

kracht ontzegt en de beroepen tegen die besluiten zijn dientengevolge ook op dit punt gegrond.

5. De aanpak van het CBb laat aan helderheid weinig te wensen over. De vraag is hoe het in de praktijk verder gaat. Enerzijds is het gênant dat de regelgeving de toets aan het verbod van willekeur niet kan doorstaan, maar anderzijds is juist dit aspect vanwege het marginale karakter (het is afstandelijke redelijkheidstoets) relatief eenvoudig te repareren. Het devies is: laat maar gemotiveerd zien dat deze verdeling-maatstaf van de (zuivere) toezichtskosten "verdedigbaar" is. Dat kan in eerste instantie geschieden door het bestuursorgaan in een nieuwe beslissing op bezwaar. Het euvel blijft daarmee in beginsel binnen het kader van een concrete casus. Het is reparabel en torpedeert niet per definitie het stelsel van de kosten-omslag.

Hiermee samenhangend is een eventuele reflexwerking van deze uitspraak. Zullen niet meerdere effecteninstellingen hun kosten-omslag komen opeisen, eventueel ook over andere jaren? Daarvoor hoeven de toezicht-houders in mijn ogen niet te vrezen. Hiervoor is al benadrukt dat het geconstateerde euvel binnen het kader van de concrete casus blijft. Ook al wordt de gehele onderliggende regeling onverbindend verklaard, dat geschiedt in het kader van exceptieve toetsing en blijft daarmee in de sleutel staan van de toetsing van de voorliggende concrete heffingsbesluiten waartegen in beroep is opgekomen. Is er door anderen niet tijdig tegen de heffingbesluiten in rechte opgekomen, dan bezitten die formele rechtskracht en zijn derhalve onaantastbaar geworden. Dat geldt niet alleen voor een beroep op de bestuursrechter. Ook een beroep op de burgerlijke rechter zal hierop stranden. Vgl. HR 16 oktober 1992, AB 1993, 40 (Vulhop). Een vraag van andere orde is in hoeverre de onderhavige uitspraak zijn schaduw vooruit werpt en invloed heeft op toekomstige heffingen ter zake van toezichtskosten. Aanpassing en onderbouwing van de huidige regeling is met deze uitspraak geïndiceerd om te voorkomen dat iedere toekomstige heffing wordt aangevochten. In dit perspectief moet ook de "onuitgevoerde" toetsing van de Wte 1995 begrepen worden. Zonder daaraan consequenties te kunnen verbinden wordt wel uitdrukkelijk gewezen op een onjuiste

verankering van het stelsel – ook nu in de Wft – en daarmee de noodzaak om de wet te wijzigen en in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel en art. 104 Grondwet te brengen. De uitspraak van het CBb kan als een schot voor de boeg van de wetgever gelden: nu bleef de toetsing nog hangen op art. 120 Grondwet, maar wie weet volgt een volgende keer een beroep op een internationale verdragsbepaling. En daaraan kan alsdan wel worden getoetst met alle gevolgen van dien, want dan valt het hele omslagstelsel echt om!

Hans Peters  
universitair hoofddocent Bestuursrecht, Uni-  
versiteit van Tilburg

## Financiering, zekerheden en insolventie

211

Rechtbank 's-Gravenhage  
12 december 2007, rolnr. HA ZA 07-1157,  
LJN BC5312  
(mrs. Dam, Van der Helm, Van Kooten)  
Noot mr. R.J. van der Weijden

**Faillissement notaris-kantoor. Rechtheb-  
bende (notaris-kantoor) kwaliteitsrekening  
niet dezelfde als rekeninghouders  
(notarissen). Door rekeninghouders en niet  
door schuldenaar verrichte betalingen niet  
vernietigbaar ex art. 42 en 47 Fw. Betalin-  
gen door rekeninghouders wel onrechtma-  
tig.**

[BW art. 6:162; Fw art. 42, 47; Wna art. 25]

*De curator baseert zijn vordering primair respectie-  
velijk subsidiair op hetgeen is bepaald in art. 42 Fw  
respectievelijk art. 47 Fw. Deze artikelen zien op be-  
talingen verricht door de (uiteindelijk failliet ver-  
klaarde) schuldenaar. Vraag is of de onderhavige*

betaling is verricht door SBMC (de failliet). Betaald is vanaf de kwaliteitsrekening die op naam staat van "Steins Bisschop Meijburg & Co, Notarissen". Met deze tenaamstelling is voldaan aan de in art. 25 Wet op het notarisambt gestelde eis dat ingeval een notaris samenwerkt met beoefenaren van een ander beroep, uit de tenaamstelling moet blijken dat de notaris deze rekening houdt. De aan SBMC verbonden notarissen, en niet SBMC, moeten daarom worden aangemerkt als houder van de kwaliteitsrekening. Dit betekent echter niet dat de notarissen ook rechthebbenden zijn van de gelden op de kwaliteitsrekening. Wie rechthebbende is op het saldo van de kwaliteitsrekening, hangt af van de onderlinge rechtsverhouding van de belanghebbers bij het storten van dat saldo. In casu betroffen de gelden op de kwaliteitsrekening betalingen door cliënten van schulden aan SBMC op grond van door SBMC verzonden facturen voor werkzaamheden door Van Agt, Dussel of andere medewerkers/partners van SBMC. Ingevolge de managementovereenkomsten ontvingen de partners van SBMC een managementvergoeding en kwamen de ontvangen honoraria toe aan SBMC. Hieruit volgt dat SBMC rechthebbende was van de gelden op de kwaliteitsrekening. In dit geval is dus SBMC aan te merken als rechthebbende (op het moment van de bewuste betalingen) en Van Agt en Dussel als rekeninghouders. Dit betekent dat bij de toepassing van art. 42 en 47 Fw SBMC enerzijds en Van Agt en Dussel anderzijds niet mogen worden vereenzelvigd. SBMC kan derhalve slechts in zoverre als de schuldenaar in de zin van art. 42 en 47 Fw worden beschouwd dat zij failliet is verklaard, maar zij heeft niet de gelden op de kwaliteitsrekening aan Van Agt en Dussel betaald. De betalingen aan Van Agt en Dussel zijn door henzelf – en naar de curator stelt, buiten medeweten van daartoe binnen SBMC bevoegden – verricht; zij hebben de gelden van de kwaliteitsrekening naar een eigen rekening overgemaakt. In het licht van het voorgaande komt de curator derhalve niet de in art. 42 en 47 Fw neergelegde bevoegdheid tot vernietiging toe. In zoverre is zijn vordering dus niet toewijsbaar.

Als meer subsidiaire grondslag van zijn vordering doet de curator een beroep op het bepaalde in art. 6:162 BW. De hierna te noemen omstandigheden, in onderling verband beschouwd, brengen mee dat Van Agt en Dussel jegens de schuldeisers van SBMC onrechtmatig hebben gehandeld. In de eerste plaats is daar de financiële situatie waarin SBMC op 12 februari 2002 verkeerde en waarvan

Van Agt en Dussel op de hoogte waren. Zij wisten op 12 februari 2002 dat voor de crediteuren van SBMC geen uitzicht bestond op betaling van meer dan een (gering) gedeelte van hun vordering. Voorts hebben Van Agt en Dussel de gelden die bestemd waren voor SBMC en waarover zij konden beschikken, gebruikt ter voldoening van een eigen vordering op SBMC, terwijl het niet aan hen maar aan de directie van SBMC was om te beslissen welke crediteuren van SBMC bij voorrang zouden worden betaald. Door aldus te handelen hebben Van Agt en Dussel hun exclusieve bevoegdheid als notarissen om te beschikken over de kwaliteitsrekening gebruikt om hun vordering voor andere schuldeisers van SBMC en zonder enig overleg met anderen, in het bijzonder met de directie en andere schuldeisers van SBMC, te verhalen op een vermogensbestanddeel van SBMC. Tot slot was het door Van Agt en Dussel van de kwaliteitsrekening op een eigen rekening overgemaakte bedrag aanzienlijk, te weten 1,7 miljoen gulden, en na de overmaking resteerde hoegenaamd geen batig saldo. Nu de rechtbank van oordeel is dat Van Agt en Dussel onrechtmatig hebben gehandeld, zijn de vorderingen van de curator onder iii) en iv) toewijsbaar.

