Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

De individuele schuldeiser en de Peeters q.q./ Gatzen-vordering, wachten op de curator?

Inleiding

Een schuldeiser van een gefailleerde vennootschap heeft op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad de mogelijkheid om een bij het faillissement betrokken derde aansprakelijk te stellen voor de schade die hij door toedoen van die derde heeft geleden. Indien het een normschending jegens de gezamenlijke schuldeisers (een zogenoemde Peeters q.q./Gatzen-vordering) betreft, wordt de individuele schuldeiser voor een keuze gesteld. Hij kan ervoor kiezen om de derde zelfstandig aansprakelijk te stellen. Hij kan dit echter ook aan de curator overlaten, zij het dat deze op grond van de jurisprudentie slechts ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kan optreden. In deze bijdrage worden de contouren geschetst van een aantal argumenten die de individuele schuldeiser in zijn afweging zal (kunnen) betrekken. Daarvoor wordt eerst nog ingegaan op de zogenoemde Beklamel-vordering en de mogelijkheid voor zowel de schuldeiser als de curator om de derde in het licht van de huidige jurisprudentie aansprakelijk te stellen.

De Beklamel-vordering en Peeters q.q./Gatzen

Een schuldeiser van een gefailleerde vennootschap kan onder bepaalde omstandigheden een derde aansprakelijk stellen voor de schade die hij door het onrechtmatige handelen of nalaten van die derde heeft geleden. De Hoge Raad oordeelde in 1989 in het Beklamel-arrest dat de enig bestuurder (tevens enig aandeelhouder) van een (inmiddels gefailleerde) BV persoonlijk aansprakelijk was jegens een schuldeiser, doordat hij bij het aangaan van een bepaalde koopovereenkomst wist of redelijkerwijs had behoren te weten dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de schuldeiser hierdoor zou lijden.[1] De Hoge Raad bevestigde met het arrest de heersende leer ter zake van de aansprakelijkheid van derden (veelal bestuurders) bij schuldeisersbenadeling in dergelijke omstandigheden.[2]

Het is in dit verband van belang om op te merken dat schuldeisersbenadeling in vele varianten voorkomt. Van Andel onderscheidt in totaal drie hoofdvormen.[3] Ten eerste de situatie waarbij de derde uitsluitend schade aan de schuldenaar (hierna door mij gemakshalve de 'vennootschap' genoemd) toebrengt. Ten tweede de situatie waarin de derde schade toebrengt aan één of meer individuele schuldeisers van de vennootschap. En ten slotte de situatie waarbij de derde is betrokken bij verhaalsbenadeling door de vennootschap, waardoor de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld. Bij de tweede variant is er dus sprake van een normschending jegens één of meer *individuele* schuldeisers, terwijl bij de derde variant sprake is van een normschending jegens de *gezamenlijke* schuldeisers. Het is overigens – mede doordat de vorm van benadeling sterk kan verschillen – niet altijd eenvoudig om vast te stellen of er sprake is van een collectieve benadeling of van een benadeling van één of meer individuele schuldeisers. Een verhaalsbenadeling van de gezamenlijke schuldeisers zal echter wel steeds ook een normschending jegens de benadeelde individuele schuldeiser zijn.[4]

Het genoemde onderscheid in normschending is van belang met het oog op het Peeters q.q./Gatzen-arrest.[5] De curator sprak in dat geval de echtgenote van een failliet aan die kort voor het faillissement had meegewerkt aan het tot stand brengen van een onroerendgoedtransactie waarbij de echtelijke woning voor een te lage prijs was overgedragen, met benadeling van de *gezamenlijke* schuldeisers als gevolg. In cassatie speelde de vraag of de curator (in het licht van zijn wettelijke taak ex art. 68 lid 1 Faillissementswet; Fw) tot een dergelijke actie bevoegd is, met name aangezien de vordering(en) niet aan de vennootschap (boedel) toekwam(en), maar aan de gezamenlijke schuldeisers.

De Hoge Raad oordeelde:

> '(...) 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 artikel 1401 BW [thans art. 6:162 BW; SvT] tegen een derde die bij de benadeling van de schuldeisers betrokken is, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe.'

1. HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 m.nt. Ma (Beklamel). Zie voor externe aansprakelijkheid van een bestuurder in bredere zin ook Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 323.
2. Zie ook de noot van Maeijer bij het Beklamel-arrest.
3. W.J.M. van Andel, De Peeters/Gatzen-vordering, in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, Materieel faillissementsrecht. De Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement, Preadviezen 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 5-86.
4. Zie Van Andel 2006, die de vergelijking trekt met de situatie buiten faillissement. Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Huydecoper bij HR 21 december 2001, JOR 2002, 37 m.nt. NEDF (Lunderstädt/De Kok).
5. HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 m.nt. BW (Peeters q.q./Gatzen).

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

De curator is dus bevoegd om de derde voor de door de gezamenlijke schuldeisers geleden schade aansprakelijk te stellen. In de praktijk maken curatoren hier met enige regelmaat gebruik van. Het arrest heeft in de literatuur de nodige vragen opgeworpen, niet in de laatste plaats vanwege de wat merkwaardige positie van de curator bij het instellen van een dergelijke vordering. Kortmann en Faber merken in dit verband terecht op dat de curator in dit geval niet als beheerder en vereffenaar van de boedel optreedt, maar dat hij andermans rechten uitoefent.[6]

In de literatuur heeft Peeters q.q./Gatzen tot drie hoofdvragen geleid:

1. Mag de curator de Peeters q.q./Gatzen-vordering ook slechts ten behoeve van enkele (en dus niet alle) schuldeisers instellen?
2. Behoort de door de curator geïnde schadevergoeding in de boedel te vloeien?
3. Behoudt de individuele schuldeiser het recht om de Peeters q.q./Gatzen-vordering zelfstandig in te stellen?

De laatste vraag werd in de arresten Lunderstädt/De Kok en SOBI/Hurks positief beantwoord.[7] Hierop wordt verderop in deze bijdrage nader ingegaan. De eerste en tweede vraag werden in het arrest De Bont/ Bannenberg q.q. beantwoord.[8]

De Bont/Bannenberg q.q.

De curator verwijt de enig bestuurder van een gefailleerde vennootschap dat hij de vennootschap vanaf een bepaald moment bewust heeft laten 'doordraaien', waardoor een bepaalde groep schuldeisers (zij die sinds het 'peilmoment' schuldeiser zijn geworden) is benadeeld. De rechtbank acht de curator niet bevoegd met de motivering dat het niet binnen zijn taak valt om de belangen van een aparte groep schuldeisers te behartigen en dat een dergelijke actie ook afbreuk doet aan de eenheid en orde van de afwikkeling van de failliete boedel.[9] Het hof acht de curator daarentegen wel bevoegd.[10] Van een vermeende verstoring van de 'paritas creditorum' is geen sprake, aangezien het niet om vorderingen uit de boedel gaat, maar om vorderingen van de (individuele) schuldeisers. Bij succes zal bovendien een aantal belangrijke (preferente) vorderingen wegvallen. Zodoende blijft er meer over om tussen de gezamenlijke schuldeisers te verdelen. Het hof veroordeelt de bestuurder tot het betalen van een schadevergoeding. In zijn conclusie steunt advocaat-generaal Timmerman het oordeel van het hof:

> 'Met een dergelijk optreden van de curator is het belang van de overige crediteuren gediend. Dat is mijns inziens een voldoende rechtvaardiging voor het optreden van de curator in dezen.'

Timmerman pleitte dus in feite voor een uitbreiding van Peeters q.q./Gatzen. De Hoge Raad stelt echter paal en perk en oordeelt – kort gezegd – dat het optreden van de curator ten behoeve van een bepaalde groep schuldeisers (waarbij de netto-opbrengst rechtstreeks aan die schuldeisers toekomt) buiten de wettelijke taakomschrijving van de curator (art. 68 lid 1 Fw) valt. Verder blijkt dat de opbrengst van een 'Peeters q.q./Gatzen-vordering' in de boedel behoort te vloeien (en dus ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers moet komen).

