

Materieel faillissementsrecht

*Materieel faillissementsrecht:
de Peeters/Gatzen-vordering en de
overeenkomst binnen faillissement*

Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Mr. drs. W.J.M. van Andel

Advocaat bij Wijn & Stael te Utrecht

Prof. mr. F.M.J. Verstijlen

Hoogleraar Privaatrecht aan de Rijksuniversiteit te Groningen en als advocaat
verbonden aan NautaDutilh N.V. te Rotterdam

Grafische vormgeving
Bert Arts BNO

ISBN 90 13 03665 1
NUR 827-704

© W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer B.V., gedeponereerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Een exemplaar van deze voorwaarden zal op eerste verzoek gratis worden toegezonden.

Inhoud

Woord vooraf	VII
De Peeters/Gatzen-vordering <i>Mr. drs. W.J.M. van Andel</i>	1
De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement <i>Prof. mr. F.M.J. Verstijlen</i>	87

Woord vooraf

Faillissementsrecht wordt vaak gezien als formeel recht. Het faillissement wordt aangeduid als een algemeen beslag. Studieboeken behandelen het soms vanuit een procesrechtelijke invalshoek; het wordt aan sommige universiteiten gedoceerd als onderdeel van het burgerlijk procesrecht. Faillissementsrecht *is* ook formeel recht – er worden vorderingen geldend gemaakt – maar het is meer dan dat. Deze preadviezen gaan over dat meerdere.

Het faillissement beïnvloedt, wijzigt, beëindigt etc. ook materiële rechtsverhoudingen. Niet alleen wordt de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en diens schuldeisers afgewikkeld, ook tal van andere rechtsverhoudingen worden door het faillissement geraakt en in de regel afgewikkeld. Men denke aan de positie van werknemers, leveranciers, financiers, goederenrechtelijk rechthebbenden, andere contractspartijen, maar ook derden die bij een benadeling van schuldeisers betrokken zijn.

Twee aspecten van dit materiële faillissementsrecht worden hierna belicht. Van Andel onderzoekt het kruisingsvlak tussen het faillissementsrecht en het onrechtmatige-daadsrecht: de zogenaamde Peeters/Gatzen-vordering. De onrechtmatige daad krijgt een faillissementsrechtelijke invulling wanneer dit middel wordt ingezet om een benadeling van schuldeisers te redresseren. Verstijlen behandelt de invloed van het faillissement op de overeenkomst. Hier botst de partij-autonomie uit het overeenkomstenrecht met de collectiviteit van het faillissement: de contractsvrijheid van de partijen moet soms wijken voor het doel van het faillissement *alle* schuldeisers te geven waarop zij volgens hun rang recht hebben met inachtneming van belangen van maatschappelijke aard.

Het zal blijken dat het faillissement inderdaad zijn invloed doet gelden op zowel de onrechtmatige-daadsvordering als de overeenkomst.

Willem Jan van Andel
Frank Verstijlen

De Peeters/Gatzen-vordering

Mr. drs. W.J.M. van Andel

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Kortmann en Faber, De faillissementscurator

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, Tjeenk Willink, 1996, p. 139 - 172

Verstijlen, Dissertatie

F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator (diss. Tilburg), Kluwer, 1998

Van Koppen, Dissertatie

F.P. van Koppen, Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering (diss. Tilburg), Kluwer, 1998

Inhoudsopgave

1	Inleiding	5
2	Het geldende recht	8
2.1	Inleiding	8
2.2	Het arrest Peeters q.q./Gatzen uit 1983	8
2.3	Het arrest Nimox/Van den End q.q. uit 1991	11
2.4	THB-arresten uit 1994 en 1995	13
2.5	De arresten Lunderstädt/De Kok I en Sobi/Hurks II uit 2001	20
2.6	Het arrest X/Bannenberq q.q. uit 2005	24
3	Drie vormen van schuldeisersbenadeling	27
3.1	Inleiding	27
3.2	Een derde brengt schade toe aan de schuldenaar	27
3.3	Een derde is betrokken bij benadeling van één of meer individuele schuldeisers van de schuldenaar	33
3.4	Een derde is betrokken bij verhaalsbenadeling door de schuldenaar	35
3.5	Samenloop tussen specifieke en generieke schuldeisersbenadeling	40
4	Geldend versus wenselijk recht	61
4.1	Inleiding	61
4.2	Analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad	61
4.3	Wenselijk recht	70
4.4	Voorstel voor een wettelijke regeling	84
5	Slotbeschouwing	85

1 INLEIDING¹

Ons civiele recht kent van oudsher, in navolging van het Romeinse recht, een middel voor schuldeisers om op te komen tegen door hun schuldenaar onverplicht verrichte rechtshandelingen die hen benadelen in hun verhaalsmogelijkheden: de actio pauliana. De behoefte dit middel te hanteren neemt uiteraard toe naarmate het de schuldenaar slechter gaat. In de praktijk wordt het merendeel van de pauliana-gerelateerde procedures dan ook gevoerd tijdens faillissement van de schuldenaar. Een belangrijk verschil tussen de pauliana *buiten* faillissement (art. 3:45 BW e.v.) en de pauliana *in* faillissement (art. 42 Fw e.v.) is dat buiten faillissement iedere individuele schuldeiser in rechte een vordering tot vernietiging van de benadelende rechtshandeling kan instellen, terwijl in faillissement dergelijke rechtsoverdrachten slechts kunnen worden ingesteld door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (art. 49 Fw). De exclusiviteit van de actie van de curator in faillissement *'berust op de gedachte dat de curator (zijn) bevoegdheden uitoefent voor de gezamenlijke schuldeisers en dat een doorkruising van die uitoefening door een individuele schuldeiser zou kunnen leiden tot gevolgen die niet voor alle schuldeisers gelijk zijn, dus tot doorbreking van de gelijkheid van de schuldeisers van de gefailleerde'*.²

Dit preadvies concentreert zich op, wat ik noem, verhaalsbenadeling voorafgaand aan een faillissement van de schuldenaar waarbij een derde door *feitelijk* handelen/nalaten op onrechtmatige wijze betrokken is. Het nut en de noodzaak van een wettelijke regeling die schuldeisers in geval van faillissement bescherming biedt tegen voorafgaande verhaalsbenadeling door de schuldenaar, zal niemand in redelijkheid willen betwisten, evenmin als het feit dat het herstel van de verhaalsmogelijkheden zal dienen plaats te vinden ten laste van het vermogen van de derde die bij de verhaalsbenadeling betrokken was. Zo bezien is het enigszins opmerkelijk dat de regeling in de Faillissementswet die strekt tot herstel van verhaalsbenadeling louter ziet op verhaalsbenadeling die haar grondslag vindt in een tussen de schuldenaar en een derde verrichte *rechtshandeling*. Waarom, zo kan men zich afvragen, heeft de wetgever niet tevens voorzien in een (algemene) regeling die strekt tot bescherming tegen verhaalsbenadeling die (mede) veroorzaakt is door *feitelijke*

1 Ik dank Mascha Schoenaker voor haar uitgebreide literatuur- en jurisprudentieonderzoek ten behoeve van dit deel van het preadvies, met name ook met betrekking tot buitenlands recht.

2 Zie HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 450 m.nt. JBMV (Kuipers q.q./Ontvanger).

handelingen (van de betrokken derde)³? Van dergelijke *feitelijke* handelingen kan overigens ook sprake zijn indien tussen de schuldenaar en de derde weliswaar een rechtshandeling verricht is, maar vernietiging van *die* rechtshandeling de schuldeisers c.q. de curator geen soulaas biedt. Als voorbeeld noem ik de casuspositie die ten grondslag lag aan de – hierna nog te bespreken – THB-arresten, waarin de betreffende derden, een aantal notarissen, hun volgens de curatoren van THB tot verhaalsbenadeling leidende werkzaamheden verrichtten op grond van overeenkomsten van opdracht met de THB. Het ging er de curatoren echter niet om die overeenkomsten van opdracht op enigerlei wijze aan te tasten, maar om redres van de verhaalsbenadeling waarbij de notarissen naar het oordeel van de curatoren door de verlening van hun ministerie (de uitvoering van de overeenkomsten van opdracht) op onrechtmatige wijze betrokken waren.

Indien men één en ander in breder perspectief overdenkt, is de conclusie dat er geen goede grond is om de mogelijkheden van redres van verhaalsbenadeling op initiatief van de curator te beperken tot tussen de schuldenaar en de betrokken derde verrichte *rechtshandelingen*. Er is immers geen reden om een derde die bij verhaalsbenadeling betrokken is te ontzien door de curator een collectieve actie te onthouden, indien de benadeling niet veroorzaakt is door een rechtshandeling maar door een feitelijke handeling zijnerzijds. De Hoge Raad heeft dit in 1983 onderkend door in het arrest Peeters/Gatzen⁴ – voor het eerst – te beslissen dat ‘*een faillissementscurator ook bevoegd is voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers door de gefailleerde en dat in zo een geval onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken door de curator van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 1401 BW tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe.*’ In navolging van veel schrijvers duid ik die vordering hierna korthedshalve aan als de ‘Peeters/Gatzen-vordering’. Zowel in Duitsland als in Frankrijk heeft deze vordering een wettelijke grondslag en wordt individuele schuldeisers de mogelijkheid ontzegd om tijdens het faillissement van de schuldenaar zelfstandig een vordering in te stellen wegens verhaalsbenade-

3 Een uitzondering geldt voor zover de derde een bestuurder, commissaris of feitelijk leidinggevende van de gefailleerde is en de verhaalsbenadeling door feitelijke handelingen deel uitmaakt van een taakvervulling die als kennelijk onbehoorlijk kwalificeert en een belangrijke oorzaak van het faillissement is; zie art. 2:138/248 BW jo. art. 2:149/259 BW.

4 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 m.nt. BW.

ling. Zo bepaalt § 92 Insolvenzordnung (InsO) dat ‘*ansprüche der Insolvenzgläubiger auf Ersatz eines Schadens, den diese Gläubiger gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörende Vermögens vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlitten haben (Gesamtschaden) während der dauer des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden (können)*’, terwijl het eerste lid van art. L622-20 van de (met ingang van 1 januari 2006 gewijzigde) Code de Commerce bepaalt dat ‘*le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l’intérêt collectif des créanciers*’.

Sinds 1983 is het oordeel van de Hoge Raad in een aantal arresten bevestigd, zodat gesproken kan worden van vaste jurisprudentie. De Peeters/Gatzen-vordering is echter geen rustig bezit. Bij gebreke van een uitdrukkelijke wettelijke regeling ontbreekt een duidelijk kader voor rechtsvinding ter beantwoording van de vele vragen waarmee de vordering omgeven is⁵, hetgeen leidt tot twee in het kader van dit preadvies belangrijke constatering. De eerste constatering is dat de arresten van de Hoge Raad die sinds 1983 over de Peeters/Gatzen-vordering zijn gewezen ten aanzien van één van belangrijkste aspecten van die vordering geen consistente lijn te zien geven. De tweede constatering is dat, in ieder geval het afgelopen decennium, op weinig terreinen van het faillissementsrecht in de literatuur zo zeer van mening verschild wordt als over (de wezenskenmerken van) de Peeters/Gatzen-vordering. Beide constatering tezamen hebben in belangrijke mate bijgedragen aan de keuze van het onderwerp voor dit preadvies. De aanstaande verschijning van het voorontwerp van een nieuwe Insolventiewet (hierna: het Voorontwerp) van de door de Minister in het leven geroepen Commissie Insolventierecht vergroot de actualiteitswaarde van het onderwerp slechts, omdat in het kader van nieuwe insolventiewetgeving de principiële keuze gemaakt zal moeten worden of de Peeters/Gatzen-vordering een wettelijke grondslag verdient en zo ja, of een dergelijke vordering, analoog aan het huidige art. 49 Fw maar in afwijking van de huidige leer van de Hoge Raad⁶, tot het exclusieve terrein van de curator⁷ behoort. Beide vragen zullen in dit preadvies uitvoerig aan de orde komen.

5 Zie voor een opsomming van die vragen de noot van Faber onder Rechtbank Utrecht 11 december 1996, JOR 1997/21.

6 HR 21 december 2001, NJ 2005, 95 (Lunderstädt/De Kok I) en HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (Sobi/Hurks II), beide m.nt. Kortmann.

7 In het Voorontwerp naar verwachting hernoemd tot bewindvoerder.

Eerst zal echter in hoofdstuk 2 het geldende recht beschreven worden. Vervolgens zullen in hoofdstuk 3 de verschillende vormen van schuldeisersbenadeling geanalyseerd worden. Hoofdstuk 4 bevat een schets van naar mijn oordeel *wenselijk* recht op het terrein van de Peeters/Gatzen-vordering. In dat kader zal tevens aan de orde komen op welke punten de jurisprudentie van de Hoge Raad in mijn ogen inconsistent is. Hoofdstuk 5 vormt een slotbeschouwing.

2 HET GELDENDE RECHT

2.1 Inleiding

De Peeters/Gatzen-vordering is gebaseerd op rechtersrecht. Sinds 1983 zijn er naast een aantal arresten van de Hoge Raad meerdere lagere uitspraken op dit terrein geweest. Voor een beschrijving van het geldende recht zijn die lagere uitspraken echter van ondergeschikte betekenis omdat ze, voor zover ze oordelen bevatten die toen vernieuwend waren – dit geldt met name voor oordelen betreffende de exclusiviteit van de actie van de curator – inmiddels achterhaald zijn door latere arresten van de Hoge Raad. De opzet is aldus dat per arrest eerst een korte beschrijving gegeven zal worden van de onderliggende casus, vervolgens zullen de belangrijkste rechtsoverwegingen worden weergegeven en ten slotte zal een samenvatting worden gegeven van de belangrijkste commentaren in de literatuur.

2.2 Het arrest Peeters q.q./Gatzen uit 1983

Casus

Voorafgaand aan het faillissement van Van Rooij had zijn echtgenote Gatzen, met wie hij niet in gemeenschap van goederen gehuwd was, de aan hem in eigendom toebehorende echtelijke woning via een tussenschakel verkocht en geleverd gekregen, en wel voor een bedrag ver beneden de werkelijke waarde van het huis. De curator van Van Rooij vorderde een verklaring voor recht dat Gatzen jegens de gezamenlijke schuldeisers van Van Rooij een onrechtmatige daad had gepleegd en hij vorderde tevens betaling van het verschil tussen de waarde van het huis en het door Gatzen betaalde bedrag. In reconventie verzocht Gatzen het bedrag van een door haar betaalde belastingschuld van Van Rooij te mogen verrekenen met het eventueel door haar aan de curator verschuldigde. In cassatie was slechts de verrekeningsvraag aan de orde.

Belangrijkste rechtsoverwegingen

De Hoge Raad oordeelt dat een faillissementscurator ook bevoegd is voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van de schuldeisers door de gefailleerde en dat in zo een geval onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken door de curator van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 1401 BW (thans art. 6:162 BW) tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe. Gatzen kan voor wat betreft die vordering niet worden aangemerkt als schuldenares van de gefailleerde – de vordering is immers gebaseerd op de stelling dat Gatzen (niet jegens Van Rooij zelf, maar) jegens de gezamenlijke schuldeisers van Van Rooij een onrechtmatige daad heeft gepleegd – zodat in dit opzicht niet voldaan is aan de door art. 53 Fw voor compensatie gestelde voorwaarden.

Commentaren

In zijn NJ-noot onder het arrest gaat Wachter onder meer in op vragen van samenloop tussen de vordering van de curator en de vorderingen van individuele schuldeisers. Hij verwijst daarbij naar een beslissing van het Franse Cour de Cassation uit 1982 waarin de vorderingen van twee individuele schuldeisers in een faillissement die schadevergoeding vorderden van een bank, stellende dat de bank tegenover de buitenwereld een onoirbare schijn van kredietwaardigheid van de schuldenaar had opgewekt, werden afgewezen op grond van de overweging *'alors que le syndic avait seul qualité pour agir au nom de la masse'*. Wachter vermeldt ook de Franse oplossing voor het geval de curator geen actie onderneemt: in een dergelijke situatie herleven de vorderingen van de individuele schuldeisers.⁸ Hij stelt voorts dat uit het arrest Peeters/Gatzen voortvloeit dat de bij benadeling van schuldeisers betrokken derde die door de curator wordt aangesproken, zich slechts kan beroepen op verweermiddelen die aan alle schuldeisers tegengeworpen kunnen worden en dat voor een vordering in reconventie derhalve slechts plaats is in het hypothetische geval, dat deze vordering tegen alle schuldeisers ingesteld kan worden.

8 Inmiddels is het Franse recht op dit punt gewijzigd: op grond van het huidige art. L622-20 van de Code de Commerce wordt aangenomen dat ook in geval de curator geen actie onderneemt, een individuele schuldeiser met lege handen staat.

In zijn noot onder het arrest in *Ars Aequi*⁹ trekt Van Schilfgaarde een parallel met het *Erba*-arrest¹⁰ waarin de Hoge Raad besliste dat de mogelijkheid om een pauliana-vordering buiten faillissement in te stellen op grond van het toenmalige art. 1377 BW (thans art. 3:45 BW) toepassing van art. 1401 BW (thans: art. 6:162 BW) niet uitsluit. Van Schilfgaarde vervolgt: *'Buiten faillissement is het echter de crediteur zelf die de keuze maakt. Is het faillissement eenmaal uitgesproken dan zijn de rechten van de crediteuren om uit artikel 1377 te ageren, opgeschort. De Hoge Raad beslist nu dat de curator ook wegens benadeling van crediteuren een vordering uit artikel 1401 kan instellen. Betekent dit dat de rechten van de crediteuren om uit artikel 1401 te ageren eveneens door het faillissement worden opgeschort? Ik zou dat niet zonder meer willen aannemen. Wel kan een goede procesorde zich ertegen verzetten dat een crediteur een procedure aanspant of voortzet wanneer de curator op dezelfde gronden een vordering namens de boedel instelt.'*¹¹

Van Schilfgaarde gaat tevens in op de vraag of de curator, wanneer hij betaling van een derde ontvangt, de individuele schuldeisers in zoverre vertegenwoordigt dat een eventuele aan hen toekomende vordering uit onrechtmatige daad jegens de derde teniet gaat. Het feit dat de vordering van de curator en die van de individuele crediteuren naast elkaar staan, betekent volgens Van Schilfgaarde geenszins dat een derde de door hem veroorzaakte schade twee maal moet vergoeden, eenmaal via de boedel en dan nog een keer door betaling aan de individuele crediteuren. Uit het arrest van de Hoge Raad volgt immers dat de curator een vordering tegen een derde kan instellen indien de onrechtmatige daad hierin bestaat dat door toedoen van de derde *de verhaalsmogelijkheden van de crediteuren zijn verminderd*. Indien in een dergelijk geval de derde zijn daaruit voortvloeiende schuld aan de curator betaalt, aldus Van Schilfgaarde, en dit bedrag vervolgens als deel van het batig saldo volgens de faillissementsregels wordt verdeeld, hebben individuele crediteuren een bedrag ontvangen dat in beginsel gelijk is aan het bedrag waarop zij persoonlijk bij wijze van schadevergoeding tegen de derde aanspraak zouden kunnen maken. In een aantal gevallen zou het door individuele crediteuren via de boedel te ontvangen bedrag evenwel hoger kunnen zijn *'omdat bij de berekening van de individuele schadevordering rekening moet worden gehouden met elementen als eigen schuld, causaliteit en relativiteit. Toepassing van de relativiteitsnorm*

9 AA 1984, p. 220 e.v.

10 HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 m.nt. LEHR.

11 T.a.p., p. 222.

*kan meebrengen dat hetgeen onrechtmatig is tegenover de gezamenlijke schuldeisers, niet onrechtmatig is tegenover een bepaalde schuldeiser.*¹²

Schoordijk¹³ stelt dat de argumentatie dat het vorderingsrecht uit onrechtmatige daad nooit aan de gefailleerde toekwam en de curator slechts de schuldeisers vertegenwoordigt, onvoldoende bloot legt dat de vordering uit onrechtmatige daad evenals de pauliana de boedel moet brengen in de toestand waarin deze verkeerd zou hebben, ware de paulianeuze handeling uitgebleven. *‘Een tegenvordering kan dan wel degelijk relevant blijken en vermindering van een vordering uit onrechtmatige daad rechtvaardigen. Dat het beroep hierop niet als een beroep op compensatie in de technische zin van het woord aangemerkt dient te worden, acht ik minder relevant, als wij maar zien dat de vermindering van de vordering tot schadevergoeding haar rechtvaardiging vindt in het beroep op compensatie, dat gedaan had kunnen worden, ware de paulianeuze (onrechtmatige) handeling niet verricht.*¹⁴

Schoordijk constateert voorts dat de Hoge Raad aan de vraag of een individuele schuldeiser in een faillissement met een onrechtmatige-daadsactie de faillissements-procedure moet kunnen omzeilen, niet toekwam. *‘Voor mij is het duidelijk, dat zulks in dit geval gelijk in de meeste andere gevallen niet moet kunnen’,* aldus Schoordijk.¹⁵

2.3 Het arrest Nimox/Van den End q.q. uit 1991¹⁶

Casus

Nimox, enig aandeelhoudster van Auditrade, besloot in een algemene vergadering van aandeelhouders van Auditrade een bedrag van f 1 124 000 als dividend uit te keren en betaalbaar te stellen. Een dag later kwamen Nimox en Auditrade overeen dat de vordering tot betaling van het dividend werd omgezet in een geldlening van een gelijk bedrag, onder meer onder de voorwaarde dat Nimox van Auditrade zekerheden in tweede verband (na NMB Heller als financier van Auditrade) zou verkrijgen. Die zekerheden werden vervolgens daadwerkelijk verschaft aan Nimox. Vervolgens verkocht en leverde Nimox haar vordering op

12 T.a.p., p. 223.

13 H.C.F. Schoordijk, Als vertegenwoordiger van wie treedt de faillissementscurator op?, in: Goed en Trouw (Van der Grinten-bundel), 1984, p. 531-542.

14 T.a.p., pagina 541.

15 T.a.p., pagina 542.

16 HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 m.nt. Ma.

Audittrade aan NMB Heller tegen betaling door NMB Heller van een koopprijs gelijk aan de nominale waarde van de vordering. Daartegenover diende Nimox er zorg voor te dragen, dat aan NMB Heller een onvoorwaardelijke bankgarantie ter hoogte van het bedrag van de lening werd verstrekt tot meerdere zekerheid voor al hetgeen NMB Heller van Audittrade te vorderen zou hebben. Enkele maanden later faillierde Audittrade. De curator constateerde:

- dat het dividendbesluit uitkering van de totale vrije reserves van Audittrade beoogde;
- dat de operationele resultaten van Audittrade voor het komende jaar op dat moment reeds uiterst onzeker waren;
- dat, nu het verhaalsrisico van de vordering van Nimox op Audittrade geheel bij Nimox bleef berusten, de transactie in de relatie Nimox/NMB Heller geen reële (economische) betekenis had doch uitsluitend het (beoogde) effect dat het zekerhedensurplus van NMB Heller aan Nimox ten goede zou komen in plaats van aan de gezamenlijke schuldeisers van Audittrade.

De curator vorderde onder meer om Nimox te veroordelen tot betaling van het bedrag van f 1 124 000 en om voor recht te verklaren dat de overdracht van de vordering aan NMB Heller teneinde middels het bij die derde aanwezige surplus aan zekerheden betaling te verkrijgen, onrechtmatig is.

Belangrijkste rechtsoverwegingen

De Hoge Raad herhaalt zijn kernoverweging uit het Peeters/Gatzen-arrest en voegt daaraan toe: *‘Er is geen grond om hierop (d.w.z. op de bevoegdheid van de curator om een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen, WvA) een uitzondering te maken voor het in het onderdeel veronderstelde geval dat de vorderingen die ten tijde van de benadelingshandeling reeds bestonden vóór het faillissement zijn voldaan zodat de benadeling in feite alleen de schuldeisers raakt wier vorderingen pas na die handeling zijn ontstaan.’*¹⁷

Commentaren

In zijn NJ-noot onder het arrest merkt Maeijer op dat de uit het arrest Peeters/Gatzen afkomstige – en in het onderhavige arrest herhaalde – formulering dat de curator bevoegd is voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers *door de gefailleerde*, ruim moet worden uitgelegd. De benadeling van schuldeisers ging in

¹⁷ R.o. 3.2.

casu immers niet uit van de gefailleerde vennootschap zelf maar van de enig aandeelhouder van die vennootschap die volgens de Hoge Raad voor wat zijn onrechtmatige handelen betreft, juist niet met die vennootschap wordt geïdentificeerd.

2.4 De THB-arresten uit 1994 en 1995¹⁸

Casus

De Tilburgsche Hypotheekbank (THB) verstreekte op ruime schaal financieringen die onvoldoende door zekerheden gedekt waren. Het kwam geregeld voor dat registergoederen meermalen (soms op dezelfde dag) van eigenaar verwisselden, waarbij prijsopdrijving plaatsvond die resulteerde in prijzen die in geen enkele verhouding meer stonden tot de marktwaarde. In 1983 ging de THB failliet. De curatoren constateerden dat als gevolg van overfinanciering de gezamenlijke schuldeisers van de THB voor een bedrag van ruim f 78,7 miljoen benadeeld waren. Gebleken was dat bij de aan die overfinanciering ten grondslag liggende transacties een drietal notarissen betrokken waren. De curatoren waren van oordeel dat de notarissen hun medewerking aan het passeren van de betreffende akten hadden moeten weigeren en dat zij, door dit niet te doen, onrechtmatig hadden gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van de THB. Zij spraken daarop de notarissen in rechte aan tot schadevergoeding.

Belangrijkste rechtsoverwegingen

De Hoge Raad oordeelt dat de functie van een notaris in het rechtsverkeer hem onder bijzondere omstandigheden óók verplicht tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen.

Betrokkenheid bij benadeling van schuldeisers vereist niet dat de derde de benadeling heeft bevorderd of ervan heeft geprofiteerd; van betrokkenheid kan ook sprake zijn ingeval de derde in een positie verkeerde dat hij de gestelde benadeling had kunnen voorkomen, doch in plaats daarvan daaraan zijn noodzakelijke medewerking heeft verleend.

Er bestaat geen goede grond de bevoegdheid van een curator om – uit hoofde van diens taak de belangen van de gezamenlijke bij het faillissement betrokken schuldeisers te behartigen – een bij benadeling van schuldeisers betrokken derde aan te spreken tot vergoeding van de door

¹⁸ HR 23 december 1994, NJ 1996, 627, HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 en HR 15 september 1995, NJ 1996, 629, alle m.nt. WMK.

deze crediteuren geleden schade, te beperken tot het geval dat de derde behoort tot de kring van personen die op basis van de (faillissements)-pauliana aansprakelijk zouden zijn geweest voor betrokkenheid bij veronderstelde paulianeuze handelingen. Evenmin kan worden aanvaard dat er wanneer de curator een dergelijke vordering instelt, plaats zou zijn voor een onderzoek omtrent de individuele positie van elk der betrokken schuldeisers: vooreerst gaat het hier om verhaal van door de schuldeisers gezamenlijk geleden schade en voorts wettigt het collectieve belang dat is betrokken bij de hier besproken bevoegdheid van de curator om op te treden tegen bij benadeling van de gezamenlijke crediteuren betrokken derden, te aanvaarden dat de derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan.