(Aanvankelijk mr. J.C. van Apeldoorn, thans) mr. A. van den End te Amsterdam, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Steins Bisschop Meijburg & Co. NV, eiser in conventie, gedaagde in voorwaardelijke reconventie, procureur: mr. P.H.Ch.M. van Swaaij, tegen

1. M.A.J.C.M. van Agt te Den Haag,
2. Praktijkvennootschap M.A.J.C.M. van Agt BV te Rotterdam,
3. M.J. Dussel te Den Haag,
4. Duster BV te Rotterdam,

gedaagden in conventie, eisers in voorwaardelijke reconventie, procureur: mr. O.E. Meijer.

(...; red.)

## 2. De feiten

2.1. Op 4 januari 1999 werd opgericht de vennootschap Steins Bisschop Meijburg & Co. N.V. (hierna: SBMC), statutair gevestigd te Amsterdam. SBMC was opgezet als het advocaten- en notarissenkantoor binnen de KPMG-

groep.

2.1. De partners van SBMC waren werkzaam op basis van een tussen hen of hun praktijkvennootschap, als opdrachtnemer, en SBMC, als opdrachtgever, gesloten managementovereenkomst. Op grond van deze overeenkomst verleende de opdrachtnemer de door SBMC gewenste diensten, waarvoor de opdrachtnemer de partner exclusief ter beschikking stelde.

2.3. In oktober 1999 werden Van Agt en Dussel partners van SBMC. Zij waren met ingang van die datum notarissen bij SBMC. Sinds haar oprichting in juni 2001 waren Van Agt en Dussel werkzaam bij de nevenvestiging van SBMC in Rotterdam.

2.4. Van Agt en Dussel contracteerden met SBMC door middel van de praktijkvennootschap Van Agt respectievelijk Duster.

2.5. In verband met de toetreding van Van Agt tot SBMC is in een brief, gedateerd augustus 2001, de volgende regeling (hierna: de excessvergoeding) neergelegd:

“De door u tot de ontbinding van de maatschap Loeff Claeyns Verbeke (LCV), onder vigeur van die maatschap te Rotterdam uitgeoefende notarispraktijk wordt door u, in het kader van de door uw praktijkvennootschap, met (...) SBMC gesloten managementovereenkomst (...) overgedragen in die zin dat het in de tijd van LCV opgebouwd onderhanden werk en de bijbehorende (...) goodwill van uw praktijk, door SBMC wordt overgenomen tegen een vaste tegenprestatie van f 1.157.300,-.

(...)

De tegenprestatie zoals hiervoor omschreven zal u worden voldaan door storting op uw rekening (...) in zes halfjaarlijkse termijnen, waarvan de eerste vervalt op 15 september 2001 en wordt vervolgd op 1 januari 2002, 1 juli 2002, 1 januari 2003, 1 juli 2003 en 1 januari 2004, waarbij de eerste termijn gelijk is aan 50% en de vervolgttermijnen ieder gelijk zijn aan 10% van de hoofdsom van de tegenprestatie.”

De brief is ondertekend door G. Kievit (hierna: Kievit), zakelijk directeur van SBMC, en door Van Agt, zowel namens zichzelf als namens praktijkvennootschap Van Agt.

2.6. In een vrijwel gelijklopende brief, eveneens gedateerd augustus 2001, is de tegenprestatie voor Dussel bepaald op f 552.700,-. Deze brief is ondertekend door Kievit en Dussel.

2.7. SBMC heeft de overeengekomen delen van de excessvergoeding op de vervaldata van

15 september 2001 (50%) en 1 januari 2002 (10%) niet voldaan.

2.8. De jaarrekening SBMC over 1999/2000 liet per 30 september 2000 een negatief eigen vermogen zien van meer dan f 10 miljoen. De accountant gaf een goedkeurende verklaring bij de jaarrekening.

2.9. In 2001 ondervond SBMC problemen met haar financiering. In het najaar van 2001 zocht SBMC naar financiers die in de plaats zouden kunnen treden van ABN AMRO, KPMG Meijburg & Co en KPMG Holding N.V en haar dochtervennootschappen. In dit verband heeft Van Agt gesprekken gevoerd met de banken Van Lanschot en Rabobank. Aan het eind van 2001 bleken de banken niet bereid tot kredietverstrekking aan SBMC.

2.10. In het Partnerbulletin van 11 januari 2002 is over de herfinanciering het volgende vermeld:

“In het kader van risicobeperking, voor met name de Rabobank, is momenteel intensief overleg gaande met KPMG om hen ten dele te laten participeren in de financiering. (...) Alvoorens KPMG bereid is te participeren is men een uitgebreid Due Diligence-onderzoek gestart. Eind januari 2002 moet e.e.a. opgelost zijn”.

De week erna, op 17 januari 2002, heeft Kievit in het Partnerbulletin gemeld dat de resultaten gestaag verbeterden, hoewel de doelen nog niet waren bereikt. Onder het kopje “Herfinanciering” schreef Kievit:

“Met name de gemiddeld lage productiviteit [en, rechtbank] de omzet in sommige praktijkgroepen heeft gezorgd voor aanmerkelijk grotere aanloopverliezen dan verwacht”.

2.11. Op 24 januari 2002 heeft Kievit namens SBMC aan KPMG Holding en KPMG Meijburg & Co geschreven:

“Reeds vanaf april 2001 traden we in gesprek met KPMG Holding NV en KPMG Meijburg & Co omtrent het voornemen van onze vennootschap om tot een definitieve (her)financiering van haar activiteiten te komen. (...)”

In de laatste gesprekken van 21 december 2001 en 11 januari 2002 tussen verschillende leden van de Raad van Bestuur van KPMG Holding NV omtrent dit onderwerp zijn de contouren en de voorwaarden van de definitieve invulling van de (her)financiering duidelijker geworden. Daarbij lijkt de belangrijkste conclusie, dat het beter zou zijn om de definitieve invulling van de (her)financiering van SBMC volledig op te

vangen binnen de Nederlandse KPMG organisatie en af te zien van een invulling van het noodzakelijke middellange termijn garantievermogen bij een externe partij”.

2.12. Op 29 januari 2002 heeft KPMG Meijburg & Co mede namens KPMG Holding NV geantwoord:

“(…). Om elk misverstand verder uit te sluiten delen wij u nu reeds mede, dat wij niet bereid zijn het voorliggende verzoek te honoreren.

Het is je bekend dat wij Transaction Services hebben gevraagd een onderzoek in te stellen om ons nader te informeren. Wij geven er de voorkeur aan de bevindingen van Transaction Services af te wachten (...).

De door jou aangeduide door KPMG Holding NV ‘op onduidelijke titel’ verschaft financiering betreft – zoals ook jij weet – de door SBMC wegens gebrek aan geldmiddelen niet betaalde rekeningen voor huisvesting en andere zaken. Van een financiering, laat staan van een onduidelijke titel is dus geen sprake”.

2.13. Op 31 januari 2002 vertoonde de kwaliteitsrekening van (het notariaat van) SBMC een bewaringspositie c.q. dekkingsoverschot van € 929.096,67.

2.14. Op 5 februari 2002 vond er een bijeenkomst plaats, waarin J. van Rooijen van KPMG Holding NV het rapport Pearl van KPMG Transactions Services presenteerde. Aanwezig waren bestuurders van KPMG Holding NV, KPMG Meijburg & Co en voor SBMC Kievit en enige partners, onder wie Van Agt. Meege-deeld is dat KPMG Holding NV en KPMG Meijburg & Co het financieringsvoorstel van SBMC niet haalbaar achtten. In de notulen van de bijeenkomst is vermeld:

“EJH [van Meijburg, rechtbank] licht het gezamenlijk standpunt van MCo en KPMG toe.

De nu ontstane situatie is de volledige verantwoordelijkheid van SBMC en in het bijzonder de verantwoordelijkheid van de partners en het management van SBMC. Ook de toekomst van SBMC is in handen van de partners.

(...)

De eerste reacties aan de zijde van KLegal en de belangrijkste Europese praktijken geven weinig hoop op een financiële bijdrage vanuit de internationale organisaties. Gesprekken zullen nog worden gevoerd, maar dit lijkt vooralsnog niet te leiden tot een financiële bijdrage.

