

## Tilburg University

### Faillissement en massaschade

Vriesendorp, R.D.

*Published in:*  
Massificatie in het privaatrecht

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Vriesendorp, R. D. (2010). Faillissement en massaschade: twee kanten van dezelfde medaille? In E. J. Numann, E. Koops, E. R. Meerdink, M. V. Polak, & S. J. Schaafsma (Eds.), *Massificatie in het privaatrecht* (pp. 173-185). Kluwer.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Faillissement en massaschade: twee kanten van dezelfde medaille?

*R.D. Vriesendorp*<sup>1</sup>

### I. Inleiding

Massaschade heeft zich de afgelopen jaren wereldwijd en dus ook in Nederland ontwikkeld tot een fenomeen dat in groeiende mate in de belangstelling staat. Dit is voor een belangrijk deel veroorzaakt door een aantal spraakmakende gevallen, waarbij de massaliteit rondom de schadetoebrengende gebeurtenis heeft gezorgd voor de nodige publiciteit. In dit verband springen in Nederland<sup>2</sup> recent de Dexia- en Shellzaak in het oog, alsmede de discussie rond de zogenaamde woekerpolissen. Eerder speelde dit bij asbestclaims en de zaken rondom het Des-hormoon. Het feit dat er sprake is van een schadetoebrengende gebeurtenis met een groot aantal gedupeerden zorgt immers voor een eigen dynamiek met betrekking tot zowel de schadevaststelling, de causaliteit als de procedurele afwikkeling. Vooral waar het de afwikkeling betreft heeft men de complexiteit van dergelijke conflicten ervaren door het grote aantal betrokkenen. Hierbij spelen twee – tegengestelde – posities een rol: enerzijds zijn er de gedupeerden die snel een adequate schaderegeling wensen en anderzijds is er de (verzekeraar van de) veroorzaker die alleen die schade wil vergoeden waarvan kan worden vastgesteld dat die is veroorzaakt door de gewraakte handeling. Aangezien dit vereist dat iedere casus afzonderlijk wordt beoordeeld, is daar veel tijd mee gemoeid, waardoor de afhandeling lang op zich laat wachten. Wanneer dan bovendien een groot aantal zaken niet in der minne kan worden opgelost, komt daar bovenop nog eens een groot aantal procedures waarmee het gerechtelijk apparaat wordt belast.<sup>3</sup> Als hierbij ook nog eens op grote schaal gebruikt wordt gemaakt van de rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie, neemt de vertraging in de afwikkeling nog verder toe. De weerstand tegen deze gang van zaken, waarbij de Des-affaire als voorbeeld heeft gediend, nam dusdanig toe dat de Nederlandse wetgever besloot om in ieder geval de procedurele afwikkeling te stroomlijnen, waartoe de Wcam in het leven geroepen is.<sup>4</sup> Deze op 27 juli 2005 in werking getreden wet, die overigens niet alleen het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 1013-1018) maar ook het Burgerlijk Wetboek (art. 7:907-910) heeft aangepast, beoogt een

---

<sup>1</sup> Prof. mr. R.D. Vriesendorp is hoogleraar privaatrecht, verbonden aan het departement Privaatrecht/TISCO van de Universiteit van Tilburg en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof Amsterdam. Met dank aan mr. M.W.F. Bosters, aio bij TISCO op het terrein van massaschade en ipr, voor zijn medewerking aan de totstandkoming van deze bijdrage.

<sup>2</sup> In de terminologie van het republikeins georiënteerde I et A steevast aangeduid als 'het naburig koninkrijk'.

<sup>3</sup> Alleen al via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) levert bijvoorbeeld het trefwoord Dexia over de afgelopen jaren bijna 700 hits op (geraadpleegd op 6 mei 2010), nagenoeg allemaal in verband met de omstreden beleggingsproducten.

<sup>4</sup> MvT Wcam, Kamerstukken II (2003-2004), 29414, nr. 3, p. 1 e.v.

aanmerkelijk snellere en soepelere afwikkeling van massaschades. Tot nog toe is deze enkele keren toegepast, waarbij de eerder genoemde Des-, Dexia- en Shellzaak de spits hebben mogen afbijten.<sup>5</sup>

Inmiddels is Nederland geconfronteerd met het faillissement van de DSB-bank in het najaar van 2009. Daaraan ten grondslag ligt – mede – een dispuut tussen de bank en een groot aantal van haar klanten die met de bank hypothecaire leningen waren aangegaan. Naar later bleek waren deze leningen veel te hoog als gevolg van beweerdelijk te hoge provisies die voor de bijbehorende verzekeringen in rekening zouden zijn gebracht. Hoewel bank en gedupeerden – door tussenkomst van een aantal belangenbehartigingsstichtingen – uiteindelijk met elkaar in overleg waren voor een minnelijke oplossing, al dan niet met gebruikmaking van de Wcam, is die uiteindelijk niet bereikt door het faillissement van de bank. De curatoren hebben toen vrij snel laten weten dat zij uit zorgvuldigheidsoverwegingen alle claims afzonderlijk zouden beoordelen.<sup>6</sup> Hiertoe riepen zij eenieder op om zich met hun claim bij hen te melden.

De combinatie van een failliete (beweerdelijke) dader en een grote groep gedupeerden bij DSB is voor mij reden geweest om de Wcam en de faillissementsprocedure met elkaar te vergelijken. Al voor het DSB-faillissement heb ik mij afgevraagd in hoeverre de massaschadespecialisten niet iets zouden kunnen leren van het faillissementsrecht en omgekeerd. In wezen is een faillissement niets anders dan een collectieve procedure waarbij een groot aantal gedupeerden (onbetaalde crediteuren) betrokken is. Faillissement en Wcam-procedure lijken aldus twee kanten van dezelfde medaille, waardoor het vreemd is dat er bij de totstandkoming van de Wcam zo weinig gebruik lijkt te zijn gemaakt van de expertise binnen het insolventierecht. Slechts een enkele keer is bij de totstandkoming van de Wcam verwezen naar het dwangakkoord bij surseance van betaling en de regeling van de surseance van betaling bij schuldenaren met meer dan 10.000 schuldeisers (art. 281a-f Fw).<sup>7</sup> Los van de formele regels van de surseance van betaling en het faillissement valt daarnaast mogelijk ook lering te trekken uit de in de praktijk veel voorkomende variant van de zogenaamde ‘informele’ akkoorden. Na een korte beschrijving van mijn uitgangspunten en het toetsingskader volgt een analyse van enkele casus die aan beide rechtsgebieden raken. In deze bijdrage wil ik daarom beide rechtsgebieden iets meer met elkaar verbinden. Ik sluit af met enkele conclusies en aanbevelingen.