Lunderstädt/De Kok en SOBI/Hurks

In het verlengde van Peeters q.q./Gatzen rijst vervolgens nog de (hiervoor als derde genoemde) vraag of de individuele schuldeiser – ondanks de bevoegdheid van de curator – het recht behoudt om zelfstandig een Peeters q.q./ Gatzen-vordering in te stellen. In de literatuur werd (en wordt) hierover verschillend gedacht.[11] De Hoge Raad oordeelde in het SOBI/Hurks-arrest dat de bevoegdheid van de curator op grond van Peeters q.q./ Gatzen er niet aan in de weg staat dat de individuele schuldeiser de aan hem toekomende vordering zelf in rechte geldend maakt. De strekking van het op dezelfde dag gewezen Lunderstädt/De Kok-arrest is vergelijkbaar:

> 'Naar het onderdeel betoogt, moet het antwoord (...) luiden: van een exclusieve bevoegdheid van de curator om deze vordering(en) geldend te maken is geen sprake.'

Kort gezegd is de individuele schuldeiser dus steeds bevoegd om zelf – op individuele basis – een Peeters q.q./Gatzen-vordering in te stellen, ongeacht of de curator (ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers) actie onderneemt of niet. De Hoge Raad beroept zich onder meer op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, dat strekt tot het ongestoorde genot van eigendom. Van

6. S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, De Faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), De curator, een octopus, Serie onderneming en recht deel 6, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 139-171.
7. HR 21 december 2001, JOR 2002, 38 m.nt. NEDF (SOBI/Hurks) en HR 21 december 2001, JOR 2002, 37 m.nt. NEDF (Lunderstädt/De Kok).
8. HR 16 september 2005, JOR 2006, 52 m.nt. SCJJK (De Bont/Bannenberg).
9. Rb. Breda 28 december 1999, JOR 2000, 108 m.nt. NEDF.
10. Hof Den Bosch 2 december 2003, JOR 2004, 143 m.nt. JJvH.
11. Wel mogelijk volgens P. van Schilfgaarde, annotatie bij Peeters q.q./Gatzen, AA 1984, p. 220-224 en Kortmann & Faber 1996. Niet mogelijk volgens B. Wachter, annotatie bij HR 14 januari 1983, NJ 1983, 579; H.C.F. Schoordijk, Als vertegenwoordiger van wie treedt de faillissementscurator op?, in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), Goed en trouw, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 531-542; J.C. van Apeldoorn, De curator als belangenbehartiger van gelaedeerde schuldeisers (art. 6:162 BW), in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), De curator, een octopus, Serie onderneming en recht deel 6, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 13-29. Meer recent is door Van Andel 2006 gepleit voor exclusiviteit. Ook de Commissie Insolventierecht pleit voor exclusiviteit (zie ook voetnoten 16 en 17).

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

een exclusief vorderingsrecht voor de curator kan slechts sprake zijn indien de wet hierin voorziet, hetgeen niet het geval is, aldus de Hoge Raad, behoudens de faillissementspauliana en een actie ex artikel 2:248 BW.

In het SOBI/Hurks-arrest motiveert de Hoge Raad zijn beslissing met de stelling dat een onafhankelijk vorderingsrecht voor de individuele schuldeiser de 'paritas creditorum' niet doorbreekt. Dit is ook in de literatuur verdedigd.[12] Het hoofdargument lijkt dat het vorderingen jegens een derde betreffen en derhalve niet jegens de faillissementsdebiteur, zodat van verstoring van de 'paritas creditorum' geen sprake kan zijn (vergelijk het oordeel van het hof voorafgaande aan het arrest De Bont/Bannenberg q.q.). Verstijlen meent echter dat de door de curator in te stellen vordering een collectief karakter heeft die door het faillissementsrecht wordt ingekleurd, waardoor de 'paritas creditorum' wel een rol speelt.[13] De acties van de individuele schuldeisers doorkruisen dus de 'paritas creditorum' feitelijk wel. Beide standpunten (Hoge Raad vs. Verstijlen) zijn in mijn ogen verdedigbaar. Indien men echter de opvatting steunt dat de actie van de individuele schuldeiser de 'paritas creditorum' verstoort (al dan niet feitelijk), dan zal de consequentie daarvan moeten zijn dat de curator een exclusief vorderingsrecht toekomt, waarmee de individuele schuldeiser zijn beschikking over de vordering wordt ontnomen. Van Andel steunt de opvatting van Verstijlen dat het huidige artikel 68 Fw en de (analoge) toepassing van artikel 49 Fw (exclusief vorderingsrecht curator bij faillissementspauliana) voldoende wettelijke grondslag voor een dergelijke exclusiviteit bieden.[14] Advocaat-generaal Huydecoper meent echter dat een betere wettelijke basis is vereist om een dergelijke consequentie te kunnen aanvaarden.[15] Inmiddels wordt met belangstelling uitgezien naar het door de Commissie Insolventierecht op te stellen voorontwerp voor de Insolventiewet (die in de toekomst de Faillissementswet zal vervangen).[16] In zijn brief aan de minister van Justitie van 29 juni 2006 bericht commissievoorzitter Kortmann alvast dat het voorontwerp:

> 'de mogelijkheid [regelt] dat de bewindvoerder ten behoeve van de boedel schadevergoeding vordert van een derde die op onrechtmatige wijze bij die benadeling betrokken was (de zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering). In afwijking van de huidige jurisprudentie kent het voorontwerp deze bevoegdheid exclusief aan de bewindvoerder toe.'[17]

Indien het voorontwerp van de commissie wordt gevolgd, komt dus (aan) de curator in de toekomst het exclusieve vorderingsrecht toe. Zover is het echter nog niet. Daarom keer ik terug naar de huidige stand van zaken.

Samenloop en voorrang

Sinds De Bont/ Bannenberg q.q. is het van cruciaal belang of er sprake is van benadeling van één of meer individuele schuldeisers of van gezamenlijke benadeling van de schuldeisers. In het eerste geval is er immers voor de curator geen taak weggelegd.[18] In het tweede geval komt echter op grond van SOBI/Hurks en Lunderstädt/De Kok zowel de individuele schuldeiser als de curator een afzonderlijk vorderingsrecht toe. Deze laatste mogelijkheid levert een complexe, maar evenzeer interessante situatie op, doordat een (ingewikkelde) samenloop voor de hand ligt. In dit verband is de volgende overweging van de Hoge Raad uit het Lunderstädt/De Kok-arrest relevant:

> 'Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat indien (...) ook de curator, op grond van hetzelfde feitencomplex, uit hoofde van zijn hiervoor in 3.4.3 omschreven bevoegdheid een vordering uit onrechtmatige daad geldend maakt jegens de derde, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de individuele schuldeiser wordt beslist.'[19]

De Hoge Raad volgt hiermee min of meer hetgeen Van Schilfgaarde reeds in zijn annotatie van Peeters q.q./Gatzen betoogde, namelijk dat een goede proceseconomie kan meebrengen dat de vordering van de individuele schuldeiser wordt aangehouden tot het moment dat over de vordering van de curator is beslist.[20] De stelling dat een behoorlijke afwikkeling van het faillissement reden *kan* zijn voor voorrang, brengt echter een bepaalde rechtsonzekerheid met zich.[21] Dit kan worden voorkomen door een hoofdregel op grond waarvan de curator steeds voorrang toekomt. De individuele schuldeiser kan dan pas zijn vordering instellen, zodra een actie door de curator uitblijft. Een dergelijke 'oplossing' roept echter een aantal vragen op die aan een praktische uitvoering ervan in de weg staan. Zo rijst de vraag of de schuldeiser éérst op voet van artikel 69 Fw moet proberen de curator tot actie te dwingen voordat hij zelf een vordering mag instellen. Ook is het de vraag binnen welke termijn de curator tot

12. Zie o.a. Kortmann & Faber 1996. In dezelfde zin plv. P-G Mok bij het SOBI/ Hurks-arrest onder 6.1.6.5 en A-G Huydecoper bij het Lunderstädt/ De Kok-arrest onder 21 en 22.
13. F.M.J. Verstijlen, De onrechtmatige-daadsvordering wegens benadeling van schuldeisers binnen faillissement; één voor allen én ieder voor zich, WPNR (2002) 6502, p. 617-626.
14. Zie Van Andel 2006 en Verstijlen 2002.
15. Zie conclusie A-G Huydecoper bij het Lunderstädt/De Kok-arrest en in dezelfde zin L. Timmerman, Kan een aandeelhouder of vennootschapsschuldeiser afgeleide schade vorderen?, TVVS 1998, p. 97-101.
16. Zie www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/over_wetgeving/privaatrecht/commissies-privaatrecht/commissie-insolventierecht.
17. Beschikbaar via de website van de Commissie Insolventierecht (zie voetnoot 16).
18. Zie ook Van Andel 2006.
19. Zie r.o. 3.4.5.
20. Zie Van Schilfgaarde 1984.
21. Zie in dit verband ook Verstijlen 2002.