MCo en KPMG zien een doorstart met een daarmee gepaard gaande forse sanering van

SBMC inclusief partners en management, nog als een mogelijk scenario. Daartoe zullen de partners zich aan elkaar moeten verbinden en een externe financier dienen te vinden.

Indien een doorstart met een nieuw model en een gewijzigde bezetting door de partners als een haalbaar scenario wordt gezien en een financier door de partners wordt gevonden, zijn MCo en KPMG bereid, onder duidelijke voorwaarden, na overleg met de financier, af te zien van hun huidige vorderingen.

(...)

2.15. In een mail van 6 februari 2002 heeft Kievit, mede namens de op 5 februari 2002 aanwezige partners van SBMC, aan de partners verslag gedaan van het besprokene. Hij schrijft onder andere:

“(…) Met tevredenheid constateren wij dat KPMG bereid is om enig commitment af te geven m.b.t. de moeilijke financiële situatie waarin wij terecht zijn gekomen, uiteraard met de nodige randvoorwaarden.

(...) De nodige inspanningen zullen de komende dagen moeten worden geleverd om een business case te kunnen presenteren die aan de geschetste voorwaarden voldoet. Een task force is geformeerd. (...)

Het moge duidelijk zijn dat van jullie allen in deze fase volledig stilzwijgen over de ernstige situatie waarin wij ons bevinden, wordt verwacht”.

2.16. Vervolgens is op zondagavond 10 februari 2002 tijdens een vergadering van de SBMC-partners besproken hoe SBMC boven water zou kunnen worden gehouden. Het woord is tijdens die vergadering onder anderen gevoerd door Van Agt aan de hand van een sleetpresentatie met de blijkens het getuigenverhoor van Van Agt volgende opstelling van de financiële positie van SBMC (bedragen zijn miljoenen euro’s):

“-12,9 - de negatieve eigenvermogens positie van SBMC per 30 september 2001;

1,5+

5,7+ - dit is samen 7,2+, de rekening-courant van KPMG (5,7) en KPMG Meijburg (1,5) waarvan ik vond dat deze in het kader van de herfinanciering vooralsnog bevroren dienden te worden;

-5,7- het saldo;

+1,9 - het bedrag dat het resultaat zou zijn van het bevroren van de lopende managementfee aanspraken van de partners, 0,5 van de (4) no-

tarissen en 1,4 van de advocaten;  
 -3,8- het saldo;  
 -1,9- het bedrag dat gemoeid zou zijn met de reorganisatie/afslankingsprocedure;  
 -5,7- het saldo;  
 1,9+ - een lening te verstrekken door de gezamenlijke achterblijvende partners; hier staat bijgeschreven 16x € 150.000,= en dat was toen er nog sprake was van 16 partners. In deze opstelling klopt dat dus niet meer, maar ik heb het maar laten staan;  
 -3,8- het saldo;  
 -3,4- de restitutie van de kapitaalstorting van de vertrekkende partners (f 375.000,= p.p.) en mogelijk hun eventuele lopende aanspraken;  
 -7,2- het saldo en dus het bedrag waarvan ik van mening was dat dit extern te financieren zou moeten zijn, waarmee SBMC dus zou kunnen overleven.”

2.17. Op 11 februari 2002 heeft Kievit aan de heren Van der Veer, Van Rooijen (van KMPG Holding NV) en Huizingh (van KPMG Meijburg & Co) bericht dat er thans een noodscenario circuleert, welk scenario volgens hem kan leiden tot niet te overziene imagoschade voor KPMG. Hij schrijft dat het naar zijn stellige overtuiging noodzakelijk is dat KPMG met onmiddellijke ingang volledige grip krijgt op de situatie binnen SBMC.

2.18. Diezelfde dag heeft SBMC-partner Hes aan Kievit en Van Geuns, *chief operational officer* van SBMC, bericht dat hij zich terugtrekt uit de “task force”, omdat hij het door hen te presenteren liquidatieplan niet realistisch acht; volgens hem moet worden onderzocht of daarvoor geen alternatief bestaat.

2.19. In een e-mailbericht van 12 februari 2002 aan Van Geuns schreef Dussel, mede namens Van Agt, voorzover van belang: “Ter voorkoming van onverwachte verrassingen brengen wij het navolgende onder je aandacht. Van Mary van den Bosch vernamen wij dat al langere tijd op instructie van René van der Woude (waarvan ons de bedoeling niet duidelijk is) op de kwaliteitsrekening van het notariaat gelden worden gereserveerd die de bewaringspositie overschrijden met circa € 1 mio. In Amsterdam vernamen wij dat de liquiditeit van de NV op dit moment ruim te noemen is (...) op dit moment kortom ondanks de ontbrekende herfinanciering geen krapte gelet op de rekening-couranten met KPMG/Meijburg. (...)

Onze claim betreft in de voorbije jaren uitgedeclareerd onderhanden werk, per 1 januari 2000 ingebracht uit het kantoor LCV (...). (...)

Eerder is afgesproken dat onze claim mede afhankelijk van de liquiditeit zou worden uitbetaald, verhoogd met de ABN AMRO basisrente te rekenen vanaf 1 januari 2000. Het vorenstaande heeft ons doen besluiten heden onze claim veilig te stellen door onttrekking aan de kwaliteitsrekening in de volgende samenstelling.

Margot [Dussel, rechtbank] – f 552.700,= verhoogd met rente ten belope van f 57.573,=, alzo in totaal f 610.273,=, ofwel € 276.930,=.

Michel [Van Agt, rechtbank] – f 1.157.300,= verhoogd met rente ten belope van f 120.552,=, alzo in totaal f 1.277.852,=, ofwel € 579.864,=.

Wij willen met dit schrijven deze handelwijze op voorhand opbiechten zodat bij jouw verdere controle, wanneer dit gaat blijken, geen verdere onduidelijkheid zal bestaan.”

2.20. In zijn op 13 februari 2002 per e-mail verzonden antwoord heeft Van Geuns Dussel en Van Agt bericht niet akkoord te zijn met deze gang van zaken en hen verzocht en gesommeerd de aan de kwaliteitsrekening onttrokken bedragen telefonisch te doen terugstorten op de bankrekening van SBMC.

2.21. Dussel en Van Agt hebben daaraan geen gehoor gegeven. Wel hebben zij op 15 februari 2002 40% van het totale bedrag dat van de kwaliteitsrekening is overgemaakt, teruggestort op een nieuwe kwaliteitsrekening.

2.22. Op 2 april 2002 is aan SBMC voorlopig surséance van betaling verleend. Op 17 april 2002 is het faillissement van SBMC uitgesproken met aanstelling van mr. J.C. van Apeldoorn tot curator. Mr. Van Apeldoorn is inmiddels opgevolgd door mr. A. van den End.

### 3. Het geschil

#### *In conventie*

3.1. De curator vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- i. te vernietigen de betalingen die op of omstreeks 12 februari 2002 aan Van Agt c.s. zijn gedaan;
- ii. zo nodig te vernietigen alle rechtshandelingen tussen enerzijds Van Agt c.s. en anderzijds SBMC waarmee de geldvorderingen van Van

Agt c.s. vroeger opeisbaar zijn gemaakt dan overeengekomen;

iii. Van Agt en praktijkvennootschap Van Agt hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 579.864,=, met wettelijke rente vanaf 12 februari 2002;

iv. Dussel en Duster hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 276.930,=, met wettelijke rente vanaf 12 februari 2002;

v. kosten rechtens.

3.2. De curator legt aan zijn vordering primair ten grondslag dat de betalingen die op of omstreeks 12 februari 2002 aan Van Agt c.s. zijn gedaan, een onverplicht karakter hadden als bedoeld in art. 42 Faillissementswet (hierna: Fw) aangezien Van Agt en Dussel de termijnen van de exces-vergoeding eigenmachtig opeisbaar hebben gemaakt en aan zichzelf hebben uitbetaald. Subsidiair baseert de curator zijn vordering op hetgeen is bepaald in art. 47 Fw. Hij voert daartoe aan dat de betalingen het gevolg waren van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, in dit verband beiden verenigd in Van Agt en Dussel, met als doel de schuldeiser door die betalingen boven andere schuldeisers te begunstigen. Meer subsidiair stelt de curator zich op het standpunt dat Van Agt c.s. in de gegeven omstandigheden onrechtmatig hebben gehandeld. Voorts baseert de curator zijn vordering op ongerechtvaardigde verrijking en betoogt hij dat Van Agt en Dussel intern niet bevoegd waren namens SBMC afspraken te maken over vervroegde opeisbaarheid van hun vorderingen of betalingen aan zichzelf te doen.