## **II. Uitgangspunten en toetsingskader**

Als uitgangspunt voor mijn onderzoek naar de parallellen en verschillen tussen die regelingen en naar de vraag in hoeverre die beter op elkaar kunnen worden afgestemd en elkaar kunnen aanvullen, neem ik de volgende drie casus.

1. In het eerste geval behandel ik een casus waarin sprake is van vermogensschade bij een grote groep gedupeerden die als schuldeiser een vordering hebben op de dader. Dit is de casus waar de Wcam tot dusverre het meest voor is gebruikt.<sup>8</sup> Welke mogelijkheden biedt de Wcam hun?

---

<sup>5</sup> Hof Amsterdam 1 juni 2006, LJN AX6440 (Des); Hof Amsterdam 2 juni 2006, LJN AX6553 en 25 januari 2007, LJN AZ7033 (Dexia); Hof Amsterdam 29 mei 2009, LJN B15744 (Shell).

<sup>6</sup> Faillissementsverslag DSB Bank N.V. nr. 1 d.d. 17 november 2009, p. 1, 20.

<sup>7</sup> MvT Wcam, Kamerstukken II (2003-2004), 29414, nr. 3, p. 8, 25.

<sup>8</sup> Van de 5 Wcam-schikkingen, ging het in vier gevallen over een geschil dat betrekking had op een financieel product en daaruit volgende vermogensschade.

2. In het tweede geval wordt deze groep geconfronteerd met een (dreigende) insolventie van zijn schuldenaar. In hoeverre heeft de Wcam daarin een doorwerking, wat is de positie van die gedupeerden in een eventueel faillissement van de dader/schuldenaar en hoe zouden zij met een informeel akkoord geholpen kunnen worden?
3. In het derde geval draai ik de kwestie om en neem ik het faillissement als collectieve schadegebeurtenis tot uitgangspunt. Hierbij zijn de schuldeisers in het faillissement als de collectief gedupeerden te beschouwen waarbij ik de vraag opwerp of de Wcam hun op enigerlei wijze te hulp kan schieten.

Om een zuivere parallel te kunnen trekken is een toetsingskader vereist en moeten criteria worden opgesteld waaraan getoetst moet worden. Indachtig de drijfveren van de Wcam om sneller en efficiënter<sup>9</sup> tot een afwikkeling van massaschade te komen, hanteer ik deze twee aspecten als toetsingskader.

Als criterium voor *snelheid* ligt het voor de hand om de duur van de afwikkeling van de procedure te nemen. Hierbij is een antwoord nodig op vragen als: wanneer begint de procedure?; wie zitten er aan tafel?; welke varianten kunnen vervolgens worden ingezet?; welke tussentijdse vertragingen kunnen optreden en hoe kunnen deze worden aangepakt?; wanneer is de procedure ten einde?

Voor beoordeling van de *efficiëntie* kijk ik naar de complexiteit en kosten van de procedure. Hierbij is van belang vast te stellen wie aan het proces moeten deelnemen en waarom, alsmede wat er van hen wordt verlangd. Aangezien de kosten nauw verband houden met de snelheid en de complexiteit van de procedure, zullen de voorgaande vragen ook van belang zijn voor de beoordeling van dat aspect. Verder speelt hierbij een rol welke expertise nodig is voor de procedure; wie die kosten daarvan betaalt en in hoeverre die kosten op een of andere wijze zijn gelimiteerd.

### III. Analyse

Met het oog op een analyse van de drie casus in het licht van de hierboven geformuleerde criteria besteed ik aan de hand van bovenstaand toetsingskader per casus aandacht aan de snelheid van de procedure en de efficiëntie daarvan.

#### *Casus 1: de Wcam-procedure*

De duur van de afwikkeling van de Wcam-procedure en daarmee de snelheid is afhankelijk van de voorbereiding en de ingenomen posities van partijen. Formeel vallen er voor de vaststelling van de aanvang van de procedure twee ijkpunten aan te wezen: het eerste betreft de start van de onderhandelingen om tot een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:907 e.v. BW te komen. Het tweede ijkpunt is de start van de procedure tot verbindendverklaring van de vaststellingsovereenkomst door de rechter conform art. 1013 e.v. Rv. Daar gaan nog de oprichtingsperikelen voor de bevoegde stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid<sup>10</sup> aan vooraf, waarbij bovendien niet uit te sluiten valt dat concurrerende belangenbehartigers eerst nog op één lijn moeten worden gekregen. Hiermee zijn ook de belanghebbenden gegeven. Tegenover de

<sup>9</sup> MvT Wcam, Kamerstukken II (2003-2004), 29414, nr. 3, p. 2, 6; Kamerstukken I (2004-2005), C, p. 11-12.

