedel. Waarom? Welnu, een regeling van de rangor-

de onder boedelschuldeisers die meer dan alleen hun belangen raakt vereist een diepgaande analyse, basis en herwaardering van al die belangen.

Mr. J. den Engelsman is advocaat bij Nauta Dutilh te Rotterdam

- . -