Het betoog dat het Hof eerst de vergoedingsaanspraak van de THB had moeten beoordelen, omdat de curatoren niet (namens de gezamenlijke THB-crediteuren) vergoeding van hun schade wegens een jegens hen gepleegde onrechtmatige daad kunnen vorderen indien en voor zover die schade (ook) door de THB zelf is geleden en aan de THB-boedel te dier zake een eigen vergoedingsaanspraak tegen de notaris zou toekomen, mist doel. Daargelaten dat de door de crediteuren als gevolg van de insolventie van hun debiteur THB geleden schade niet gelijk is aan de door de THB zelf geleden vermogensschade, valt niet in te zien dat de namens de crediteuren ingestelde vordering bij een eventuele eigen vordering van de THB zou moeten worden achtergesteld in dier voege dat eerstbedoelde vordering slechts zou kunnen worden toegewezen voor zover zij het bedrag van de door de THB zelf geleden schade overtreft. In het geding is, aldus de Hoge Raad, niet aan de orde de vraag hoe moet worden geoordeeld indien naast de onderhavige namens crediteuren ingestelde vordering alsnog een vordering namens de THB zou worden ingesteld en beide vorderingen zouden worden toegewezen.

Commentaren

In de commentaren op de THB-arresten tekent zich een duidelijke tweedeling in de literatuur af ten aanzien van de wezenskenmerken van de Peeters/Gatzen-vordering, welke tweedeling het afgelopen decennium het wetenschappelijke debat op dit punt is blijven beheersen. Kortmann en Faber¹⁹ onderscheiden tussen de tot de failliete boedel beho-

¹⁹ Kortmann en Faber, *De faillissementscurator*, p. 159 e.v.

rende vordering tot schadevergoeding en de niet tot de failliete boedel behorende vordering tot schadevergoeding. Tot de eerste categorie behoren vorderingen die voortvloeien uit een voor of tijdens het faillissement jegens de schuldenaar gepleegde wanprestatie of onrechtmatige daad. Ten aanzien van die vorderingen trekken zij een parallel met het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Poot/ABP²⁰ door te overwegen dat, evenmin als aandeelhouders, schuldeisers niet op de enkele grond dat aan hun schuldenaar schade is toegebracht waardoor hun verhaalspositie is verslechterd, een eigen vordering tot schadevergoeding jegens de derde geldend kunnen maken. De onrechtmatige daad of de tekortkoming van de derde jegens de schuldenaar, waardoor het voor verhaal vatbare vermogen van de schuldenaar is verminderd, levert op zichzelf immers nog geen onrechtmatige daad op jegens die schuldeisers. Men kan zich zelfs afvragen, aldus Kortmann en Faber, of de schuldeisers en aandeelhouders van de schuldenaar daadwerkelijk schade lijden door de onrechtmatige daad of de tekortkoming van de derde jegens de schuldenaar. Indien en voor zover de schade van de schuldeisers en aandeelhouders slechts een afgeleide is van, c.q. correspondeert met, de schade van de schuldenaar is dat naar hun oordeel niet het geval. De schade van de schuldeisers en aandeelhouders wordt immers opgeheven door de vordering tot schadevergoeding van de schuldenaar jegens de derde.

Ten aanzien van de niet tot de failliete boedel behorende vordering tot schadevergoeding onderscheiden Kortmann en Faber wederom twee (sub)categorieën. In de eerste plaats gaat het om gevallen waarin de derde onrechtmatig heeft gehandeld jegens één of meer schuldeisers, *zonder* dat hij tevens onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldenaar, en *zonder* dat de schade van de schuldeisers correspondeert met een vermindering van het vermogen van de schuldenaar. Als voorbeeld noemen zij het geval waarin een bestuurder namens de vennootschap overeenkomsten heeft gesloten met een aantal partijen, terwijl de bestuurder op dat moment wist of redelijkerwijs diende te vermoeden dat de vennootschap die overeenkomsten niet zou kunnen nakomen. Voor een bevoegdheid van de curator om ten behoeve van de benadeelde schuldeisers op te treden, bestaat naar het oordeel van Kortmann en Faber in dat geval geen grond. Iedere benadeelde schuldeiser zal *zelf* een vordering uit onrechtmatige daad dienen in te stellen.

In de tweede plaats gaat het om gevallen waarin de derde onrechtmatig heeft gehandeld jegens een of meer schuldeisers, *zonder* dat de derde tevens onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldenaar, maar

20 HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 m.nt. Ma.

waarbij het vermogen van de schuldenaar *wél* door toedoen van de derde is verminderd. De schade van de schuldeisers is in dit geval weliswaar een afgeleide van de vermogensvermindering van de schuldenaar, aldus Kortmann en Faber, maar deze vermogensvermindering wordt niet opgeheven door een vordering tot schadevergoeding van de schuldenaar jegens de derde. Aan de schuldenaar komt een dergelijke vordering immers niet toe. Het standpunt van Kortmann en Faber komt er dus op neer dat de Peeters/Gatzen-vordering *niet* tot de boedel behoort en dus ook niet via de boedel dient te worden afgewikkeld.

Het oordeel van de Hoge Raad dat de derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan, achten Kortmann en Faber weinig gelukkig. De Hoge Raad verliest naar hun oordeel uit het oog dat de curator niet *meer* doet – en ook niet meer *kan* doen – dan het geldend maken van de individuele vorderingen van de benadeelde schuldeisers. Het oordeel van de Hoge Raad in deze past niet bij het uitgangspunt dat elders in de wet wordt gehanteerd, in het bijzonder in artikel 6:145 BW, waarin wordt bepaald dat de overgang van een vordering de verweermiddelen van een schuldenaar onverlet laat.

Ook het oordeel van de Hoge Raad dat niet valt in te zien dat de namens crediteuren ingestelde vordering bij een eventuele eigen vordering van de THB zou moeten worden achtergesteld, achten Kortmann en Faber onjuist. Naar hun oordeel verdient de opvatting de voorkeur dat voor een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad van een individuele schuldeiser slechts plaats is, indien en voor zover de schade die door de derde aan de schuldeiser is toegebracht, niet is afgeleid van de schade die de gefailleerde zelf heeft geleden en waarvoor de gefailleerde een aanspraak tot schadevergoeding jegens de derde heeft. In die zin is, aldus Kortmann en Faber, wel degelijk sprake van een primaat van de tot een failliete boedel behorende vordering.

In de noot van Vriesendorp onder de THB-arresten in *Ars Aequi*²¹, de reactie daarop van Kortmann en Faber²² en het naschrift van Vriesendorp²³ tekent zich de hiervoor genoemde tweedeling in de literatuur duidelijk af. Vriesendorp is van oordeel dat de aanduiding dat de curator in het kader van een Peeters/Gatzen-vordering de belangen van de

21 AA 1997, p. 809-815.

22 AA 1998, p. 268-274.

23 AA 1998, p. 582-586.

gezamenlijke schuldeisers behartigt, met zich brengt dat niet sprake is van een simpele optelsom van de behartiging van de belangen van alle individuele faillissementsschuldeisers, maar dat het geheel meer is dan de som der delen. De curator moet het belang van de totaliteit der schuldeisers behartigen en dat belang is dan het belang van de boedel. Door te spreken over een handelen ten behoeve van de ‘gezamenlijke schuldeisers’ wordt ook verklaard waarom verweermiddelen van individuele schuldeisers geen kans van slagen hebben. Vriesendorp is van oordeel dat de vordering gericht op vergoeding van de schade die de gezamenlijke schuldeisers als gevolg van het handelen van derden hebben geleden, in faillissement exclusief aan de curator toebehoort.

In hun reactie volgen Kortmann en Faber in grote lijnen het betoog in hun eerdere artikel²⁴. Zij stellen onder meer dat het feit dat de curator tijdens het faillissement van de schuldenaar exclusief bevoegd is de (faillissements)pauliana in te stellen, niet met zich brengt dat de curator dan ook – zonder wettelijke basis – exclusief bevoegd zou zijn om vorderingsrechten van schuldeisers jegens een derde geldende te maken. *‘Noch het beleid van de curator, noch een goed beheer van de failliete boedel wordt in gevaar gebracht of op onaanvaardbare wijze doorkruist door de vorderingen van individuele benadeelde schuldeisers. Men houde voorts in het oog dat de aanspraken tot schadevergoeding van de benadeelde schuldeisers jegens de derde met de paritas creditorum hoegenaamd niets van doen hebben. De paritas creditorum is in het geding, wanneer het aanspraken van schuldeisers jegens hun failliete schuldenaar betreft, niet wanneer het – zoals in casu – gaat om aanspraken van schuldeisers jegens een derde’*.²⁵

In zijn naschrift stelt Vriesendorp (impliciet) dat Kortmann en Faber uit het oog verliezen dat de onrechtmatige gedraging die de derde door de curator verweten wordt geen betrekking heeft op – bepaalde – individuele schuldeisers. Die derde wordt immers verweten dat zijn handelwijze heeft geleid tot een ‘benadeling van de *gezamenlijke* schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden’ op grond waarvan hij gehouden is de betreffende schade aan de boedel te vergoeden. Deze schade bestaat uit het bedrag waarmee de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers *als collectief* zijn afgenomen. Daarom behoort deze vordering naar het oordeel van Vriesendorp niet tot het vermogen van bepaalde afzonderlijke schuldeisers, maar valt zij in de boedel. Vriesendorp wijst er daar-

24 Zie noot 19.

25 T.a.p., p. 271.

bij op dat deze zienswijze, waarin wordt voorbij gegaan aan de positie van de individuele schuldeisers en de gezamenlijkheid der schuldeisers bepalend is, goed aansluit bij de opvattingen die in de rechtsstelsels in de landen om ons heen ten aanzien van dit leerstuk gelden: ook daar staat het collectieve belang voorop. Hij noemt in dit verband het Franse en het Duitse recht. Vriesendorp trekt een parallel met de faillissementspauliana: *‘Ook een dergelijke vordering behoort de failliet zelf niet toe, zodat deze niet op grond van artikel 20 Fw in de boedel terecht komt. Het is echter een door de wetgever aan de curator gegeven bevoegdheid om op te komen tegen rechtshandelingen van voor het faillissement waardoor de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld. Deze vordering behoort als zodanig toch tot de boedel en komt niet aan de individuele schuldeiser toe (art. 49 Fw).’*²⁶ In reactie op de verwerping door Kortmann en Faber van de exclusiviteit van de vordering van de curator stelt Vriesendorp: *‘Door deze stellingname ontstaat er echter een lastige situatie wanneer de individuele schuldeiser naast de curator tegen de derde wil ageren en zij elkaar voor de voeten lopen. Nog lastiger kan het worden wanneer de curator met de derde een schikking treft. De derde die van het geschil af wil zal dan – mijns inziens terecht – van de curator verlangen dat hij niet meer geconfronteerd wordt met de acties van individuele schuldeisers op grond van benadeling in de verhaalsmogelijkheden.’*²⁷

Verstijlen en Van Koppen zijn in grote lijnen dezelfde mening toegedaan als Vriesendorp.²⁸ Verstijlen bespreekt uitvoerig het Duitse en Franse recht waarin de onrechtmatige-daadsvordering van de curator ex lege exclusief is. Net als de faillissementspauliana, aldus Verstijlen, strekt de Peeters/Gatzen-vordering tot ongedaanmaking van de benadeling in de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers. Het vorderen van een dergelijke collectieve schade past binnen de taak van de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen en volgens Verstijlen is dan ook onjuist de zienswijze van onder meer Van Schilf-gaarde, Kortmann en Faber dat de curator de onrechtmatige-daadsvorderingen van individuele schuldeisers geldend maakt. Aangezien zowel de faillissementspauliana als de onrechtmatige-daadsvordering hetzelfde doel dienen – bescherming van de verhaalsbelangen van de (gezamenlijke) schuldeisers – valt niet in te zien waarom, nu voor de faillis-

26 T.a.p., p. 583.

27 T.a.p., p. 585.

28 Zie Verstijlen, Dissertatie en Van Koppen, Dissertatie.

sementspauliana is bepaald dat schuldeisers geen individuele actio pauliana kunnen instellen, een individuele onrechtmatige-daadsvordering, gegrond op benadeling in verhaalsmogelijkheden, wel zou zijn toegestaan. Ook hier zou de gelijkheid tussen schuldeisers gevaar lopen indien zij individueel zouden ageren, aldus Verstijlen. Betoogd is wel dat bij een onrechtmatige-daadsvordering van de schuldeisers tegen een derde de paritas creditorum niet aan de orde is. *'Dit is juist, maar het zijn niet de onrechtmatige-daadsvorderingen van de individuele schuldeisers die de curator geldend maakt. De curator handhaaft de rechten van de gezamenlijke schuldeisers, als eenheid gedacht. Hij brengt de boedel in de toestand waarin deze jegens hen had moeten verkeren.'*²⁹

Verstijlen concludeert dat steeds wanneer een benadeling van de (gezamenlijke) schuldeisers aan de orde is, het bij uitsluiting aan de curator is om een onrechtmatige-daadsvordering in te stellen. Slechts indien (tevens) een zorgvuldigheidsnorm in het geding is die andersoortige belangen beoogt te beschermen, kan en moet een individuele schuldeiser zelf een vordering instellen.

Van Koppen³⁰ trekt nog een parallel tussen de noot van Van Schilfgaarde onder het arrest Peeters/Gatzen en de overweging van de Hoge Raad in één van de THB-arresten³¹ dat de derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van de verweren die hem wellicht tegenover bepaalde schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan. Van Schilfgaarde stelt volgens Van Koppen terecht dat bij de berekening van de schade die op grond van artikel 6:162 BW moet worden vergoed aan de individuele crediteur die een vordering instelt, moet worden gekeken naar wat er zou zijn gebeurd als de verhaalsmogelijkheden niet waren verminderd. In zo'n geval krijgt de individuele crediteur buiten faillissement dus wat hij in faillissement zou hebben gekregen, tenzij bij de berekening van de individuele schadevergoeding rekening wordt gehouden met factoren als eigen schuld, causaliteit en relativiteit. In faillissement *mag* met die factoren volgens de Hoge Raad geen rekening worden gehouden voor zover zij (slechts) betrekking hebben op bepaalde individuele schuldeisers.

29 T.a.p., p. 123.

30 T.a.p., p. 140.

31 HR 23 december 1994, NJ 1996, 628.

2.5 De arresten Lunderstädt/De Kok I en Sobi/Hurks II uit 2001³²

Casus Lunderstädt/De Kok

Holland Yacht Sales (hierna: HYS) was bij onherroepelijk geworden vonnis door de rechtbank veroordeeld om aan Lunderstädt in hoofdsom DM 723 000 te betalen. Ruim twee weken later werd HYS in staat van faillissement verklaard. Lunderstädt diende zijn vordering in het faillissement van HYS in en sprak tevens De Kok c.s. (De Kok was bestuurder van HYS) aan uit onrechtmatige daad. Hij voerde daartoe aan dat De Kok c.s. de verhaalsmogelijkheden van hemzelf en een aantal andere crediteuren van HYS onrechtmatig hadden beknot, onder meer door a) aanzienlijke dividenduitkeringen, gedaan terwijl er rekening mee moest worden gehouden dat de vorderingen van de betreffende crediteuren niet zouden kunnen worden betaald, en b) overdracht van nagenoeg alle activa van HYS aan een aan De Kok c.s. gelieerde vennootschap, zonder adequate vergoeding aan HYS van de waarde die die activa vertegenwoordigden. De Kok c.s. kwamen vervolgens rechtsreeks met het merendeel van de benadeelde crediteuren een regeling overeen ter afkoop van hun claims tegen finale kwijting. Vervolgens sloot ook de curator een vaststellingsovereenkomst met De Kok c.s. op grond waarvan de overnemende partij f 915.000,- aan de boedel diende te vergoeden. Omtrent deze wijze van afwikkeling was niet met Lunderstädt overlegd en evenmin had hij daarmee ingestemd. Het bedrag van f 915 000 diende ter dekking van ongeveer 70% van de vorderingen van Lunderstädt en een andere crediteur die buiten de minnelijke regeling was gebleven. Lunderstädt sprak vervolgens De Kok c.s. aan voor het restant van zijn vordering.

Casus Sobi/Hurks

Bouwgroep Hurks BV (hierna: Bouwgroep) was enig aandeelhoudster van Hurks Bouwbedrijf Amsterdam (hierna: HBA). Bouwgroep liet zich intensief in met de bedrijfsvoering van HBA en trad ook op als financier van HBA. Begin oktober 1984 ging HBA failliet. Het faillissement werd opgeheven bij gebrek aan baten. Sobi, optredende als gemachtigde van 15 crediteuren van HBA (onderaannemers en leveranciers), vorderde van (onder meer) Bouwgroep en Hurks, bestuurder en enig aandeelhouder van Bouwgroep, schadevergoeding op de grond dat

32 Zie voor de vindplaatsen noot 6.

beiden onrechtmatig hadden gehandeld jegens schuldeisers van HBA, erin bestaande dat Bouwgroep en Hurks zich vanaf een zekere peildatum (door het Hof later bepaald op 1 juli 1984) ervan bewust waren of hadden moeten zijn dat HBA niet langer in staat zou zijn om haar financiële verplichtingen na te komen. Bouwgroep en Hurks hadden niettemin toegestaan dat HBA ook na die peildatum nieuwe verplichtingen bleef aangaan jegens de betreffende onderaannemers en leveranciers.

Belangrijkste rechtsoverwegingen

In cassatie was in beide zaken de vraag aan de orde of de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering jegens een derde, in de weg staat aan het instellen van onrechtmatige-daadsvorderingen door één of meer individuele schuldeisers jegens diezelfde derde. De Hoge Raad begint met te overwegen dat, waar het gaat om een aanspraak tot schadevergoeding van een benadeelde schuldeiser jegens een derde, verstoring van de in het faillissement te handhaven paritas creditorum zich niet kan voordoen. Hij vervolgt in beide arresten: *‘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. Deze kan echter, anders dan in verband met het bepaalde in artikel 49 F. het geval zou zijn bij een op artikel 3:45 BW gebaseerde vordering, noch in de Faillissementswet, noch in enige andere wettelijke bepaling worden gevonden.’*³³

In het arrest Lunderstädt/De Kok I voegt de Hoge Raad daar nog aan toe dat het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat indien ook de curator, op grond van hetzelfde feitencomplex, een vordering uit onrechtmatige daad geldend maakt jegens een derde, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de individuele schuldeiser wordt beslist.

33 R.o. 3.4.4. van het arrest Lunderstädt/De Kok I en r.o. 5.1.3. van het arrest Sobi/Hurks II.

Commentaren

In lijn met de hiervoor bij de bespreking van de THB-arresten geconstateerde tweedeling in de literatuur, zijn de onderhavige arresten door een deel van de schrijvers met instemming en door een ander deel met kritiek ontvangen. Faber³⁴ ziet in de arresten een bevestiging van hetgeen Kortmann en hij steeds verdedigd hebben. Hij sluit zijn noot af met de woorden: *'In ieder geval is de Hoge Raad zich bewust van het bijzondere karakter van de genoemde bevoegdheid van de curator en is de Hoge Raad (terecht) niet bereid zonder enige wettelijke basis de belangen van de benadeelde schuldeisers op te offeren aan "het collectief". Het gemak waarmee dat in (een deel van) de literatuur werd bepleit, moet ook de Hoge Raad hebben verbaasd.'*

In zijn NJ-noot stelt Kortmann dat de in de praktijk gebruikelijke handelwijze van curatoren om de opbrengst van de Peeters/Gatzenvordering in de boedel te laten vloeien onjuist is. Kortmann vervolgt: *'De Hoge Raad oordeelt, terecht, dat het in casu gaat om een vordering van (een) schuldeiser(s) tegen een derde. Deze vordering valt derhalve niet in de boedel. Voor de opbrengst van deze vordering geldt hetzelfde. Wanneer men, zoals veel curatoren, aanneemt dat de opbrengst in de boedel valt, behoort deze tot het vermogen dat ten behoeve van de schuldeisers vereffend wordt en aan hen uitgedeeld wordt. Inning door een individuele schuldeiser leidt dan wel tot een verstoring van de paritas creditorum, omdat het geïnde niet beschikbaar is voor de gezamenlijke crediteuren.'*

Ook Wezeman³⁵ juicht de beslissing van de Hoge Raad toe. Op het punt van de samenloop merkt hij nog op dat het in gevallen als de onderhavige (Wezeman doelt daarbij op de casus Lunderstädt/De Kok) voor de hand ligt dat de curator ook namens en ten behoeve van *de gefailleerde zelf* schadevergoeding van de derde kan vorderen, bijvoorbeeld op grond van artikel 2:9 BW. Uit de beslissing van de Hoge Raad volgt dat ook zo'n vordering niet af kan doen aan het individuele vorderingsrecht van de schuldeisers die benadeeld zijn door de vermindering van hun verhaalsmogelijkheden op het vermogen van de failliet. Dit arrest illustreert daarmee, aldus Wezeman, dat de voor *benadeelde aandeelhouders* geldende leer van de slechts bij uitzondering door henzelf te claimen 'afgeleide schade', *niet* mag worden doorgetrokken naar benadeelde schuldeisers van vennootschappen, die immers in een geheel andere positie verkeren. Wezeman wijst hiermee dus de opvatting van

34 Noot onder JOR 2002/37 en JOR 2002/38.

35 Ondernemingsrecht 2002, p. 150-152.

Kortmann en Faber dat in geval van een dergelijke samenloop sprake is van een primaat van de tot de failliete boedel behorende vordering, af.

Verstijlen³⁶ acht de kernoverweging van de Hoge Raad – het vorderingsrecht van de curator is niet exclusief – onjuist. Volgens Verstijlen ziet Faber in zijn JOR-noot over het hoofd dat de curator niet de afzonderlijke onrechtmatige-daadsvorderingen van individuele schuldeisers geldend maakt, maar op grond van onrechtmatige daad vergoeding van de door de schuldeisers gezamenlijk – als collectief – geleden schade vordert. Dit brengt mede, aldus Verstijlen, dat de *paritas creditorum* – of beter: de tussen schuldeisers geldende rangorde – wél bij de onrechtmatige-daadsvordering van de curator is betrokken. Door deze vordering wordt de boedel immers gebracht in de toestand waarin deze rechte had dienen te zijn, opdat iedere schuldeiser daaruit overeenkomstig zijn rang kan worden voldaan. Verstijlen betoogt voorts dat, hoewel in Nederland niet zoals bijvoorbeeld in Duitsland en Frankrijk een expliciete bepaling omtrent de exclusiviteit van de vordering van de curator in de wet is opgenomen, er wel degelijk een wettelijke grondslag is waarop die exclusiviteit kan worden gebaseerd. Hij wijst daarbij in het bijzonder op artikel 49 Fw (exclusiviteit curator ten aanzien van *paulliana*-vorderingen) en artikel 68 Fw (de curator is – exclusief – belast met het beheer en de vereffening van een failliete boedel). Waar de onrechtmatige-daadsvordering tegen een derde behoort tot de boedel, brengt dit mede dat ook deze vordering bij uitsluiting door de curator kan worden ingesteld, aldus Verstijlen. Er is derhalve sprake van een voldoende wettelijke grondslag, ook in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Ook Vriesendorp is die mening toegedaan.³⁷

Van Koppen³⁸, die ook kritisch is over de arresten, benadrukt dat een in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeiser van de derde niet een hoger bedrag kan vorderen dan het gedeelte van het batig saldo dat, indien de onrechtmatige daad was uitgebleven, uiteindelijk in faillissement voor hem beschikbaar zou zijn geweest. Juist daarom, aldus Van Koppen, is de individuele crediteur zó afhankelijk van medewerking door de curator dat het zijns inziens inefficiënt is wanneer hij onafhankelijk van de curator een onrechtmatige-daadsvordering instelt. Alleen al om die reden, aldus Van Koppen, zou in principe de curator bij benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden een exclusieve vordering moeten hebben.

36 WPNR 6502, p. 617-626.

37 AA 2002, p. 819-824.

38 TvI 2002, p. 173-180.

Ook Van Eeghen³⁹ is kritisch. Het is hem onduidelijk waarom de Hoge Raad in Lunderstädt/De Kok I de individuele crediteur naast de curator een vorderingsrecht toekent voor het verdwijnen van actief. *‘Daar kan toch weinig twijfel bestaan over de gemeenschappelijkheid van de benadeling via het vermogen van de failliet? Ook is ongerijmd dat het voor de individuele crediteur in verband met art. 49 Fw zou uitmaken of de curator zo’n benadeling op grond van de Pauliana of op grond van art. 6:162 BW ongedaan maakt. Is de Hoge Raad vergeten dat hij al in Erba I heeft geconstateerd dat de onrechtmatige daadsactie en de Pauliana op dezelfde schade en hetzelfde feitencomplex betrekking kunnen hebben?’*⁴⁰

2.6 Het arrest X/Bannenberg q.q. uit 2005⁴¹

Casus

X, bestuurder en enig aandeelhouder van Installogic, had zich privé tot een bedrag van f 50 000 borg gesteld voor een kredietfaciliteit van Installogic bij de bank. Bij brief van 27 juli 1998 aan Installogic eiste één van haar schuldeisers (Randstad) haar vordering op en kondigde zij aan bij gebreke van betaling faillissement te zullen aanvragen. Op 31 juli 1998 berichtte Installogic de bank per direct haar incassomachtiging ten behoeve van verschillende van haar crediteuren, waaronder Randstad, in te trekken. Op 4 augustus 1998 diende Randstad een verzoek tot faillietverklaring van Installogic in. Op 2 september 1998 werd Installogic failliet verklaard. De curator constateerde dat in de periode van 30 juli 1998 tot faillissementsdatum de gehele rekening-courant schuld aan de bank van ruim f 180 000 was ingelost. Volgens een door de curator opgemaakt verslag van een gesprek dat hij op 10 september 1998 met X heeft gevoerd, heeft X toen tegenover hem verklaard: *‘Nadat het faillissement was aangevraagd heb ik medio augustus contact opgenomen met Y, die mij vrijblijvend een aantal adviezen heeft gegeven. De strekking daarvan was dat het banksaldo naar nul moest in verband met de borgstelling van f 50 000 die ik aan de bank had gegeven. Ik moest proberen het bedrijf overeind te houden, maar ook zorgen dat de borgstelling niet aangesproken zou kunnen worden. Ik kon die borgstelling privé niet voldoen. Toen ben ik de debiteuren gaan innen en de crediteuren*

39 TvI 2002, p. 197-205.

40 T.a.p., p. 201.

41 HR 16 september 2005, JOR 2006/52 m.nt. Kortmann.

niet meer gaan betalen teneinde het saldo bij de bank op nul te krijgen.’ De curator sprak X aan tot betaling van een bedrag ter hoogte van de schulden die na 31 juli 1998 waren ontstaan (f 160 000), vanaf welk moment X volgens de curator wist of moest weten dat de nieuwe schulden niet zouden kunnen worden voldaan. De curator gaf in dat kader uitdrukkelijk te kennen dat hij niet van plan was de opbrengst van de vordering bij het boedelactief te voegen maar, na aftrek van kosten, ten goede te doen komen aan de schuldeisers wier vorderingen na 31 juli 1998 waren ontstaan.