<sup>10</sup> Dit vereiste is expliciet aan zowel de Wcam als de collectieve actie toegevoegd om de kwaliteit van deze belangenorganisaties te verbeteren (notariële akte, waarin duidelijkheid wordt gegeven over het bestuur van de organisatie). Het effect van deze toevoeging blijkt in de praktijk, gezien de wildgroei van quasi-professionele belangenorganisaties, echter gering.

dader (en diens verzekeraar) met hun adviseurs zitten de belangenbehartigers van de gedupeerden (verenigd in een of meer stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid) aan tafel. Zij zullen in de eerste fase tot een schikking moeten zien te komen. Dit gebeurt langs de weg van onderhandeling zoals in ieder conflict een minnelijke oplossing kan worden bereikt. Daaromheen cirkelen de eigenlijke gedupeerden. Deze zitten niet aan tafel, maar proberen indirect via hun belangenbehartiger het onderhandelingsresultaat te beïnvloeden. Voor de dader is het van belang om uiteindelijk met iedere partij aan tafel tot een oplossing te komen. Door de tussenkomst van de belangenbehartigerclubs hoeft hij echter niet met ieder slachtoffer tot overeenstemming te komen. Wel is van belang dat partijen met het bereikte resultaat de tweede fase van de verbindendverklaring succesvol kunnen afronden. Dit hangt af van de uiteindelijk toegekende vergoeding aan de gedupeerden, de representativiteit van de belangenbehartigersclubs en de grootte van de groep van aangesloten benadeelden (art. 7:907 lid 3 BW). Indien het hof Amsterdam een verzoek tot verbindendverklaring toewijst, is er nog een factor die de afwikkeling van een massaschadezaak kan beïnvloeden. De opt-out mogelijkheid, waarbij gedupeerden uiteindelijk gebruik maken van de wettelijke mogelijkheid om zich aan de gebondenheid van de schikking te onttrekken (art. 7:908 lid 2 BW) kan nog roet in het eten gooien. Als er teveel gedupeerden een beroep op deze opt-out mogelijkheid doen, komt het voordeel van de Wcam te vervallen en zullen er tal van individuele processen gevoerd moeten worden met alle vertraging in de afwikkeling van dien.<sup>11</sup> Willen partijen – zowel de dader als de gedupeerden – die vertraging voorkomen, dan moet er realistisch onderhandeld worden, maar door de tussenkomst van de belangenbehartigers valt dat niet altijd op voorhand goed in te schatten. Tevens wijst de praktijk uit dat de onderhandelingsbereidheid van de dader vaak beperkt is.<sup>12</sup> Dit kan de procedure dus verder vertragen.

Waar het gaat om snelheid van afwikkeling bij massaschade zijn voor de afronding vanuit juridisch perspectief drie ijkpunten van belang: het eerste is het tijdstip waarop de dader en de belangenbehartigersclubs tot een schikking komen; het tweede dat waarop de uitspraak tot verbindendverklaring door de rechter in kracht van gewijsde gaat en het derde het tijdstip waarop de laatste procedure eindigt van gedupeerden die zich tijds aan de Wcam-route hebben onttrokken. Praktisch gesproken zal het tweede tijdstip van grotere invloed zijn naarmate er meer schuldeisers zich gebonden willen voelen door de rechterlijke uitspraak en navenant minder individuele procedures gevoerd hoeven te worden. Idealiter is de snelheid van de procedure het meest gediend met een snel onderhandelingsresultaat leidend tot een schikking ex art. 7:907 BW, gevolgd door een snelle procedure bij het Hof Amsterdam waartegen niemand in cassatie gaat, vooral niet de uitgetreden schuldeisers.

De efficiëntie van de procedure hangt om te beginnen af van het aantal onderhandelaars aan tafel. Hoewel art. 7:907 lid 1 BW lijkt uit te gaan van één stichting of vereniging die de gedupeerden vertegenwoordigt, is dit geen reden om niet met verschillende stichtingen of verenigingen tegelijk namens gedupeerden met de dader te onderhandelen. Zie bijvoorbeeld de Dexia-zaak en de Shell-

---

<sup>11</sup> Als voorbeeld dient de art. 1:88 BW problematiek bij de Dexia-zaak, waarbij een grote groep benadeelden gebruik maakte van de opt-out. Pas in 2008 gaf de Hoge Raad uitsluitel over deze gevallen (HR 28 maart 2008, LJN BC2837).

<sup>12</sup> Uit de recente evaluatie van de Wcam is het mechanisme van de prejudiciële vraag aan de Hoge Raad als oplossing gekomen om de onderhandelingsbereidheid van de schuldenaar te vergroten (Kamerstukken II (2008–2009), 31 762, nr. 1). Zie verder de bijdrage van Numann in deze bundel.

zaak waarbij meer van deze partijen aan tafel zaten. Dit betekent echter wel dat men niet alleen tussen dader en gedupeerdenstichting op één lijn moet zien te komen maar ook dat deze partijen dit onderling moeten doen en dat kan met meer partijen lastiger zijn (los van de duur daarvan, zoals hierboven is uiteengezet). Voor het bereiken van een schikking zal het dan naar verwachting iets ingewikkelder zijn voordat men het met zijn allen eens is, maar voor het overige zijn voor dit geval geen speciale regels. Als meer partijen de gedupeerden vertegenwoordigen behoeft dat overigens geen nadeel te zijn. De dader hoeft niet met allen tot overeenstemming te komen, zolang de belangrijkste maar meedoen: kleinere partijen hebben geen vetorecht.<sup>13</sup> Slechts wanneer onder andere niet voldaan is aan de representativiteit van de overige partijen, de overeengekomen vergoeding niet redelijk is of wanneer de omvang van de betrokken partijen onvoldoende is bestaat het gevaar dat de rechter de schikking niet verbindend zal verklaren (art. 7:907 lid 3 BW). Een andere belangrijke factor voor de complexiteit is gelegen in de bijzonderheden van het onderliggende geschil. Zo zal de discussie bij een overduidelijke, simpele fysieke onrechtmatige daad met veel directe slachtoffers zonder causaliteitsproblematiek zich snel beperken tot de financiële mogelijkheden van de dader, terwijl de voorbeelden van schadeclaims bij financiële dienstverlening laten zien dat het debat op vele andere fronten gevoerd kan worden.