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

actie moet overgaan. Een uniforme termijn ligt, gezien de steeds verschillende omstandigheden, niet voor de hand. En zelfs dan is het de vraag of de curator na afloop van de termijn geen vorderingsrecht meer heeft of slechts geen exclusiviteit meer toekomt. Ook aan de door Van Apeldoorn voorgestelde variant waarbij de individuele schuldeiser in beginsel vrij is om actie te ondernemen, maar die actie zal moeten staken zodra de curator in actie komt, kleven in mijn ogen de nodige praktische bezwaren.[22] Bij gebrek aan een beter alternatief lijkt de door de Hoge Raad ingeslagen weg derhalve (vooralsnog) de aangewezen weg.

De keuze van de individuele schuldeiser

Als gevolg van SOBI/Hurks en Lunderstädt/De Kok zal de benadeelde individuele schuldeiser dus steeds een keuze hebben, zelfstandig initiatief nemen of een (mogelijke) procedure door de curator afwachten. Dit blijkt in de praktijk niet zelden een complexe keuze te zijn. Hierna wordt (niet limitatief) een aantal argumenten nader bekeken die – in samenhang bezien – bepalend kunnen zijn voor de keuze c.q. proceshouding van de individuele schuldeiser. In een poging om enige structuur aan te brengen zijn de argumenten in twee categorieën verdeeld, te weten processuele argumenten en financiële argumenten.

Processuele argumenten

Plaatsvervangend procureur-generaal Mok merkt in zijn conclusie bij het arrest SOBI/Hurks terecht op dat een individuele schuldeiser die een derde wil aanspreken uit hoofde van een onrechtmatige daad, een moeilijke horde zal moeten nemen.[23] Hij zal moeten aantonen dat de derde specifiek jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld. Daarnaast zal de individuele schuldeiser doorgaans niet goed op de hoogte zijn van de (voorafgaande) feiten en omstandigheden van het faillissement. De curator heeft een duidelijke kennisvoorsprong.[24] Dit kan voor de individuele schuldeiser aanleiding zijn om (voorlopig) het initiatief aan de curator te laten. Als alternatief kan hij de curator machtigen om namens hem in rechte op te treden.[25] Daarbij maakt het overigens niet uit of hij de curator in zijn hoedanigheid als curator ('q.q.') machtigt, of in eigen naam.[26] De opbrengst en kosten van de procedure komen voor rekening van de individuele schuldeiser(s). De curator zal wel steeds de afweging moeten maken of zijn optreden als gemachtigde in het belang is van de boedel en of er sprake is van een (potentieel) belangenconflict.[27]

Hiervoor bleek reeds dat de nodige procedurele complicaties dreigen wanneer de vordering van de individuele schuldeiser qua timing met die van de curator samenvalt. De kans bestaat (onder andere) dat de door de individuele schuldeiser geëntameerde procedure de faillissementsprocedure negatief beïnvloedt. Het ligt in een dergelijk geval voor de hand dat de curator zich met het oog op 'de behoorlijke afhandeling van het faillissement' op de voorrangsregel van Lunderstädt/De Kok zal beroepen. Huydecoper miskent de dreigende complicaties niet, maar wijst er tegelijkertijd op dat ons recht de nodige processuele middelen kent om de procedures tegelijkertijd voor dezelfde rechter te behandelen.[28] Zo kan afdoende rekening worden gehouden met de bemoeilijking en doorkruising van de faillissementsprocedure. Daarnaast meent Van Andel dat artikel 6:97 BW (schatting van de omvang van de schade) kan voorkomen dat een individueel benadeelde schuldeiser 'jarenlang in de wachtkamer zou moeten plaatsnemen'.[29] Mij lijken dit reële standpunten. De argumenten voor voorrang voor de curator zullen dus meer moeten behelzen. Overigens ligt het eerder in de lijn der verwachting dat de individuele schuldeiser en de curator gezamenlijk in de procedure zullen optrekken, waardoor van doorkruising niet snel sprake zal zijn.