Belangrijkste rechtsoverwegingen

Met betrekking tot de ontvankelijkheid van de curator nam het Hof tot uitgangspunt dat een faillissementscurator in een geval als het onderhavige bevoegd is een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad tegen een derde in te stellen, ook indien het onrechtmatig handelen van die derde niet jegens de gezamenlijke schuldeisers plaatsvond, doch slechts jegens één of enkelen van hen. Daarbij oordeelde het Hof dat het optreden van de curator in het onderhavige geval ook gerekend kan worden tot zijn taak als vereffenaar van de boedel, omdat bij toewijzing van de vordering een aanzienlijk bedrag aan (preferente) vorderingen zal wegvallen waardoor een groter bedrag zal resteren ter verdeling onder de gezamenlijke schuldeisers, zodat deze bij het welslagen van de onderhavige procedure zullen zijn gebaat. A-G Timmerman kan zich vinden in dit oordeel van het Hof. De Hoge Raad casseert evenwel. Hij begint met te overwegen dat de opbrengst van een Peeters/Gatzen-vordering, evenals de opbrengst van een vordering tot vernietiging op de voet van de artikelen 42 e.v. Fw, in de boedel valt en derhalve de gezamenlijke schuldeisers ten goede komt in de vorm van een toename van het overeenkomstig de uitdelingslijst te verdelen boedelactief. Zijn bevoegdheid tot het geldend maken van een dergelijke vordering ontleent de curator aan de hem in artikel 68 lid 1 Fw gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de boedel, aldus de Hoge Raad. Hij vervolgt: *‘De onderhavige (...) 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 (...), 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 Installagic na 31 juli 1998 zijn ontstaan geen bijzondere door de curator in acht te nemen positie in het faillissement van Installagic*

*ontlenen, valt buiten de grenzen van de in artikel 68 lid 1 F. aan de curator gegeven opdracht, terwijl ook overigens in de Faillissementswet daarvoor geen grondslag valt te vinden.*⁴²

De Hoge Raad overweegt voorts dat de door het Hof in aanmerking genomen omstandigheid dat de overige faillissementsschuldeisers baat hebben bij de toewijzing van de onderhavige vordering omdat dan een aanzienlijk bedrag aan (preferente) vorderingen zal wegvallen en ook een groter bedrag zal resteren ter verdeling onder de gezamenlijke schuldeisers, niet tot een ander oordeel leidt. De omvang van een door een individuele faillissementsschuldeiser geleden schade wegens (gehele of gedeeltelijke) onverhaalbaarheid van zijn vordering kan eerst worden bepaald als duidelijk is hoeveel hij uit het faillissement zal ontvangen. Hij zal dan ook voor het volle bedrag van zijn vordering in het faillissement moeten opkomen terwijl bij de vaststelling van zijn schade rekening moet worden gehouden met hetgeen hij uit het faillissement ontvangt. Het valt dus niet zonder meer in te zien dat de overige faillissementsschuldeisers baat hebben bij vergoeding door een derde van de verhaalschade van een individuele schuldeiser terwijl evenmin zonder meer valt in te zien dat een groter bedrag zal resteren ter verdeling onder de gezamenlijke schuldeisers, aldus nog steeds de Hoge Raad.

Commentaren

Verstijlen⁴³ vindt de beslissing overtuigend en constateert dat de Hoge Raad met zijn oordeel dat de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering in de boedel valt en passant de andersluidende opvatting van onder meer Kortmann en Faber verwerpt.

Lennarts⁴⁴ constateert dat in het arrest nog onbeantwoord is gebleven de vraag of de curator bevoegd is om een onrechtmatige-daadsvordering tegen een bestuurder in te stellen op de grondslag dat deze de gezamenlijke schuldeisers heeft benadeeld door het tekort te laten oplopen.

Kortmann⁴⁵ heeft tegen de beslissing van de Hoge Raad dat de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering in de boedel valt bezwaren van overwegend dogmatische aard. Het gaat immers om een vordering die toekomt aan de schuldeisers. Mogelijk hebben praktische overwegingen bij de Hoge Raad de doorslag gegeven, aldus Kortmann.

42 R.o. 3.5.

43 In zijn noot onder het arrest in JA 2005/109.

44 Ondernemingsrecht 2006, p. 37-40.

45 In zijn noot onder het arrest in JOR 2006/52.

3 DRIE VORMEN VAN SCHULDEISERSBENADELING

3.1 Inleiding

Voor een goed zicht op de (wenselijke) reikwijdte van de Peeters/ Gatzen-vordering is het van belang de verschillende gedaanten waarin schuldeisersbenadeling voorafgaand aan een faillissement zich kan voordoen, te onderscheiden. De Peeters/Gatzen-vordering kan immers niet in stelling gebracht worden tegen elke vorm van schuldeisersbenadeling. Anders gezegd: iedere te onderscheiden vorm van schuldeisersbenadeling heeft zijn eigen wijze van redres. De Peeters/Gatzen-actie is één van die wijzen van redres. Als voorbeelden van andere wijzen van redres noem ik de actio pauliana en de actie uit onrechtmatige daad van een individuele schuldeiser jegens wie de (bestuurder namens de) rechtspersoon-schuldenaar verplichtingen is aangegaan op het moment dat deze wist of behoorde te weten dat die verplichtingen niet meer (geheel) nagekomen konden worden in verband met de slechte financiële toestand van de schuldenaar (de zgn. Beklamel-vordering⁴⁶).

Onderscheiden kan worden tussen drie vormen van schuldeisersbenadeling:⁴⁷

1. een derde brengt schade toe aan de schuldenaar;
 2. een derde is betrokken bij benadeling van één of meer individuele schuldeisers van de schuldenaar;
 3. een derde is betrokken bij verhaalsbenadeling door de schuldenaar;⁴⁸
- Deze drie vormen van schuldeisersbenadeling zal ik thans aan een nadere beschouwing onderwerpen.

3.2 Een derde brengt schade toe aan de schuldenaar

Indien een derde door het plegen van wanprestatie of een onrechtmatige daad schade toebrengt aan de schuldenaar, *kan* dat tot schuldeisersbenadeling leiden, maar dat hoeft uiteraard niet. Het vermogen van de schuldenaar wordt immers in beginsel door de schadetoebrengende handeling niet verminderd, aangezien tegenover de schade een vorde-

46 Naar HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 inzake Beklamel.

47 Deze vormen overlappen elkaar deels; hierna wordt nog uitgebreid ingegaan op de samenloop tussen de verschillende vormen.

48 Die betrokkenheid kan ook zodanig initiërend zijn dat de facto sprake is van verhaalsbenadeling door de derde, waarbij de schuldenaar betrokken is. Zie in dit verband ook Kortmann en Faber, *De faillissementscurator*, p. 165. Denkbaar is zelfs dat de schuldenaar in het geheel niet bij de benadeling betrokken is; zie hierna § 4.3.

ring van de schuldenaar jegens de derde tot een gelijk bedrag staat. Indien de schuldenaar erin slaagt die vordering te innen, is er derhalve geen sprake van schuldeisersbenadeling. Ook indien de schuldenaar er niet in slaagt de vordering op de derde te innen – of ter zake geen actie onderneemt – is er nog steeds geen sprake van schuldeisersbenadeling zolang de schuldenaar ook zonder de inning van die vordering solvabel is. Van schuldeisersbenadeling is in het onderhavige geval dus slechts sprake indien de schuldenaar zijn vordering op de derde niet int c.q. niet kan innen en de schuldenaar vervolgens (feitelijk) insolvent blijkt. De vraag of de schuldeisers in dat geval naast de schuldenaar een eigen vordering uit onrechtmatige daad jegens de derde hebben, is vanuit praktisch oogpunt vooral interessant indien de derde op zich solvabel is, maar de schuldenaar zelf geen of onvoldoende actie onderneemt om zijn vordering op de derde te innen. Als de schuldenaar wel actie onderneemt, maar de derde niet in staat is om zijn verplichting tot schadevergoeding jegens de schuldenaar na te komen, zal hij dat immers ook niet zijn jegens de schuldeisers van de schuldenaar.

Het debat in de literatuur over de onderhavige vorm van schuldeisersbenadeling is mede aangewakkerd door de overweging op het punt van de samenloop in één van de THB-arresten.⁴⁹ Het is van belang voor ogen te houden dat onderscheiden dient te worden tussen enerzijds de vraag onder welke omstandigheden een derde die schade toebrengt aan de schuldenaar *tevens* een zorgvuldigheidsnorm jegens diens schuldeisers schendt en anderzijds de vraag in hoeverre schuldeisers schade lijden als gevolg van het handelen van de derde. Denkbaar is immers dat een derde (ook) een zorgvuldigheidsnorm jegens de betreffende schuldeisers schendt, maar dat deze uiteindelijk als gevolg daarvan geen schade blijken te lijden, bijvoorbeeld omdat die schade naar achteraf blijkt door een verzekering van de schuldenaar gedekt wordt. Anderzijds staan norm en (de kans op) schade niet los van elkaar. Verstijlen stelt in dit verband: *‘Deze norm en schade vormen twee zijden van dezelfde medaille. De zorgvuldigheidsnorm wordt geformuleerd met het oog op de in het geding zijnde beschermingswaardige belangen die (dreigen) te*

49 Zie HR 15 september 1995, 1996, 629: *‘Daargelaten dat de door de crediteuren als gevolg van de insolventie van hun debiteur THB geleden schade niet gelijk is aan de door THB zelf geleden vermogensschade, valt niet in te zien dat de namens de crediteuren ingestelde vordering bij een eventuele eigen vordering van THB zou moeten worden achtergesteld in dier voege dat eerstbedoelde vordering slechts zou kunnen worden toegewezen voorzover zij het bedrag van de door THB zelf geleden schade overtreft.’*

*worden geschaad.*⁵⁰ Hij verwijst daarbij naar het arrest Staat/Shell⁵¹ waarin werd overwogen dat de vraag of is gehandeld in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen in abstracto daarvan afhangt ‘*of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien (...).*’

Illustratief voor de mate waarin de kans op schade de zorgvuldigheidsnorm die de derde in acht heeft te nemen mede bepaalt, is het debat dat in de THB-arresten aan de orde was omtrent de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden een notaris een zorgvuldigheidsnorm in acht dient te nemen jegens schuldeisers van zijn opdrachtgever. In twee van die arresten⁵² oordeelde de Hoge Raad dat het Hof zich ertoe mocht beperken aan te geven wanneer in de betreffende zaken sprake zou *kunnen* zijn van jegens schuldeisers van THB onrechtmatig tekort schieten van de notaris. Dat zou, aldus het Hof, het geval kunnen zijn indien de notaris heeft geweten of heeft moeten weten dat de verlening van zijn ministerie *ernstig gevaar voor insolventie van de THB* zou meebrengen.⁵³ De gecursiveerde woorden vormen – ook volgens de Hoge Raad – de kern van de hier aan de orde zijnde zorgvuldigheidsnorm en uit die woorden blijkt dat de kans op schade bij de schuldeisers van de THB (als gevolg van de medewerking van de notaris) bepalend is voor de invulling van de norm. Een ernstig gevaar voor insolventie van de THB impliceert immers een grote kans op schade bij de schuldeisers van de THB. Weet de notaris niet dat er grote kans is op schade bij de schuldeisers, dan rust op hem (in deze visie) dus ook geen zorgplicht jegens de schuldeisers, ook niet indien de transacties waaraan hij zijn ministerie verleent wel degelijk vragen bij hem oproepen (bijvoorbeeld wegens een disproportionele stijging van de koopprijs ingeval van meerdere overdrachten van dezelfde onroerende zaken op één dag).⁵⁴

50 Verstijlen, Dissertatie, p. 126.

51 HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 m.nt. CJHB.

52 NJ 1996, 627 en NJ 1996, 628.

53 Blijkens het arrest van de Hoge Raad heeft het Hof deze norm ontleend aan een door curatoren in hoger beroep overgelegd advies van de hoogleraren W.C.L. van der Grinten, S.C.J.J. Kortmann en M.J.A. van Mourik.

54 Opmerking verdient dat in twee andere THB-arresten (van 15 september 1995, NJ 1996, 629 en 19 juni 1998, NJ 1999, 288) een enigszins afwijkende zorgvuldigheidsnorm door het Hof gehanteerd werd en dat ook die norm in beide gevallen gesanctioneerd werd door de Hoge Raad. Ook voor die betreffende normen geldt dat de kans op schade bij schuldeisers van de THB in belangrijke mate bepalend is voor de inhoud van de norm.

Het enkele feit dat een derde schade toebrengt aan de schuldenaar, impliceert uiteraard niet dat die derde daarmee *dus* (tevens) onrechtmatig handelt jegens diens schuldeisers. De dief van mijn debiteur handelt in beginsel niet onrechtmatig tegenover mij wegens de enkele omstandigheid dat mijn debiteur als gevolg van de diefstal (vooralsnog) minder verhaal biedt. Onder bijzondere omstandigheden kan dat echter anders liggen. Om bij het voorbeeld te blijven: indien de dief een concurrent van mij is, die weet dat ik het financieel niet makkelijk heb en dat ik voor de continuering van mijn bedrijfsvoering afhankelijk ben van spoedige betaling door de debiteur, handelt hij *wél* onrechtmatig jegens mij indien hij met de bedoeling om mij 'over de rand te duwen' mijn debiteur besteelt zodat die vervolgens niet in staat is om mij te betalen. In dat geval handelt de dief zowel onrechtmatig jegens mijn schuldenaar als jegens mij. Het is dus van belang om, indien sprake is van benadeling van schuldeisers, na te gaan of en zo ja, jegens welke schuldeisers de derde een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.

In de Vie d'Or-zaak nam het Hof Den Haag⁵⁵ schending van een dergelijke specifieke zorgvuldigheidsnorm door de actuaire en de accountant van Vie d'Or aan en sanctioneerde het Hof het oordeel van de rechtbank dat de volgens de tuchtrechter geschonden normen in hoge mate overeen kwamen met de zorgvuldigheidsnormen die de actuaire respectievelijk de accountant jegens de polishouders van Vie d'Or in acht hadden te nemen. Het is de vraag of rechtbank en Hof aldus niet te gemakkelijk aannemen dat de norm die voor beide beroepsbeoefenaren volgens hun eigen gedragsregels gold, in casu vrijwel identiek is aan de norm die zij jegens crediteuren van hun opdrachtgever (in casu polishouders) in acht hadden te nemen. Zie in dit verband ook A-G Timmerman die in zijn (nog niet gepubliceerde) conclusie in het door de accountant ingestelde cassatieberoep oordeelt dat schending van voor een beroepsgroep geldende gedragsregels op zichzelf weliswaar een relevant gezichtspunt is bij beantwoording van de onrechtmatigheidsvraag, maar dat dit gezichtspunt niet doorslaggevend hoeft te zijn. Acht moet worden geslagen op *alle* relevante omstandigheden van het geval.⁵⁶ Timmerman concludeert tot vernietiging, onder meer omdat zijns inziens een aantal relevante omstandigheden bij de beoordeling van de

55 Hof Den Haag 27 mei 2004, JOR 2004/206 m.nt. Van Ravels en Van AnDEL. Het Hof wees overigens de vordering van de curatoren gegrond op het door de aangesproken derden toebrengen van schade aan de schuldenaar *zelf* (Vie d'Or) af.

56 Conclusie sub 3.16.

onrechtmatigheidsvraag door het Hof niet buiten beschouwing hadden mogen worden gelaten.

Waar het betreft de vraag of en zo ja, jegens welke schuldeisers de derde (tevens) een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, geldt in zoverre voor schuldeisers van een vennootschap niet iets anders dan voor aandeelhouders dat het enkele feit dat aan de vennootschap schade is toegebracht niet betekent dat *dus* ook onrechtmatig is gehandeld jegens de schuldeisers c.q. de aandeelhouders. Daarvan is slechts sprake indien *daarnaast* een specifieke zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden jegens de schuldeisers c.q. de aandeelhouders.⁵⁷ De opvatting van Wezeman⁵⁸ dat het arrest Lunderstädt/De Kok I illustreert dat de voor benadeelde aandeelhouders geldende leer van de slechts bij uitzondering door henzelf te claimen ‘afgeleide schade’ niet mag worden doorgetrokken naar benadeelde schuldeisers van vennootschappen verdient in zoverre dan ook nuancering.⁵⁹ Ook de stelling van Kortmann en Faber⁶⁰ dat sprake is van een primaat van de tot de failliete boedel behorende vordering raakt naar mijn mening niet de kern van de zaak. Indien een derde schade heeft toegebracht aan de schuldenaar zijn er immers twee mogelijkheden:

- I. de derde heeft daarnaast niet (tevens) onrechtmatig gehandeld jegens een of meer individuele schuldeisers of

57 Voor wat betreft de positie van de aandeelhouders vloeit dit voort uit HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 inzake Poot/ABP. In r.o. 3.4.3. van dit arrest overweegt de Hoge Raad: ‘Het Hof is dan ook terecht ervan uitgegaan dat Poot als eisende partij diende te stellen welke specifieke zorgvuldigheidsnorm door het ABP jegens Poot in privé in acht had moeten worden genomen, en dat hij niet kon volstaan met het stellen van wanprestatie of onzorgvuldig handelen van het ABP jegens het concern’.

58 Ondernemingsrecht 2002, p. 151.

59 Ik ben het overigens wel met Wezeman eens dat schuldeisers en aandeelhouders in dit verband niet over één kam geschoren kunnen worden. Zie in dit verband ook Timmerman (TVVS 1997, p.219 en TVVS 1998, p. 97-101) die van oordeel is dat een aandeelhouder in beginsel geen (van de vennootschap) afgeleide schade kan vorderen, ook niet wanneer de derde rechtstreeks onrechtmatig gehandeld heeft tegenover die aandeelhouder. De rechtsgrond hiervoor, aldus Timmerman, is de bescherming van de belangen van de crediteuren van de betrokken vennootschap, van haar werknemers en van haar aandeelhouders die geen schadevergoedingsactie hebben ingesteld. Zijns inziens behoort de vennootschap zelf bij voorrang boven een aandeelhouder een schadevergoedingsactie te kunnen instellen ter bescherming van de belangen van allen die bij het in stand houden van het vermogen van de vennootschap belang hebben.

60 Kortmann en Faber, De faillissementscurator, p. 171.

II. de derde heeft daarnaast, wegens schending van een specifieke zorgvuldigheids-norm, (tevens) onrechtmatig gehandeld jegens een of meer individuele schuldeisers.

In geval I hebben individuele schuldeisers überhaupt geen vordering jegens de derde, zodat het niet zinvol is om te spreken over het primaat van de (tijdens het faillissement van de schuldenaar) tot de boedel behorende vordering. In geval II hebben de betreffende individuele schuldeisers een eigen vordering uit onrechtmatige daad jegens de derde en er is geen rechtsregel die zich ertegen verzet dat die individuele schuldeisers die vordering ook daadwerkelijk te gelde maken⁶¹, zodat ook in dat geval niet gesproken kan worden van een primaat van de tot de failliete boedel behorende vordering. Iets anders is dat het *kan* zijn dat, indien de derde intussen de aan de schuldenaar toegebrachte schade vergoed heeft, de betreffende individuele schuldeisers geen schade meer hebben omdat de verhaalsbenadeling bij hun schuldenaar geredresseerd is. Dat laatste *hoeft* echter niet het geval te zijn. Om weer aan te haken bij het hiervoor gegeven voorbeeld: indien de dief/concurrent na enkele maanden de schade aan mijn debiteur vergoedt, waardoor deze weer in staat is mij te voldoen, maar ik mijn onderneming als gevolg van het door de wanbetaling van mijn debiteur ontstane liquiditeitstekort inmiddels heb moeten staken (hetgeen ook het doel van de dief/concurrent was), kan niet gezegd worden dat ik als gevolg van het feit dat de verhaalsbenadeling bij mijn schuldenaar is opgeheven, niet langer schade lijdt. Begrijp ik Kortmann en Faber goed, dan zijn ook zij van oordeel dat ik in dat geval die 'additionele' schade wel rechtstreeks van de derde kan vorde-

61 Een rechtsregel zoals onder meer bepleit door Timmerman (zie noot 59), dat een aandeelhouder in beginsel geen (van de vennootschap) afgeleide schade kan vorderen, ook niet wanneer de derde rechtstreeks onrechtmatig gehandeld heeft tegenover die aandeelhouder, zou ik voor een schuldeiser (die anders dan een aandeelhouder niet 'achteraan in de rij staat') in ieder geval niet naar analogie willen aannemen. In dezelfde zin, zo begrijp ik, ook Timmerman in TVVS 1998, p. 100. Naar Belgisch recht wordt hier wel anders over gedacht. Zie onder meer Vananroye in zijn commentaar in TRV 1998, p. 270 – 284 naar aanleiding van het zgn. Sepp-arrest van het Hof van Cassatie van 5 december 1997 (T.B.H. 1998, 198) die – op p. 278 – stelt dat het Hof met dit arrest bevestigt '*dat het nadeel dat schuldeisers lijden bij schade aan het vermogen van hun schuldenaar als patrimoniale reflexschade geen zelfstandig vorderingsrecht voor de verschillende schuldeisers doet ontstaan*' en die uit het arrest afleidt dat het Hof '*de coëxistentie van vorderingsrechten van de curator en individuele schuldeisers voor dezelfde schade (uitsluit)*'. De in België gangbare begrippen 'patrimoniale reflexschade' en 'schade door weerkaatsing' komen overeen met het door (onder meer) Kortmann en Faber gebruikte begrip 'afgeleide schade'.

ren omdat die schade, om met hun woorden te spreken, niet is afgeleid van de schade die de schuldenaar zelf heeft geleden (en waarvoor de schuldenaar een aanspraak tot schadevergoeding jegens de derde heeft). Het verschil tussen mijn opvatting en die van Kortmann en Faber is gelegen in de *omvang* van de schadevergoedingsplicht van de derde die schade toebrengt aan de schuldenaar en die daarnaast tevens een zorgvuldigheidsnorm schendt jegens een individuele schuldeiser. Indien sprake is van rechtstreeks onrechtmatig handelen jegens de betreffende individuele schuldeiser, kan deze naar mijn mening zijn *volledige* schade rechtstreeks van de derde vorderen en niet alleen de ‘additionele’ schade (in de woorden van Kortmann en Faber: de schade die niet is afgeleid van de schade die de schuldenaar zelf heeft geleden). Met andere woorden: in dat geval hoeft de betreffende schuldeiser voor wat betreft de vergoeding van zijn wel afgeleide schade niet te wachten tot de schuldenaar zelf actie jegens de derde onderneemt. Beide acties kunnen naast elkaar bestaan. Zij hebben in zoverre invloed op elkaar dat indien de actie van de één slaagt, dat de hoogte van de schade die de ander (dan nog) kan vorderen, kan beïnvloeden; de derde hoeft immers in zijn totaliteit niet méér te betalen dan de schade die door hem veroorzaakt is.

3.3 Een derde is betrokken bij benadeling van één of meer individuele schuldeisers van de schuldenaar

De situatie dat de derde die betrokken is bij de benadeling van één of meer individuele schuldeisers, daarnaast tevens schade heeft toegebracht aan de schuldenaar zelf, is hiervoor in § 3.2 reeds besproken. Deze paragraaf concentreert zich dan ook op de gevallen waarin de betreffende derde niet tevens schade heeft toegebracht aan de schuldenaar zelf. Bij de (vele) casusposities die in jurisprudentie en literatuur over dit type schuldeisersbenadeling aan de orde zijn, is de benadelende derde veelal bestuurder of feitelijk leidinggevende van de rechtspersoon-schuldenaar. De hier bedoelde benadeling kan echter ook van anderen dan een bestuurder of feitelijk leidinggevende van de schuldenaar uitgaan c.q. anderen kunnen daarbij, naast de bestuurder/feitelijk leidinggevende, op onrechtmatige wijze betrokken zijn. Te denken valt aan een bank die jegens één of meer individuele schuldeisers een schijn van kredietwaardigheid van de schuldenaar heeft gewekt of aan een accountant die ten onrechte een goedkeurende verklaring heeft afgegeven bij de jaarrekening van de schuldenaar terwijl hij wist dat een (potentiële) wederpartij zijn beslissing om met de schuldenaar een over-

eenkomst aan te gaan liet afhangen van de verstrekking van die goedkeurende verklaring. In de literatuur⁶² worden ten aanzien van dit type schuldeisersbenadeling doorgaans twee varianten onderscheiden. In de eerste plaats gaat het dan om situaties waarin de bestuurder c.q. feitelijk leidinggevende van een rechtspersoon verplichtingen namens de rechtspersoon aangaat terwijl hij weet dat deze niet (geheel) zal nakomen en onvoldoende verhaal zal bieden – de bestuurder c.q. feitelijk leidinggevende overtreedt in dat geval de zgn. Beklamel-norm – en in de tweede plaats om gevallen waarin de derde, al dan niet samen met de schuldenaar, de schijn wekt dat deze kredietwaardig is. Uitputtend is dit onderscheid echter niet. Ook het geval waarin de bestuurder bijvoorbeeld niet de Beklamel-norm heeft overtreden, maar de vordering van de schuldeiser uiteindelijk onbetaald blijft als gevolg van betalingsonwil bij de bestuurder, behoort tot het hier aan de orde zijnde type schuldeisersbenadeling. Dit type wordt wel aangeduid als *specifieke* schuldeisersbenadeling, zulks ter onderscheiding van de hierna sub 3.4 te bespreken *generieke* schuldeisersbenadeling.⁶³ In de literatuur wordt in overwegende mate de opvatting aangehangen dat bij specifieke schuldeisersbenadeling geen taak voor de curator is weggelegd.⁶⁴ Met het recente arrest X/Bannenberg q.q. heeft de Hoge Raad, voorzover nog sprake was van twijfel op dit punt, die twijfel definitief weggenomen. De behartiging van de belangen van individuele (benadeelde) schuldeisers valt buiten de grenzen van de in art. 68 lid 1 Fw aan de curator gegeven opdracht, terwijl ook overigens in de Faillissementswet daarvoor geen grondslag valt te vinden. Men dient echter alert te zijn. Het is immers denkbaar dat in hetzelfde feitencomplex de schending van verschillende normen besloten ligt.⁶⁵ Anders gezegd: in de praktijk zal het geregeld voorkomen dat sprake is van samenloop tussen specifieke en generieke schuldeisersbenadeling. Alvorens dit verder uit te werken zal ik thans eerst de derde vorm van schuldeisersbenadeling – de generieke schuldeisersbenadeling – bespreken.

62 Zie onder meer Van Koppen, Dissertatie, p. 176.

63 Zie in dit verband onder meer de conclusie van A-G Huydecoper bij HR 8 juli 2005, JOR 2005/236 (Lunderstädt/De Kok II) en de noot van Bartman onder dit arrest.

64 Anders: J.C. van Apeldoorn, De curator als belangenbehartiger van gelaedeerde schuldeisers (artikel art. 6:162 BW) in: De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht, deel 6, Tjeenk Willink, 1996, p. 24 e.v.