Het kostenaspect van de procedure komt in beeld door de kosten voor juridische bijstand, de griffierechten en eventuele kosten van deskundigen<sup>14</sup> bij elkaar op te tellen. Hoewel de kosten voor juridische bijstand van de verschillende partijen bij mij niet bekend zijn, valt aan te nemen dat deze fors zijn gezien de vele betrokken partijen, de tijd die met de procedure en de daaraan voorafgaande verwickelingen gemoeid is geweest en de belangen die – met name voor Dexia en Shell – op het spel stonden. Zou het bij DSB ook tot een Wcam-procedure zijn gekomen, dan is mijn verwachting dat de kosten van juridische bijstand hier eveneens substantieel zouden zijn geweest.

Al met al leert de – beperkte – ervaring met de Wcam dat een procedure qua duur kan meevallen, afhankelijk van het aantal betrokken partijen en de tevredenheid met een bereikte schikking.<sup>15</sup> In een dergelijke situatie zal de complexiteit waarschijnlijk ook meevallen, al hangt dat ook van andere factoren af dan enkel het aantal betrokken partijen, zoals de ingewikkeldheid van de onderliggende schadeoorzaak. De kosten van een Wcam-procedure kunnen voor betrokkenen snel oplopen.

#### *Casus 2: (Dreigende) insolventie voor de Wcam-schuldenaar*

De kosten van een Wcam-procedure mogen op zichzelf misschien hoog oplopen, maar als de gedupeerden uiteindelijk een netto-voordeel aan die procedure overhouden is hun schade in ieder geval verminderd en hebben zij baat bij die procedure. Het alternatief is om zelfstandig te gaan procederen, waarbij – los van mindere onderhandelingskracht en mogelijke kennisachterstand – de kosten niet kunnen worden gespreid over de gehele groep van gedupeerden via tussenkomst van de belangenbehartigingsclubs. Voor de aangesproken dader kunnen de Wcam-procedure en het bereikte schikkingsresultaat een forse financiële aderlating vormen, waardoor hij in dusdanige financiële problemen kan komen dat hij op een insolventie afstevent. Dit is uiteraard problematisch

---

<sup>13</sup> Zie hiervoor de Shell-schikking, waarbij de twee pensioenfondsen buiten de schikking zijn gehouden omdat de beide statuten niet toereikend werden bevonden om aan het formele criterium voor toetreding te voldoen.

<sup>14</sup> Zo bedroeg het in de Dexia-zaak ingestelde onderzoek door de AFM € 148.000 dat ten laste van Dexia is gebracht; zie dictum Hof Amsterdam 25 januari 2007, LJN AZ7033.

<sup>15</sup> De Vedior-schikking (Hof Amsterdam 15 juli 2009, LJN BJ2691) is bijvoorbeeld in minder dan twee jaar tot stand gekomen.

voor deze partij, maar het kan er ook toe leiden dat de gedupeerden – ondanks een succesvolle schikking – uiteindelijk aan het kortste eind trekken.<sup>16</sup> De vraag is dan hoe de resultaten van een Wcam-procedure kunnen worden veiliggesteld, zodat de gedupeerden – via de belangenbehartigingsclubs – daadwerkelijk aan hun trekken komen. Als concurrente crediteur vissen zij in verreweg de meeste gevallen achter het net als de schuldenaar failliet gaat en dan blijkt alle moeite wellicht vergeefs geweest. Dit hangt ervan af of er tijdig maatregelen zijn getroffen om een faillissement te voorkomen of de nadelige gevolgen daarvan te verminderen. Te denken valt aan zekerheidsstelling, informeel akkoord, surseance van betaling en executiemaatregelen. Ik sluit af met het faillissement.

#### a) Zekerheidsstelling

Een eerste mogelijkheid is dat tijdens de schikkingsonderhandelingen of de verbindendverklaringsprocedure bij het hof door de schuldenaar zekerheid wordt gesteld, waardoor een eventuele insolventie de gedupeerden niet raakt. Hoewel het voldoende zekerheid stellen ook als voorwaarde voor de toewijzing van een verzoek tot verbindendverklaring in de wet is opgenomen (art. 7:907 lid 3 sub c BW) liggen hier wel enige theoretische en praktische problemen. De belangenbehartigingsclubs zijn immers zelf geen schuldeiser en zij kunnen naar de heersende opvatting daarom geen zekerheidsrecht ten gunste van zichzelf bedingen,<sup>17</sup> terwijl de door hen vertegenwoordigde schuldeisers niet allemaal bekend hoeven te zijn. In de vergelijkbare situaties bij effectenuitgiftes is deze problematiek praktisch opgelost met behulp van de rechtsfiguur van de 'parallel debt', zodat uiteindelijk een adequate en praktisch werkbare zekerheid kan worden gevestigd.<sup>18</sup> Indien de zekerheidsstelling succesvol is, zijn de gedupeerden van de massaschade afdoende beschermd en kunnen zij nakoming van hun uitonderhandelde en verbindendverklaarde overeenkomst tot schadevergoeding tegemoet zien.

Bezien vanuit het door mij gehanteerde toetsingskader kan een zekerheidsstelling snel en efficiënt gebeuren als het aantal gedupeerden is te overzien of een deugdelijke volmacht is verstrekt aan een belangenbehartiger. Aangezien een Wcam-procedure een veelheid aan gedupeerden veronderstelt – het gaat immers om *massaschade* – doet een dergelijke situatie met weinig gedupeerden zich vermoedelijk niet snel voor. Wanneer die groep bovendien diffuus van samenstelling is en groot en onduidelijk van omvang, wordt het lastig werken met volmachten, waardoor de duur en de complexiteit (en daarmee de kosten) van de zekerheidsstelling langs die weg toenemen. Bovendien is het in deze situatie nog maar de vraag of het zal lukken een Wcam-schikking algemeen verbindend te laten verklaren. Voor het geval de gedupeerden met de dreigende insolventie van de schuldenaar worden geconfronteerd plaatst de toelichting bij art. 7:907 lid 3 sub c BW al de volgende kanttekening:

---

<sup>16</sup> Dit was het geval met de op 4 oktober 2009 tot stand gekomen schikking tussen de Stichting Steunfonds Probleemhypotheek en de DSB-bank, gezien het daaropvolgende faillissement van dezelfde bank van 19 oktober 2009.