Daarnaast is het mogelijk dat de curator de derde (voorlopig) niet zal (willen) aanspreken, bijvoorbeeld in het licht van een (aanstaande) schikking. Hoewel de curator daartoe op zichzelf ook niet verplicht is, kan hij daartoe op bevel van de rechter-commissaris wel worden gedwongen (art. 69 lid 1 Fw).[30] Het uitblijven van een actie van de zijde van de curator tast de ontvankelijkheid van de individuele schuldeiser overigens niet aan.[31]

Door het risico van samenlopende vorderingsrechten zal de derde in beginsel slechts tot een schikking met alle betrokken partijen willen komen. De individuele schuldeiser en de curator zullen op dit vlak dus moeten samenwerken teneinde tot een optimaal resultaat te komen. Wat gebeurt er echter indien het niet tot een schikking komt en de curator vervolgens als eerste schadevergoeding krijgt toegewezen? Door de betaling van de schadevergoeding door de derde aan de curator is de oorspronkelijke vordering van de schuldeisers op de vennootschap voldaan.[32] De gedachte hierbij is dat de curator met de schadevergoeding (ten behoeve van de schuldeisers) een bedrag ontvangt dat vóór het faillissement onterecht uit het vermogen van de vennootschap is gehaald (vergelijk de gedachte achter

22. Zie Van Apeldoorn 1996.
23. Zie conclusie plv. P-G Mok bij het SOBI/Hurks-arrest onder 6.1.4.4.
24. Zie in dit verband o.a. Kortmann & Faber 1996.
25. Zie annotatie van N.E.D. Faber bij Rb. Arnhem 1 april 1999, JOR 1999, 209 m.nt. NEDF. Zie ook Rb. Rotterdam 20 mei 1999, JOR 1999, 210 m.nt. NEDF.
26. Anders: Rb. Rotterdam 20 mei 1999, JOR 1999, 210 m.nt. NEDF.
27. Zie noot van Faber bij Rb. Rotterdam 20 mei 1999, JOR 1999, 210.
28. Zie conclusie A-G Huydecoper bij Lunderstädt/De Kok onder 23.
29. Zie Van Andel 2006.
30. Zie ook o.a. B. Wessels, Bestuur en beheer na faillietverklaring, in: Polak-Wessels Insolventierecht, Deventer: Kluwer 2001, p. 119.
31. Zie r.o. 5.1.3 in het Lunderstädt/De Kok-arrest.
32. Vgl. HR 28 juni 1996, NJ 1997, 102 m.nt. Zwemmer (M&M). Overeenkomstige toepassing van art. 3:297 BW. Zie verder o.a. het door Verstijlen 2002 gebruikte rekenvoorbeeld; L.J. van Eeghen, De aansprakelijkheid van bestuurders na feitelijke insolventie, TvI 2002, p. 197-205, alsmede Van Andel 2006.

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

de faillissementspauliana). Hierdoor is het volgens Timmerman uitgesloten dat een derde uiteindelijk tweemaal dient te betalen.[33] Dit betekent echter niet dat een schikking met de curator enerzijds aan een vordering tot schadevergoeding voor het restant van de schade van de individuele schuldeiser anderzijds in de weg staat.[34] Een schikking met de curator zou de individuele schuldeiser dus in beginsel niet tegen moeten houden om de derde (alsnog) uit eigen initiatief aansprakelijk te stellen.