65 Zie ook Verstijlen in zijn annotatie onder het arrest in JA 2005/109 en Lennarts, Concernaansprakelijkheid, Kluwer, 1999, p. 260-261.

3.4 Een derde is betrokken bij verhaalsbenadeling door de schuldenaar

3.4.1 Het meest bekende type generieke schuldeisersbenadeling is uiteraard de verhaalsbenadeling waar de regeling van de pauliana op ziet. De pauliana kan echter alleen in stelling gebracht worden in geval van verhaalsbenadeling die haar grondslag vindt in een tussen de schuldenaar en een derde verrichte rechtshandeling. In de inleiding van dit preadvies werd reeds betoogd dat er geen goede grond is om de mogelijkheden van redres van verhaalsbenadeling op initiatief van de curator te beperken tot tussen de schuldenaar en de betrokken derde verrichte rechtshandelingen, omdat er geen reden is om een derde die bij de verhaalsbenadeling betrokken is te ontzien door de curator een collectieve actie te onthouden, indien de benadeling niet veroorzaakt is door een rechtshandeling maar door een feitelijke handeling zijnerzijds. In het arrest Peeters/Gatzen heeft de Hoge Raad een dergelijke collectieve actie van de curator mogelijk gemaakt. In de literatuur wordt van mening verschild over de precieze aard van de Peeters/Gatzen-vordering. Kortmann en Faber⁶⁶ zijn van oordeel dat de curator met het instellen van de Peeters/Gatzen-vordering niet *meer* doet – en ook niet meer *kan* doen – dan het geldend maken van de individuele vorderingen van de benadeelde schuldeisers. Vanuit die visie redenerend komen zij tot de conclusie dat de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering niet in de boedel valt en dat het oordeel van de Hoge Raad dat de aangesproken derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan, onjuist is. Daartegenover staat de opvatting van onder meer Vriesendorp, Verstijlen en Van Koppen, die allen het *collectieve* karakter van de Peeters/ Gatzen-vordering benadrukken. In de woorden van Verstijlen⁶⁷: de curator beschikt met de Peeters/Gatzen-vordering niet over de vorderingen van de individuele schuldeisers op een derde, maar handhaaft de (verhaals)rechten van de – als eenheid gedachte – gezamenlijke schuldeisers; dit alles strekt er toe de gelijkheid tussen de schuldeisers te waarborgen c.q. aan eenieder te doen toekomen waarop hij volgens zijn rang aanspraak heeft.

66 Kortmann en Faber, De faillissementscurator, p. 170.

67 Verstijlen, Dissertatie, p. 122-123.

Die laatste opvatting houd ik voor juist. Er is naar mijn mening geen principieel onderscheid tussen verhaalsbenadeling die haar grondslag vindt in een tussen de schuldenaar en een derde verrichte *rechtshandeling* en verhaalsbenadeling die (mede) veroorzaakt is door *feitelijke* handelingen (van de betrokken derde). In beide gevallen gaat het erom dat tijdens faillissement van de schuldenaar herstel van verhaalsbenadeling plaatsvindt ten laste van het vermogen van de betrokken derde, in geval van pauliana doordat de curator na vernietiging van de benadelende rechtshandeling op de voet van artikel 51 lid 1 Fw jegens de derde een vordering tot ongedaanmaking (teruggave) van de door de schuldenaar verrichte prestatie heeft en in geval van een Peeters/Gatzen-actie doordat de derde aan de boedel de schade dient te vergoeden die (gezamenlijke) schuldeisers lijden als gevolg van de verhaalsbenadeling. Dat het ‘herstel in de oude toestand’ in beide gevallen op een andere rechtsgrond berust – in geval van pauliana op de verplichting tot ongedaanmaking van een reeds verrichte prestatie en in geval van een Peeters/Gatzen-actie op de verplichting tot schadevergoeding – moet niet worden gezien als een aanwijzing dat er een principieel verschil bestaat tussen verhaalsbenadeling die haar grondslag vindt in een tussen de schuldenaar en een derde verrichte rechtshandeling enerzijds en verhaalsbenadeling die (mede) veroorzaakt is door feitelijke handelingen (van de betrokken derde) anderzijds. Het is veeleer zo dat de Faillissementswet van oudsher *wel* een algemene regeling voor de pauliana bevat en niet voor de Peeters/Gatzen-vordering en het is *dit* verschil dat bepalend is voor de verschillende wegen waarlangs het redres plaatsvindt. Zou de Faillissementswet immers geen algemene regeling voor de pauliana bevatten, terwijl men niettemin van oordeel is dat in pauliana-gevallen de mogelijkheid moet bestaan dat de derde met wie de schuldenaar een benadelende rechtshandeling verrichtte verplicht wordt tot herstel van verhaalsbenadeling, dan zou de curator, optredend ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, ook in dat geval zijn toevlucht dienen te zoeken tot de algemene onrechtmatige-daadsactie van artikel 6:162 BW. Dat de curator dat in geval van pauliana niet hoeft, houdt verband met de mogelijkheid die de wet hem biedt om de benadelende rechtshandeling te vernietigen en de boedel vervolgens een recht tot ongedaanmaking van de door de schuldenaar verrichte prestatie te geven. Louter door die wettelijke constructie gaat aldus een vordering die (vóór het faillissement) niet aan de schuldenaar toebehoorde, toch tot de boedel behoren. Ziet men door deze wettelijke constructie heen dan gebeurt er bij de pauliana in feite niets anders dan wat ook de bedoeling is van de Peeters/Gatzen-vordering: herstel in de toestand als had de verhaalsbe-

nadeling niet plaatsgevonden, zulks ten gunste van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde.

De conclusie is dat bij het derde type schuldeisersbenadeling (generieke schuldeisersbenadeling) sprake is van een vorm van verhaalsbenadeling waardoor de *gezamenlijke* schuldeisers – als eenheid gedacht, zoals Verstijlen dat noemt – worden benadeeld. Men houde goed in het oog dat met deze wijze van uitdrukken niet beoogd wordt te zeggen dat door een dergelijke verhaalsbenadeling ook alle individuele schuldeisers (die samen de gezamenlijkheid vormen) zijn benadeeld. Om dat (mogelijke) misverstand weg te nemen vervullen de woorden ‘als eenheid gedacht’ een nuttige functie. Ter illustratie noem ik het geval waarin het boedelactief, na aftrek van de boedelschulden, vooralsnog 100 belooft, het preferente passief 500 en het concurrente passief 1.000. Een derde is voorafgaand aan het faillissement op onrechtmatige wijze betrokken geweest bij verhaalsbenadeling door de schuldenaar. Het bedrag van de benadeling bedraagt 300. Wie in een dergelijk geval wil betogen dat de curator die een vordering van 300 wegens verhaalsbenadeling jegens de derde instelt, niet optreedt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, omdat de facto slechts de preferenten en niet de concurrenten schade hebben geleden door de verhaalsbenadeling, kent naar mijn mening een te enge – en weinig zeggende – betekenis toe aan de woorden ‘ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers’. Het is immers gewent de curator bij dit type generieke schuldeisersbenadeling een vordering jegens de derde te geven en het wekt slechts verwarring om in het genoemde voorbeeld wel van een optreden ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te spreken zodra het actief (bijvoorbeeld door een onverwachte bate) alsnog boven de 200 uitkomt (in welk geval ook de concurrenten meeprofiteren indien de actie van de curator jegens de derde slaagt) en niet zolang het actief onder die grens ligt. Het is mijns inziens zinvolle terminologie om in beide gevallen te spreken van een actie van de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁶⁸

68 Vergelijk in dit verband het arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 1 december 1989 (R.W. 1989-90, 1260) en met name de opmerkingen van Vananroye naar aanleiding van dit arrest in TRV 1998, p. 274. De rechter ten gronde had de curator niet ontvankelijk verklaard in een vordering tegen een derde met, in de woorden van Vananroye, ‘*het argument dat het provenu volledig zou toekomen aan de schuldeisers met een algemeen voorrecht en de curator hier dus onmogelijk de gezamenlijke schuldeisers kon vertegenwoordigen*’. Dit oordeel hield in cassatie terecht geen stand.

3.4.2 Hiervoor kwam in § 3.2 reeds het arrest Poot/ABP aan de orde.⁶⁹ Het ging er in die paragraaf om in zoverre een parallel te trekken tussen de positie van schuldeisers en die van aandeelhouders van een vennootschap, dat voor beiden geldt dat het enkele feit dat aan de vennootschap schade is toegebracht, nog niet betekent dat *dus* ook onrechtmatig is gehandeld jegens de schuldeisers c.q. de aandeelhouders. Daarvan is, zo werd geconstateerd, slechts sprake indien *daarnaast* een specifieke zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden jegens de schuldeisers c.q. de aandeelhouders. In de literatuur over de Peeters/Gatzen-vordering wordt het betreffende arrest ook in een andere context aangehaald. Zo trekt Verstijlen⁷⁰ een parallel tussen Poot/ABP en zijn opvatting dat het aan de curator als uitsluitende behartiger van de belangen van de boedel is om in geval van generieke schuldeisersbenadeling een vordering tegen de daarbij betrokken derden in te stellen. Zoals de belangen van de aandeelhouders zijn geïncorporeerd in het vennootschappelijk belang, aldus Verstijlen, zijn de verhaalsbelangen van de individuele schuldeisers ‘verzelfstandigd’ in het belang van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers. De schuldeisers kunnen – analoog aan de aandeelhouders – geen schadevergoeding vorderen wegens de waardevermindering van hun vordering die het gevolg is van aan de boedel toegebracht vermogensnadeel. Hij verwijst in dit verband naar het commentaar van Timmerman bij het arrest Kip en Sloetjes/Rabobank.⁷¹ In zijn conclusie bij het arrest Lunderstädt/De Kok I verwoordt A-G Huydecoper deze theorie aldus dat *‘wat ten opzichte van de gezamenlijke crediteuren als onrechtmatige aantasting van hun collectieve verhaalsmogelijkheid zou mogen worden aangemerkt, (...) niet (noodzakelijkerwijs) ook als onrechtmatige aantasting van belangen van iedere gedupeerde crediteur afzonderlijk (zou) hoeven te gelden’*.⁷² De A-G wijst die theorie overigens van de hand. Consequente aanvaarding van deze leer, aldus de A-G, leidt ertoe dat individuele crediteuren (ook) buiten faillissement geen vordering terzake van vermindering van het gezamenlijke verhaal geldend kunnen maken, hetgeen volgens hem niet spoort met de rechtspraak waarin de mogelijkheid is aanvaard dat crediteuren op grond van onrechtmatige daad optreden wanneer verhaalsmogelijkheden zijn aangetast op een wijze die als onzorgvuldig moet worden aangemerkt.⁷³ Na

69 Zie noot 57.

70 Verstijlen, Dissertatie, p. 120-121.

71 HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662; zie voor de opvatting van Timmerman noot 59

72 Conclusie sub 9.

73 De A-G verwijst daarbij naar het Erba-arrest van 28 juni 1957 (NJ 1957, 514 m.nt. LEHR) en naar HR 28 juni 1996, NJ 1997, 102 m.nt. Zwemmer.

te hebben verwezen naar de rechtsregel die ten grondslag ligt aan het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Poot/ABP stelt de A-G: *‘Schade die men als aandeelhouder of daarmee vergelijkbare rechthebbende (indirect) leidt doordat aan een rechtspersoon schade wordt toegebracht, kan niet op één lijn gesteld worden met schade die crediteuren lijden doordat verhaal bij hun debiteur wordt verkort.’*⁷⁴

Naar mijn mening dient goed in het oog gehouden te worden dat de reden waarom een individuele schuldeiser niet op de enkele grond dat een derde schade heeft toegebracht aan de schuldenaar een eigen actie jegens de derde toekomt, een *andere* is dan de reden waarom (in de visie van onder meer Verstijlen) een individuele schuldeiser in geval van generieke schuldeisersbenadeling door de schuldenaar waarbij een derde betrokken is, geen eigen actie jegens die derde heeft. In het eerste geval ontbreekt die actie omdat de derde geen specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens de betreffende individuele schuldeiser geschonden heeft. Er is, met andere woorden, geen sprake van onrechtmatig handelen van de derde *jegens die schuldeiser*. In gevallen van generieke schuldeisersbenadeling door de schuldenaar, waarbij een derde op onrechtmatige wijze betrokken is, ligt dat anders. De derde heeft in dat geval wel degelijk een zorgvuldigheidsnorm (niet alleen jegens de gezamenlijkheid maar ook) jegens benadeelde individuele schuldeisers geschonden. Men denke aan het geval van een paulianeuze handeling. Dat een dergelijke handeling ook een normschending jegens daardoor benadeelde individuele schuldeisers impliceert, volgt reeds uit het bestaan van artikel 3:45 BW, waarin aan *iedere* in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeiser de actio pauliana (buiten faillissement) wordt toegekend. De reden dat een individuele schuldeiser tijdens faillissement niet zelf een pauliana-vordering tegen de derde kan instellen is niet dat de derde geen norm jegens de schuldeiser geschonden heeft, maar dat het gewenst is om in het faillissement van de schuldenaar de curator exclusief bevoegd te maken tot het instellen van pauliana-vorderingen, aangezien *‘de curator (zijn) bevoegdheden uitoefent voor de gezamenlijke schuldeiser en (...) een doorkruising van die uitoefening door een individuele schuldeiser zou kunnen leiden tot gevolgen die niet voor alle schuldeisers gelijk zijn, dus tot een doorbreking van de gelijkheid van de schuldeisers van de gefailleerde’*.⁷⁵ Evenzo is het met de Peeters/Gatzen-vordering. Een derde die zich schuldig maakt aan (betrokkenheid bij) generieke schuld-

74 Voetnoot 9 van de conclusie.

75 Zie noot 2.

eisersbenadeling, schendt wel degelijk een zorgvuldigheidsnorm jegens individuele schuldeisers die daardoor benadeeld worden, maar het is op de hiervoor uiteengezette gronden niettemin gewenst om, analoog aan de pauliana, terzake een exclusief vorderingsrecht aan de curator toe te kennen.

Ik houd het ervoor dat de A-G in zijn genoemde conclusie de opvatting van (onder meer) Verstijlen niet geheel juist heeft weergegeven. Mijns inziens heeft Verstijlen niet willen betogen dat de derde die betrokken is bij generieke schuldeisersbenadeling geen zorgvuldigheidsnorm jegens iedere gedupeerde crediteur afzonderlijk schendt.⁷⁶ De parallel die Verstijlen met het arrest Poot/ABP trekt is een andere en haakt aan bij de opvatting van (onder meer) Timmerman dat ook indien wel rechtstreeks een zorgvuldigheidsnorm jegens een aandeelhouder geschonden is, die aandeelhouder toch geen eigen actie jegens de derde toekomt indien het gaat om van de vennootschap afgeleide schade. De reden is dat de vennootschap zelf bij voorrang boven de aandeelhouder een schadevergoedingsactie behoort te kunnen instellen. *Die* parallel trekt Verstijlen door naar de Peeters/Gatzen-vordering: ook al is (ook in zijn ogen, zoals ik het interpreteer) een zorgvuldigheidsnorm jegens de benadeelde individuele schuldeisers geschonden, dan toch rechtvaardigt het collectieve belang dat betrokken is bij het ‘herstel in de oude toestand’, dat individuele schuldeisers een rechtstreekse vordering jegens de derde dient te worden ontzegd.

3.5 Samenloop tussen specifieke en generieke schuldeisersbenadeling

3.5.1 Samenloop tussen specifieke en generieke schuldeisersbenadeling komt in de praktijk regelmatig voor. Om dat in te zien is het van belang om eerst nader te inventariseren op welke verschillende wijzen generieke schuldeisersbenadeling de facto vorm krijgt.

76 In dezelfde zin Van Koppen in TvI 2002, p. 177, die stelt dat *‘de uiteindelijke consequentie van het Peeters/Gatzen-arrest (zou) moeten zijn dat de schuldeisers niet alleen de executierechten op het vermogen van de gefailleerde, maar ook die op derden verliezen voor zover zij gezamenlijk zijn benadeeld doordat de derde handelde in strijd met een norm die hij jegens alle schuldeisers in acht moest nemen. De materiële vorderingen ter zake van de benadeling door de derde van de boedel blijven aan de individuele schuldeisers toebehoren maar (...) de curator (zou) deze vorderingen moeten realiseren.’*

In de eerste plaats kan dan uiteraard gedacht worden aan de – ontoelaatbare – onttrekking van vrij⁷⁷ actief aan het vermogen van de schuldenaar. Het begrip ‘onttrekking van vrij actief’ dient in dit kader ruim te worden opgevat. Daaronder valt zowel het vervreemden als het bezwaren van activa. Voorts valt daaronder ook een onttrekking die weliswaar niet een vermindering van het vermogen van de schuldenaar tot gevolg heeft, maar wel een vermindering van de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers.⁷⁸ Dat in geval van (ontoelaatbare) onttrekking van vrij actief sprake is van generieke schuldeisersbenadeling – en dat derhalve de curator terzake van het redres van die benadeling een actie behoort toe te komen – lijdt geen twijfel. De benadeling is in een dergelijk geval immers niet gericht op één of meer individuele schuldeisers, maar treft de gezamenlijkheid als zodanig.

Dat geldt a prima vista ook voor een tweede vorm van generieke schuldeisersbenadeling: het na de peildatum selectief betalen van (slechts) bepaalde crediteuren. Als gevolg daarvan worden immers de (gezamenlijke) overige schuldeisers benadeeld omdat er voor hen minder te verdelen overblijft. Selectieve betaling als zodanig is niet onrechtmatig, maar dat kan het wel worden indien sprake is van bijkomende omstandigheden.⁷⁹ Zo’n bijkomende omstandigheid kan bijvoorbeeld bestaan in het feit dat de crediteuren die betaling ontvingen nauw gelieerd zijn aan (de bestuurder van) de schuldenaar.⁸⁰ Bij nadere analyse moet men bij deze vorm van schuldeisersbenadeling echter tot de conclusie komen dat reeds sprake is van een glijdende schaal tussen generieke en speci-

77 Discussie is mogelijk over de vraag of, indien een activum van de schuldenaar op het moment van onttrekking reeds in zekerheid gegeven is aan een derde, de curator wel een vorderingsrecht toekomt. Men zou kunnen verdedigen dat in dat geval niet de gezamenlijkheid, maar slechts de betreffende separatist benadeeld wordt. Dit argument gaat echter niet op indien de separatist over een surplus aan zekerheden beschikt. Ook indien de zekerheidsgerechtigde zelf geen actie onderneemt en zijn vordering als concurrent bij de curator indient, lijden de overige concurrenten wel degelijk schade indien de boedel voldoende middelen bevat voor een uitdeling aan concurrenten; het uitkeringspercentage daalt dan immers omdat die middelen over méér schuldeisers verdeeld moeten worden. Zie in dit verband ook Vananroye, TRV 1998, p. 274 die met name op basis van dit laatste argument beargumenteert dat naar Belgisch recht ‘ook als een derde schade toebrengt aan een goed dat het onderpand vormt van een zakelijk zekerheidsrecht van een bevoorrechte schuldeiser, de curator een vorderingsrecht tegen de derde (heeft)’.

78 Vgl. HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526 (Bosselaar q.q./Interniber).

79 Zie in dit verband ook J.B. Huizink, Bestuursaansprakelijkheid bij zwaar weer, TvI 2002, p. 167-173.

80 Zie in dit verband onder meer HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 m.nt. PvS (Coral/Stalt).

fieke schuldeisersbenadeling.⁸¹ Indien na de peildatum bijvoorbeeld slechts één – nauw gelieerde – crediteur voldaan wordt en de tien andere (externe) schuldeisers van de schuldenaar niet, is evident sprake van een vorm van generieke schuldeisersbenadeling. Indien echter tien nauw gelieerde schuldeisers voldaan worden en die ene resterende (externe) schuldeiser niet, is eerder sprake van een – aan betalingsonwil verwante – vorm van specifieke schuldeisersbenadeling.

Nog gecompliceerder ligt het bij een derde variant waarin generieke schuldeisersbenadeling zich kan voordoen: vermeerdering van het passief. Dat kan door het aangaan van nieuwe schulden en door het continueren van duurovereenkomsten (zoals arbeids- en huurovereenkomsten) waaruit telkens nieuwe verplichtingen voortvloeien. Het is met name op dit terrein waar zich de samenloopproblematiek doet gevoelen en waar, zo blijkt uit recente jurisprudentie, ten aanzien van een specifieke casus gemakkelijk verwarring kan ontstaan omtrent de vraag of de vordering in kwestie nu geënt is op aansprakelijkheid op grond van generieke of specifieke schuldeisersbenadeling.

Laat ik beginnen met een eenvoudig voorbeeld. Op de peildatum – in navolging van het arrest Sobi/Hurks II op te vatten als de datum waarop de leidinggevenden van de schuldenaar wisten of behoorden te weten dat de schuldenaar niet langer in staat zou zijn haar schulden te voldoen⁸² – bedraagt het (vrije) actief van de schuldenaar 110 en het concurrente passief 200. Er zijn geen preferente schulden. De schuldenaar gaat na de peildatum nieuwe verplichtingen aan tot een bedrag van 100, waartegenover een vermeerdering van actief van 80 staat. De schuldenaar faillieert en de boedelkosten bedragen 10. In een dergelijk geval is geen sprake van generieke doch slechts van specifieke schuldeisersbenadeling. Er is immers geen sprake van een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers (lees in casu: van de schuldeisers die reeds schuldeiser waren op de peildatum; hierna ook aan te duiden als: de oude schuldeisers). Indien op de peildatum het faillissement was aange-

81 Zie ook de conclusie sub 13 van A-G Huydecoper bij het arrest Lunderstädt/De Kok I.

82 In de praktijk zal het overigens vaak niet eenvoudig zijn die peildatum met grote precisie vast te stellen. Zie in dit verband onder meer het volgende citaat uit R.O. 4.2.5 van het arrest van Sobi/Hurks II: *“In verband met de ingestelde vordering is onvermijdelijk dat een tijdstip wordt gemarkeerd vanaf wanneer het handelen als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Omdat het vaststellen van dit tijdstip tot op zekere hoogte arbitrair is, zal de rechter dan ook, mede nu het verwijt handelen in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid inhoudt, een datum kiezen die aan de veilige kant is, derhalve onvermijdelijk ten gunste van degene aan wie het verwijt wordt gemaakt.”*

vraagd, hadden zij, onder gelijkblijvende boedelkosten, een uitkering van 50% ontvangen. Thans ontvangen zij een uitkering van 60%. Wie wel zijn benadeeld, zijn de schuldeisers jegens wie de schuldenaar na de peildatum nieuwe verplichtingen is aangegaan (hierna ook aan te duiden als: de nieuwe schuldeisers). Zij worden immers geconfronteerd met een gedeeltelijk onverhaalbare vordering (van in totaal 40). Zij kunnen een derde die op onrechtmatige wijze betrokken is bij het aangaan van de nieuwe schulden (dat kan de bestuurder zijn, maar bijvoorbeeld ook een bank zoals uit het hierna te bespreken vonnis van de Rechtbank Breda blijkt) aanspreken voor dit onverhaalbare gedeelte. Dat voor de curator in deze geen taak is weggelegd, althans niet middels een Peeters/Gatzen-vordering, vloeit voort uit het oordeel van de Hoge Raad in het arrest X/Bannenberq q.q.⁸³

Maar hoe nu indien als gevolg van een vermeerdering van het passief na de peildatum *wel* sprake is van een verlaging van het uitkeringspercentage in het faillissement (in Duitsland aangeduid met de term ‘Quotenschaden’⁸⁴)? Stel bijvoorbeeld dat er in de gegeven casus nog steeds sprake is van een vermeerdering van het passief na de peildatum van 100, maar van een vermeerdering van het actief (voor zover van toepassing na voldoening van lopende verplichtingen) van slechts 20. In dat geval daalt het uitkeringspercentage ten opzichte van de peildatum van 50% naar 40%. Is dan wel (mede) sprake van een vorm van generieke schuldeisersbenadeling die rechtvaardigt dat aan de curator een Peeters/Gatzen-vordering toekomt? De kern van deze vraag zit hem naar mijn mening niet in het element generieke schuldeisersbenadeling – dat daarvan sprake is, is mijns inziens evident gelet op de verlaging van het uitkeringspercentage ten opzichte van een faillissement per de peildatum – maar in de vraag of de curator terzake van die generieke benadeling een Peeters/Gatzen-vordering toekomt. Een bevestigende beantwoording van die vraag ligt in de rede indien men aanneemt dat de derde een zorgvuldigheidsnorm jegens de (gezamenlijke) schuldeisers heeft geschonden door eraan mee te werken dat na de peildatum extra schulden werden aangegaan zonder dat daartegenover een vermeerdering van het actief stond die, voor zover van toepassing na voldoening

83 Zie echter ook hetgeen hierna sub 3.5.5 wordt opgemerkt naar aanleiding van de vraag of een curator een bestuurder die na de peildatum verliesgevende activiteiten voortzet wellicht (ook) kan aanspreken op grond van art. 2:9 BW.

84 Naar Duits recht is op grond van § 92 InsO de curator bij uitsluiting bevoegd om de Quotenschaden die de oude crediteuren (Altgläubiger) lijden, van de derde te vorderen. Zie in dit verband ook Timmerman en Lennarts, *Überschuldung: een zin-nig idee voor het Nederlandse recht?*, De Naamlooze Vennootschap 1997, p. 304.

van lopende verplichtingen, tot gevolg zou hebben dat het uitkeringspercentage niet zou verminderen. De vraag laat zich naar mijn mening niet zonder meer met ja of nee beantwoorden.⁸⁵ *Of* in een concrete situatie sprake is van schending van een dergelijke zorgvuldigheidsnorm hangt daarvoor te zeer af van de omstandigheden van het geval. Indien bijvoorbeeld een bestuurder na de peildatum volstrekt lichtzinnig te werk gaat door nieuwe schulden aan te gaan zonder zich erom te bekommeren of daar wel voldoende nieuw actief tegenover staat, terwijl hij ook overigens de zaken op zijn beloop laat, is mijns inziens inderdaad sprake van schending van een zorgvuldigheidsnorm, niet alleen jegens de nieuwe schuldeisers (Beklamel-norm) maar ook jegens de oude schuldeisers die als gevolg van dit lichtzinnige handelen een lagere uitkering op hun vordering tegemoet zullen zien. Maar men zou ook kunnen denken aan de situatie waarin een bestuurder na de peildatum nog verplichtingen aangaat jegens een accountant opdat de schuldenaar kan voldoen aan haar wettelijke verplichtingen op grond van het jaarrekeningenrecht. Tegenover de vermeerdering van het passief (de schuld aan de accountant) staat dan geen vermeerdering van actief – het uitkeringspercentage daalt dus – maar niettemin zou ik menen dat het te ver gaat om te stellen dat de betreffende bestuurder door aldus te handelen een zorgvuldigheidsnorm jegens de (gezamenlijke) schuldeisers schendt. Slechts de betreffende accountant heeft naar mijn mening in een dergelijk geval een actie in verband met overtreding van de Beklamel-norm. Anders gezegd: er is hier weliswaar (ook) sprake van een vorm van generieke schuldeisersbenadeling, maar de curator komt terzake niettemin geen Peeters/Gatzen-vordering toe omdat die benadeling niet voortvloeit uit een schending van een zorgvuldigheidsnorm jegens de gezamenlijke schuldeisers. Ter vermijding van misverstand merk ik in dit verband nog op dat de Beklamel-actie van de accountant niet (automatisch) bewerkstelligt dat het vermogen van de schuldenaar weer gebracht wordt in de situatie waarin dit op de peildatum verkeerde. De accountant kan immers de bestuurder uit onrechtmatige daad niet voor het nominale bedrag van zijn vordering op de schuldenaar aanspreken, maar slechts voor het gedeelte dat hij niet op de schuldenaar kan verhalen. De accountant kan slechts zijn *schade* van de bestuurder vorderen.