3.3. Van Agt c.s. voeren verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### *In voorwaardelijke reconventie*

3.4. Van Agt c.s. vorderen, voor het geval enig onderdeel van de vordering in conventie voor toewijzing vatbaar mocht zijn:

i. te verklaren voor recht dat a) Van Agt c.s. aan die veroordeling kunnen voldoen door storting op hun kwaliteitsrekening, en b) Van Agt c.s. gerechtigd zijn om elke verplichting tot afdracht van het aldus ten behoeve van SBMC op de kwaliteitsrekening gevormde saldo op te schorten totdat integraal aan alle verplichtingen uit hoofde van de exces-vergoeding (subsidiar: de in conclusie van antwoord in conventie, onder 78 genoemde vorderingen) is vol-

daan;

ii. kosten rechtens.

3.5. Van Agt c.s. leggen aan hun vordering ten grondslag, dat wat betreft het teruggestorte bedrag (de 40%) Van Agt c.s. een opschortingsrecht toekomt aangezien de verplichting tot doorstorting van het dekkingsoverschot en de vordering tot betaling van de exces-vergoeding hun bron vinden in dezelfde rechtsverhouding. Ten aanzien van het resterende bedrag (de 60%) stellen Van Agt c.s. zich op het standpunt dat, indien de betaling van dat deel zou worden vernietigd, zij gehouden zouden zijn dat bedrag terug te storten op de kwaliteitsrekening, waarna zij vervolgens weer hun opschortingsrecht zouden kunnen uitoefenen.

3.6. De curator voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan. 4. *De beoordeling*

#### *In conventie*

##### *Faillissementspauliana (artt. 42 en 47 Fw)*

4.1. De curator baseert zijn vordering primair respectievelijk subsidiar op hetgeen is bepaald in artt. 42 en 47 Fw. Deze artikelen zien op betalingen verricht door de (uiteindelijk failliet verklaarde) schuldenaar. Vraag is of de onderhavige betaling is verricht door SBMC. De rechtbank overweegt daaromtrent als volgt.

4.2. Betaald is vanaf de kwaliteitsrekening die op naam staat van "SBMC, Notarissen". Met deze tenaamstelling is voldaan aan de in art. 25 lid 1 Wet op het notarisambt (Wna) gestelde eis dat in geval een notaris samenwerkt met beoefenaren van een ander beroep, uit de tenaamstelling moet blijken dat de notaris deze rekening houdt. De aan SBMC verbonden notarissen, en niet SBMC, moeten daarom worden aangemerkt als houder van de kwaliteitsrekening.

4.3. Dit betekent echter niet dat de notarissen ook rechthebbenden zijn van de gelden op de kwaliteitsrekening. Dat de notaris als houder van een kwaliteitsrekening niet (steeds) als rechthebbende kan worden beschouwd, valt af te leiden uit de wetsgeschiedenis van art. 25 Wna. Op de vraag naar aanleiding van het bepaalde in lid 4 van art. 25 Wna hoe het mogelijk is dat de notaris zelf rechthebbende is, antwoordde de staatssecretaris van Justitie:

"Het is niet uitgesloten dat een cliënt ten onrechte gelden op de derdenrekening heeft ge-

stort, bijvoorbeeld om de declaratie van de notaris te voldoen, en de notaris dit bedrag nog niet heeft overgemaakt naar zijn eigen rekening”.

(TK, 1995–1996, 23 706, nr. 6, p. 46)

Zolang ten onrechte op de kwaliteitsrekening gestorte gelden op die rekening staan, is degenen ten behoeve van wie die gelden zijn overgemaakt, derhalve (één van de) rechthebbende(n). In het voorbeeld uit de wetsgeschiedenis is dat de notaris; in het voorliggende geval is dat SBMC.

4.4. Immers, wie rechthebbende is op het saldo van de kwaliteitsrekening, hangt af van de onderlinge rechtsverhouding van de belanghebbenden bij het storten van dat saldo (aldus A-G Bakels in zijn conclusie, onder 2.3, voor HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 («JOR» 2001/50, m.nt. SCJJK en Steneker (Koren q.q./Moulijn Bosse & Huddleston c.s.); *red.*)). In casu betroffen de gelden op de kwaliteitsrekening – zoals de curator onbestreden stelt – betalingen door cliënten van schulden aan SBMC op grond van door SBMC verzonden facturen voor werkzaamheden door Van Agt, Dussel, of andere medewerkers/partners van SBMC. Ingevolge de managementovereenkomsten ontvingen de partners van SBMC een managementvergoeding en kwamen de ontvangen honoraria toe aan SBMC, hetgeen strookt met de getuigenverklaring van Dussel (“De honoraria waren bestemd voor het kantoor, daarmee bedoel ik SBMC. (...) De honoraria werden overgemaakt aan SBMC, omdat ze daar thuis hoorden. Het kwam gewoon door het systeem dat zij niet rechtstreeks op de honorariumrekening terecht kwamen” (voorlopig getuigenverhoor d.d. 28 september 2006, p. 2)). Hieruit volgt dat SBMC rechthebbende was van de gelden op de kwaliteitsrekening.

4.5. Daaraan doet niet af het betoog van Van Agt c.s. dat gelet op het dwingendrechtelijke voorschrift van art. 16 Wna – de notaris verricht zijn wettelijke werkzaamheden op basis van een wederkerige overeenkomst tussen hem en de cliënt – de notaris zelf, en dus niet SBMC, jegens de cliënt aanspraak op betaling van honorarium heeft. Dit betoog miskent dat art. 16 Wna niet eraan in de weg staat dat de aanspraak op betaling van het honorarium uiteindelijk komt te rusten bij het samenwerkingsverband waarbinnen de notaris werkt (i.c. derhalve SBMC).

4.6. De rechtbank concludeert op grond van het voorgaande dat ingevolge art. 25 Wna moet worden onderscheiden tussen de rechthebbende van de gelden op de kwaliteitsrekening en de houder van die rekening, en dat in dit geval SBMC is aan te merken als rechthebbende (op het moment van de bewuste betalingen) en Van Agt en Dussel als rekeninghouders. Dit betekent dat bij de toepassing van artt. 42 en 47 Fw SBMC enerzijds en Van Agt en Dussel anderzijds niet mogen worden vereenzelvigd. SBMC kan derhalve slechts in zoverre als de schuldenaar in de zin van artt. 42 en 47 Fw worden beschouwd dat zij failliet is verklaard, maar zij heeft niet de gelden op de kwaliteitsrekening aan Van Agt en Dussel betaald. De betalingen aan Van Agt en Dussel zijn door henzelf – en naar de curator stelt, buiten medeweten van daartoe binnen SBMC bevoegden – verricht; zij hebben de gelden van de kwaliteitsrekening naar een eigen rekening overgemaakt. Dit komt ook overeen met de in art. 25 lid 2 Wna vervatte regel dat de notaris bij uitsluiting bevoegd is tot (het beheer en) de beschikking over de bijzondere rekening.

4.7. In het licht van de voorgaande overwegingen komt de curator derhalve niet de in artt. 42 en 47 Fw neergelegde bevoegdheid tot vernietiging toe. In zoverre is zijn vordering dus niet toewijsbaar.

4.8. In het kader van het beroep door de curator op artt. 42 en 47 Fw hebben Van Agt c.s. het verweer gevoerd dat indien SBMC als rechthebbende in de zin van art. 25 Wna moet worden beschouwd, zij de vordering van SBMC kunnen verrekenen met hun vordering op grond van de exces-vergoeding jegens SBMC. Nu de vordering van de curator, voor zover gestoeld op artt. 42 en 47 Fw, zal worden afgewezen, hebben Van Agt c.s. bij dit verweer geen belang.

4.9. Voor zover het beroep op verrekening ook zou zijn bedoeld ten aanzien van de meer subsidiaire grondslag (onrechtmatige daad) wordt het beroep afgewezen aangezien de gegrondheid van dit verweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen, nu de opeisbaarheid van de vordering van Van Agt c.s. (op grond van de exces-vergoeding) door de curator gemotiveerd is betwist en de opeisbaarheid daarom door Van Agt c.s. moet worden bewezen.

*Onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)*

4.10. Als meer subsidiaire grondslag van zijn vordering doet de curator een beroep op het bepaalde in art. 6:162 BW. In reactie op het beoog van Van Agt c.s. dat hij niet duidelijk maakt waarom het handelen van Van Agt c.s. en Dussel onrechtmatig is en jegens wie, stelt de curator dat hij de vordering uit onrechtmatige daad namens de gezamenlijke schuldeisers (en niet namens SBMC zelf) instelt en dat zulks mogelijk is in gevallen als het onderhavige die een grote gelijkenis vertonen met de pauliana en waarin een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers door een handelwijze van gedaagden aan de orde is. De curator haalt daartoe onder andere het arrest van de Hoge Raad van 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters/Gatzen) aan.

4.11. In het arrest van 14 januari 1983 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een faillissementscurator ook bevoegd is voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers door de gefailleerde en dat in zo een geval onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken door de curator van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 1401 BW (thans: art. 6:162 BW) tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is. Dat de benadeling niet van de gefailleerde is uitgegaan, gelijk in het onderhavige geval de benadeling niet uiting van SBMC maar van Van Agt en Dussel, doet daaraan niet af (zie HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 m.nt. Ma, alsmede de conclusie van A-G Koopmans, onder 3, voor dit arrest en Maeijer in zijn noot, onder 4). Van Agt c.s. verliezen dit uit het oog waar zij de curator voor de voeten werpen dat hij op grond van deze jurisprudentie een onrechtmatige gedraging van SBMC dient aan te wijzen, hetgeen de curator overigens alsnog heeft gedaan.

4.12. De curator legt aan zijn beroep op onrechtmatige daad verschillende omstandigheden ten grondslag. Met de curator is de rechtbank van oordeel dat de hierna te noemen omstandigheden, in onderling verband beschouwd, meebrengen dat Van Agt en Dussel jegens de schuldeiser van SBMC onrechtmatig hebben gehandeld.

4.13. In de eerste plaats is daar de financiële situatie waarin SBMC op 12 februari 2002 verkeerde en waarvan Van Agt en Dussel op de hoogte waren. Na de bijeenkomst van 5 februa-

ri 2002, waarbij ook Van Agt aanwezig was, was duidelijk geworden dat KPMG Holding NV en KPMG Meijburg & Co het standpunt innamen dat de situatie waarin SBMC verkeerde, volledig de verantwoordelijk was van SBMC, in het bijzonder van haar partners en haar management, en dat ook de toekomst van SBMC in handen lag van haar partners. Voorts stond toen vast dat KPMG Holding NV en KPMG Meijburg & Co het financieringsverzoek van SBMC van de hand wezen – zoals zij ook reeds bij brief van 29 januari 2002 aan Kievit hadden medegedeeld – en dat zij hooguit bereid waren onder voorwaarden van hun vorderingen op SBMC af te zien in het geval van een doorstart en indien de partners van SBMC erin zouden slagen een externe financier te vinden. Volgens de eigen berekeningen van Van Agt, die hij tijdens de partnersvergadering van 10 februari 2002 heeft gepresenteerd, zou de extern te financieren som € 7.200.000,= bedragen. Om uit de financiële crisis te geraken waarin SBMC op 12 februari 2002 verkeerde, was het voorts noodzakelijk dat de partners van een belangrijk deel van hun vorderingen op SBMC afstand zouden doen; alle partners waren daarvan op de hoogte. Gegeven het standpunt van KPMG Holding NV en KPMG Meijburg & Co, het financieringstekort van € 7.200.000,= waarvoor een externe financier moest worden gevonden en het door de SBMC-partners te brengen offer valt in redelijkheid niet vol te houden – zoals Van Agt c.s. betogen – dat er geen gevaar was voor de insolventie van SBMC omdat KPMG Holding NV en KPMG Meijburg & Co hun verplichtingen jegens SBMC zouden nakomen.

4.14. Van Agt en Dussel wisten op 12 februari 2002 dat voor de crediteuren van SBMC geen uitzicht bestond op betaling van meer dan een (gering) gedeelte van hun vorderingen.

4.15. Voorts wijst de curator terecht erop dat Van Agt en Dussel de gelden die bestemd waren voor SBMC en waarover zij konden beschikken, hebben gebruikt ter voldoening van een eigen vordering op SBMC, terwijl het niet aan hen, maar aan de directie van SBMC, was om te beslissen welke crediteuren van SBMC bij voorrang zouden worden betaald. Door aldus te handelen hebben Van Agt en Dussel hun exclusieve bevoegdheid als notarissen om te beschikken over de kwaliteitsrekening gebruikt om hun vorderingen voor andere schuldeisers



van SBMC en zonder enig overleg met anderen, in het bijzonder met de directie en andere schuldeisers van SBMC, te verhalen op een vermogensbestanddeel van SBMC.

4.16. Dat hun handelen (ook) voor de overige schuldeisers nadelig was, moet worden afgeleid uit de verklaring van de getuige R. Faasen dat “de situatie bij SBMC pas echt hopeloos [werd] doordat Van Agt en Dussel dat geld van de rekening haalden in combinatie met het feit dat vanaf begin maart een aantal partners inmiddels naar andere kantoren gingen en ook een aantal partners begonnen met het indienen van claims bij SBMC” (proces-verbaal voorlopig getuigenverhoor d.d. 25 mei 2005).

4.17. Tot slot was het door Van Agt en Dussel van de kwaliteitsrekening op een eigen rekening overgemaakte bedrag aanzienlijk, te weten 1,7 miljoen gulden, en na de overmaking resteerde hoegenaamd geen batig saldo.

4.18. Van Agt c.s. betogen naar het oordeel van de rechtbank tevergeefs dat de vordering van Van Agt en Dussel op SBMC opeisbaar was. Het ene deel van de vordering (40%) was niet opeisbaar omdat de overeengekomen halfjaarlijkse termijnen vanaf 1 juli 2002 op 12 februari 2002 nog niet waren vervallen. Dat het andere deel van de vordering (60%) evenmin opeisbaar was, volgt uit de omstandigheid dat de – door de curator betwiste – afspraak dat vóór 31 december 2001 zou worden betaald geen fatale termijn inhield, hetgeen daaruit blijkt dat Van Agt SBMC daarna niet heeft aangemaand tot betaling of in gebreke heeft gesteld.

4.19. Voor zover uit het voorgaande niet reeds volgt dat Dussel op de hoogte was van de financiële situatie van SBMC, moet zulks worden aangenomen op grond van het feit dat zij (ook) begin 2002 met Van Agt samenwoonde en dat zij heeft gedeeld in de kennis van Van Agt. Zij heeft dit niet gemotiveerd betwist.

4.20. Nu de rechtbank van oordeel is dat Van Agt en Dussel onrechtmatig hebben gehandeld jegens de schuldeisers van SBMC, zijn de vorderingen van de curator onder iii) en iv) toewijsbaar.

4.21. De overige verweren die Van Agt c.s. hebben gevoerd, kunnen hun niet baten. Zo voeren zij aan dat aan hun handelen drie motieven ten grondslag lagen, namelijk dat het Van Agt duidelijk was dat voor het betalen van de excess-vergoeding voldoende fondsen aanwezig waren, dat Dussel een dringende behoefte had aan

fondsen en dat Van Agt en Dussel medio februari 2002 rekening moesten houden met de mogelijkheid dat de band met SBMC op korte termijn zou worden verbroken. Voor zover Van Agt c.s. hiermee beogen te betogen dat hun handelen gerechtvaardigd was en dus niet onrechtmatig, faalt dat betoog reeds omdat deze motieven niet kunnen worden aangemerkt als rechtvaardigingsgronden in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Voorts overweegt de rechtbank dat de stelling dat voor het betalen van de excess-vergoeding voldoende fondsen aanwezig waren, eraan voorbij ziet dat er niet alleen fondsen waren, maar ook schulden en niet alleen aan partners van SBMC, doch eveneens aan ABN AMRO en aan KPMG Holding NV en KPMG Meijburg & Co. Haar dringende behoefte aan fondsen had Dussel opgevangen door haar fiscale reserves aan te spreken (althans, dat stelt zij zelf).

