

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/54444>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

ANNOTATIES

Onder de zorg van prof.mr. W.H. van Boom, prof.mr. M.J. Borgers, prof.mr. L.J.A. Damen, prof.mr. Ch. Gielen, prof.mr. T. Hartlief, prof.mr. G.J.J. Heerma van Voss, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. P.B. Hugenholtz, prof.mr. J.H. Jans, prof.mr. G.G.J. Knoops, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.dr. H.B. Krans, prof.mr. M.J. Kroeze, prof.mr.dr. S.D. Lindenberg, prof.mr. A.I.M. van Mierlo, prof.mr. A.J.M. Nuytinck, prof.mr. M.V. Polak, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.dr.mr. L.A.J. Senden, prof.mr. R. Uylenburg, prof.mr. R.D. Vriesendorp, prof.dr. J.W. Zwemmer

De Bont/Bannenberg q.q.

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann en mr. N.S.G.J. Vermunt

HR 16 september 2005, LJN: AT7797, RvdW2005, 101; JA 2005/109, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2006/52, m.nt. SCJJK; NJ 2006, 311, m.nt. PvS (mrs. J.B. Fleers, D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Numann, J.C. van Oven; A-G Timmerman)

Faillissement. Peeters q.q./Gatzen-vordering. Behartiging belang gezamenlijke schuldeisers. Ontvankelijkheid curator. Gerechtigdheid tot de gerealiseerde opbrengst.

Feiten

Op 2 september 1998 is Installogic BV in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. M.A.M. Bannenberg als curator. De enig aandeelhouder en enig algemeen bevoegd bestuurder van Installogic, de heer De Bont, wordt door de curator als hoofdelijk schuldenaar aangesproken tot een bedrag van f160.000,- vermeerderd met rente en kosten. Aan deze vordering legt de curator ten grondslag dat de heer De Bont onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeisers van Installogic wier vorderingen na 31 juli 1998 zijn ontstaan. Het onrechtmatig handelen zou zijn gelegen in de voortzetting van de onderneming door De Bont als bestuurder van Installogic, terwijl De Bont toentertijd wist of behoorde te weten dat de schulden die daarbij zouden ontstaan niet zouden kunnen worden voldaan door Installogic en laatstgenoemde geen verhaal zou bieden voor de schade.¹

De relevante rechtsvragen

Centraal staat de vraag of de curator niet-ontvankelijk verklaard dient te worden. Door De Bont is namelijk als grief aangevoerd² dat de curator

slechts ontvankelijk zou zijn indien de gezamenlijke schuldeisers – en niet louter een bepaalde groep van schuldeisers – door de onrechtmatige gedraging in hun verhaalsmogelijkheden zouden zijn benadeeld. Aangezien in casu slechts wordt opgekomen door de curator ten behoeve van de schuldeisers wier vorderingen op Installogic na 31 juli 1998 zijn ontstaan, wordt volgens De Bont aan dit criterium niet voldaan. In een *obiter dictum* gaat de Hoge Raad tevens in op een andere belangrijke rechtsvraag: voorzover de curator ontvankelijk zou zijn met betrekking tot het instellen van de onrechtmatige daadsvordering ten behoeve van de benadeelde schuldeisers, aan wie komt de opbrengst van de door de curator ingestelde vordering toe? Alvorens de beantwoording door de Hoge Raad van bovenstaande rechtsvragen te bespreken dient eerst kort aandacht te worden besteed aan het arrest Peeters q.q./Gatzen en de daaropvolgende reeks arresten.

De Peeters q.q./Gatzen-vordering

In het arrest Peeters q.q./Gatzen³ heeft de Hoge Raad voor de eerste keer geoordeeld dat de curator onder omstandigheden bevoegd is om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een bij deze benadeling betrokken derde, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe. Dit oordeel is in een constante reeks van jurisprudentie door de

1 Dit betreft een toepassing van de zogenaamde Beklamel norm. Vgl. in dit verband HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, m.nt. Ma (Stimulan/Klaas).

2 Zie r.o. 3.4 van het arrest van de Hoge Raad.

3 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, m.nt. BW (Peeters q.q./Gatzen).