85 *Dat* onder omstandigheden betrokkenheid van een derde bij het bewerkstelligen dat het passief van de schuldenaar toeneemt, ertoe kan leiden dat de curator jegens die derde een Peeters/Gatzen-vordering toekomt, volgt uit het arrest Nimox/Van den End q.q., waarin van een dergelijke betrokkenheid (van Nimox) sprake was.

Omdat de accountant dus wel gewoon hetzelfde percentage als de overige (concurrente) schuldeisers uit de boedel ontvangt, gaan die overige schuldeisers er door het te gelde maken van die Beklamel-vordering niet op vooruit.

3.5.2 Dat de hier aan de orde zijnde samenlooppromblematiek makkelijk tot misverstanden kan leiden, blijkt onder meer uit een recente uitspraak van de Rechtbank Breda.⁸⁶ In die zaak verweet de curator de Rabobank dat zij, door na de opzegging van de financieringsovereenkomst de schuldenaar de gelegenheid te blijven bieden om meer schulden te maken, onrechtmatig had gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers. De rechtbank stelde de curator in het gelijk en overwoog dat als door de Rabobank te vergoeden schade *'te gelden heeft het verschil tussen de totale schuldenlast ten tijde van de opzegging van de kredietovereenkomst en de totale schuldenlast op de datum van het faillissement'*. Het is duidelijk dat de rechtbank hier het onderscheid tussen generieke en specifieke schuldeisersbenadeling uit het oog verliest. De gezamenlijke schuldeisers zijn immers slechts benadeeld voor een bedrag gelijk aan het nominale verschil tussen de schuldenlast op de peildatum en de schuldenlast op datum faillissement indien a) er in dezelfde periode geen vermeerdering van vrij actief heeft plaatsgevonden en b) de schuldeisers op de peildatum nog een uitkering van 100% tegemoet hadden kunnen zien. Omtrent dat laatste overweegt de rechtbank echter niets en uit de casus vloeit integendeel voort dat de schuldeisers ook ten tijde van de opzegging van de kredietovereenkomst zeker niet integraal voldaan hadden kunnen worden. De rechtbank stelt zelfs niet vast of in casu überhaupt sprake is van generieke schuldeisersbenadeling, bestaande in een verlaging van het uitkeringspercentage ten opzichte van de situatie dat ten tijde van de opzegging van de kredietovereenkomst reeds het faillissement was uitgesproken.⁸⁷

86 Rechtbank Breda 25 januari 2006, rolnummer 143969/HA ZA 05-472 (BR) n.g. inzake Butterman q.q./Rabobank.

87 Vergelijk ook het Duise recht op dit punt zoals verwoord door Braun (Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, München, 2004, aantekening 6 bij § 92) ter toelichting op het begrip Gesamtschaden: *'Der Schaden muss den Insolvenzgläubigern gemeinschaftlich zugefügt worden sein, in dem entweder die Aktiva verringert oder die Passiva vermehrt sind, im Saldo also die für die Befriedigungsquote massgebliche Masse vermindert ist.'*

De Rechtbank Breda bevindt zich overigens in goed gezelschap, want eerder gingen de rechtbanken te Utrecht⁸⁸ en Amsterdam⁸⁹ op dezelfde wijze in de fout.

In de door de Rechtbank Utrecht berechte zaak ging het om de vraag in hoeverre de curator een aanspraak had jegens de bestuurder van de schuldenaar, die minder dan twee maanden voor het faillissement namens de zojuist opgerichte vennootschap de rechtshandelingen die in de oprichtingsfase waren verricht, bekrachtigde. In het faillissement werd aan preferente vorderingen een bedrag van f 464 000 ingediend en aan concurrente vorderingen een bedrag van f 273 000. De curator constateerde dat van die concurrente vorderingen een deel van f 57 000 dateerde van voor de datum waarop de vennootschap werd opgericht en de bekrachtiging van rechtshandelingen uit de oprichtingsfase plaatsvond. De curator vorderde van het bestuur betaling van laatstgenoemd bedrag, stellende dat de vermeerdering van de schuldenlast van de vennootschap die het gevolg was van de bekrachtiging, een onrechtmatig handelen van de bestuurder opleverde waardoor de gezamenlijke schuldeisers waren benadeeld.

De rechtbank achtte de vordering van de curator toewijsbaar. Zij overwoog daartoe dat de bestuurder op het moment van bekrachtiging geweten *moet* hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet (binnen een redelijke termijn) zou kunnen nakomen en evenmin verhaal zou bieden. Door onder deze omstandigheden niettemin de schuldenlast van de vennootschap af te wentelen op de schuldeisers van de vennootschap, heeft de bestuurder de schuldeisers (additioneel) benadeeld voor het bedrag van ruim f 57 000, zodat de bestuurder die schade aan de curator als belangenbehartiger van die schuldeisers dient te voldoen, aldus de rechtbank.

Evenals de Rechtbank Breda in haar zojuist besproken vonnis, verliest ook de Rechtbank Utrecht hier uit het oog dat, zo de curator in geval van een vermeerdering van het passief een Peeters/Gatzen-vordering toekomt, hij ten hoogste een vordering heeft tot het bedrag waarmee de (overige) gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld ten gevolge van die vermeerdering. Van een dergelijke benadeling is slechts sprake indien het uitkeringspercentage dat zonder het handelen van de derde gerealiseerd had kunnen worden, als gevolg van dat handelen gedaald is.

88 Rechtbank Utrecht 15 september 1999, NJkort 1999, 85 (Meijer q.q./Kakisina); het vonnis is besproken door Verstijlen in TvI 1999, p. 189-191.

89 Rechtbank Amsterdam 22 augustus 2001, JOR 2001/212 (Van Eeghen q.q./Oosters c.s.).

Daaromtrent stelt de rechtbank echter niets vast. Indien bijvoorbeeld het actief in het betreffende geval f 300 000 was geweest en het bedrag aan ingediende preferente vorderingen (f 464 000) correct blijkt, lijdt de boedel (lees: de gezamenlijkheid van schuldeisers) in het geheel geen schade doordat als gevolg van de bekrachtiging een bedrag van ruim f 57 000 aan het concurrente passief is toegevoegd. De concurrenten konden in dat geval, onafhankelijk van die bekrachtiging, immers toch geen uitkering vanuit de boedel tegemoet zien. Een andere vraag is uiteraard in hoeverre de schuldeisers die als gevolg van de bekrachtiging in het faillissement betrokken zijn, de bestuurder in dat geval kunnen aanspreken op grond van *specifieke* schuldeisersbenadeling, erin bestaande dat deze met die bekrachtiging bewerkstelligd heeft dat zij vanaf dat moment met een insolvente debiteur te maken kregen. Voor de curator is in dat kader echter geen taak weggelegd, zo blijkt uit het arrest X/Bannenberq q.q.

In het door de Rechtbank Amsterdam berechte geval werd geoordeeld dat als de continuïteit van een onderneming gevaar loopt, slechts van de bestuurders mag worden gevegd dat zij de onderneming uit eigen beweging staken indien er redelijkerwijs geen mogelijkheden bestaan deze in enigerlei vorm voort te zetten. Doet die laatste situatie zich voor en worden de activiteiten niettemin voortgezet (in welk kader dan ook nieuwe schulden worden aangegaan) dan staat vast, aldus de rechtbank, *‘dat de bestuurders jegens de gezamenlijke crediteuren onrechtmatig hebben gehandeld, zodat zij aansprakelijk zijn voor de schade die dezen in hun verhaalsmogelijkheden lijden. Hun schade bestaat uit het bedrag waarmee het boedeltekort is toegenomen [na de peildatum]’*.⁹⁰

De rechtbank verliest uit het oog dat de schade die de gezamenlijke crediteuren in hun verhaalsmogelijkheden lijden doorgaans niet gelijk zal zijn aan het bedrag waarmee het boedeltekort na de peildatum is toegenomen. Een (ietwat extreem) voorbeeld kan dit verduidelijken.⁹¹ Stel het actief is 150 en het passief 100. Dat actief bestaat uit een vordering op een derde die onverwacht failliet gaat. Op dat moment – het moment van de peildatum – dient het actief te worden afgewaardeerd naar nul onder een gelijkblijvend passief. De bestuurder bewerkstelligt vervolgens dat nieuwe schulden van 300 worden aangegaan waartegen-

90 R.o. 9.2 van het vonnis.

91 Voor het gemak laat ik in dit voorbeeld de boedelkosten buiten beschouwing en ga ik ervan uit dat alle betrokken schuldeisers gelijk in rang zijn.

over geen nieuw actief staat.⁹² Indien de schuldenaar vervolgens faillert, treft de curator derhalve een boedel aan met nul actief en 400 passief. Volgens de Rechtbank Amsterdam kan de curator nu 300 van de bestuurder vorderen; dat is immers het bedrag waarmee het boedeltekort na de peildatum is toegenomen. Het is duidelijk dat dit oordeel niet juist *kan* zijn. In dat geval zou de curator immers, indien hij in zijn vordering slaagt, ook aan de oude crediteuren 75% op hun vorderingen kunnen uitkeren, terwijl zij bij een faillissement per de peildatum geen enkele uitkering tegemoet hadden kunnen zien. In een dergelijke situatie is voor de curator geen taak weggelegd en zijn het de nieuwe schuldeisers die zelf een Beklamel-vordering wegens specifieke schuldeisersbenadeling tegen de bestuurder zullen moeten instellen.

Varieert men de casus in die zin dat het resterende actief per de peildatum (en per faillissementsdatum) niet 0 maar 50 bedraagt, dan is wel sprake van een samenloop tussen generieke en specifieke schuldeisersbenadeling. Bij een faillissement per de peildatum konden de schuldeisers immers een uitkering van 50% tegemoet zien, terwijl die uitkering als gevolg van het (onverantwoord) voortzetten van de onderneming, gedaald is tot 12,5%. Verdedigbaar is dat de curator in dat geval – wegens generieke schuldeisersbenadeling – een bedrag van 150 van de bestuurder kan vorderen omdat na voldoening van dat bedrag aan de boedel het uitkeringspercentage weer ‘hersteld is in de oude toestand’, te weten 50%. Voor het gedeelte van hun vorderingen dat niet vanuit de boedel voldaan wordt, hebben de nieuwe schuldeisers dan ieder een eigen Beklamel-vordering (van in totaal 150) jegens de bestuurder.

Illustratief in dit verband is een uitspraak van het Hof van Beroep te Gent⁹³ die blijk geeft van een beter zicht op het onderscheid tussen generieke en specifieke schuldeisersbenadeling en de consequenties daarvan voor de berekening van de schade, dan de Nederlandse lagere rechters in de hiervoor geanalyseerde uitspraken. Het Hof overwoog in een geval van onrechtmatige vermeerdering van het passief: *‘De schade die gemeen is aan alle schuldeisers, bestaat in de toename van het passief ten gevolge van de aangroei van de schuldvordering van geïntimeerde tussen het tijdstip van de vastgestelde fout (...) en het faillissement. In*

92 Hetzelfde geldt m.m. indien het passief van de rechtspersoon toeneemt in verband met de niet-voldoening van lopende verplichtingen na de peildatum. In de praktijk zal het bij een onrechtmatige vermeerdering van het passief na de peildatum vaak gaan om een combinatie van het aangaan van nieuwe schulden en het laten doorlopen van verplichtingen uit reeds bestaande (duur)overeenkomsten.

93 Hof van Beroep te Gent, 17 september 1998, TRV 1999, p. 188-190.

de mate dat de schuldvordering van geïntimeerde het passief dermate bezwaart dat de uitkering van een dividend aan de andere schuldeisers erdoor wordt belet of een dergelijk dividend in ernstige mate wordt verminderd, betreft het een collectieve schade, die alle schuldeisers in evenredigheid met hun schuldvordering treft en waarvan de curator vergoeding kan vorderen. Aldus beschouwd is de verhoging van het passief (ingevolge de toename van de schuldvordering van geïntimeerde) ongetwijfeld een collectieve schade, die als zodanig niet mag worden verward met het samengevoegde verlies van de afzonderlijke schuldeisers’.

3.5.3 Opmerking verdient op deze plaats dat de hier bepleite benadering weliswaar nauw aansluit bij het Duitse recht, waarin de curator (Insolvenzverwalter) slechts de zgn. Quotenschaden kan vorderen en niet de volledige toename van het tekort vanaf de zogeheten Eintritt der Insolvenzreife (hierna: EdI), maar dat er ook een belangrijk verschil te noemen is. Tot 1994 werd in het Duitse recht in zoverre geen onderscheid gemaakt tussen oude crediteuren (Altgläubiger; crediteuren wier vordering reeds bestond op de EdI) en nieuwe crediteuren (Neugläubiger; crediteuren wier vordering ontstaan is na de EdI) dat de curator ten behoeve van beide categorieën Quotenschaden van de bij benadering betrokken derde kon vorderen (i.e. het bedrag dat nodig is om het uitkeringspercentage weer op het niveau te brengen waarop het zich ten tijde van de EdI bevond). Neugläubiger konden daarnaast geen vordering voor hun additionele schade jegens de derde instellen. In zijn uitspraak van 6 juni 1994 brak het Bundesgerichtshof (BGH) met deze leer.⁹⁴ Het BGH overwoog: *‘Die (Neu-)Gläubiger, die ihre Forderungen gegen die GmbH nach dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem Konkursantrag hätte gestellt werden müssen (de EdI, WvA), haben gegen den insoweit schuldhaft pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer einen Anspruch auf Ausgleich des vollen – nicht durch den “Quotenschaden” begrenzten – Schaden, der ihnen dadurch entsteht, dass sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen GmbH getreten sind’.* In aansluiting hierop oordeelde het BGH in zijn uitspraak van 30 maart 1998⁹⁵ dat het bij de schade van Neugläubiger niet om Gesamtschaden, maar om Individualschaden gaat, zodat de curator niet bevoegd is die schade te vorderen. Het is op dit punt dat Nederlands en Duits recht divergeren, zoals blijkt uit het volgende

94 BGH, ZIP 1994, S. 1103 ff.

95 BGH, ZIP 1998, S. 776 ff.

commentaar van Braun⁹⁶ op deze uitspraak van het BGH: *‘Da auch die Neugläubiger Insolvenzgläubiger sind, der Insolvenzverwalter jedoch nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30. März 1998 nur den Quotenschaden der Altgläubiger über § 92 geltend machen darf und bei der Verteilung den realisierten Anspruch auch nur für die Altgläubiger verwenden darf, muss er zwangsläufig eine Sondermasse bilden’*. Het begrip Sondermasse – een soort ‘subboedel’ waarop alleen een deel van de crediteuren (in casu de Altgläubiger) aanspraak hebben – kent het Nederlandse recht niet, zoals de Hoge Raad in het arrest X/Bannenberg q.q. uitdrukkelijk bevestigd heeft. De curator kan slechts optreden ten behoeve van de *gezamenlijke* schuldeisers, niet ten behoeve van een deel van de schuldeisers. In Duitsland is de curator *wel* bevoegd om in geval van zgn. Teilgesamtschaden een vordering op de voet van § 92 InsO geldend te maken, mits hij een Sondermasse vormt.⁹⁷

Hoe werkt dit concreet uit in het hiervoor besproken voorbeeld waarin op de peildatum een actief van 50 aanwezig is en een passief van 100, terwijl na de peildatum nieuwe verplichtingen van 300 worden aangegaan zonder dat daar nieuw actief tegenover staat? Naar Duits recht kan de curator dan (slechts) de Quotenschaden van de *Altgläubiger* vorderen. Die Altgläubiger ontvingen door de toename van het passief slechts 12,5% op hun vorderingen, terwijl dat per de EdI nog 50% was. De curator kan dus op de voet van § 92 InsO van de derde 37,5% van 100, derhalve 37,5 vorderen. Voor die 37,5 dient hij een Sondermasse te vormen, waaruit slechts de Altgläubiger betaald worden. Zij krijgen aldus 12,5 uit de Masse en 37,5 uit de Sondermasse, hetgeen het totaal weer op 50 brengt.⁹⁸ De Neugläubiger dienen hetgeen zij tekort komen

96 E. Braun, Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, München, 2004, aantekening 8 bij § 92 InsO.

97 Zie in dit verband onder meer H. Hess, M. Weis en R. Weinberg, InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGInsO, Band 1 Insolvenzordnung, Heidelberg, 2001, aantekening 16 bij § 92 InsO: *‘Nicht erforderlich ist, dass sich das schädigende Ereignis zu Lasten aller Insolvenzgläubiger auswirkt. Ausreichend ist vielmehr, dass es sich zu Lasten eines abgrenzbaren Teils dieser Gläubiger bemerkbar macht, sofern es diese Gläubiger nur gleichermassen betrifft (‘Teilgesamtschaden’). Auch in einem solchen Fall ist zugunsten der von dem schädigenden Ereignis betroffenen Gläubiger eine Sondermasse zu bilden; dabei sind die Kosten des Forderungseinzugs abzusetzen.’*

98 Braun, t.a.p., aantekening 12 bij § 92 InsO, gaat nog in op de vraag wat rechtens is indien een Altgläubiger in de periode na de EdI nog een (deel)betaling ontvangt die hij niet ontvangen zou hebben indien het faillissement *wel* tijdig zou zijn aangevraagd. *‘In einem solchen Fall wird der Schaden aus der Quote zu ermitteln sein, die sich bei Verfahrenseröffnung aus der durch zwischenzeitlichen Tilgungen niedrigeren Restforderung ergibt (Beispiel: am 1. Januar 2002 hatte der* →

(300 – 37,5 = 262,5) op individuele basis van de derde te vorderen. De hiervoor naar Nederlands recht bepleite benadering, dat de curator 150 van de derde kan vorderen omdat *dat* het bedrag is dat nodig is om het uitkeringspercentage voor *alle* faillissementsschuldeisers (oude en nieuwe schuldeisers) weer op het niveau per de peildatum te brengen, wordt zo bezien mede ingegeven door de omstandigheid dat het Nederlandse recht geen Sondermasse kent.

3.5.4 In Frankrijk bestaat uitvoerige en niet steeds even consequente jurisprudentie over de afgrenzing tussen het *préjudice collectif* (generiek nadeel) en het *préjudice individuel* (specifiek nadeel). Aanvankelijk leek het erop dat slechts de schade bestaande uit de verlaging van het uitkeringspercentage als een *préjudice collectif* gold en dat de individueel benadeelde schuldeiser wel het (vanuit de boedel) onbetaald gebleven deel van zijn vordering (inclusief rente en gevolgschade) kon vorderen. In 1987 drong het Cour de Cassation⁹⁹ zelfstandige acties van individuele schuldeisers echter tot een minimum terug door te overwegen dat *'aucun créancier ayant produit n'est recevable à agir lui-même contre ce tiers à raison du préjudice constitué par l'insuffisance des réparations ou des dividendes et la perte des interest consecutive à l'ouverture de la procédure collective'*. Het Cour de Cassation verstaat dus onder het *préjudice collectif* 'le préjudice inhérent a la procédure': in geval van een *procédure collective* pleegt elke schuldeiser slechts een deel van zijn vordering voldaan te krijgen en renteverlies te lijden zodat in zoverre sprake is van een *préjudice collective*. Deze jurisprudentie is geweest onder het oude recht maar aangenomen wordt dat hetzelfde geldt onder het huidige recht.¹⁰⁰ Evenals in Duitsland tot 1994 het geval was, is het in Frankrijk derhalve in beginsel voor nieuwe schuldeisers niet mogelijk om tijdens het faillissement van de schuldenaar zelf een vordering in te stellen tegen de derde die op onrechtmatige wijze betrokken is bij specifieke schuldeisersbenadeling. De keerzijde van deze leer is dat de

Gläubiger aus seiner Geschäftsbeziehung eine Forderung von 100; zu diesem Zeitpunkt war der Schuldner insolvenzreif. Der Eröffnungsantrag wird erst am 1. Dezember 2002 gestellt, das Verfahren am 1. Januar 2003 eröffnet. Die ursprüngliche Forderung des Gläubiger wurde im Jahr 2002 durch Zahlungen des Schuldners auf 50 zurückgeführt. Der Quotenschade ist nicht aus 100, sondern nur aus 50 zu ermitteln.)'

⁹⁹ Cass. Com. 25 november 1986, D.1987.88.

¹⁰⁰ Zie Soinne, nr. 1074, de noot van F. Polland-Dulian onder Cass. Ass. Plén. 9 juli 1993. JCP.II.22123 alsmede de noot onder de publicatie van dit arrest in RJDA 1/94, n 92.

curator naar Frans recht in geval van een vermeerdering van het passief die als een préjudice collectif wordt aangemerkt, niet slechts de Quotenschaden kan vorderen, maar het bedrag van de schulden die zijn ontstaan na de peildatum. Dit bedrag wordt vervolgens uitgekeerd aan *alle* schuldeisers, dus zowel aan de oude als de nieuwe. Dit betekent doorgaans dat een nieuwe schuldeiser slechts een gedeelte van zijn vordering voldaan krijgt (en dat de oude crediteuren meer dan hun Quotenschaden vergoed krijgen), terwijl die schuldeiser zoals gezegd voor het restant geen zelfstandige actie heeft jegens de derde omdat het gaat om een schade *'constitué par l'immobilisation de sa créance, inhérente à la procédure collective à laquelle il est soumis.'*¹⁰¹

Deze leer past naar mijn mening niet in het huidige Nederlandse insolventierecht en, zou ik denken, ook niet in het nieuwe insolventierecht.

3.5.5 In de casus die leidde tot de uitspraak van de Rechtbank Breda was de betrokken derde een bank, in de beide andere casus betrof het de bestuurder(s). Men kan zich afvragen of dit voor de positie van de curator nog verschil uitmaakt. Indien de derde geen bestuurder van de rechtspersoon-schuldenaar is en de schuldenaar zelf heeft meegewerkt aan een onrechtmatige vermeerdering van het passief na de peildatum waardoor (ook) de gezamenlijke schuldeisers benadeeld worden, is duidelijk dat de curator zijn toevlucht zal moeten zoeken tot een Peeters/Gatzen-vordering. De schuldenaar heeft in dat geval immers, gelet op zijn medewerking, zelf geen vordering jegens de derde. Maar hoe zit als de derde een bestuurder van de schuldenaar is? Heeft de curator in geval van het voortzetten van verliesgevende activiteiten na de peildatum dan niet (tevens) een vordering ex art 2:9 BW jegens de derde? Als dat zo is, hoeft de curator zich niet te verlaten op een Peeters/Gatzen-vordering, maar kan hij gewoon namens de vennootschap schade van de derde vorderen. Het argument dat de schuldenaar geen vordering heeft jegens de derde gaat dan niet op, omdat die derde in dat geval zelf deel uitmaakt van de interne organisatie van de rechtspersoon-schuldenaar en de wet ter bescherming van de rechtspersoon nu juist een aansprakelijkheidsregeling bevat voor het geval functionarissen van de rechtspersoon (bestuurders en commissarissen) hun taak niet naar behoren vervullen.

101 Cass. Ass. Plén. 9 juillet 1993, D.1993.469.

In België is vaste rechtspraak dat de curator een vordering heeft tot vergoeding van schade *'ten gevolge van een fout van wie ook, waardoor het passief van het faillissement vermeerderd of het actief ervan verminderd wordt'*.¹⁰² In deze rechtspraak blijkt het veelal te gaan om vorderingen die naar Belgisch recht aan de schuldenaar zelf toekomen en waarbij de curator dus feitelijk niets anders doet dan het te gelde maken van het vermogen van de gefailleerde.¹⁰³ Kennelijk, zo moet de conclusie zijn, heeft naar Belgisch recht de rechtspersoon-schuldenaar zelf een vordering op de bestuurder indien deze ten gevolge van een fout bewerkstelligt dat het passief van de rechtspersoon wordt vermeerderd. Dikwijls gaat het dan om, wat men in België noemt, de onrechtmatige verderzetting van een reddeloos verloren onderneming. Geens c.s.¹⁰⁴ constateren dat een dergelijk handelen aanleiding kan geven tot zowel interne als externe aansprakelijkheid. Zij vervolgen: *'De vennootschap zelf kan schade lijden doordat is ingeteerd op haar vermogen. Haar schade bestaat in beginsel uit het verschil tussen het (waarschijnlijk negatieve)*

102 Zie Hof van Cassatie 12 februari 1981, *Pas.* 1981, I, 639 inzake Unac; Hof van Cassatie 2 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 250 inzake Sefi; Hof van Cassatie 5 december 1997, *Pas.* 1997, I, 523 inzake Sepp; Hof van Cassatie 24 oktober 2002, RW 2002-2003, 902 inzake Panorob en Hof van Cassatie 24 oktober 2004, RPS 2004, 6911, p. 152 e.v.

103 Dit verklaart waarom het Hof van Cassatie in het Unac-arrest het beroep op décharge van de aangesproken bestuurders en commissarissen honoreerde. Zie in dit verband voorts Vananroye, TRV 1998, p. 272. Pas in zijn arrest van 24 oktober 2004 oordeelde het Hof – in een geval waarin de benadeling van de schuldenaar zelf uitging – met zoveel woorden dat de omstandigheid dat de failliet zelf geen vordering op de derde heeft, niet in de weg staat aan een vordering van de curator tot vergoeding van schade *'ten gevolge van een fout van wie ook, waardoor het passief van het faillissement wordt vermeerderd of het actief wordt verminderd'*. Daarmee erkende het Hof dus (definitief) het bestaan van de Peeters/Gatzen-vordering naar Belgisch recht. Zie in dit verband ook Vananroye in zijn bespreking van het hiervoor (in noot 93) genoemde arrest van het Hof van Beroep te Gent uit 1998 (J. Vananroye, Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving, TRV 1999, p.152- 170). Vananroye is van mening dat het Hof de toewijzing van de vordering van de curator niet had moeten baseren op de (tot 1998 gewezen) vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie (inzake Unac, Sefi en Sepp), maar op de pauliaanse aansprakelijkheid. *'Hiermee zou de pauliaanse aansprakelijkheid wel verder worden gerekt dan gebruikelijk. Normaal wordt de actio pauliana toegepast op een rechtshandeling (...) Hier wordt echter een complex van rechtshandelingen en feitelijke handelingen geviseerd, waarbij er een zekere 'afstand' bestaat tussen de onrechtmatige handeling en de benadeling'*. Uit dit citaat kan worden afgeleid dat in 1999 de Peeters/Gatzen-vordering in België nog niet algemeen ingang had gevonden. Dat veranderde met het in noot 102 genoemde arrest van het Hof van Cassatie uit 2004.