Financiële argumenten

Sinds De Bont/Bannenberg q.q. is het duidelijk dat de opbrengst van de door de curator ingestelde vordering in de boedel behoort te vloeien. Dit is uiteraard een wezenlijk verschil met de opbrengst van de door de individuele schuldeiser ingestelde vordering, die hem immers rechtstreeks toekomt. Een (aanzienlijk) negatieve stand van de boedel kan dus een argument zijn om zelf het initiatief te nemen. Enige reële uitkering uit de boedel ligt dan immers niet voor de hand. Daartegenover staat dat de kosten van de door de curator gevoerde procedure voor rekening van de boedel komen, hetgeen voor de individuele schuldeiser met name in de meer complexere zaken weer een argument zal zijn om (voorlopig) zelf geen actie te ondernemen. Hij zal op enig later gelegen moment alsnog zijn vordering kunnen instellen, daarbij gebruikmakend van de (feiten uit de) door de curator gevoerde procedure. De keuze van de individuele schuldeiser zal vanuit financieel oogpunt dus in belangrijke mate van de stand van de boedel en de te verwachten kosten van de procedure afhangen. Uiteraard dient verder ook de financiële positie van de derde in de afweging te worden betrokken. Wellicht zal de derde niet onbeperkt verhaal bieden. Vanuit dat oogpunt is het voor de individuele schuldeiser in dat geval dus juist zaak om de curator en mogelijke andere individuele schuldeisers voor te blijven. Het is immers goed denkbaar dat de verschillende vorderingen uiteindelijk zullen leiden tot het faillissement van de derde. Overigens zal in geval van het faillissement van de derde de gelijkheid van de individuele schuldeiser ten opzichte van de curator voldoende gewaarborgd zijn door de desbetreffende faillissementsprocedure.[35]

De curator zal een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het bedrag dat nodig is om de boedel economisch in een positie te brengen waarin deze zou zijn geweest indien de benadeling niet had plaatsgevonden.[36] De individuele schuldeiser zal daarentegen het bedrag vorderen waarvoor hijzelf is benadeeld. In dit verband merkte de Hoge Raad in De Bont/Bannenberg q.q. op dat de omvang van de door de individuele schuldeiser geleden schade pas kan worden bepaald wanneer duidelijk is hoeveel hij uit het faillissement zal ontvangen.[37] Zo bezien zal de individuele schuldeiser dus eerst voor het volledige bedrag in het faillissement moeten opkomen en vervolgens de afwikkeling van het faillissement c.q. de vordering van de curator (waarvan de opbrengst immers in de boedel vloeit) afwachten. Dientengevolge kan de door de curator ingestelde vordering wellicht formeel niet, maar feitelijk wel voorrang genieten.[38] Daarmee is echter nog niet gezegd dat de (vordering van de) curator ook steeds daadwerkelijk voorrang zal krijgen. Immers, de Hoge Raad oordeelde in Lunderstädt/De Kok slechts dat er met het oog op een behoorlijke afwikkeling van het faillissement aanleiding *kan* zijn tot voorrang. Indien een schuldeiser er derhalve in slaagt een deel van zijn schade vergoed te krijgen *voordat* de curator schadevergoeding ontvangt, is het de vraag of de individuele schuldeiser vervolgens (ook) nog mag meedelen in de boedel. Er dreigt in dat geval namelijk een inbreuk op de 'paritas creditorum'.[39] Een korte illustratie. Stel dat de individuele schuldeiser zijn vordering gedeeltelijk krijgt toegewezen en de curator vervolgens namens de gezamenlijke schuldeisers een vergoeding voor de overige schade krijgt toegewezen. De laatstgenoemde opbrengst vloeit in de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, waarvan de individuele schuldeiser er één is. Hij heeft dus in beginsel recht op uitkering van een evenredig deel van de boedel. Doordat hij echter al een gedeeltelijke vergoeding voor de door hem geleden schade ontving, en daarbovenop nog een uitkering van de boedel ontvangt (waarin begrepen de door de derde in verband met de overige schade betaalde vergoeding), ontvangt hij een groter deel op zijn vordering dan de overige schuldeisers, met een inbreuk op de 'paritas creditorum' als gevolg. Van Andel overweegt in dit verband de mogelijke oplossing om de individuele schuldeiser te verplichten om de door hem (eerder) ontvangen schadevergoeding aan de boedel af te staan, indien de curator na hem met succes een schadevergoeding krijgt toegewezen.[40] Doordat de curator onder het huidige recht echter geen exclusiviteit heeft, ontbreekt de rechtsgrond voor een dergelijke verplichting. Een andere mogelijke oplossing zou zijn om de individuele schuldeiser uit te sluiten van de boedel voor zover het de opbrengst van de door de curator op de derde geïnde vordering betreft. Verstijlen verzet zich hiertegen.[41] Het is in zijn ogen in strijd met het beginsel dat het faillissement strekt tot het collectief verhaal van alle schuldeisers op de boedel. Niettemin is een