<sup>17</sup> Zie S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen, H.L.E. Verhagen, Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee', *WPNR* 6460 (2001) blz. 840 e.v.

<sup>18</sup> Zie Groene Serie Verbintenissenrecht, I. Artikelsgewijs commentaar op titel 1, 2, 4 en 5, I. Artikelsgewijs commentaar op titel 1, 2, 4 en 5, Aantekening 10. Parallel debt en actieve hoofdelijkheid in de (internationale) financieringspraktijk; A.I.M. van Mierlo, De parallelle schuld, in: *Onzekere zekerheid* (Kluwer Deventer; Insolad Jaarboek 2001), p. 167-177.

“Bij de vraag of gewaarborgd is dat de vergoedingen die de overeenkomst toekent ook kunnen worden voldaan, kan het van belang zijn in hoeverre het gevaar dreigt dat één of meer aansprakelijke partijen mogelijk in een faillissement betrokken raken. [...] Bij de toetsing ingevolge onderdeel c (*van art. 7:907 lid 3 BW*) dient de rechter zich mogelijk van een en ander te vergewissen.”(cursivering toegevoegd)<sup>19</sup>

#### b) Informeel akkoord

Als de schuldenaar niet bereid of in staat is om zekerheden te vestigen en er een deconfiture dreigt, is een tweede mogelijkheid dat een crediteur met de schuldenaar om de tafel gaat zitten om tot een schuldenregeling te komen. Hiervoor is doorgaans de medewerking nodig van een partij die aanvullende financiering wil verschaffen om een zogenaamd informeel schuldeisersakkoord te bereiken. Met dat extra geld kunnen de schuldeisers over de streep worden getrokken om niet aan te sturen op een faillissement, omdat er dan een verdeling gaat plaatsvinden van het vermogen van de schuldenaar zonder dat extra geld. Medewerking aan een akkoord betekent wel dat de schuldeisers een gedeelte van hun claim prijsgeven of althans minder strenge voorwaarden daaraan verbinden. Voor de gedupeerden is dit een tegenvaller, want de hun toegekende schadevergoeding is immers al het resultaat van een onderhandelingsproces uitmondend in een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:907 BW. Bovendien kan bij de onderhandelingen voor de totstandkoming van een akkoord alleen maar gebruik worden gemaakt van de belangenbehartigingsclubs voor zover hun een deugdelijke volmacht is verstrekt. In de onderhandelingen naar een informeel akkoord is de representatieve rol van dergelijke belangenbehartigers zoals in de Wcam-procedure onvoldoende. Kort gezegd, wordt bij het informeel akkoord de opt-out mogelijkheid van de Wcam-procedure altijd gevolgd door een opt-in vereiste bij de geldvordering om de schade vergoed te krijgen. Aangezien schuldeisers aldus niet verplicht zijn om aan een informeel akkoord mee te werken,<sup>20</sup> lopen de schuldenaar en de wel meewerkende schuldeisers het risico dat er geen zinvol informeel akkoord komt. Weinig schuldeisers zullen immers bereid zijn om zelf een deel van hun vordering prijs te geven in de wetenschap dat andere schuldeisers dat niet doen.

Een informeel akkoord levert vermoedelijk alleen een snelle procedure op als de belangenbehartigers bij de totstandkoming van de Wcam-schikking ook daarbij betrokken zijn, maar het probleem is dan dat de opt-in mogelijkheid de formaliteit van de volmacht verlangt. Dit vertraagt niet alleen de totstandkoming van een informeel akkoord, maar neemt bovendien net de charme van de efficiëntie van de Wcam-procedure weg. Om over de bijkomende kosten van de vereiste individuele benadering nog maar te zwijgen. Bovendien biedt het werken met volmachten de verweerder in een Wcam-procedure geen finaliteit, omdat een volmacht kan worden ingetrokken en beïnvloed wordt door een faillissement van zowel de volmachtgever als de gevolmachtigde. Een en ander maakt een informeel akkoord niet erg aantrekkelijk. Een moeilijk te meten voordeel van het informeel akkoord is echter dat de Wcam-schuldenaar niet belandt in de negatieve spiraal die vaak volgt wanneer een schuldenaar in een surseance van betaling of faillissement terechtkomt.

#### c) Surseance van betaling

---

<sup>19</sup> MvT Wcam, Kamerstukken II (2003-2004), 29414, p. 13.

<sup>20</sup> HR 12 augustus 2005, NJ 2006, 230 (Payroll).

Ondanks dit laatste negatieve element is, bij het uitblijven van een informeel akkoord, het aanvragen van surseance van betaling vanuit de schuldenaar gezien een volgende mogelijkheid om de zaak nog enigszins te redden. Hierin kan hij aansturen op een oplossing in de vorm van een zogenaamd dwangakkoord (art. 273 Fw). Dit gaat grotendeels langs de lijnen van het informeel akkoord qua voorbereiding. Hier geldt dan ook dezelfde beperking voor de belangenbehartigers in die zin dat zij slechts als vertegenwoordiger van de gedupeerden kunnen optreden als die een deugdelijke volmacht hebben verleend. Een verschil met het informeel akkoord is wel dat in de surseance van betaling eventuele dwarsliggende schuldeisers tot medewerking kunnen worden gedwongen, vandaar de benaming 'dwangakkoord'. Als meer dan de helft van de schuldeisers, die samen meer dan de helft van het totale bedrag aan uitstaande schulden vertegenwoordigen, met het akkoord instemt, geldt dit als aangenomen (art. 268 Fw; vgl de uitzondering van art. 268a Fw). Als vervolgens de rechtbank dit akkoord homologeert (art. 269b e.v. Fw), is het bindend voor alle concurrente schuldeisers, ook als zij niet of tegen hebben gestemd (art. 273 Fw).