104 K. Geens, M. Denef, F. Hellemans, R. Tas en J. Vananroye, Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1992-98), T.R.P. 2000, 99-538.

eigen vermogen op het ogenblik van de werkelijke faillissementsverklaring en het eigen vermogen op het ogenblik dat het faillissement had moeten zijn aangevraagd. Derden kunnen een vorderingsrecht hebben voor de (gedeeltelijke) onvergoede schuldvordering die zonder de fout van de bestuurder of zaakvoerder niet zou zijn ontstaan’.

Blijft de vraag of ook naar Nederlands recht moet worden aangenomen dat de rechtspersoon (en daarmee de curator in het faillissement van die rechtspersoon) een vordering op grond van art. 2:9 BW heeft op de bestuurder in verband met het voortzetten van verliesgevende activiteiten na de peildatum. Dat lijkt mij inderdaad niet ondenkbaar. Het voortzetten van verliesgevende activiteiten *kan*, zou ik menen, ernstig verwijtbaar handelen jegens de rechtspersoon impliceren.¹⁰⁵ Voorts is in geval van het voortzetten van verliesgevende activiteiten inderdaad sprake van schade van de vennootschap omdat haar vermogen door die voortzetting wordt aangetast. De vraag is evenwel of die schade in geval de rechtspersoon, zoals men in België zegt, toch al ‘onder water staat’ (lees: feitelijk insolvent is) verder reikt dan hetgeen nodig is om de schuldeisers te brengen in de positie waarin zij verkeerden op de peildatum. Indien het gaat om een insolvente vennootschap zou men kunnen betogen dat deze in economische zin niet meer ‘van de aandeelhouders’ maar ‘van de crediteuren’ is. Hier kan een parallel getrokken worden met het arrest Van Veen/X uit 1981.¹⁰⁶ In die zaak werd een advocaat verweten dat door een beroepsfout zijnerzijds een vordering tegen zijn cliënt was toegewezen. De advocaat verweerde zich onder meer met de stelling dat de cliënt nog geen schade had geleden omdat hij nog niet aan het vonnis voldaan had en daartoe naar verwachting ook in de toekomst niet in staat zou zijn. Hof en Hoge Raad honoreerden dit verweer. De Hoge Raad overwoog dat het cassatiemiddel berustte op de stelling ‘*dat de vergoeding verschuldigd voor een door een beroepsfout veroorzaakt verstekvonnis steeds tenminste zal belopen het geldbedrag dat in dat verstekvonnis is uitgedrukt, vermeerderd met rente en kosten. Deze stelling vindt, in haar algemeenheid, geen steun in het recht. Met name gaat zij niet op voor het geval er een reële kans bestaat dat aan het verstekvonnis niet of niet volledig zal worden voldaan.*’ De Hoge Raad volgde hierin A-G Biegman-Hartogh die in haar

105 In zijn arrest van 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven) oordeelde de Hoge Raad dat ‘voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt’.

106 HR 25 september 1981, NJ 1982, 255 m.nt. CJHB.

conclusie bij het arrest opmerkte: *'Indien het vonnis, bijv. wegens insolventie van de debiteur, niet wordt geëxecuteerd, is er in economische zin geen schade'*. Naar het oordeel van annotator Brunner is deze opvatting onjuist. Hij stelt: *'Indien de cliënt een schuld krijgt die hij niet zou hebben gehad zonder de fout van de advocaat, wordt zijn vermogen verminderd met het bedrag van de schuld. Op dat moment lijdt hij schade door de fout van de advocaat tot het bedrag van de schuld. De voldoening van de schuld vermindert het vermogen niet. Of zij wordt voldaan gaat de aansprakelijke persoon niet aan.(...) Economisch is niet houdbaar, dat de schuld niet als schuld telt, zolang zij niet is voldaan of verhaal niet goed mogelijk is. Ook weinig vermogende cliënten hebben er recht en belang bij, dat hun vermogen niet wordt belast met schulden die aan de fouten van anderen te wijten zijn.'*

Twijfel op dit punt is dus mogelijk. Rechtspraak over de vraag of de rechtspersoon zelf een vordering op grond van art. 2:9 BW heeft op de bestuurder in verband met het voortzetten van verliesgevende activiteiten na de peildatum is mij niet bekend. Zie in dit verband ook Lennarts die in haar commentaar op het arrest X/Bannenberq q.q. opmerkt dat nog onbeantwoord is de vraag of de curator bevoegd is om een onrechtmatige-daadsvordering tegen een bestuurder in te stellen op de grondslag dat deze de gezamenlijke schuldeisers heeft benadeeld door het tekort te laten oplopen.¹⁰⁷ Het opwerpen van deze vraag lijkt te impliceren dat Lennarts er van uit gaat dat de curator die vordering niet namens de schuldenaar zelf kan instellen.¹⁰⁸ Dat laatste lijkt ook voort te vloeien uit de hiervoor besproken vonnissen van de Utrechtse en Amsterdamse rechtbank. Ware dit anders dan had het voor de hand gelegen dat aan dit aspect in die vonnissen een overweging gewijd was; nu concentreren beide vonnissen zich (louter) op onrechtmatig handelen van de betreffende bestuurders *jegens de gezamenlijke schuldeisers*.

107 Zie § 2.6.

108 Zie in dit verband ook M.J.W. Schollen en M.A.J.G. Janssen, *Journal IF&Z* 2005, p. 338 die stellen dat *'indien door toedoen van een derde (...) een ten dode opgeschreven onderneming nog een tijd wordt (...) voortgezet waardoor het actief wordt uitgehold en het passief toeneemt, de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden benadeeld (zijn) doordat het passief is toegenomen. De curator is (...) als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers bevoegd om in dat geval een vordering tegen de betreffende derde in te stellen teneinde de schade, die veroorzaakt is door de toename van het passief, te verhalen'*. Ook Schollen en Janssen maken geen melding van de mogelijkheid dat de curator een vordering op de voet van art. 2:9 BW instelt in geval de derde een bestuurder van de rechtspersoon-schuldenaar is.

De vraag of de curator niet slechts een Peeters/Gatzen-vordering, maar ook – zelfs primair, indien men met Kortmann en Faber uitgaat van het primaat van de vordering van de schuldenaar zelf – een vordering ex art. 2:9 BW jegens de bestuurder toekomt in geval van onrechtmatige vermeerdering van het passief na de peildatum, is niet slechts van theoretisch belang. De grondslag voor de schade is immers in beide gevallen verschillend. Indien sprake is van een vordering op de voet van art. 2:9 BW is verdedigbaar dat de schade van de rechtspersoon inderdaad, zoals de Rechtbank Amsterdam in de zaak Van Eeghen q.q./Oosters c.s. overweegt en analoog aan het Belgische recht op dit punt, gelijk is aan de toename van het tekort na de peildatum. De rechtbank stelt in haar vonnis echter *‘dat de bestuurders jegens de gezamenlijke crediteuren onrechtmatig hebben gehandeld, zodat zij aansprakelijk zijn voor de schade die dezen in hun verhaalsmogelijkheden lijden’* (onderstreping WvA). Geen aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon derhalve, maar jegens de schuldeisers. In dat geval kan echter, zoals hiervoor geanalyseerd, alleen de ‘Quotenschaden’, dat wil zeggen de schade die bestaat in een verlaging van het uitkeringspercentage als gevolg van een vermeerdering van het passief, door de curator gevorderd worden. Het is afwachten hoe de Hoge Raad, indien hij daartoe geroepen wordt, over de hier aan de orde zijnde rechtsvraag zal oordelen.

3.5.6 De samenloopproblematiek speelde ook in de zaak Lunderstädt/De Kok een rol.¹⁰⁹ Dat ook in die zaak het verschil tussen generieke en specifieke schuldeisersbenadeling onvoldoende in het oog gehouden werd, blijkt uit het recente arrest Lunderstädt/De Kok II.¹¹⁰ Voor de onderliggende casus en het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Lunderstädt/De Kok I verwijs ik naar § 2.5.

Het Hof Amsterdam, waarnaar de zaak in 2001 werd terugverwezen, had te oordelen over de vraag of De Kok c.s. daadwerkelijk onrechtmatig hadden gehandeld jegens Lunderstädt. In het arrest Lunderstädt/De Kok I was die vraag niet aan de orde omdat het Haagse Hof de vordering van Lunderstädt reeds had afgewezen op de grond dat *‘de omstandigheid dat HYS in staat van faillissement verkeert op zichzelf niet eraan in de weg staat dat Lunderstädt als individuele schuldeiser een vordering op grond van onrechtmatige daad tegen [De Kok c.s.]*

109 Ook in de zaak Sobi/Hurks werd in de verschillende fasen van het geding het onderscheid tussen generieke en specifieke schuldeisersbenadeling niet steeds goed voor ogen gehouden. Zie in dit verband ook Van Koppen, TvI 2002, p. 177.

110 HR 8 juli 2005, JOR 2005/236 m.nt. Bartman.

*instelt, maar dat voor de onderhavige vordering een uitzondering geldt nu de schade die Lunderstädt stelt te hebben geleden is veroorzaakt doordat zijn verhaalsmogelijkheden op zijn gefailleerde schuldenaar (HYS) zijn verminderd ten gevolge van de door hem gestelde schade die door [De Kok c.s.] aan HYS is toegebracht. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat ingeval van toewijzing van de vordering op die grondslag andere crediteuren in het faillissement van HYS zouden worden achtergesteld, hetgeen zich niet verdraagt met doel en strekking van de Faillissementswet om alle crediteuren gelijk te behandelen.*¹¹¹

Omdat het Hof aldus de juistheid van de stelling van Lunderstädt dat De Kok c.s. jegens hem onrechtmatig gehandeld hadden in het midden had gelaten, diende de Hoge Raad er in het arrest Lunderstädt/De Kok I in cassatie (veronderstellenderwijs) van uit te gaan dat Lunderstädt de door hem gestelde vordering op grond van onrechtmatige daad jegens De Kok c.s. inderdaad toekwam (om vervolgens te beslissen dat het oordeel van het Hof omtrent de exclusiviteit van de Peeters/Gatzen-vordering onjuist was).

Na verwijzing oordeelde het Amsterdamse Hof dat De Kok c.s. niet onrechtmatig gehandeld hadden jegens Lunderstädt. De vordering van Lunderstädt vloeide voort uit de ontbinding van de tussen haar en HYS met betrekking tot een jacht gesloten koopovereenkomst, welke ontbinding verband hield met de niet-nakoming door HYS van een garantieclaim. Het Hof oordeelde dat de enkele omstandigheid dat de vordering tot ontbinding van de overeenkomst ten tijde van de verweten handeling reeds was ingesteld, tegen de achtergrond van het door De Kok c.s. gevoerde verweer dat het slechts bij een klein gedeelte van de verkochte jachten kwam tot een garantieclaim en dat deze in nagenoeg alle gevallen werden afgedaan tegen een fractie van de ingediende claims, onvoldoende is om aan te nemen dat De Kok c.s. daadwerkelijk rekening hadden moeten houden met de mogelijkheid van toewijzing van de vordering van Lunderstädt en dat de voor (toekomstige) garantieclaims getroffen voorziening van f1,6 miljoen ontoereikend zou zijn.

Het cassatieberoep tegen dit oordeel van het Hof werd door de Hoge Raad verworpen. Interessant is met name de conclusie van A-G Huydecoper. Hij bespreekt de vraag of het Hof Amsterdam de vordering van Lunderstädt heeft beoordeeld als een geval van generieke dan wel specifieke schuldeisersbenadeling. Het verschil tussen beide is in casu bepalend voor de uitkomst van de zaak. In geval van generieke schuldeisersbenadeling gaat het, aldus de A-G, gewoonlijk om een

111 Zie r.o. 3.3 van het arrest Lunderstädt/De Kok I.

groep crediteuren waarvan de omvang en betrokkenheid niet bij voorbaat vaststaan (en die ook in de loop van de tijd zullen veranderen), zodat het bepaald in de rede ligt dat daarbij niet terzake doet of de derde wist welke crediteuren benadeeld zouden worden en/of in welke mate dat het geval zou zijn. Dat is bij de pauliana zo en, zo voeg ik toe, vloeit ook voort uit het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Nimox/Van de End q.q. dat het feit dat de vorderingen die ten tijde van de benadelingshandeling reeds bestonden vóór het faillissement zijn voldaan, niet aan een Peeters/Gatzen-vordering van de curator in de weg staat. In gevallen van specifieke schuldeisersbenadeling is, aldus de A-G, meestal wél doorslaggevend wat de aansprakelijk gestelde derde weet van de crediteur en van de omstandigheden betreffende diens rechtsverhouding tot de debiteur. Het zijn vaak die gegevens die dan bepalend zijn voor de mate van zorgvuldigheid die van de betrokkenen mag worden verlangd, terwijl bij generieke schuldeisersbenadeling in dit opzicht het omgekeerde geldt (namelijk dat de hier bedoelde wetenschap voor de te verlangen zorgvuldigheid van verwaarloosbaar belang is).

Het cassatiemiddel ging ervan uit dat het Hof de vordering had beoordeeld als betrof het een geval van *generieke* schuldeisersbenadeling en het voerde als voornaamste klacht dan ook aan dat het in dat geval niet terzake deed of de aangesproken persoon een juiste voorstelling van zaken had terzake van de crediteuren aan wie zijn handelen nadeel kon berokkenen. Het Hof had de zaak de facto echter beoordeeld als een geval van *specifieke* schuldeisersbenadeling, gebaseerd op de stelling dat de aan De Kok c.s. verweten handelwijze als *jegens Lunderstädt* onrechtmatig zou zijn aan te merken met het oog op de rechtsverhouding tussen Lunderstädt en HYS. Daarom concludeerde de A-G – met tegenzin¹¹² – tot verwerping, verwierp de Hoge Raad inderdaad het cassatieberoep en strandde de vordering van Lunderstädt alsnog.

Naar mijn mening bestond er, anders dan de A-G stelt, nog wel voldoende ruimte voor de Hoge Raad om het arrest van het Hof te casseren.¹¹³ Ik breng in herinnering dat het Hof Den Haag de afwijzing van de vordering van Lunderstädt destijds nota bene baseerde op het argument dat een dergelijke vordering van een individuele schuldeiser jegens een derde tijdens het faillissement van de schuldenaar niet kon worden

112 In zijn conclusie sub 21 stelt de A-G: *‘Soms is men geneigd het met de uitkomst waartoe een rechter van de feitelijke instanties gekomen is niet eens te zijn, omdat men zelf de voorgelegde afweging anders zou maken. Ik wil niet verhelen, dat dat in deze zaak wat mij betreft het geval is.’*

113 In gelijke zin Bartman in zijn JOR-noot onder het arrest.

ingesteld omdat de schade die Lunderstädt stelde te hebben geleden veroorzaakt was doordat zijn verhaalsmogelijkheden op HYS waren verminderd ten gevolge van schade die door De Kok c.s. aan HYS was toegebracht. Het Hof Den Haag wijst de vordering van Lunderstädt dus af omdat hij van oordeel is dat in casu sprake is van generieke schuldeisersbenadeling, in welk geval volgens het Hof slechts de curator een actie toekomt. Ook het Hof Amsterdam overweegt in zijn arrest na verwijzing dat Lunderstädt De Kok c.s. verwijt dat HYS door toedoen van De Kok c.s. van haar activa is ontdaan en daardoor geen verhaal meer bood.¹¹⁴ Een dergelijke wijze van handelen duidt niet op *specifieke*, maar op *generieke* schuldeisersbenadeling en met enige goede wil had de Hoge Raad naar mijn mening dan ook kunnen oordelen dat uit de door het Hof vastgestelde feiten voortvloeit a) dat hier sprake is van een geval van generieke schuldeisersbenadeling en b) dat het Hof derhalve ten onrechte de toewijzing van de vordering van Lunderstädt liet afhangen van de wetenschap bij De Kok c.s. van benadeling van (specifiek) Lunderstädt.

In zijn noot onder het arrest Lunderstädt/De Kok I gaat ook Kortmann naar mijn mening voorbij aan één van de relevante aspecten van het verschil tussen generieke en specifieke schuldeisersbenadeling. Na betoogd te hebben dat de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering niet in de boedel valt, voert Kortmann als (impliciet) bezwaar tegen een andersluidende opvatting aan dat *‘de betreffende schuldeisers, indien de opbrengst van hun door de curator geïnde vorderingen aan de boedel wordt toegevoegd, in de meeste gevallen weinig of niets (zouden) ontvangen. Zij komen immers pas voor enige uitkering in aanmerking na voldoening van de algemene faillissementskosten en andere schuldeisers die aanspraak kunnen maken op voorrang.’* Indien de opbrengst van een actie gegrond op *specifieke* schuldeisersbenadeling via de boedel zou worden afgewikkeld, zou Kortmann inderdaad een punt hebben. Een Peeters/Gatzen-actie is echter slechts aan de orde in gevallen van *generieke* schuldeisersbenadeling. In dat geval maakt het voor de benadeelde schuldeisers minder (dan Kortmann suggereert) uit of de opbrengst via de boedel loopt of (onder aftrek van kosten) buiten de uitdelingslijst om aan hen wordt uitgekeerd. Ook in het laatste geval dient immers – omdat het hier gaat om *generieke* benadeling – bij de beantwoording van de vraag welke (individuele) crediteuren welke schade geleden hebben, rekening gehouden te worden met de rangorde tussen

114 R.o. 2.3.

crediteuren onderling en dus met het feit dat sommige van hen wellicht aanspraak kunnen maken op voorrang. Indien bijvoorbeeld het actief van de schuldenaar op enig moment 500 is, het preferente passief 475 en het concurrente passief 1.000, dan zijn bij een daarop volgende verhaalsbenadeling (in de vorm van een vermindering van het actief) van 300, de concurrenten slechts voor 25 benadeeld. Gaat de schuldenaar kort nadien failliet, wordt de benadeling geredresseerd en vloeit de opbrengst van dit redres in de boedel, dan is het mijns inziens onzuiver om te zeggen dat de concurrenten weinig ontvangen *doordat* de curator de opbrengst aan de boedel toevoegt en die opbrengst vervolgens vrijwel geheel aan de preferenten toekomt. Een zuiverder benadering lijkt mij dat de concurrenten weinig ontvangen omdat zij – wegens de positie van de preferenten – als gevolg van de verhaalsbenadeling weinig schade geleden hebben.

Niet uitgesloten is dat ook in de zaak X/Bannenberg q.q. sprake was van samenloop tussen generieke en specifieke schuldeisersbenadeling.¹¹⁵ De curator maakte de specifieke schuldeisersbenadeling (namelijk de benadeling van de crediteuren jegens wie na 31 juli 1998 nog verplichtingen door de schuldenaar waren aangegaan) tot inzet van de procedure en ving uiteindelijk – naar mijn oordeel terecht – bot bij de Hoge Raad. Indien het gaat om een specifieke schuldeisersbenadeling is immers voor de curator geen taak weggelegd. Onduidelijk is in hoeverre de curator (daarnaast) wel met succes een beroep op generieke schuldeisersbenadeling had kunnen doen. Dat had het geval kunnen zijn indien als gevolg van het aangaan van nieuwe schulden na de peildatum, de uitkering aan oude schuldeisers zoals die zou hebben kunnen plaatsvinden in geval van een faillissement van de schuldenaar per de peildatum, in negatieve zin was beïnvloed. Dat, indien van een zodanige negatieve beïnvloeding sprake was, de betreffende bestuurder in casu inderdaad een zorgvuldigheidsnorm jegens de gezamenlijke schuldeisers schond door zijn wijze van handelen, lijkt mij aannemelijk. Uit het feitencomplex vloeit immers voort dat de bestuurder het belang van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt maakte aan zijn eigen belang om niet aangesproken te worden uit hoofde van zijn borgstelling. Een dergelijk nastreven van eigen belang ten detrimente van de schuldeisers van een in financiële moeilijkheden verkerende rechtspersoon is, dunkt mij, niet in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹¹⁶

115 Aldus ook M.J.W. Schollen en M.A.J.G. Janssen in *Journaal IF&Z* 2005, p. 337.

116 Zie in dit verband ook Verstijlen in zijn noot onder het arrest in *JA* 2005/109.

4 GELDEND VERSUS WENSELIJK RECHT

4.1 Inleiding

In de inleiding schreef ik dat de arresten van de Hoge Raad die sinds 1983 over de Peeters/Gatzen-vordering zijn geweest ten aanzien van één van de belangrijkste aspecten van die vordering geen consistente lijn te zien geven. Die stelling zal in dit hoofdstuk nader worden toegelicht. Vervolgens zal ik bespreken hoe naar mijn mening de Peeters/Gatzen-vordering in de toekomst vormgegeven zou moeten worden, zal ik in het licht daarvan de in 1997 door Faber¹¹⁷ opgeworpen (maar niet beantwoorde) vragen met betrekking tot deze vordering – tezamen met enkele door mij toegevoegde vragen – beantwoorden en zal ik een voorstel formuleren voor een wettelijke regeling van de vordering.

4.2 Analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad

4.2.1 In 1983 heeft de Hoge Raad de (rechtspolitieke) keuze gemaakt om, ondanks het ontbreken van een expliciete wettelijke regeling op dit punt, een Peeters/Gatzen-vordering van de curator mogelijk te maken. Die keuze is toe te juichen omdat, zoals in de inleiding reeds betoogd, er geen goede grond is om de mogelijkheden van redres van verhaalsbenadeling op initiatief van de curator te beperken tot tussen de schuldenaar en de betrokken derde verrichte *rechtshandelingen*. Het was na het wijzen van dit arrest de vraag hoe de Peeters/Gatzen-vordering zich in de jurisprudentie verder zou ontwikkelen: in de richting van het Franse en Duitse recht – met een exclusieve bevoegdheid van de curator tot het instellen van een onrechtmatige-daadsvordering in geval van generieke schuldeisersbenadeling – of op andere wijze. Zowel het arrest Nimox/Van den End q.q. als de THB-arresten leken te wijzen op een ontwikkeling in lijn met het Duitse en Franse recht. Met de overweging in het arrest Nimox/Van den End q.q. dat voor de bevoegdheid van het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering irrelevant is of de vorderingen die ten tijde van de benadelingshandeling bestonden reeds vóór het faillissement zijn voldaan, legde de Hoge Raad, analoog aan de pauliana, immers duidelijk de nadruk op het generieke karakter van de aan de Peeters/Gatzen-vordering ten grondslag liggende schuldeisersbenadeling. Dat geldt te meer voor (één van) de THB-arresten waarin de Hoge

117 Zie noot 5.

Raad met zoveel woorden overweegt dat *het collectieve belang* dat betrokken is bij de bevoegdheid van de curator om op te treden tegen een bij benadeling van de gezamenlijke crediteuren betrokken derde, wettigt om te aanvaarden dat de derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan. Deze overweging is mijns inziens slechts concludent indien men uitgaat van een exclusief vorderingsrecht van de curator en van de gedachte dat, anders dan Kortmann en Faber betogen, de curator niet (slechts) de optelsom van alle onrechtmatige daadsvorderingen van individuele schuldeisers geldend maakt maar een vordering die beoogt de boedel in de toestand te brengen waarin deze rechtens was geweest indien de verhaalsbenadeling niet had plaatsgevonden. Alleen *dan* is immers te rechtvaardigen dat, evenals bij de pauliana, verweren tegen individuele schuldeisers niet aan de curator kunnen worden tegengeworpen. Indien men met Kortmann en Faber van oordeel is dat de curator niet *meer* doet – en ook niet meer *kan* doen – dan het geldend maken van de individuele vorderingen van de benadeelde schuldeisers en dat de opbrengst van een dergelijke actie niet in de boedel valt maar buiten een uitdelingslijst om aan de betreffende schuldeisers toekomt, dan moet inderdaad de conclusie zijn dat het oordeel van de Hoge Raad in deze niet past bij het uitgangspunt dat elders in de wet wordt gehanteerd. Kortmann en Faber verwijzen in dat kader naar artikel 6:145 BW, waarin wordt bepaald dat de overgang van een vordering de verweermiddelen van een schuldenaar onverlet laat.

In dit licht bezien is het oordeel van de Hoge Raad in de arresten Lunderstädt/De Kok I en Sobi/Hurks II dat de Peeters/Gatzen-vordering geen exclusief karakter heeft, naar mijn mening dan ook niet consistent. Ik ben het met Verstijlen, Vriesendorp en Van Koppen eens dat art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM ook niet tot het oordeel van non-exclusiviteit dwingt. Zowel artikel 68 Fw – de curator is (exclusief) belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel – als (de analogie met) artikel 49 Fw bieden naar mijn oordeel voldoende wettelijke grondslag in de zin van genoemd artikel 1 om een exclusief vorderingsrecht van de curator op te baseren. Het meest wezenlijke argument is mijns inziens echter dat wie A zegt, ook B moet zeggen. Indien de Hoge Raad (A) oordeelt dat het instellen door de curator van een Peeters/Gatzen-vordering zonder wettelijke grondslag mogelijk is en dat het collectieve karakter van die vordering wettigt te aanvaarden dat de derde tegenover de curator geen beroep kan doen op verweren tegenover individuele schuldeisers (welk oordeel eveneens wettelijke grond-

slag ontbeert), dan dient hij consequent te zijn door (B) analoog aan de pauliana-vordering het exclusieve karakter van de Peeters/Gatzen-vordering te aanvaarden. Als het gestelde ontbreken van een wettelijke grondslag ten aanzien van de ontzegging van onrechtmatige-daadsvorderingen van individuele schuldeisers voor de Hoge Raad zo doorslaggevend voor zijn oordeelsvorming is als uit de arresten uit 2001 blijkt, waarom geldt dan niet hetzelfde ten aanzien van het ontnemen aan de derde van verweren tegenover individuele schuldeisers in het geval niet die schuldeisers zelf maar de curator te hunnen behoeve de vordering instelt? Is het ontzeggen van een individueel vorderingsrecht (ten gunste van de gezamenlijkheid) ingrijpender dan het ontnemen van verweermiddelen (eveneens ten gunste van de gezamenlijkheid)? Ik zou menen van niet.

4.2.2 Indien men echter het uitgangspunt van non-exclusiviteit aanvaardt, ligt het, zoals Kortmann en Faber bepleit hebben, in de rede om aan te nemen dat de curator niet méér doet dan het te gelde maken van vorderingen van individuele schuldeisers en dat de opbrengst van de actie van de curator niet in de boedel valt. Zoals Kortmann in zijn NJ-noot onder Lunderstädt/De Kok I en Sobi/Hurks II terecht opmerkt, leidt inning door een individuele schuldeiser indien de curator de opbrengst van een (latere) Peeters/Gatzen-actie aan de boedel zou toevoegen, *wel* tot een verstoring van de *paritas creditorum*, omdat het geïnde dan niet beschikbaar is voor de gezamenlijke crediteuren.