Hoge Raad bevestigt.⁴ In de literatuur is naar aanleiding van deze arresten gediscussieerd over de reikwijdte van de 'Peeters q.q./Gatzen-vordering' en over aanverwante vraagstukken.⁵ Nadere duidelijkheid is door de Hoge Raad met name verschaft in de arresten Lunderstädt/De Kok c.s. en SOBI/Hurks c.s. In deze arresten is door de Hoge Raad onder meer uitgemerkt:

De sedert 1983 in de rechtspraak aangenomen bevoegdheid van de curator om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een bij die benadeling betrokken derde staat, ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruik maakt of niet, niet eraan in de weg dat die schuldeisers de aan hen toekomende vordering zelf in rechte geldend maken. Voor een andersluidend oordeel zou, mede in verband met het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn.⁶

Alhoewel de bevoegdheid van de curator derhalve niet exclusief is, wordt in het arrest Lunderstädt/De Kok c.s. wel aangegeven dat een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat eerst wordt beslist op de vordering van de curator en vervolgens op die van de individuele schuldeiser. Een behoorlijke afwikkeling kan dit meebrengen. Dit hoeft dus niet steeds het geval te zijn. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal de rechter beslissen of hij al dan niet uitspraak doet op de vordering van de curator.

Verhaalsbenadeling gezamenlijke schuldeisers

Een belangrijke vraag die tot het hier besproken arrest nog onbeantwoord was gelaten door de Hoge Raad, is of de gezamenlijke schuldeisers dienen te zijn benadeeld of dat voldoende is dat één schuldeiser of een bepaalde groep van schuldeisers is benadeeld. In r.o. 3.5 van het arrest De Bont/Banenberg q.q. wordt door de Hoge Raad ingegaan op de stelling van De Bont dat de curator niet bevoegd is om (zonder een desbetreffende machtiging) ten behoeve van individuele schuldeisers in rechte op te treden en slechts in het geval van benadeling van (in beginsel) de gezamenlijkheid van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijk-

heden bevoegd is een vordering uit onrechtmatige daad jegens een derde in rechte geldend te maken. Hieromtrent oordeelt de Hoge Raad:

Het onderdeel slaagt. Een faillissementscurator is bevoegd in geval van benadeling van schuldeisers door de gefailleerde voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen, waarbij, zoals de Hoge Raad voor het eerst in zijn arrest van 14 januari 1983, nr. 12026, NJ 1983, 597 heeft beslist, onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding tegen een derde die bij die benadeling betrokken was, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe.

Aan het slot van r.o. 3.5 wordt door de Hoge Raad nog opgemerkt:

[De bevoegdheid van de curator; SK en NV] tot het geldend maken van dergelijke vorderingen ontleent de curator aan de hem in art. 68 lid 1 F. gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel. De onderhavige (primaire) vordering van de curator is evenwel niet ingesteld voor de gezamenlijke schuldeisers, maar voor de schuldeisers wier vorderingen zijn ontstaan na 31 juli 1998. Dienovereenkomstig is de curator niet van plan de opbrengst van de vordering bij het boedelactief te voegen, maar wil hij die (zoals het hof in rov. 4.6 van zijn arrest vermeldt), na aftrek van kosten, ten goede doen komen aan deze schuldeisers. Een zodanige behartiging van de belangen van deze individuele schuldeisers, die aan het feit dat hun vorderingen op Installogic na 31 juli 1998 zijn ontstaan geen bijzondere door de curator in acht te nemen positie in het faillissement van Installogic ontnemen, valt buiten de grenzen van de in art. 68 lid 1 F. aan de curator gegeven opdracht terwijl ook overigens in de Faillissementswet daarvoor geen grondslag valt te vinden.

Uit de hiervoor aangehaalde overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat de bevoegdheid van de curator om in rechte het vorderingsrecht in te stellen wordt ontleend aan artikel 68 lid 1 Fw. Als uitgangspunt geldt dat voor de ontvankelijkheid van de curator vereist is dat hij ageert ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Daarmee is echter niet zonder meer duidelijk wanneer de curator bevoegd is de schadevergoedingsvordering ten behoeve van de schuldeisers in te stellen. Het criterium 'gezamenlijke schuldeisers' is niet scherp om-

4 Vgl. HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma (Nimox/Van den End q.q.); HR 23 december 1996, *NJ* 1996, 628 (Notaris M./Gerritse q.q. c.s.); HR 23 december 1996, *NJ* 1996, 629, m.nt. WMK (Notaris E./Gerritse q.q. c.s.); HR 21 december 2001, *AA* 2002, p. 819-824, m.nt. R.D. Vriesendorp; *NJ* 2005, 95; *JOR* 2002/37 (Lunderstädt/De Kok c.s.) en HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; *JOR* 2002/38, m.nt. NEDF en S.M. Bartman (SOBI/Hurks c.s.).