De surseance van betaling heeft voorts als voordeel dat de wetgever in de Tweede Afdeling A van Titel II van de Faillissementswet (art. 281a-f Fw) een bijzondere regeling heeft opgezet voor surseances met meer dan 10.000 (resp. 5.000) schuldeisers, iets wat zich bij een echte massaschade zeer wel kan voordoen. De vereenvoudiging is dan vooral gelegen in de administratieve verwerking, de oproepingsformaliteiten en de stemming. Deze regeling heeft ten dele model gestaan voor de procedure tot verbindendverklaring bij het hof (art. 1013 e.v. Rv).<sup>21</sup>

Het dwangakkoord in een surseance van betaling biedt qua snelheid en efficiëntie betere perspectieven dan het informele akkoord, omdat het niet strikt nodig is om alle schuldeisers tot instemming met het akkoord te bewegen. Wel blijft het nodig om van alle deelnemende schuldeisers een volmacht te hebben, wanneer gebruik wordt gemaakt van de belangenbehartigersclubs. Er kan evenwel mee worden volstaan om dit te beperken tot de relevante meerderheid van de schuldeisers. Aangezien de schuldenaar in surseance van betaling verkeert, zullen de kosten van deze actie vermoedelijk gedragen moeten worden door een buitenstaander, omdat de schuldenaar voor het aangaan van verbintenissen de medewerking behoeft van de bewindvoerder. Indien er meer dan 10.000 schuldeisers zijn kan in de surseance van betaling nog sneller en efficiënter worden gewerkt, omdat dan gebruik kan worden gemaakt van de bijzondere bepalingen van art. 281a e.v. Fw. Hierin zijn vooral bepalingen opgenomen om de administratieve afwikkeling van de surseance van betaling en communicatie met de schuldeisers te vereenvoudigen (art. 281c en 281d Fw).

#### d) Executiemaatregelen

Zolang er nog geen surseance van betaling is verleend kunnen de schuldeisers hun positie enigszins veiligstellen door het treffen van executiemaatregelen, zoals incassoprocedures en beslaglegging. Hierbij belandt de schuldeiser mogelijk in een samenloop (*concursum*) met andere schuldeisers die beslag leggen op dezelfde goederen. Aangezien beslag geen voorrang schept, zal de beslaglegger moeten delen met andere beslagleggers en langs deze weg merken dat zijn maatregelen slechts een beperkt effect hebben. Bovendien dreigt bij een samenloop surseance van betaling of faillietverklaring met als gevolg dat lopende procedures buiten de boedel worden afgewerkt (art. 25 e.v. Fw, zie ook art. 231 Fw) en gelegde beslagen komen te vervallen (art. 230 en 33 Fw.).

---

<sup>21</sup> MVT Wcam, Kamerstukken II (2003-2004), 29414, nr. 3, p. 8, 25.

Een executiemaatregel zoals beslaglegging kan snel gebeuren, in tegenstelling tot een incassoprocedure. Zelfs een incasso-kortgeding vergt al snel enige weken, laat staan een 'gewone' procedure tot verkrijging van een executoriale titel. Executiemaatregelen kunnen voorts een efficiënt en effectief middel zijn om de wederpartij tot bewegen te brengen. Toch is het soms twijfelachtig in hoeverre de executant werkelijk voordeel heeft bij zijn acties, zeker wanneer meer schuldeisers tot dergelijke stappen overgaan. Daarenboven verliest de schuldeiser ieder belang bij zijn maatregel zodra het tot een formele insolventieprocedure (surseance van betaling dan wel faillissement) komt.

#### e) Faillissement van de Wcam-schuldenaar

Als niets is gelukt en de schuldenaar in staat van faillissement wordt verklaard, hebben de gedupeerden voortaan te maken met de curator. Afdwingen van de vordering kan dan niet meer; hun rest slechts indiening ter verificatie (art. 26 jo. 108 e.v. Fw). Dan lopen de gedupeerden en hun belangenbehartigers het risico achter het net te vissen. Ondanks de verbindendverklaring van de schikking zullen zij als concurrente crediteur in het merendeel van de faillissementen geen of slechts een beperkte uitdeling krijgen.<sup>22</sup> Alleen als een derde partij aan een redding wil meewerken, resteert een laatste mogelijkheid om iets van hun vordering te verkrijgen: met behulp van het dwangakkoord in faillissement kunnen – net als in de surseance van betaling – onwillige schuldeisers tot medewerking worden gedwongen (art. 145 jo. 157 e.v. Fw).

Snelheid en efficiëntie van deze procedure lijken vergelijkbaar met die bij surseance van betaling, zodat hiervoor dezelfde voor- en nadelen gelden. Een belangrijk verschil is evenwel dat in faillissement vergelijkbare bijzondere bepalingen als die van art. 281a e.v. Fw ontbreken. Dit betekent dat voldaan moet worden aan alle formaliteiten van oproeping en behandeling van iedere individuele schuldeiser.

Afrondend moet voor casus 2 worden geconcludeerd dat de gedupeerden die gebonden zijn aan een verbindendverklaarde Wcam-schikking, de eventuele voordelen daarvan grotendeels kwijt zijn bij een (dreigende) insolventie van de Wcam-schuldenaar, tenzij er voor een adequate zekerheidsstelling is gezorgd. De belangenbehartigingsclubs die ten behoeve van hen de schikking waren overeengekomen, kunnen hun rol van belangenbehartiger met het oog op een dergelijke zekerheidsstelling alleen vervullen als er adequate volmachten zijn afgegeven. Surseance van betaling en faillissement bieden daarnaast nog enig soelaas als zij worden afgerond met een akkoord, omdat hiervoor niet de instemming van alle crediteuren vereist is. Met een dwangakkoord wordt onbekende, afzijdige en/of tegenstemmende schuldeisers de pas afgesneden, mits daarvoor de vereiste meerderheden zijn bereikt. De surseance van betaling heeft daarenboven nog het voordeel dat het een eigen – sterk vereenvoudigde – procedure kent bij meer dan 10.000 (resp. 5.000) schuldeisers.