Timmerman¹¹⁸ lijkt te suggereren dat deze situatie zich in de praktijk niet kan voordoen omdat de schade van de individuele crediteur pas vaststaat, als duidelijk is wat de curator aan de betreffende crediteur kan uitkeren. De rechter kan de schadevordering van de individuele crediteur niet afwikkelen, zolang diens schade niet definitief vaststaat, waardoor reeds een soort voorrangspositie van de curator ontstaat, aldus Timmerman. Hetzelfde zou dan, zo voeg ik toe, gelden indien een crediteur een Beklamel-vordering instelt, omdat de hoogte van die (schade)vordering immers ook afhangt van de uitkering in het faillissement. Zie in dit verband ook de overweging in het arrest X/Bannenberg q.q. dat *‘de omvang van de door een individuele faillissementsschuldeiser geleden schade wegens (gehele of gedeeltelijke) onverhaalbaarheid van zijn vordering eerst kan worden bepaald als duidelijk is hoeveel hij uit het faillissement zal ontvangen’*. Toch past hier naar mijn mening wel

118 TVVS 1998, p.101.

enige nuancering. In de praktijk werkt het naar mijn ervaring in zoverre anders dat in een door een individuele schuldeiser aangehangen procedure tot op zekere hoogte waarschijnlijkheden gehanteerd plegen te worden. Als de curator verklaart dat de kans gering is dat het in het faillissement nog tot enige uitkering aan concurrente schuldeisers komt – of dat de uitkering naar verwachting een x-percentages zal bedragen – zal de rechter de procedure doorgaans niet aanhouden totdat het faillissement is afgewikkeld (dat kan soms nog jaren duren), maar zal hij (eind)vonnissen wijzen. Art. 6:97 BW biedt hem die mogelijkheid naar mijn mening ook en het komt mij bepaald onwenselijk voor dat iedere individueel benadeelde crediteur jarenlang in de wachtkamer zou moeten plaatsnemen om pas actie te kunnen ondernemen op het moment dat de curator (eindelijk) het faillissement heeft afgewikkeld.¹¹⁹ Indien na toewijzing en inning van de vordering van de individuele crediteur de curator op basis van (voor hem) nieuwe feiten alsnog besluit een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen, is naar mijn oordeel inderdaad sprake van een verstoring van de *paritas creditorum*.

Gelet op het feit dat de Hoge Raad in beide genoemde arresten met zoveel woorden benadrukt dat *‘in een geval als het onderhavige, waar het gaat om een aanspraak tot schadevergoeding van een benadeelde schuldeiser jegens een derde, verstoring van de in het faillissement te handhaven “paritas creditorum” zich niet kan voordoen’*,¹²⁰ had dan ook verwacht mogen worden dat de Hoge Raad, als de gelegenheid zich zou voordoen, zou oordelen dat de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering niet tot de boedel behoort. In het arrest X/Bannenberg q.q. oordeelde de Hoge Raad echter anders: de betreffende opbrengst 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. Evenals in het arrest Nimox/Van den End q.q. en (één van) de THB-arresten legt de Hoge

119 Ik verwijs in dit verband nog naar de Duitse oplossing zoals verwoord door H. Hess, M. Weis en R. Weinberg, *InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGIInsO*, Band 1 *Insolvenzordnung*, Heidelberg, 2001, aantekening 14 bij § 92 InsO: *‘Macht ein Gläubiger einen individuellen Schadenersatzanspruch geltend, braucht er damit nicht zu warten, bis er seine Quote kennt und damit seinen Quote beziffern kann. Er kann vielmehr schon vor Abschluss des Insolvenzverfahrens den vollen Schadenersatz verlangen und seine Ansprüche auf einen etwa darin enthaltenen Ersatz eines Quotenschades Zug um Zug gegen Befriedigung seiner Ansprüche abtreten’*.

120 R.o. 3.4.4. van het arrest Lunderstädt/De Kok I; r.o. 5.1.3. van het arrest Sobi/Hurks II bevat een soortgelijke overweging.

Raad hier dus toch weer de nadruk op het collectieve karakter van de Peeters/Gatzen-actie en trekt hij een parallel met de pauliana. In lijn hiermee oordeelt de Hoge Raad dat de curator niet voor een deel van de schuldeisers, maar slechts ten behoeve van de gezamenlijkheid kan optreden. Betekent dit nu dat de Hoge Raad impliciet is teruggekomen op zijn non-exclusiviteitsoordeel uit 2001? Zonder een uitdrukkelijke overweging op dit punt van de Hoge Raad – die in het arrest X/Bannenberg q.q. ontbreekt – zou ik dit zo (relatief) kort nadat de betreffende arresten gewezen zijn, niet willen aannemen. Dit betekent dat we voorlopig hebben te leven met een in mijn ogen inconsistent bouwwerk. De curator is bevoegd tot het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering, of de vorderingen die ten tijde van de benadelingshandeling bestonden reeds vóór het faillissement zijn voldaan is irrelevant, de derde kan jegens de curator geen beroep doen op hem tegenover individuele schuldeisers toekomende verweren, de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering valt in de boedel en de curator kan niet optreden ten behoeve van slechts een deel van de schuldeisers, maar intussen is de vordering niet exclusief en kunnen individuele schuldeisers in beginsel ook een eigen vordering tegen de derde instellen (zij het dat indien zij dat tegelijk met de curator doen, het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement *kan* meebrengen dat eerst op de vordering van de curator wordt beslist).

Dat met het oordeel van de Hoge Raad dat de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering (toch) in de boedel valt, de paritas creditorum – anders dan de Hoge Raad in de arresten uit 2001 wil doen geloven – wel degelijk verstoord kan worden als gevolg van het feit dat de vordering van de curator niet exclusief is, blijkt in feite uit het in de inleiding reeds aangehaalde argument dat hij in het arrest Kuipers q.q./Ontvanger¹²¹ hanteerde ter rechtvaardiging van de exclusiviteit van de pauliana-vordering van de curator in faillissement. De Hoge Raad oordeelde immers dat die exclusiviteit *berust op de gedachte dat de curator (zijn) bevoegdheden uitoefent voor de gezamenlijke schuldeisers en dat een doorkruising van die uitoefening door een individuele schuldeiser zou kunnen leiden tot gevolgen die niet voor alle schuldeisers gelijk zijn, dus tot doorbreking van de gelijkheid van de schuldeisers van de gefailleerde*. Indien de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering, evenals de opbrengst van een pauliana-vordering, in de boedel valt, is naar mijn mening niet vol te houden dat het hier aangehaalde argument dat sprake moet zijn van exclusiviteit van de actie van de curator, niet evenzeer

121 Zie noot 2.

opgaat voor de Peeters/Gatzen-vordering. Begrijp ik Kortmann in zijn JOR-noot onder het arrest goed, dan is ook hij die mening toegedaan.¹²²

De aangehaalde overweging uit Kuipers q.q./Ontvanger sluit overigens nauw aan bij de redenen die in de Duitse literatuur en parlementaire geschiedenis genoemd worden ter rechtvaardiging van het exclusieve karakter van de vordering van de curator op de voet van § 92 InsO. Zo stellen Balz en Landfermann¹²³: *‘Die Einziehung durch den Insolvenzverwalter verhindert, dass sich einzelne Gläubiger durch gesonderten Zugriff Sondervorteile verschaffen, und gewährleistet, alle Gläubiger gleichmässig befriedigen zu können.’* Zij voegen daar nog een praktisch argument aan toe: *‘Andererseits erleichtert die Bündelung in der Hand des Insolvenzverwalters die Durchsetzung der Ansprüche. Denn der einzelne Gläubiger sieht häufig davon ab, seinen Ersatzanspruch geltend zu machen, weil für ihn der mit dessen Bezifferung verbundene Aufwand ausser Verhältnis zum Ertrag steht’.* Duidelijk is ook het commentaar van Braun¹²⁴: *‘Zur Wahrung der Grundsatzes der par condicio creditorum weist die Vorschrift der Insolvenzmasse massefremde (...) Ansprüche zu. Es soll verhindert werden, dass sich einzelne Gläubiger (von Gesamtschadenersatzansprüchen) für die ohne die Regelung des § 92 das “Windhundprinzip” oder der vollstreckungsrechtliche Prioritätsgrundsatz greifen würde, eine Befriedigung und damit einen vorteil gegenüber den übrigen Insolvenzgläubigern verschaffen’.*

4.2.3 Dat met de leer van de Hoge Raad sprake is van een inconsistent systeem blijkt ook uit het volgende voorbeeld, dat ik ontleen aan Verstijlen.¹²⁵

Schuldenaar A wordt in staat van faillissement verklaard. A heeft drie schuldeisers, X, Y en Z met vorderingen van respectievelijk 100, 300 en 400. De boedel belooft 200. Vóór het faillissement heeft een benadelende handeling plaatsgevonden, waaraan een derde, B, zijn medewerking heeft verleend. Zonder die handeling was de boedel 200 rijker geweest. Omdat de curator aarzelt met een onrechtmatige-daadsvordering tegen B, besluit Z om B zelfstandig aan te spreken. Zonder diens onrechtmatige daad had de uitkering aan Z 50% van zijn vordering –

122 Noot onder JOR 2006/52 sub 6.

123 M. Balz en H.G. Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, Düsseldorf, 1995, aantekening 1 bij § 92 InsO.

124 E. Braun, Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, München, 2004, aantekening 1 bij § 92 InsO.

125 WPNR 2002, p. 623-624.

dus 200 – belopen, in plaats van 25%, dus 100. Hij vordert het verschil – 100 – van B, wordt in het gelijk gesteld en slaagt erin zijn vordering te incasseren. De vraag is hoe het afloopt indien vervolgens de curator (toch) besluit een Peeters/Gatzen-vordering tegen B in te stellen. Indien geen rekening wordt gehouden met het door Z ontvangen bedrag, kan de curator van B een bedrag van 200 vorderen. Dat is immers het bedrag dat nodig is om de boedel c.q. de uitkering op het niveau te brengen waarop deze rechtens had moeten zijn. B zou dan per saldo 300 betalen, hetgeen 100 meer is dan de schade die hij heeft veroorzaakt. Van dat laatste kan uiteraard gaan sprake zijn, zodat deze oplossing niet *kan* kloppen.

Zoals Verstijlen terecht opmerkt, moet, hoewel de onrechtmatige daadsvordering van Z op B te onderscheiden is van zijn vordering op A zelf, op de voet van het arrest M&M¹²⁶ worden aangenomen dat het door Z ontvangen bedrag *wel* in mindering moet worden gebracht op zijn vordering op A. Maar ook als men dat doet, loopt het nog niet rond. Het passief bedraagt dan immers 700 in plaats van 800 en de curator zou dan dus 150 kunnen vorderen, want na betaling van dit bedrag belooft de boedel 350, hetgeen voldoende is om de uitkering weer op 50% te brengen. Ook deze oplossing *kan* echter niet juist zijn omdat B dan nog steeds 50 meer betaalt dan de schade die hij veroorzaakt heeft en het lijkt mij een fundamenteel beginsel van ons recht dat niemand daartoe – in ieder geval niet zonder een uitdrukkelijke wettelijke bepaling – gedwongen kan worden. De vraag is waarom het eigenlijk, ook indien het door Z ontvangen bedrag in mindering wordt gebracht op zijn vordering op A, nog steeds niet rond loopt? Het antwoord is in feite simpel: omdat bij de berekening van hetgeen de curator zou kunnen vorderen, gekeken werd naar het bedrag dat nodig was om de uitkering *vanuit de boedel* weer op het niveau van 50% te brengen. Sinds het arrest X/Bannenberg q.q. ligt het in de rede om aldus te redeneren, omdat de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering volgens de Hoge Raad in de boedel valt. Zou de curator, zoals Kortmann en Faber betoogden, niet méér doen dan de vorderingen van individuele schuldeisers innen, dan zou de zaak wel rondlopen omdat dan nog slechts de vorderingen van X en Y jegens de derde te gelde gemaakt zouden kunnen worden – Z heeft dat immers zelf al gedaan – en die vorderingen bedragen samen (wel) 100. Nu echter de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering in de boedel valt, loopt men tegen het probleem aan dat Z voor het restant van zijn vordering – 300 – nog steeds schuldeiser

126 HR 28 juni 1996, NJ 1997, 102.

van A is, en wel een schuldeiser met (nog steeds) dezelfde rang als X en Y. Wil men dan bereiken dat X en Y krijgen waar zij recht op hebben – een uitkering van 50% – dan ‘moet’ men B wel meer laten betalen dan de schade die hij veroorzaakt heeft, omdat Z, zolang hij voor het resterende bedrag van zijn vordering in het faillissement van A kan opkomen, op grond van het systeem van de Faillissementswet nu eenmaal pro rata parte deelt in opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering indien deze, zoals de Hoge Raad voorschrijft, via de boedel wordt afgewikkeld.

De enige – praktisch werkbare – oplossing om de hier gesignaleerde inconsistentie te ontgaan lijkt mij te zijn dat de individuele schuldeiser die reeds betaling ontving, alsnog gehouden is het ontvangen bedrag af te dragen aan de boedel indien na hem de curator met succes een Peeters/Gatzen-vordering te gelde maakt (waarbij het bedrag dat de derde reeds aan de individuele schuldeiser betaalde in mindering strekt op zijn verplichting tot schadevergoeding jegens de boedel). Deze oplossing verdraagt zich echter niet met het door de Hoge Raad gehanteerde uitgangspunt van non-exclusiviteit. Indien men immers aanneemt dat individuele schuldeisers ook tijdens faillissement in gevallen van generieke schuldeisersbenadeling een eigen vordering op de derde behouden, bestaat er geen rechtsgrond voor een (verplichte) afdracht aan de boedel indien de curator, nadat de individuele schuldeiser zijn vordering geïnd heeft, alsnog met succes een Peeters/Gatzen-vordering te gelde maakt.

Vriesendorp¹²⁷ acht een variant op deze oplossing verdedigbaar, namelijk dat de individuele crediteur die de door hem geclaimde schade van de derde inmiddels vergoed heeft gekregen, dit bedrag naar analogie van het erfrechtelijke leerstuk van de inbreng rekenkundig moet laten meetellen voor de berekening van zijn uiteindelijke uitkering. Voorzover hij op basis van een individuele actie zijn deel in die schade vergoed heeft gekregen, past het niet dat hij nog verder meedeelt in de opbrengst daarvan die in de boedel is gevloeid, aldus Vriesendorp. Die variant staat echter op gespannen voet met het (huidige) systeem van de Faillissementswet dat maar één afgescheiden vermogen (lees: de boedel) kent waaruit schuldeisers met gelijke rang naar rato van ieders vorderingen op de gefailleerde voldaan worden. In de oplossing van Vriesendorp komt het er in feite immers op neer dat er twee afgescheiden vermogens zijn: één waaruit alle schuldeisers voldaan (kunnen) worden

127 In zijn noot onder Lunderstädt/De Kok I in AA 2002, p. 823.

en één waaruit slechts schuldeisers voldaan (kunnen) worden die niet eerder een eigen actie wegens verhaalsbenadeling met succes hebben afgerond. Naar Duits rechts zou dit mogelijk zijn door het vormen van een Sondermasse,¹²⁸ maar naar Nederlands recht zou daarvoor een ingreep van de wetgever nodig zijn, waarvan ik mij ten zeerste afvraag of die wel past in ons (nieuwe) insolventierecht.

Een zelfde oplossing wordt overigens in België ook door Vananroye verdedigd naar aanleiding van de wijziging in 2002 van art. 530 W.Venn.,¹²⁹ een bepaling die gelijkenis vertoont met onze art. 2:138/248 BW. Tot de invoering van deze wijziging werd, hoewel dat niet met zoveel woorden in het artikel stond, algemeen aangenomen dat slechts de curator bevoegd was de vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid in te stellen aangezien het hier om een collectieve schade gaat. Omdat curatoren in België weinig gebruik maken van hun bevoegdheid in deze,¹³⁰ is art. 530 zo gewijzigd dat elke benadeelde schuldeiser naast de curator de mogelijkheid heeft om een vordering jegens de bestuurder(s) in te stellen ter zake van zijn individuele schade. Hoe echter indien de schuldeiser zijn schadevordering eerder weet te innen dan de curator? Daarover zegt Vananroye¹³¹: *‘Wat gebeurt er dan met het provenu van een vordering van de curator? Als de opbrengst in de boedel valt en als de schuldeisers die individueel gevorderd hebben hierin kunnen delen, dan passeren zij tweemaal langs de kassa voor dezelfde schade: eenmaal via hun individuele vordering, een tweede maal via hun dividend uit de boedel. De andere schuldeisers zouden daarentegen niet hun volledig nadeel vergoed krijgen: door de individuele vordering heeft de curator immers ten behoeve van de boedel minder kunnen vorderen dan normaal. De enige adequate oplossing hiervoor is de opbrengst van de vordering van de curator te plaatsen in een aparte subboedel, waarin schuldeisers die individueel hebben gevorderd niet mogen delen. Deze subboedel is het logische correlarium van het individueel vorderingsrecht voor afgeleide schade’.*

128 Zie § 3.5.3.

129 Reparatie Faillissementswet van 4 september 2002.

130 Volgens het Commissieverslag, Parl.St. Kamer 2000-01, nr. 1132/13, p. 130 is dat *‘onder meer omdat de rechtbank er bij hen, terecht, op aandringt de faillissementen die ze beheren, af te sluiten. Dergelijke vorderingen resulteren immers dikwijls in complexe en zeer lange procedures, tijdens dewelke het faillissement niet kan worden afgesloten, wat de schuldeisers schade kan doen lijden’.*

131 J. Vananroye, Neptunus’ drietand: collectieve, bijzondere en afgeleide schade, Besloten colloquium insolventierecht Leuven/Tilburg, 30 april 2003, n.g.

Zoals gezegd zou ik deze oplossing naar Nederlands recht niet willen aannemen omdat zij op (te) gespannen voet staat met het systeem van de Faillissementswet dat uitgaat van het bestaan van (slechts) één boedel.

4.3 Wenselijk recht

Met de op handen zijnde verschijning van het voorontwerp van een nieuwe Insolventiewet van de hand van de Commissie Insolventierecht, is eens te meer de vraag actueel of de Peeters/Gatzen-vordering een wettelijke grondslag verdient en zo ja, of een dergelijke vordering, analoog aan het huidige art. 49 Fw maar in afwijking van de huidige leer van de Hoge Raad, tot het exclusieve terrein van de curator behoort. Inmiddels zal duidelijk zijn dat mijn antwoord op beide vragen bevestigend is. De Peeters/Gatzen-vordering vervult in de praktijk (in toenevende mate) een nuttige functie in het kader van het redres van generieke schuldeisersbenadeling die (mede) veroorzaakt is door feitelijk (onrechtmatig) handelen c.q. nalaten van een derde en die vordering kan, mede gezien haar collectieve aard, in mijn ogen slechts op consistente wijze in ons (nieuwe) insolventierecht worden ingebouwd indien zij evenals de faillissementspauliana exclusief is. Anders gezegd: tijdens de insolventie dient een individuele schuldeiser de mogelijkheid te worden ontzegd om in geval van generieke schuldeisersbenadeling een eigen vordering tegen de bij benadeling betrokken derde in te stellen, zulks ten gunste van de actie van de curator ten behoeve van de gezamenlijkheid. Daarmee wordt dan tevens tegemoet gekomen aan het (niet zozeer dogmatische maar wel) praktische bezwaar van de huidige leer van de Hoge Raad dat de curator niet de mogelijkheid heeft om in het kader van een schikking met de derde een finale regeling te treffen in die zin dat de derde met die schikking ook gevrijwaard is van aanspraken van individuele schuldeisers die hun grondslag vinden in hetzelfde feitencomplex.

De nadere uitwerking van de Peeters/Gatzen-vordering zoals die voortvloeit uit het arrest Nimox/Van den End q.q., de THB-arresten en het arrest X/Bannenberq.q. behoudt naar mijn mening ook onder die nieuwe wettelijke regeling haar actualiteitswaarde. Beredeneerd vanuit dit (wenselijke) nieuwe systeem zijn naar mijn mening ook alle door Faber¹³² in 1997 ten aanzien van de Peeters/Gatzen-vordering opge-

132 Zie noot 5.

worpen vragen op consistente wijze te beantwoorden. Ik loop die vragen langs.

In welke gevallen kan de curator wel ageren, in welke gevallen niet?

De curator kan slechts ageren in gevallen van generieke schuldeisersbenadeling, i.e. verhaalsbenadeling die onrechtmatig is jegens de gezamenlijke schuldeisers. Vindt die benadeling haar grondslag in een rechtshandeling tussen de schuldenaar en de derde, dan geldt de regeling van de pauliana, is sprake van verhaalsbenadeling die (mede) veroorzaakt is door feitelijk handelen c.q. nalaten van de betrokken derde, dan geldt de (nieuwe) regeling van de Peeters/Gatzen-vordering (die overigens onder omstandigheden ook in pauliana-gevallen kan worden toegepast).

Waar liggen de grenzen van de bevoegdheid van de curator?

Een curator kan slechts optreden ten behoeve van de gezamenlijkheid, niet ten behoeve van (slechts) een deel van de schuldeisers. Is slechts een deel van de schuldeisers benadeeld (bijvoorbeeld de schuldeisers jegens wie de schuldenaar na de peildatum nog nieuwe verplichtingen is aangegaan) dan dienen die schuldeisers, indien zij redres van die benadeling verlangen, zelf een vordering tegen de derde in te stellen. Er is dan immers geen sprake van generieke, maar van specifieke schuldeisersbenadeling.

Kunnen schuldeisers op de voet van art. 69 Fw bij de rechter-commissaris opkomen tegen weigering van de curator om een onrechtmatige-daadsactie in te stellen?

Dat is inderdaad het geval, omdat het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering behoort tot de in artikel 68 Fw omschreven taak van een curator tot beheer en vereffening van de boedel.

Welke gevolgen zijn aan een door de curator verkregen veroordelend vonnis verbonden voor de schuldeisers te wier behoeve de curator optrad? Moet de opbrengst van de door de curator ingestelde onrechtmatige-daadsactie via de boedel of buiten de boedel om worden verdeeld? Omdat de curator slechts ten behoeve van de gezamenlijkheid kan optreden, zijn de gevolgen voor alle schuldeisers in die zin gelijk, dat de op basis van het vonnis verkregen opbrengst in de boedel valt en derhalve de gezamenlijke schuldeisers ten goede komt in de vorm van een toename van het overeenkomstig de uitdelingslijst te verdelen boedelactief.

Wat is de positie van benadeelde schuldeisers die hun vordering niet ter verificatie hebben ingediend?

Die schuldeisers delen niet mee in de opbrengst omdat zij geen uitkering uit de boedel ontvangen en zij kunnen evenmin alsnog zelfstandig een vordering jegens de derde instellen.

Ten laste van wie dienen de kosten die met de door de curator gevoerde procedure zijn gemoeid, te worden gebracht en hoe staat het in dit verband met een veroordeling van de curator in de proceskosten?

De hier bedoelde kosten dienen ten laste van de boedel te worden gebracht.

Zijn de benadeelde schuldeisers gebonden aan een door de curator met de derde getroffen schikking en behoeft een dergelijke schikking op grond van artikel 104 Fw de goedkeuring van de rechter-commissaris?

Het antwoord op beide vragen luidt bevestigend. Omdat de Peeters/Gatzen-vordering tot het exclusieve terrein van de curator behoort, is hij ook, evenals bij de pauliana, bevoegd de boedel te binden door middel van een schikking met de derde.

Kan een individuele schuldeiser jegens de derde afstand doen van (een gedeelte van) zijn vordering, met werking jegens de curator?

Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. De ratio van de exclusiviteit van de actie van de curator is nu juist mede dat die actie niet doorkruist kan worden door eigen acties van individuele schuldeisers. Het enige dat een individuele schuldeiser (in theorie) kan doen is dat hij jegens de *schuldenaar* afstand doet van (een gedeelte van) zijn vordering. Een dergelijke afstand kan mogelijk invloed hebben op de hoogte van de door de derde aan de boedel te vergoeden schade. Ik geef een voorbeeld.

Het passief van de gefailleerde bestaat uit drie vorderingen van A, B en C ter hoogte van respectievelijk 100, 200 en 300. In het faillissement kan 25% worden uitgekeerd, maar zonder een aan het faillissement voorafgaande verhaalsbenadeling, bestaande in een toename van het passief vanaf de peildatum, had het uitkeringspercentage 50% bedragen. De curator heeft dan een vordering jegens de op onrechtmatige wijze bij die verhaalsbenadeling betrokken derde ter hoogte van het bedrag dat nodig is voor herstel van het uitkeringspercentage, te weten 150. Indien C echter besluit tot een bedrag van 200 afstand te doen van zijn vordering op de schuldenaar, waardoor zijn resterende vordering 100 bedraagt, is voor herstel van het uitkeringspercentage tot 50% nog slechts

een extra bedrag van 50 nodig. De curator kan in dat geval slechts die 50 vorderen omdat zijn vordering niet tot méér strekt dan voor het redres van de verhaalsbenadeling nodig is.

Kan een individuele schuldeiser zelf een schikking met de derde treffen die aan de curator kan worden tegengeworpen? Kan de schuldeiser zijn vordering jegens de derde verrekenen met een schuld aan die derde? Kan de derde zijn schuld aan een schuldeiser verrekenen met een tegenvordering op de schuldeiser?

In lijn met het antwoord op de vorige vraag, luidt ook het antwoord op deze vragen ontkennend. Een dergelijke schikking verhoudt zich niet met het (wenselijke) exclusieve karakter van de vordering van de curator.

Aan de vragen van Faber voeg ik er zelf op deze plaats nog enkele toe.

Is een vereiste voor toewijzing van een Peeters/Gatzen-vordering dat sprake is van benadeling door de schuldenaar?