33. Zie zijn conclusie bij het arrest De Bont/Bannenberg q.q. onder 2.6 met o.a. een verwijzing naar de noot van Van Hees bij Hof Den Bosch 2 december 2003, JOR 2004, 143. Zie in dit verband ook Van Apeldoorn 1996. Van Schilfgaarde 1984 komt via een andere weg tot dezelfde conclusie.
34. Zie ook Verstijlen 2002 en R.D. Vriesendorp, annotatie bij Lunderstädt/De Kok c.s., AA 2002, p. 819-824.
35. Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Huydecoper bij het arrest Lunderstädt/De Kok onder 21.
36. Zie o.a. Wessels 2001.
37. Zie r.o. 3.6 van het arrest.
38. Zie in dit verband ook M.J.W. Schollen & M.A.J.G. Janssen, De Peeters-Gatzen-vordering van de curator nader verkend, JIFZ 2005, p. 335-341.
39. Zie in dit verband o.a. Verstijlen 2002.
40. Van Andel 2006.
41. Zie Verstijlen 2002.

dergelijke oplossing in mijn ogen toch verdedigbaar. Het voorkomt in ieder geval dat de individuele schuldeiser naast zijn eigen vordering tevens profiteert van de vordering door de curator. De op zichzelf bijzondere (door de rechtspraak ontwikkelde) situatie dat de curator en de individuele schuldeiser onafhankelijke vorderingsrechten toekomen, vraagt in mijn ogen dan ook om een bijzondere benadering van de gevolgen hiervan. En dus ligt het voor de hand dat er bij de verdeling van de boedel rekening met aan de individuele schuldeiser betaalde schadevergoeding wordt gehouden (zie in dit verband ook § 93 van de Duitse Insolvenzordnung). Op deze manier zal er voor de rechter ook geen reden zijn om de beslissing op de door de individuele schuldeiser ingestelde vordering aan te houden totdat de omvang van de boedeluitkering aan de individuele schuldeiser – en daarmee de omvang van de schade aan de zijde van de individuele schuldeiser – bekend is.

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Conclusie

Als het aan de Commissie Insolventie ligt, lonkt er in de toekomst exclusiviteit voor de curator. Tot die tijd echter zal de individuele schuldeiser met een Peeters q.q./Gatzenvordering zich in het licht van de hiervoor beschouwde argumenten voor een complexe keuze gesteld zien. Dient hij zelf het initiatief te nemen, of wacht hij liever totdat de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers tot actie overgaat? Op het processuele vlak is betoogd dat dit onder andere zal afhangen van de mate waarin hij beschikt over alle relevante feiten en omstandigheden rond het faillissement, en de mogelijke negatieve gevolgen van de samenloop van zijn vordering met de faillissementsprocedure. Maar ook de proceshouding van de curator (afwachtend of niet) en de mogelijkheden tot het treffen van een schikking kunnen voor hem doorslaggevende argumenten vormen. Op het financiële vlak zijn de stand van de boedel, de te verwachten kosten van de procedure en de financiële situatie van, en de mogelijkheden tot verhaal op, de derde van belang. Verder zal voor de individuele schuldeiser van belang zijn in hoeverre het reëel is dat – indien er eerst op zijn vordering is beslist – hij nog een volwaardige uitkering van de boedel ontvangt. Het is dus al met al een stapel argumenten die uiteindelijk tot een afgewogen proceshouding moeten leiden. Tot een eensluidend advies komt het hier dan ook niet. Niettemin zijn in deze bijdrage de contouren van de verschillende argumenten aangebracht, die naargelang de omstandigheden verder door de individuele schuldeiser ingekleurd zullen moeten worden. Daarbij past deskundig advies. Uiteindelijk zal dan blijken of het adagium ‘geduld is een schone zaak’ opgeld doet.

Mr. S.C.M. van Thiel
Loyens & Loeff