#### *Casus 3: Het faillissement als collectieve schadegebeurtenis; de schuldeisers als Wcam-gedupeerden*

In de laatste casus draai ik de situatie om en stel de vraag in hoeverre de schuldeisers in een faillissement beter af zouden zijn, als zij worden aangemerkt als gedupeerden in de zin van de Wcam voor wie de procedure van art. 7:907 e.v. BW/1013 e.v. Rv openstaat. Als gezegd, door het feit dat concurrente schuldeisers in de meeste faillissementen nauwelijks tot geen uitkering krijgen, zou men

---

<sup>22</sup> Zie A.P.K. Luttikhuis, *Insolventierecht in cijfers en modellen: Schuldeisersbenadeling en conclusies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 30.

hen kunnen bestempelen als slachtoffer en gedupeerde. Als het faillissement dan qua aantal schuldeisers maar groot genoeg is, lijkt onderwerping aan de mogelijkheden voor afwikkeling van massaschade niet onzinnig.

Bij wijze van voorbeeld neem ik het faillissement van DSB Bank N.V., waarbij een groot aantal concurrente crediteuren is betrokken, bijvoorbeeld de rekeninghouders die een groter tegoed aanhielden dan gedekt door het Depositogarantiestelsel van De Nederlandsche Bank N.V. Blijkens het 3<sup>e</sup> openbare faillissementsverslag waren tot dat ogenblik ongeveer 3.400 vorderingen van concurrente schuldeisers ingediend en ongeveer 4.700 achtergestelde vorderingen.<sup>23</sup> De curatoren gaven aan dat zij over eventuele uitkeringen (zowel over de hoogte van het uitkeringspercentage als over het tijdstip) geen voorspelling konden doen omdat dit afhankelijk is van teveel onzekere factoren.<sup>24</sup> In hoeverre zou een Wcam-procedure de curatoren kunnen helpen?<sup>25</sup> Ter beantwoording zet ik die optie eerst af tegen de mogelijkheid van een faillissementsakkoord om vervolgens de vergelijking met de verificatieprocedure te onderzoeken.

#### a) Faillissementsakkoord versus Wcam-procedure

Stel dat DSB Bank als uitweg zou zien om via een akkoord met de concurrente schuldeisers tot een beëindiging van het faillissement te komen. Dan moet daartoe de weg van de zesde afdeling van Titel I van de Faillissementswet worden bewandeld. Dit betekent dat een ontwerp-akkoord moet worden voorgelegd aan de concurrente schuldeisers. Met het oog op deze bijdrage laat ik de bijzondere problematiek van de achtergestelde vorderingen buiten beschouwing en merk ik deze groep gemakshalve aan als concurrent. Het gaat dan om een groep van ruim 10.000 schuldeisers. Aangezien de regeling van art. 281a e.v. Fw niet van toepassing is in een faillissement, gelden de gewone regels van art. 138 e.v. Fw. Dan zal het vervolgens afhangen van het aantal ter verificatievergadering verschenen crediteuren en de omvang van hun vorderingen welke meerderheid voldoende is voor het aannemen van het akkoord. Vervolgens moet het aangenomen akkoord ter homologatie aan de rechtbank worden voorgelegd. De rechtbank kan de homologatie – al dan niet op instigatie van een of meer bezwaarmakers – weigeren op de gronden van art. 153 Fw. Op grond van de mogelijkheid om homologatie ambtshalve te weigeren, art. 153 lid 3 Fw, heeft de rechtbank daartoe een ruime discretie. Als het akkoord is gehomologeerd en deze beslissing in kracht van gewijsde is gegaan eindigt daardoor het faillissement (art. 161 Fw) en heeft iedere schuldeiser recht op het hem aangeboden bedrag of uitkeringspercentage. Bij niet-nakoming kan iedere schuldeiser ontbinding van het akkoord verlangen met als gevolg het hernieuwde faillissement van de schuldenaar (art. 165 e.v. Fw). Boedelschuldeisers en preferente crediteuren moeten gewoon worden voldaan. De laatste groep kan overigens afstand doen van de voorrang om dusdoende aan de stemming deel te nemen. De afstand is echter wel definitief, ongeacht de uitkomst van de stemming (art. 143 Fw).

Zouden curatoren hier de weg van een Wcam-schikking willen volgen, dan komt één of meer belangenbehartigingsclubs in beeld die namens de gedupeerde schuldeisers de onderhandeling gaan voeren. Hier rijst direct het probleem met wie die clubs zaken moeten doen. Een akkoord wordt

---

<sup>23</sup> Faillissementsverslag DSB Bank N.V. nr. 3 d.d. 3 mei 2010, p. 27.

<sup>24</sup> Faillissementsverslag DSB Bank N.V. nr. 3 d.d. 3 mei 2010, p. 2.

<sup>25</sup> Deze vraag ziet dus niet op de ruim 6500 claims van mogelijk gedupeerde hypotheekgevers die bij curatoren zijn ingediend (Faillissementsverslag DSB Bank N.V. nr. 3 d.d. 3 mei 2010, p. 2 en § 5).

immers aangeboden door de schuldenaar en niet door de curator. Het is de vraag of ditzelfde geldt voor een aanbod tot een Wcam-schikking. Ik ben geneigd om hier de bal bij curatoren te leggen: het bestuur van de schuldenaar – zo nog in functie – heeft verder geen enkele zeggenschap over de activa van de failliete vennootschap. Vervolgens moet gekeken worden naar de vereisten van de schikking. De vraag naar de representativiteit van die clubs is niet anders dan bij de ‘gewone’ Wcam-zaken (art. 7:907 lid 3.f BW). Het is echter de vraag of er voldoende zekerheid kan worden gesteld voor de voldoening van de vorderingen en of de overeen te komen vergoeding wel redelijk genoeg kan zijn om door de rechter te worden goedgekeurd (art. 7:907 lid 3 sub b BW). Een algemeen verbindend verklaarde Wcam-schikking belet separatisten namelijk niet gebruik te maken van hun voorrangrecht, wat in veel gevallen een ontoereikende boedel tot gevolg heeft.