5 Zie o.a. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?' in: *De curator, een octopus* (Serie Onderneming en Recht, deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 159-172; F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg; Serie Recht

en Praktijk, deel 105), Deventer: Kluwer 1998; F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg; Uitgave vanwege het Center for Company Law van het Schoordijk Instituut), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 51 e.v.; W.J.M. van Anel, 'De Peeters/Gatzen-vordering' in: *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2006, p. 5 e.v.

6 Zie r.o. 3.3.4 (Lunderstädt/De Kok c.s.) en r.o. 5.1.3 (SOBI/Hurks c.s.). Kritisch hierover o.a.: F.M.J. Verstijlen, 'De onrechtmatige-daadvordering wegens de benadeling van schuldeisers binnen faillissement: één voor allen én ieder voor zich', *WPNR* 6502 (2002), p. 617-626.

lijnd en heeft geen groot onderscheidend vermogen.⁷ Dit criterium mag niet worden vereenzelvigd met het verdergaande criterium van ‘alle schuldeisers’. Zo zal het louter ontbreken van nadeel bij de aansprakelijke derde indien deze ook zelf schuldeiser is, niet in de weg staan aan de ontvankelijkheid van de curator.⁸ Voorts kan worden betoogd dat door de curator slechts wordt opgetreden ten behoeve van de gezamenlijke *benadeelde* schuldeisers. Veelal zal ten tijde van het instellen van de vordering door de curator (nog) niet geheel duidelijk zijn welke schuldeisers daadwerkelijk zijn benadeeld als gevolg van het onrechtmatig handelen van de derde. Zo is het denkbaar dat in het kader van de afwikkeling van het faillissement de vorderingen van een aantal schuldeisers worden voldaan waardoor deze niet langer in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld (geen schade leiden). Wij verstaan het door de Hoge Raad gegeven criterium aldus dat de curator kan optreden ter behartiging van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als er sprake is van een generieke schuldeisersbenadeling.⁹ Het moet niet gaan om de verhaalsbenadeling van een of meer specifieke schuldeisers, maar om een aantasting van het verhaalsvermogen van de schuldenaar, waarvan in beginsel alle schuldeisers nadeel kunnen ondervinden, zonder dat ieder van de schuldeisers ook daadwerkelijk benadeeld hoeft te zijn.

Uit de toepasselijkheid van artikel 68 lid 1 Fw volgt dat een belang van de boedel gemoeid moet zijn met het instellen van de vordering. Indien het onrechtmatig handelen heeft geleid tot *verhaalsbenadeling* van de gezamenlijke crediteuren (i.e. het verminderen van de verhaalsomvang van de boedel) kan over het algemeen worden gesteld dat een belang van de boedel gemoeid is met het instellen van de vordering. In de onderhavige zaak correspondeert de schade van de gelaedeerde schuldeisers (i.e. de schuldeisers van Installogic wier vorderingen na 31 juli 1998 zijn ontstaan) *niet* met een vermindering van de verhaalsomvang van de boedel. In een dergelijk geval zal iedere benadeelde schuldeiser zelf dienen te ageren en zal de curator niet ontvankelijk zijn in zijn actie.¹⁰

Gerechtigdheid tot de gerealiseerde opbrengst

Opmerkelijk is het oordeel van de Hoge Raad met betrekking tot de vraag aan wie de opbrengst toekomt indien de curator ageert ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. In dit verband wordt door de Hoge Raad opgemerkt:

De opbrengst van een zodanige door de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers geldend gemaakte vordering valt, evenals de opbrengst van een vordering tot vernietiging op de voet van de artikelen 42 e.v. Fw, in de boedel en komt derhalve de gezamenlijke schuldeisers ten goede in de vorm van een toename van het overeenkomstig de uitdelingslijst te verdelen boedelactief.¹¹