4.22. Voorts beroepen Van Agt c.s. zich erop dat zij 40% van de excess-vergoeding reeds hebben teruggestort op een nieuwe kwaliteitsrekening. Indien dit beroep ertoe strekt de omvang van de aansprakelijkheid van Van Agt c.s. met 40% te beperken, gaat het niet op aangezien een som geld op een kwaliteitsrekening voor de curator niet (rechtstreeks) bereikbaar is vanwege de exclusieve bevoegdheid van de notaris daarover te beschikken (art. 25 lid 2 Wna). De terugstorting betekent derhalve niet dat ten belope van het teruggestorte bedrag geen schade is geleden en (dus) geen aansprakelijkheid bestaat.

4.23. Uit het voorgaande volgt dat hetgeen de curator overigens aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, geen beoordeling behoeft.

#### *Verrekening*

4.24. De rechtbank wijst het uiterst subsidiaire beroep van Van Agt c.s. op verrekening van hun vorderingen op de boedel met enige schuld aan de boedel af, omdat de gegrondheid van dit verweer, gelet op de betwisting door de curator van de door Van Agt en Dussel in het faillissement van SBMC ingediende vorderingen, niet op eenvoudige wijze is vast te stellen.

4.25. Van Agt c.s. voeren geen verweer ten aanzien van de gevorderde hoofdelijke veroordeling van Van Agt en praktijkvennootschap Van Agt respectievelijk Dussel en Duster. De rechtbank zal Van Agt c.s. derhalve hoofdelijk veroordelen overeenkomstig de vordering.

4.26. Aangezien Van Agt c.s. evenmin ten aanzien van de gevorderde wettelijke rente verweer voeren, zal de rechtbank de wettelijke rente als gevorderd toewijzen.

4.27. De gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis bestrijden Van Agt c.s. Nu de curator daarop niet heeft gereageerd, zal de rechtbank haar vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

4.28. Tenslotte zullen Van Agt c.s. als de in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten worden veroordeeld. *In voorwaardelijke reconventie*

4.29. Nu de vordering in conventie zal worden toegewezen, is voldaan aan de voorwaarde waaronder de vordering in reconventie is ingesteld. De rechtbank overweegt ten aanzien van deze vordering als volgt.

4.30. Uit hetgeen is overwogen in 4.22, volgt dat Van Agt c.s. aan de veroordeling in conventie niet kunnen voldoen door storting op hun kwaliteitsrekening. Het onder 3.4, onder i) en a) weergegeven deel van de reconventionele vordering kan derhalve niet worden toegewezen.

4.31. Het deel van reconventionele vordering weergegeven onder 3.4, onder i) en b) is evenmin voor toewijzing vatbaar, reeds omdat het voortbouwt op het deel onder i) en a). Overigens staat aan het beroep op opschorting voorts in de weg dat de vordering van Van Agt en Dussel op SBMC niet opeisbaar is, zoals is overwogen onder 4.18.

4.32. De vordering in reconventie zal daarom worden afgewezen.

4.33. Van Agt c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten worden veroordeeld.

##### 5. De beslissing

De rechtbank in conventie

– veroordeelt Van Agt en praktijkvennootschap Van Agt hoofdelijk tot betaling aan de curator van een bedrag van € 579.864,=, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 12 februari 2002;

– veroordeelt Dussel en Duster hoofdelijk tot betaling aan de curator van een bedrag van € 276.930,=, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 12 februari 2002;

– veroordeelt Van Agt c.s. tot betaling van de proceskosten (...; *red.*);

– wijst af het meer of anders gevorderde; in voorwaardelijke reconventie

– wijst de vordering af;

– veroordeelt Van Agt c.s. tot betaling van de proceskosten (...; *red.*).

##### NOOT

1. Notarissen Van Agt en Dussel zijn door middel van hun praktijkvennootschappen sinds 1999 verbonden aan Steins Bisschop Meijburg & Co NV (hierna: SBMC), welke was opgezet als het advocaten- en notarissenkantoor binnen de KPMG-groep. In verband met hun toetreding hebben beide notarissen een vordering op SBMC (de zogenaamde "excesvergoeding"). Wanneer SBMC reeds enige tijd in financiële moeilijkheden verkeert, stellen de notarissen hun beider vorderingen op SBMC veilig door twee bedragen ter hoogte van de excesvergoedingen van de bijzondere rekening, welke zij op de voet van art. 25 Wet op het notarisambt (Wn) verplicht zijn aan te houden, over te boeken naar hun afzonderlijke privé-rekeningen. Dit was mogelijk daar de bijzondere rekening een "dekkingsoverschot" vertoonde, dat was ontstaan tengevolge van de omstandigheid dat cliënten van SBMC hun schulden aan SBMC pleegden te betalen op de bijzondere rekening van de aan SBMC verbonden notarissen, zie r.o. 4.4. Kort daarop wordt het faillissement van SBMC uitgesproken. De curator vordert primair vernietiging van de verrichte betalingen op grond van art. 42 e.v. Fw. Subsidiair stelt hij zich op het standpunt dat de notarissen onrechtmatig hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van SBMC en hij vordert op die grond schadevergoeding. In voorwaardelijke reconventie vorderen de notarissen te verklaren voor recht dat zij aan hun veroordeling kunnen voldoen door (terug)storting op de bijzondere rekening en zij gerechtigd zijn om elke verplichting tot afdracht van het ten behoeve van SBMC op de bijzondere rekening gevormde saldo op te schorten totdat integraal aan alle verplichtingen uit hoofde van de excesvergoeding is voldaan. Het beroep van de curator op de actio Pauliana wordt afgewezen; de vordering op grond van onrechtmatige daad treft wel doel. De vordering van de notarissen in reconventie wordt afgewezen. Met betrekking tot het aan

deze uitspraak ten grondslag liggende feitencomplex is het tot slot het vermelden waard dat de notarissen in het kader van het beroep van de curator op de actio Pauliana het verweer gevoerd hebben dat, indien SBMC als rechthebbende in de zin van art. 25 Wn moet worden beschouwd, zij de vordering van SBMC kunnen verrekenen met hun vordering op grond van de exces-vergoeding jegens SBMC (zie r.o. 4.8).

2. Op grond van art. 25 lid 1 Wn is iedere notaris verplicht om bij een financiële onderneming die ingevolge de Wet op het financieel toezicht in Nederland het bedrijf van bank mag uitoefenen, minimaal één bijzondere rekening aan te houden die uitsluitend bestemd is voor gelden van derden, die hij in verband met zijn werkzaamheden als zodanig ten behoeve van derden onder zich neemt. Een dergelijke rekening – ook wel derden- of kwaliteitsrekening genoemd – heeft tot doel geldbedragen die de notaris tijdelijk onder zich heeft, buiten het eigen vermogen van de notaris te houden en te vrijwaren van verhaal door zijn schuldeisers, zie Kamerstukken II, 1993-1994, 23 706, nr. 3, p. 10. Om dit te bereiken is de bijzondere rekening in art. 25 lid 3 Wn zo vorm gegeven, dat het niet de notaris als rekeninghouder is die rechthebbende is van de vorderingsrechten op de bank, maar dat deze vorderingsrechten toebehoren aan de gezamenlijk belanghebbenden. Laatstgenoemden zijn kort gezegd zij ten behoeve van wie de betreffende gelden op de bijzondere rekening zijn overgemaakt (vgl. r.o. 4.3). In het onderhavige geschil is dit SBMC, zie r.o. 4.4. Tussen de rechthebbenden bestaat een (eenvoudige) gemeenschap, vgl. afd. 3.7.1 BW. Elke rechthebbende heeft een onverdeeld aandeel in *elke vordering* die in de bijzondere rekening geboekt is, naar evenredigheid van het bedrag dat ten behoeve van hem op deze rekening is gestort. Dat niet de notaris, maar de rechthebbenden gezamenlijk schuldeiser zijn van de bank waar de bijzondere rekening wordt aangehouden, betekent echter niet dat zij ook bevoegd zijn tot beheer en beschikking over deze rekening. Deze bevoegdheid komt krachtens art. 25 lid 2 Wn exclusief aan de notaris toe. De notaris treedt derhalve steeds in eigen naam als *rekeninghouder* op jegens de bank. Hij mag echter slechts tot het doen van betalingen overgaan, indien hij hiertoe een