Gesteld dat de onderhandelingen leiden tot een schikking in de zin van art. 7:907 BW, dan leidt een verbindendverklaring door het hof Amsterdam niet tot een automatisch einde van het faillissement, nu een daartoe strekkende bepaling ontbreekt. Dit valt samen met het feit dat door de opt-outmogelijkheid bij de Wcam-procedure het uiteindelijke resultaat – zelfs als dat door de rechter verbindend is verklaard – niet noodzakelijkerwijze iedere schuldeiser bindt.

Door beide aspecten – het faillissement eindigt niet door de onherroepelijk geworden rechterlijke verbindendverklaring van de Wcam-schikking, en schuldeisers die gebruikmaken van de opt-outmogelijkheid zijn daaraan niet gebonden – is een Wcam-procedure aanmerkelijk minder aantrekkelijk vergeleken met het dwangakkoord. Ik verwacht derhalve niet dat curatoren (of wellicht zelfs (het bestuur van) de schuldenaar zelf) deze route zullen willen bewandelen, als ze al een opening voor een akkoord zouden hebben ontdekt.

#### b) Verificatieprocedure versus Wcam-procedure

De verificatieprocedure vergt de nodige administratieve handelingen. Zo moet de curator alle bekende schuldeisers bij brief oproepen en informeren over de verificatieprocedure (art. 109 Fw). Bij massaschade gaat het dan om grote aantallen, terwijl een vereenvoudigd systeem zoals bij de surseance van betaling (art. 281a-f Fw) ontbreekt. Ter verificatievergadering kunnen zowel de curator en/of de schuldenaar zelf, als één of meer crediteuren, de ingediende vorderingen betwisten. Alleen wanneer uitsluitend de schuldenaar de vordering betwist, hoeft voor de afwikkeling van het faillissement geen procedure te worden gevoerd; in alle andere gevallen worden de schuldeiser wiens vordering wordt betwist en de betwistende persoon (curator/medeschuldeiser) naar de renvooiprocedure verwezen (art. 122 Fw). Indien de curator het faillissement voortvarend wil afhandelen zal hij proberen om zoveel mogelijk te schikken; dit vergt onderhandeling met iedere betwiste partij.

Bij een keuze voor een Wcam-procedure gaat de curator niet met iedere schuldeiser afzonderlijk in onderhandeling. Hij zal zich primair richten op de belangenbehartigingsclubs die zich hebben aangemeld. Als hij daarmee tot overeenstemming komt en de inhoud voldoet aan de gestelde eisen van art. 7:907 lid 3 BW, kan de verbindendverklaringsprocedure bij het hof Amsterdam in gang worden gezet. Dankzij de generieke publicatiemogelijkheden is deze gang van zaken aanmerkelijk minder omslachtig. Indien een schuldeiser vervolgens gebruik wil maken van de opt-outmogelijkheid gaat het ook niet zozeer om een eventuele betwisting van de vordering, maar om de vraag of de schuldeiser gebonden wil zijn aan het bereikte onderhandelingsresultaat van de Wcam-schikking. In theorie kan dit betekenen dat een groot aantal schuldeisers niet gebonden wil zijn aan het

onderhandelingsresultaat, waarbij de vraag dan rijst waarop die schuldeisers dan recht hebben: de curator kan niet meer verdelen dan het voor verdeling vatbare boedelactief hem toelaat. Voor zover de curator wil voorkomen dat een in zijn ogen ontoelaatbare vordering kan profiteren van de Wcam-schikking zal hij die aanspraak toch moeten betwisten. Al met al levert de route van de Wcam-procedure de curator slechts winst op als (nagenoeg) alle schuldeisers daaraan gebonden willen zijn. Die winst is dan vooral gelegen in een minder omslachtige manier om de schuldeisers te benaderen. Het is de vraag of de tussenkomst van de verschillende belangenbehartigingsclubs daartoe voldoende meerwaarde oplevert.

#### **IV. Tot besluit**

Blijkens het voorgaande lijkt de Wcam-procedure zowel bij het dwangakkoord als de verificatieprocedure in faillissement in de meeste gevallen geen verantwoord alternatief voor de faillissementsprocedure. Toch zijn beide procedures in zeker opzicht te beschouwen als twee kanten van dezelfde medaille, te weten het adequaat oplossen van kwesties rondom grote groepen gedupeerden (slachtoffers, concurrente crediteuren). In beide gevallen moeten die gedupeerden een bepaald – formeel – traject bewandelen voordat zij (mogelijk) enige mate van genoegdoening tegemoet kunnen zien. Wil men van elkaar leren en baat hebben, dan kan de faillissementsprocedure met het oog op stroomlijning en terugdringing van administratieve rompslomp wellicht iets leren van de recent ontwikkelde Wcam-procedure. Ik denk dan vooral aan de bijzondere regeling bij de surseance van betaling voor grote groepen schuldeisers (art. 281a-f Fw), waarvan het aanbeveling verdient om deze ook voor het faillissement vast te stellen. Omgekeerd kan de jonge Wcam-procedure nog wel iets leren van de regeling van het dwangakkoord in de al oudere faillissementsprocedure (en surseance van betaling). Bij grote aantallen rechtzoekenden is het immers een illusie dat men iedereen tevreden kan stellen. Om te voorkomen dat een minderheid bij wijze van veto de schikkingsonderhandelingen in het kader van een Wcam-vaststellingsovereenkomst onredelijk 'gijzelt', valt te overwegen om de mogelijkheid van een dwangakkoord in de Wcam-procedure op te nemen. Dan zijn ook de niet-verschenen schuldeisers en zij die hebben tegengestemd alsnog daaraan gebonden. Zoals bij faillissement en surseance van betaling de rechter via de homologatieprocedure een correctiemogelijkheid heeft, zo kan het hof Amsterdam in zijn functie van Wcam-rechter langs deze weg eventuele onredelijke resultaten terzijde stellen door een verbindendverklaring te weigeren. De opt-outmogelijkheid moet dan worden beperkt tot gedupeerden die op geen enkele wijze bij de schikkingsonderhandelingen waren betrokken en dat ook niet hadden kunnen zijn.