Ten eerste moet worden opgemerkt dat de curator een *niet aan de boedel toebehorende vordering* te gelde maakt. Door Verstijlen is betoogd dat de curator niet zou beschikken over de onrechtmatige daadsvorderingen van individuele schuldeisers, maar ‘de verhaalsrechten [handhaaft; SK en NV] van de – als eenheid gedachte – *gezamenlijke* schuldeisers’.¹² Dit lijkt ons onjuist. Dat de onrechtmatige daadsvordering niet tot de boedel behoort, maar toekomt aan de benadeelde schuldeisers volgt reeds uit het eerder genoemde arrest Peeters q.q./Gatzen. De materiële aanspraak (de *vordering* ex art. 6:162 BW) dient te worden onderscheiden van de *rechtsvordering* op grond waarvan de materiële aanspraak geldend kan worden gemaakt.¹³ In casu is een vorderingsrecht van de schuldeisers in rechte door een ander dan de rechthebbende, namelijk door de curator ingesteld.

Het bovenstaande brengt volgens ons voorts met zich dat de parallel die de Hoge Raad trekt met de faillissementspauliana van de artikel 42 e.v. Fw (in dit kader) niet voor de hand ligt. De faillissementspauliana betreft een *exclusief aan de curator toekomende* bevoegdheid om bepaalde rechtshandelingen te vernietigen. Het gevolg van die vernietiging is dat hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan, door hen jegens wie de vernietiging werkt, aan de curator moet worden teruggegeven. De vordering van de curator tot teruggave valt in de boedel. Daarentegen betreft de thans besproken onrechtmatige daadsvordering *een aan de schuldeisers toekomende* schadevordering. Waarom de op-

7 Zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, ‘Reactie op: Notarissen/Curatoren THB’, AA 1998, p. 270. Vgl. tevens S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, ‘De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?’ in: *De curator, een octopus* (Serie Onderneming en Recht, deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 166-167.

8 Vgl. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *t.a.p.*, p. 166-167.

9 Vgl. W.J.M. van Andel, *t.a.p.*, p. 27 e.v. met verdere verwijzingen.

10 Vgl. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, ‘De faillissementscu-

urator: vertegenwoordiger of niet?’ in: *De curator, een octopus* (Serie Onderneming en Recht, deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 163.

11 Zie r.o. 3.5.

12 Zie F.M.J. Verstijlen, *t.a.p.*, p. 619, met verwijzing in voetnoot 7 naar zijn proefschrift *De Faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 76-83 en p. 104-107.

13 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht, deel 33), Deventer: Kluwer 2004, nr. 294 en 462.

brenst van de vordering niet direct aan de schuldeisers toekomt, maar in de boedel valt, is niet duidelijk. De faillissementspauliana biedt hiervoor geen dogmatische grondslag.

Mogelijk moet de door de Hoge Raad gecreëerde Peeters q.q./Gatzen-vordering worden gezien als een bijzondere onrechtmatige daadsvordering op grond waarvan slechts een herstel van het verhaalsvermogen in de oude toestand kan worden gevorderd. Het creëren van een dergelijke vordering zonder dat de wet daarvoor een grondslag biedt is een tamelijk vergaande vorm van rechtsvinding.

Naar een nieuwe Insolventiewet

Bij besluit van 3 april 2003¹⁴ is de Commissie Insolventierecht ingesteld als adviescollege van de Minister van Justitie en de beide Kamers van de

Staten-Generaal ter advisering over het insolventierecht. De Commissie werkt thans aan een Voorontwerp van een nieuwe Insolventiewet. Daarbij worden onder meer betrokken de onderwerpen die samenhangen met of voortvloeien uit de brief van de Minister van Justitie van 3 december 2001¹⁵ aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal inzake MDW tweede fase Herziening Faillissementswet. Het huidige streven van de Commissie is om het Voorontwerp na de zomer van 2006 aan de Minister van Justitie aan te bieden.

Meermalen is in de literatuur de vraag aan de orde gesteld of de Peeters q.q./Gatzen-vordering niet een wettelijke regeling zou behoeven.¹⁶ De Commissie Insolventierecht deelt deze mening en zal een desbetreffende bepaling in het Voorontwerp opnemen.¹⁷ ✎

¹⁴ *Stcr.* 2003, 76.

¹⁵ *Kamerstukken II*, 2001/02, 24 036, nr. 238.

¹⁶ Zie recent W.J.M. van Andel, *t.a.p.*, p. 5 e.v., i.h.b. p. 84-85.

¹⁷ Zie de brief van de Commissie Insolventierecht van 29 juni 2006 aan de Minister van Justitie inzake 'Voorontwerp Insolventiewet' onder nr. 5.