opdracht van een rechthebbende heeft. Voert de notaris in eigen naam, maar in opdracht van een rechthebbende een betaling uit, dan komt deze voor rekening van de betreffende rechthebbende. Er is derhalve sprake van middellijke vertegenwoordiging. Het ontbreken van een dergelijke opdracht brengt niet met zich dat de notaris niet tot het doen van een betaling ten laste van het saldo van de bijzondere rekening zou *kunnen* overgaan. Doet deze situatie zich voor, dan zal in de regel een tekort ontstaan zoals bedoeld in art. 25 lid 3 Wn. De notaris is dan verplicht dit tekort terstond aan te vullen. Een rechthebbende heeft *te allen tijde* recht op uitkering van zijn aandeel in het saldo van de bijzondere rekening. De notaris zal slechts aan de opdracht van de rechthebbende geen gehoor behoeven te geven indien dit uit de aard van het recht van de rechthebbende voortvloeit, zo volgt uit art. 25 lid 4 Wn. De rechthebbenden hebben naast het gemeenschappelijk vorderingsrecht op de bank derhalve tevens allen afzonderlijk een vordering jegens de notaris tot nakoming van deze uit art. 25 lid 4 Wn voortvloeiende verplichting. Uit de woorden “te allen tijde” vloeit mijns inziens voort dat het voor de notaris – buiten de in art. 25 lid 4 Wn genoemde uitzondering – niet mogelijk is zich ten aanzien van de uit dit artikellid voortvloeiende verplichting op een opschortingsrecht te beroepen. Reeds om die reden moet de vordering in reconventie van de notarissen worden afgewezen. Ook de rechtbank concludeert dat de vordering in reconventie moet worden afgewezen. Deze conclusie trekt zij echter op basis van de overweging dat het “terugstorten” van de verdwenen gelden op de bijzondere rekening er niet toe leidt dat deze voor de curator (rechtstreeks) bereikbaar zijn, waardoor niet gezegd kan worden dat geen schade is geleden (r.o. 4.22). Deze overweging houd ik voor onjuist. Dat deze gelden voor de curator in beginsel wél bereikbaar zijn, vloeit immers voort uit art. 25 lid 4 Wn.

3. Indien de notaris op grond van art. 25 lid 2 Wn in opdracht van een rechthebbende overgaat tot het doen van een betaling, heeft dit tot gevolg dat het *aandeel* van deze rechthebbende in omvang afneemt met het bedrag dat met de betalingsopdracht is gemoeid, zo vloeit (a contrario) voort uit art. 25

lid 3 Wn. Ook het *saldo* van de bijzondere rekening neemt met dit bedrag af, waardoor de omvang van de aandelen van de overige rechthebbenden gelijk blijft. Anders is dit mijns inziens ingeval de notaris een betaling doet ten laste van de bijzondere rekening waarvoor hij géén opdracht van een rechthebbende heeft. De notaris is dan niet tot middellijke vertegenwoordiging bevoegd, waardoor zijn rechtshandeling in beginsel niet voor rekening van één of meer bepaalde rechthebbenden komt. Het zijn derhalve ook niet één of meer bepaalde aandelen die in omvang afnemen door de betalingen, maar *alle* aandelen *pro rata* als gevolg van het ontstane tekort op de bijzondere rekening. Dat de notaris – zoals in de onderhavige zaak het geval was – de betaling waartoe hij niet bevoegd was, ten laste wil brengen van het aandeel van één bepaalde rechthebbende – in casu SBMC – maakt dit niet anders. Het ontstane tekort moet door de notaris terstond worden aangevuld, aldus art. 25 lid 3 Wn. Een andere oplossing biedt art. 25 lid 6 Wn, dat bepaalt dat rechtshandelingen die in strijd met art. 25 Wn – in dit geval in het bijzonder art. 25 lid 2 Wn – zijn verricht, vernietigbaar zijn. De vernietigingsgrond kan door iedere rechtstreeks belanghebbende worden ingeroepen. De curator had dit derhalve namens de gefailleerde NV kunnen doen. Voorts had hij op de voet van art. 25 lid 4 Wn uitkering van het aandeel kunnen verlangen, zonder dat de notarissen zich op een opschortingsrecht hadden kunnen beroepen (zie hierboven onder 2). De curator heeft er echter voor gekozen een andere weg te bewandelen.

4. Dat het beroep van de curator op de actio Pauliana door de rechtbank is afgewezen, mag niet verbazen. Voor een geslaagd beroep op art. 42 of 47 Fw is immers een rechtshandeling van de schuldenaar – SBMC – vereist. Hiervan is in het onderhavige geval geen sprake; de gewraakte rechtshandeling is in eigen naam verricht door de notarissen, vgl. art. 25 lid 2 Wn. Evenmin komt deze rechtshandeling *voor rekening* van SBMC; de betaling heeft slechts tot *gevolg* dat de aandelen van *alle* rechthebbenden – waaronder die van SBMC – in omvang afnemen, zie hierboven onder 3. Indien de notarissen wél toestemming van SBMC zouden hebben gehad voor de gewraakte betaling, zou mijns inziens echter

wel mogelijk sprake kunnen zijn van een rechtshandeling van de schuldenaar in de zin die het leerstuk van de actio Pauliana daaraan toekent. Ofschoon ook in die situatie geldt dat de rechtshandeling van de notaris niet rechtens als een rechtshandeling van SBMC te beschouwen is, treffen de rechtsgevolgen van deze rechtshandeling *rechtstreeks* het aan de schuldenaar toebehorende goed. Ik acht het verdedigbaar dat voor de toepassing van de actio Pauliana in dat geval sprake is van een rechtshandeling van de schuldenaar, vgl. ook Faber, Verrekening (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 302. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat onder bepaalde omstandigheden een beroep op de actio Pauliana mogelijk is, hoewel in het geheel geen rechtshandeling van de schuldenaar valt aan te wijzen, zie bijvoorbeeld HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104, m.nt. G (*Loeffen q.q./Mees en Hope I*). Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de hier besproken casus voor het toepassen van deze uitzondering geen aanknopingspunten biedt. Van een geval zoals berecht in voornoemd arrest, is in de onderhavige uitspraak immers geen sprake.

5. De vordering van de curator op grond van onrechtmatige daad treft wel doel. Opmerkelijk is dat de curator deze vordering *namens de gezamenlijke schuldeisers* heeft ingesteld. De rechtbank – in navolging van de curator – verwijst in dit kader naar HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, m.nt. BW (*Peeters q.q./Gatzen*), op grond waarvan de curator bevoegd moet worden geacht een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers door de latere gefailleerde was betrokken (zie r.o. 4.10). Notaris Van Agt en Dussel hebben zich op het standpunt gesteld dat de curator niet bevoegd was tot het instellen van deze vordering, daar geen sprake zou zijn geweest van een onrechtmatige gedraging van de schuldenaar *zelf*. De rechtbank gaat in zijn overwegingen als volgt op dit verweer in: “Dat de benadeling niet van de gefailleerde is uitgegaan, gelijk in het onderhavige geval de benadeling niet uitging van SBMC maar van Van Agt en Dussel, doet daaraan [de bevoegdheid van de curator: RJvdW] niet af (zie HR 8 november 1991, NJ 1992, 174, m.nt. Ma). Van Agt en Dussel verliezen dit uit het oog waar zij de curator voor de voeten werpen dat hij op

grond van deze jurisprudentie een onrechtmatige gedraging van SBMC dient aan te wijzen, hetgeen de curator overigens alsnog heeft gedaan”, zie r.o. 4.11. De rechtbank verliest kennelijk uit het oog dat voor het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering wel degelijk vereist is dat de schuldenaar ook zelf een onrechtmatig handelen moet kunnen worden verweten, vgl. Hof 's-Gravenhage 27 mei 2004, «JOR» 2004/206, m.nt. Van Ravels en Van Andel (*Vie d'or*), in het bijzonder r.o. 2.4, en (impliciet) HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, m.nt. BW (*Peeters q.q./Gatzen*) en de daarop voortbouwende jurisprudentie. Ook in het voorgestelde art. 3.2.8 Voorontwerp Insolventiewet, welke een codificatie bevat van de Peeters/Gatzen-vordering, komt dit vereiste expliciet tot uitdrukking. Uit het door de rechtbank aangehaalde arrest Nimox/Van den End q.q. mag mijns inziens niet worden afgeleid dat dit vereiste voor het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering niet zou gelden. In het licht van laatstgenoemd arrest wordt ook wel verdedigd dat het vereiste dat de schuldenaar ook zelf een onrechtmatig handelen moet kunnen worden verweten tot uitdrukking brengt dat de Peeters/Gatzen-vordering slechts kan worden ingesteld bij vormen van benadeling die niet leiden tot een vordering van de schuldenaar zelf op de derde, zie Van Andel, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 73. In het onderhavige geval kan SBMC *zelf* de notarissen aansprakelijk stellen op grond van art. 6:162 BW, dan wel op grond van art. 25 lid 3 Wn, indien en voor zover de notarissen het tekort niet terstond hebben aangevuld. Een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt met de vernietigingsmogelijkheid van art. 25 lid 6 Wn. De curator is op grond van art. 68 Fw bevoegd genoemde vorderingen namens SBMC in te stellen. Afgevraagd kan daarom worden of de *schuldeisers* van SBMC wel in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld door het handelen van de notarissen. Het vermogen van SBMC wordt immers door het handelen van de notarissen niet verminderd daar tegenover de schade van SBMC een vordering van SBMC jegens de notarissen tot een gelijk bedrag staat, vgl. Van Andel, t.a.p., p. 27-28. Terzijde zij opgemerkt dat een curator die een Peeters/Gatzen-vordering instelt, dit steeds doet *ten*

*behoefte van* de gezamenlijke schuldeisers. Hij treedt hierbij in eigen naam op. Er is dientengevolge – anders dan de rechtbank in r.o. 4.10 overweegt – geen sprake van het instellen van een vordering *namens* de gezamenlijke schuldeisers.

6. De rechtbank heeft de vordering op grond van onrechtmatige daad toegewezen voor het volledige bedrag waarmee het *saldo* van de bijzondere rekening door de gewraakte betaling is afgenomen. Ogenschijnlijk is de rechtbank van mening dat ook het *aandeel van SBMC* in het saldo van de bijzondere rekening met dit bedrag in waarde is afgenomen. Zoals hiervoor onder 2 reeds is uiteengezet is dit niet het geval. Slechts voor het bedrag waarmee het aandeel van SBMC in waarde is afgenomen, heeft SBMC schade geleden. Dit geldt ook voor de overige rechthebbenden. Zij zullen een eigen vordering uit onrechtmatige daad moeten instellen, de notaris op grond van art. 25 lid 3 Wn moeten aansporen het tekort aan te vullen, of de bewuste betaling op de voet van art. 25 lid 6 Wn moeten vernietigen.

7. Tot slot een enkele opmerking over verrekening. De aangesproken notarissen hebben zich tegen het beroep op de actio Pauliana van de curator verweerd met de stelling dat, indien SBMC als rechthebbende in de zin van art. 25 Wn moet worden beschouwd, zij de vordering van SBMC kunnen verrekenen met de vordering die zij nog op SBMC hebben in verband met de excessvergoeding, zie r.o. 4.8 (zie ook hierboven onder 1). Niet duidelijk is *welke* vordering van SBMC zij voor ogen hebben. De verwijzing naar art. 25 Wn kan mijns inziens zowel doelen op de vordering tot nakoming die SBMC jegens Van Agt en Dussel heeft (art. 25 lid 4 Wn), als op de vordering(en) die SBMC gezamenlijk met de overige rechthebbenden op de bank heeft (art. 25 lid 3 Wn). Ten aanzien van beide vorderingen van SBMC is verrekening met de tegenvorderingen van Van Agt en Dussel op SBMC evenwel niet mogelijk. Daar de actio Pauliana – reeds op andere gronden – niet is toegewezen, is de rechtbank op bovenstaand verweer niet ingegaan. Toch wil ik er een opmerking aan wijden. Met betrekking tot de vordering van SBMC op grond van art. 25 lid 3 Wn wordt in de Parlementaire Geschiedenis van art. 25 Wn namelijk mijns inziens ten onrechte de indruk gewekt dat

verrekening in het onderhavige geval wél mogelijk zou zijn, zie Kamerstukken II, 1993-1994, 23 706, nr. 3, p. 33. Het is echter niet de notaris die schuldenaar is van de vorderingen die in de bijzondere rekening zijn geboekt, maar de *bank* waarbij de rekening wordt aangehouden. Aan het vereiste van wederkerig schuldeiserschap is derhalve niet voldaan. Dit impliceert overigens niet dat ingeval de *bank* deze schuld met een tegenvordering op een rechthebbende wil verrekenen, sprake is van wederkerig schuldeiserschap. Hiervan is slechts sprake, voor zover de bank een tegenvordering heeft op de *gezamenlijke rechthebbenden*, vgl. Faber, t.a.p., nr. 29 e.v. De notaris is slechts schuldenaar van de vordering tot nakoming van de door de rechthebbende gegeven opdrachten (art. 25 lid 4 Wn). Zoals hierboven reeds aangegeven, kan ook deze vordering niet verrekend worden met de vorderingen van Van Agt en Dussel met betrekking tot de exces-vergoeding. Er is immers niet voldaan aan het vereiste van identiteit van prestaties.

R.J. van der Weijden  
onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (Radboud Universiteit Nijmegen)

## 212

Hof 's-Hertogenbosch  
19 februari 2008, rolnr. C0600402/MA, LJN BC6079  
(mrs. Bod, Zwitser-Schouten, Waaijers)

**Buitengerechtigd schuldeisersakkoord. Weigering tot medewerking in casu geen misbruik van bevoegdheid. Voor bevel tot medewerking aan schuldeisersakkoord zijn zeer bijzondere omstandigheden vereist, die in casu ontbreken. Verwijzing naar HR 12 augustus 2005, «JOR» 2005/257 (Groenemeijer/Directors Cast & Crew Payroll Services).**

[BW art. 3:13]

*Het hof neemt tot uitgangspunt dat, indien het door geïntimeerde voorgestelde akkoord geen*

*doorgang zou vinden vanwege de weigering van het pensioenfonds en de aan haar gelieerde stichtingen daarmee in te stemmen, het gevolg daarvan is dat een faillissement of een wettelijke schuldsanering van geïntimeerde onvermijdelijk is. Dat gegeven levert op zichzelf echter geen grond op om te concluderen dat het pensioenfonds misbruik maakt van zijn bevoegdheid tot weigeren. Het pensioenfonds heeft er immers in beginsel recht op dat wanneer de schuldenaar zich in een toestand bevindt die faillietverklaring dan wel een wettelijke schuldsanering rechtvaardigt, het voorgeschreven wettelijk faillissementsregime dan wel saneringsregime wordt gevolgd waarin is gewaarborgd dat de vermogenspositie van de schuldenaar door een curator of een bewindvoerder wordt vastgesteld onder toezicht van een rechter-commissaris. De in dit geding door geïntimeerde gestelde omstandigheden kunnen niet worden aangemerkt als "zeer bijzondere omstandigheden" als bedoeld in HR 12 augustus 2005, «JOR» 2005/257 (Groenemeijer/Directors Cast & Crew Payroll Services). Deze omstandigheden zijn aan te merken als omstandigheden die een schuldenaar-ondernemer met de oprechte bedoeling om alles op alles te zetten ten einde zijn bedrijf te behouden, als regel zal nastreven om een faillissement of wettelijke schuldsanering te voorkomen en zijn bedrijf op minimale basis te kunnen voortzetten. Indien de schuldenaar met het creëren van deze omstandigheden zou kunnen bewerkstelligen dat de schuldeiser als regel zijn medewerking aan een aangeboden buitengerechtigd akkoord niet meer kan weigeren, wordt principieel afbreuk gedaan aan de door de Hoge Raad gestelde eis dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel tot medewerking.*

*Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het beroepsvervoer over de weg te Amsterdam,*  
appellante,  
procureur: mr. P.J.A.M. Baudoin,  
tegen  
*P.M.F.A. Brandt te Nuth,*  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. F.H.I. Hundscheid.

(...; red.)

#### 4. De beoordeling

4.1. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

a. Brandt heeft een transportonderneming.