Hiervoor in § 2.3 wees ik reeds op de opmerking van Maeijer in zijn NJ-noot onder het arrest Nimox/Van den End q.q. dat de formulering van de Hoge Raad dat de curator bevoegd is voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers *door de gefailleerde*, ruim moet worden uitgelegd. Met Kortmann en Faber¹³³ ben ik van mening dat deze woorden zo dienen te worden uitgelegd, dat daaronder ook vallen situaties waarin sprake is van benadeling door de derde, waarbij de schuldenaar betrokken is. De ratio van de Peeters/Gatzen-actie is immers dat de curator ten behoeve van de boedel moet kunnen opkomen tegen generieke schuldeisersbenadeling die (mede) veroorzaakt wordt door feitelijk handelen van een derde. Indien die benadeling bestaat in onrechtmatig handelen jegens de schuldenaar zelf, is er a prima vista geen behoefte aan een Peeters/Gatzen-vordering omdat de curator dan gewoon als vertegenwoordiger van de schuldenaar een actie tegen de derde kan instellen. Vandaar de toevoeging van de woorden ‘door de schuldenaar’: daarmee wordt, als ik goed zie, beoogd tot uitdrukking te brengen dat de Peeters/Gatzen-vordering slechts kan worden ingesteld bij die vormen van benadeling die niet leiden tot een vordering van de schuldenaar zelf op de derde. Dat de vraag naar de precieze betekenis van deze woorden niet slechts van theoretisch belang is blijkt onder meer uit het arrest van het Hof Den Haag in

133 Zie noot 48.

de Vie d'Or-zaak.¹³⁴ De curatoren van Vie d'Or stelden tegen (onder meer) de betrokken accountant een Peeters/Gatzen-vordering in. De accountant werd vooral verweten dat hij de jaarrekening 1989 van Vie d'Or ten onrechte had goedgekeurd. Het Hof wees de vordering van de curatoren af met het argument dat niet voldaan was aan het vereiste dat *'Vie d'Or haar schuldeisers (heeft) benadeeld, dat wil zeggen (dat) zij op jegens haar schuldeisers onrechtmatige wijze haar voor verhaal vatbare vermogen (heeft) verminderd.'*¹³⁵ Naar mijn mening is dit argument onjuist. Ik stel voorop dat het in de praktijk niet vaak zal voorkomen dat een accountant die ten onrechte een goedkeurende verklaring bij de jaarrekening van een later gefailleerde rechtspersoon afgeeft, met succes door een curator op basis van een Peeters/Gatzen-vordering kan worden aangesproken. Meestal zal het primaire verwijt aan de accountant immers zijn dat bepaalde schuldeisers van de latere gefailleerde op de goedkeurende verklaring van de accountant zijn afgegaan en mede op basis daarvan een relatie met de betreffende rechtspersoon zijn aangegaan. Onafhankelijk van inkleuring van de ten deze door de accountant jegens de schuldeisers van de rechtspersoon in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm, is in een dergelijk geval van specifieke schuldeisersbenadeling voor de curator geen taak weggelegd. Slechts in een beperkt aantal gevallen zal zich de situatie voordoen waarin het ten onrechte afgeven van een goedkeurende verklaring door de accountant een integreerend schakel vormt in de causale keten die uiteindelijk tot het faillissement van de rechtspersoon heeft geleid.¹³⁶ Uit het arrest leid ik af dat het Hof van oordeel is dat een dergelijk geval zich hier voordeed. Zo stelt het Hof onder meer: *'Indien de accountants tijdig (...) hadden gedaan wat zij hadden moeten doen, zouden de problemen van Vie d'Or, die toen nog niet onoverkomelijk waren, als gevolg van actie van de directie – en bij gebreke daarvan, de raad van commissarissen of de Verzekeringskamer – tijdig uit de wereld zijn geholpen.'*¹³⁷

Een van de belangrijkste verwijten aan de accountant betrof zoals gezegd het ten onrechte afgeven van een goedkeurende verklaring bij de jaarrekening 1989 van Vie d'Or. Deze handeling van de accountant heeft in de redenering van het Hof tot benadeling van de polishouders

134 Hof Den Haag 27 mei 2004, JOR 2004/206 m.nt. van Ravels en Van AnDEL. Een deel van de hierna volgende tekst is ontleend aan mijn noot onder het arrest.

135 R.o. 2.4.

136 Zie in dit verband ook de (nog niet gepubliceerde) conclusie van A-G Timmerman in de cassatiezaak, die (sub 2.7) de zaak *'enigszins atypisch binnen het leerstuk van de accountantsaansprakelijkheid'* noemt.

137 R.o. 10.19.

(en, zo voeg ik toe, tot benadeling van de relatief marginale groep van overige schuldeisers) van Vie d'Or geleid. In dit licht bezien is moeilijk te begrijpen waarom het Hof niettemin oordeelt dat in casu geen sprake was van een situatie waarin Vie d'Or haar schuldeisers heeft benadeeld in de zin dat zij op jegens haar schuldeisers onrechtmatige wijze haar voor verhaal vatbare vermogen heeft verminderd. De gewraakte jaarrekening 1989 is immers door (organen van) Vie d'Or goedgekeurd en vastgesteld.¹³⁸ Niet valt in te zien waarom het onrechtmatig handelen van de accountant die als derde in de zin van de Peeters/Gatzen-jurisprudentie bij de totstandkoming van de *gecontroleerde* jaarrekening 1989 betrokken is geweest, *wél* eraan heeft bijgedragen dat schuldeisers zijn benadeeld doordat het voor verhaal vatbare vermogen van Vie d'Or werd verminderd – anders kan het (impliciete) oordeel van het hof dat het handelen van de accountant een schakel vormt in de causale keten die uiteindelijk tot het faillissement van Vie d'Or heeft geleid naar mijn mening niet worden begrepen – terwijl het handelen van degene die die jaarrekening goedkeurde en vaststelde – Vie d'Or zelf – *niet* zou kunnen worden aangemerkt als een zodanige benadeling van de (gezamenlijke) schuldeisers. Het Hof heeft de Peeters/Gatzen-vordering van de curatoren naar mijn mening dan ook op basis van een onjuiste motivering afwezen.

Uit deze zaak blijkt eens te meer dat goed voor ogen moet worden gehouden dat met de formulering van de Hoge Raad dat bij een Peeters/Gatzen-vordering sprake dient te zijn van een benadeling *door de schuldenaar*, mijns inziens niet beoogd is méér te zeggen dan dat het moet gaan om een vorm van benadeling die niet leidt tot een vordering van de schuldenaar zelf op de derde. En zelfs dat 'vereiste' verdient naar mijn mening nuancering. Ik licht dat toe aan de hand van een voorbeeld.

Een rechtspersoon wordt volledig gefinancierd door een groot aantal geldschieters. Een concurrent – vroeger eveneens geldschietster van de rechtspersoon maar na een hoog oplopende ruzie met de overige geldschietsters vertrokken – heeft besloten de geldschietsters het leven zuur te maken en maakt zich met dat doel schuldig aan oneerlijke concurrentie jegens de rechtspersoon. Het bestuur van de rechtspersoon ontdekt dit na een jaar en stelt de concurrent aansprakelijk voor de door de rechtspersoon geleden schade. Dit is voor de concurrent aanleiding te stoppen met zijn onrechtmatig handelen. Het bestuur schat in dat de concurrent

138 Deze besluiten zijn overigens door de Ondernemingskamer bij arrest van 9 juli 1998 (NJ 1998, 882) vernietigd.

weinig verhaal zal bieden en hij besluit op die grond geen rechtsvordering tegen de concurrent in te stellen. De rechtspersoon informeert haar geldschietters niet over dit alles. Pas zes jaar later ontdekken de geldschietters wat de oorzaak is van de inmiddels ontstane financiële problemen, die mede zijn terug te voeren op de toenmalige oneerlijke concurrentie. Kort daarna gaat de rechtspersoon failliet; de geldschietters zijn de enige schuldeisers. De curator, die bij nader onderzoek tot de conclusie komt dat de concurrent *wel* verhaal biedt, kan in dat geval geen vordering namens de gefailleerde tegen de concurrent instellen omdat die vordering inmiddels verjaard is.¹³⁹ Indien men aanneemt dat de concurrent in dit geval ook een zorgvuldigheidsnorm jegens de geldschietters zelf geschonden heeft (het ging hem er immers specifiek om die geldschietters het leven zuur te maken), zie ik niet in waarom de curator in een dergelijk geval niet een Peeters/Gatzen-vordering tegen de concurrent zou kunnen instellen.¹⁴⁰ Cruciaal vereiste voor de toewijzing van zo'n vordering lijkt mij te zijn dat sprake is van een vorm van generieke schuldeisersbenadeling waarbij een derde op onrechtmatige wijze betrokken is. Dat is hier – evenals in de Vie d'Or zaak als men uitgaat van de door het Hof vastgestelde feiten – het geval. In dit voorbeeld is echter geen sprake van een benadeling *door de schuldenaar*. Dat is, hoewel daar in de praktijk bij generieke schuldeisersbenadeling veelal wel sprake van zal zijn, naar mijn mening dan ook geen *vereiste* voor het bestaan van een Peeters/Gatzen-vordering. Dit sluit aan bij het betoog van Kortmann en Faber die stellen dat *'de curator naar geldend recht ontvankelijk is in zijn vordering uit onrechtmatige daad, indien de betreffende onrechtmatige daad bestaat in een gedraging waardoor de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers met betrekking tot het vermogen van hun schuldenaar zijn verminderd'*.¹⁴¹ De door de Hoge Raad gestelde voorwaarde dat sprake moet zijn van benadeling *door de schuldenaar* wordt door Kortmann en Faber terecht niet genoemd.

Geldt de regel dat de derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan, ook indien die

139 Art. 3:310 BW.

140 De vorderingen van de schuldeisers zijn, anders dan de vordering van de rechtspersoon, nog niet verjaard omdat in de casus gegeven is dat de geldschietters destijds geen wetenschap hadden van de oneerlijke concurrentie.

141 AA 1998, p. 171.

verweren betrekking hebben op schuldeisers wier vorderingen een (zeer) substantieel deel van het passief vertegenwoordigen?

Hoewel deze door de Hoge Raad in de THB-zaak gegeven regel (hierna: de Regel) algemeen geformuleerd is – en a prima vista dus een algeheel verbod op het toelaten van verweren die de derde tegenover individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan lijkt te impliceren – is enige twijfel op dit punt toch wel op zijn plaats. Ter bepaling van de gedachten geef ik een tweetal voorbeelden.

1. Een onroerend goed-vennootschap (D) koopt via een A-B-C-D-transactie een kantoorpand aan en financiert die aankoop volledig bij een bank middels een hypothecaire lening. De betrokken notaris constateert dat de koopprijs in de relatie C-D € 2 miljoen bedraagt en de (naar zijn inschatting marktconforme) koopprijs in de relatie A-B € 1 miljoen. Hij stelt echter geen vragen en verleent zijn ministerie. D faillieert en de curator treft een passief aan, dat naast de schuld aan de bank bestaat uit enkele kleine schulden tot een bedrag van € 100 000. Het pand wordt uiteindelijk verkocht voor de marktwaarde, die inderdaad de helft blijkt te bedragen van de prijs waarvoor D het pand gekocht – en de bank het pand gefinancierd – heeft. Als gevolg daarvan resteert er een concurrente vordering van de bank in het faillissement van D van € 1 miljoen. Bij nader onderzoek blijkt dat men binnen de bank de interne regels voor kredietverlening niet in acht genomen heeft en dat, ware dat wel gebeurd, de bank nimmer tot financiering zou zijn overgegaan. De curator stelt een Peeters/Gatzen-vordering in tegen de notaris, die zich beroept op eigen schuld van de bank. Stel nu dat komt vast te staan dat a) de notaris inderdaad een zorgplicht tegenover de schuldeisers van D geschonden heeft door zijn ministerie te verlenen en b) in een procedure tussen de bank en de notaris, zo die gevoerd zou zijn,¹⁴² 75% van de schade op de voet van art. 6:101 BW op grond van eigen schuld voor rekening van de bank zelf was gebleven, is het in dit specifieke geval dan nog steeds redelijk om ten aanzien van de Peeters/Gatzen-vordering de Regel onverkort toe te passen (met als consequentie dat de notaris de volledige € 1 miljoen aan de boedel dient te betalen in plaats van de € 0,25 miljoen waartoe hij in een door de bank aangespannen procedure zou zijn veroordeeld)?

¹⁴² Uitgaande van de non-exclusiviteitsregel van de Hoge Raad zou dit naar huidig recht mogelijk zijn.

2. Een derde is op onrechtmatige wijze betrokken bij verhaalsbenadeling door de schuldenaar, die zich als kredietinstelling bezighoudt met het aantrekken en weer uitzetten van gelden. In de markt actieve hedge funds, die op de hoogte zijn van de verhaalsbenadeling maar daar geen bemoeienis mee hebben gehad, speculeren erop dat de schuldenaar er wel weer bovenop zal komen en lenen tegen woekerrentes gelden uit aan de schuldenaar. Die gaat door tegenvallende marktomstandigheden uiteindelijk toch failliet en de curator constateert dat de hedge funds 90% van het passief van de schuldenaar vertegenwoordigen. De curator stelt vervolgens een Peeters/Gatzen-vordering in tegen de derde, die zich erop beroept dat de hedge funds heel bewust het risico hebben genomen om met de schuldenaar in zee te gaan. Zou de Regel ook in dit geval onverkort toepassing vinden, aldus de derde, dan zou dat leiden tot de ongerijmde consequentie dat de hedge funds in feite een spel zonder nieten konden spelen: zou het goed aflopen met de schuldenaar dan zouden zij hoge winsten kunnen realiseren, zou het slecht aflopen dan zouden zij via de band van de Peeters/Gatzen-vordering altijd nog kunnen delen in de opbrengst van de aanspraak jegens de derde.

Verstijlen¹⁴³ merkt over de Regel het volgende op: *‘Ik heb mij lang afgevraagd of [voor de Regel] wel voldoende rechtvaardiging bestaat. Op het eerste gezicht valt niet goed in te zien waarom een laedens aan de curator die de belangen van de gezamenlijke schuldeisers behartigt meer verschuldigd zou zijn dan aan die schuldeisers zelf. Ik meen dat deze rechtvaardiging bestaat. De laedens wiens onrechtmatige daad bestaat uit de schending van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van een bepaalde partij weet, althans kan weten, dat hij, wanneer die partij faillieert, een veelheid van schuldeisers tegenover zich heeft – wie dat zijn, wat hun individuele positie is en waar de schade zich uiteindelijk zal realiseren is tempore delicti nog niet duidelijk – wier belangen onontwaarbaar met elkaar zijn verknoopt. Wie deze belangen in deze situatie onrechtmatig schade toebrengt, moet accepteren dat hij niet slechts te maken heeft met individuele betrokkenen die zich toevallig in die gezamenlijkheid bevinden. Dat er een rechtvaardiging voor is aan te voeren dat de laedens binnen faillissement meer verschuldigd is aan de curator dan buiten het faillissement aan de schuldeisers, wil niet zeggen dat de billijkheid hiervan altijd even in het oog springend is.’*

143 Verstijlen, Dissertatie, p. 80.

Ik neig ernaar om bij onverkorte toepassing van de Regel in de genoemde casus niet slechts te zeggen dat hier sprake is van gevallen waarin ‘de billijkheid van die toepassing niet altijd even in het oog springend is’, maar van gevallen waarin die toepassing duidelijk *onbillijk* is.

In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn voorbeelden te vinden van een extensieve interpretatie van de Faillissementswet ter afwijking van een onbillijke uitkomst in een concrete zaak. Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest Tiethoff q.q./NMB¹⁴⁴ in een zaak waarin naar de letter van artikel 53 Fw verrekening was toegestaan, dat ‘*een redelijke uitleg van dit artikel*’ met zich bracht dat in casu toch niet verrekend kon worden. De Hoge Raad beriep zich daarbij onder meer op het ‘*aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers*’. Zie voor een ander voorbeeld het arrest Hamm q.q./Ontvanger,¹⁴⁵ waarin de Hoge Raad oordeelde dat een onverschuldigde betaling aan de boedel op grond van een onmiskenbare vergissing niet resulteert in (slechts) een concurrente boedelvordering tot terugbetaling, aangezien dit tot een verrijking van de gezamenlijke (overige) boedelschuldeisers zou leiden waarvoor volgens de Hoge Raad geen rechtvaardiging is te vinden, ‘*ook niet in het stelsel van de Faillissementswet*’. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat de redelijkheid eist dat in een dergelijk geval het onverschuldigd betaalde bedrag onmiddellijk wordt teruggestort.

Hoewel in het faillissementsrecht de rechtszekerheid, onder meer belichaamd in het fixatiebeginsel, een belangrijke rol speelt, zijn, zo moet de conclusie zijn, uitzonderingen ingegeven door billijkheidsoverwegingen wel denkbaar. Als zo’n uitzondering kan worden gemaakt ter vermindering van de onbillijke gevolgen van onverkorte toepassing van een *wettelijke* regel (zoals in het arrest Tiethoff q.q./NMB aan de orde was met betrekking tot art. 53 Fw), kan dat, dunkt mij, zeker als het gaat om het vermijden van onbillijke gevolgen van een *jurisprudentiële* regel. Ik zou dan ook menen dat de rechter, indien hij geroepen zou worden te oordelen over een zaak die verwant is aan één van beide hiervoor gegeven casus, een uitzondering op de Regel dient te aanvaarden ter vermindering van een onbillijke uitkomst in het betreffende geval. De vraag hoe die uitzondering concreet vorm gegeven zou moeten worden is overigens niet eenvoudig te beantwoorden. Indien de rechter bijvoorbeeld in de eerste casus tot het oordeel komt dat, in afwijking van de Regel, *wel* rekening dient te worden gehouden met de eigen schuld

144 HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 m.nt. PvS.

145 HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 m.nt. PvS.

van de bank en in het verlengde daarvan slechts € 0,25 miljoen aan schadevergoeding toewijst, zouden de overige crediteuren benadeeld worden indien vervolgens die € 0,25 miljoen volgens de regels van de Faillissementswet pons-pons gewijs aan alle concurrenten wordt uitgedeeld. Jegens die overige schuldeisers gold het eigen schuld verweer immers niet. Hier loopt men aan tegen een bezwaar – in mijn ogen één van de weinige – van afwikkeling van de Peeters/Gatzen-vordering via de boedel. Men zou *willen* dat ook bij de uitdeling rekening gehouden wordt met het feit dat de minderopbrengst wegens eigen schuld louter de bank treft en niet de overige schuldeisers. Dat kan echter alleen door de vordering van de bank slechts voor 25% van het nominale bedrag op de uitdelingslijst op te nemen voor zover het de verdeling van de opbrengst van de Peeters/Gatzen-actie betreft. Er is nogal wat creativiteit voor nodig om dat te bewerkstelligen – men zou ook nog kunnen beredeneren dat de afwikkeling wel gewoon conform de regels van de Faillissementswet dient plaats te vinden, maar dat vervolgens de notaris een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking jegens de bank heeft – maar die constatering doet niet af aan de taak van de rechter om in de concrete omstandigheden van het geval te zoeken naar de meest billijke oplossing indien hij tot de conclusie komt dat onverkorte toepassing van de Regel tot een (evident) onbillijke uitkomst leidt (zoals naar mijn mening in beide gegeven casus het geval zou zijn).

Herleeft het vorderingsrecht van de individuele schuldeiser, indien de curator (vooralsnog) geen actie onderneemt?

Verstijlen en Van Koppen verschillen van mening over de vraag wat rechtens is indien de curator (vooralsnog) geen actie onderneemt. Verstijlen is van oordeel dat wanneer de curator geen vordering instelt, de rechtsvorderingen van de individuele schuldeisers niet herleven. Een dergelijke herleven past naar zijn oordeel niet in het systeem van de Faillissementswet. *'In dit systeem is het aan de curator om te beoordelen of een bepaalde actie in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Soms zal de curator daarbij tot het oordeel komen dat een bepaalde actie, zoals de faillissementspauliana of een onrechtmatige-daadsvordering, op dat moment niet opportuun is, bijv. in verband met bewijsmoeilijkheden, procesrisico's of gebrekkige verhaalsmogelijkheden. Dit betekent niet dat individuele schuldeisers dan zelf actie kunnen ondernemen.'*¹⁴⁶ Van Koppen is van oordeel dat de rechtsvorderingen van in-

¹⁴⁶ Verstijlen, dissertatie, p. 133. Zie ook zijn artikel in *Ondernemingsrecht* 2001, p. 85-90.

dividuele schuldeisers wél herleven indien de curator geen actie onderneemt.¹⁴⁷ Eenzelfde standpunt verdedigt hij ten aanzien van de pauliana.¹⁴⁸ De wijze waarop Van Koppen dit verder uitwerkt is echter nogal omslachtig.¹⁴⁹ Met Verstijlen zou ik willen aannemen dat de vordering van de individuele schuldeiser niet herleeft indien de curator (vooralsnog) geen actie onderneemt. Zijn argumentatie acht ik overtuigend. Ik zie echter geen reden de individuele schuldeiser een eigen actie te onthouden indien het faillissement eenmaal beëindigd is.¹⁵⁰ De hiervóór toegelichte redenen om een individuele schuldeiser *gedurende* het faillissement van de schuldenaar een eigen actie te onthouden in gevallen van generieke schuldeisersbenadeling, gaan *na* het faillissement immers niet meer op, alleen al daarom niet omdat er dan geen functionaris meer is die bevoegd is om ten behoeve van de gezamenlijkheid een (collectieve) actie tegen de derde in te stellen.

Heeft de bij schuldeisersbenadeling betrokken derde die de (mede) door hem veroorzaakte schade vergoedt, ter zake een regresvordering op de boedel? Dient voor gevallen waarin de gezamenlijke schuldeisers een voordeel genieten dat voortvloeit uit de benadelende handeling, een regeling analoog aan het thans voor de faillissementspauliana toepasselijke artikel 51 lid 3 Fw te worden ingevoerd?

Het zal duidelijk zijn dat de tweede vraag slechts relevant is als het gaat om *specifieke* schuldeisersbenadeling. Is sprake van generieke benadeling, dan vertaalt een eventueel met de benadeling samenhangend voordeel zich immers in een lagere schadevergoeding.

De ratio van beide vragen laat zich het beste toelichten aan de hand van een voorbeeld.

Stel dat op de peildatum (de liquidatiewaarde van) het actief 400 bedraagt, het preferente passief 600 en het concurrente passief 200. De rechtspersoon-schuldenaar gaat na de peildatum nog nieuwe verplichtingen jegens een schuldeiser aan van 200, waartegenover een prestatie van die schuldeiser staat die tot gevolg heeft dat het actief met 100 toeneemt. Vervolgens gaat de schuldenaar failliet en de curator treft een boedel aan met een actief van 500, een preferent passief van 600 en een concurrent passief van 400. De curator laat de concurrenten weten dat zij geen uitkering in het faillissement tegemoet kunnen zien. De nieuwe

147 Van Koppen, Dissertatie, p. 146-147.

148 T.a.p., p. 144-145.

149 Zie in dit verband ook Kortmann en Faber, AA 1998, p. 271.

150 Zie in dit kader ook Verstijlen, Ondernemingsrecht 2001, p. 89, die opmerkt dat dit ook de oplossing is die in Duitsland en Frankrijk wordt gekozen.

schuldeiser spreekt de bestuurder met succes in rechte aan wegens overtreding van de Beklamel-norm en int zijn schadevordering van 200. In vergelijking met de situatie op de peildatum hebben de gezamenlijke schuldeisers, in casu specifiek de preferenten, een voordeel van 100, overeenkomend met de vermeerdering van het actief na de peildatum. De vraag is nu of de bestuurder in verband met dit voordeel enigerlei regresvordering toekomt en zo ja, wat de aard van die vordering is (faillissementsschuld of boedelschuld). Naar mijn mening luidt het antwoord op die vraag ontkennend. Het voordeel waar het hier om gaat verschilt op een wezenlijk punt van het voordeel waarop art. 51 lid 3 Fw ziet. Bij het invoeren van de pauliana kan de boedel er, ook indien de derde als gevolg daarvan een boedelvordering op de voet van het genoemde artikel verkrijgt, per saldo nooit op achteruitgaan, omdat er bij een succesvolle pauliana-actie per definitie méér in de boedel binnenkomt dan eruit gaat. Zou men echter de derde in het besproken voorbeeld een boedelvordering ter hoogte van het (in vergelijking tot de situatie op de peildatum) genoten voordeel toekennen, dan zou daarmee de faillissementsdatum als fixatiemoment worden losgelaten omdat in dat geval de boedel er, in vergelijking tot de situatie per faillissementsdatum, immers per saldo op *achteruit* gaat op het moment dat de derde, in verband met de voldoening van een Beklamel-vordering na de faillietverklaring, een boedelvordering verkrijgt. Ik acht dat onwenselijk, alleen al omdat dat een te vergaande aantasting van de rechtszekerheid zou betekenen. Een preferente crediteur die constateert dat de boedel per faillissementsdatum, rekening houdend met een redelijk bedrag aan faillissementskosten, voldoende actief bevat om hem integraal te voldoen, zou dan niettemin moeten afwachten of hij uiteindelijk ook daadwerkelijk betaling ontvangt; wie weet komen er immers nog derden die zich melden met boedelvorderingen in verband met de voldoening na de faillietverklaring van Beklamel-achtige vorderingen. Een dergelijke aantasting van het fixatiebeginsel past mijns inziens niet in ons (nieuwe) insolventierecht. Om die reden acht ik ook de oplossing die Van Eeghen aandraagt,¹⁵¹ niet wenselijk. Hij komt tot de conclusie dat niet de bestuurder, maar de nieuwe crediteur een boedelvordering ter hoogte van het voordeel dient te worden toegekend (en een faillissementsvordering voor het overige). Als de boedelvordering tot betaling leidt, hoeft de vordering, betrekking hebbend op het voordeel, niet meer bij de bestuurder ingesteld te worden, aldus Van Eeghen. In het gegeven voorbeeld zou dit betekenen dat van het actief een bedrag van 100

151 TvI 2002, p. 203.

wordt uitgekeerd aan de nieuwe schuldeiser (die vervolgens de resterende 100 vordert van de bestuurder), waardoor de preferenten 100 minder ontvangen. Ik acht dat, zoals gezegd, onverenigbaar met het fixatiebeginsel. Indien de betreffende derde (hier de bestuurder) mocht tegenwerpen dat het fixatiemoment zodra dat voor de schuldeisers gunstig uitkomt, *wel* terug in de tijd verschoven wordt (zoals in materiële zin gebeurt bij toewijzing van een pauliana- of Peeters/Gatzen-vordering; de boedel wordt dan immers hersteld in de toestand waarin zij zonder de verhaalsbenadeling had verkeerd) dan heeft hij daarin gelijk. Die constatering leidt echter niet tot een ander oordeel omdat het systeem van ons (nieuwe) insolventierecht zich naar mijn oordeel nu eenmaal verzet tegen het loslaten van het fixatiebeginsel ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers in een geval als hier aan de orde. Anders dan in de hiervoor beschreven casus – waarbij het ging om de vraag of de regel dat verweren jegens individuele schuldeisers niet aan de curator die een Peeters/Gatzen-vordering instelt kunnen worden tegengeworpen, in alle gevallen onverkort dient te worden toegepast – zie ik hier voor een andere oplossing op grond van billijkheidsoverwegingen geen ruimte. De rechtszekerheid zou in mijn ogen door zo'n oplossing te zeer worden aangetast.

Maar hoe indien men de derde een concurrente *faillissements*vordering zou toekennen tot (maximaal) het bedrag van het – in vergelijking tot de situatie op de peildatum – genoten voordeel? In het gegeven voorbeeld maakt dat niets uit – de concurrenten ontvangen immers toch niets – maar met een kleine variatie op de casus kan duidelijk gemaakt worden dat ook die oplossing tot dezelfde – onwenselijke – gevolgen leidt.

Stel dat het actief op de peildatum nog steeds 500 bedraagt en het passief nog steeds 800, maar dat er geen preferenten zijn. Stel voorts dat het aangaan na de peildatum van de nieuwe schuld van 200 niet tot verlies leidt. Het actief neemt dan dus toe tot 700 en het (concurrente) passief tot 1000. Als ik abstraheer van de faillissementskosten, stijgt het uitkeringspercentage voor de concurrenten dan van 62,5% per de peildatum naar 70% per faillissementsdatum. De nieuwe crediteur ontvangt 140 als uitkering op zijn faillissementsvordering en vordert 60 van de bestuurder in verband met overtreding van de Beklamel-norm. De bestuurder die betaalt, kan die 60 naar mijn mening vervolgens niet als (nagekomen) concurrente faillissementsvordering indienen in een poging alsnog te delen in het actief van 700. Daargelaten het praktische probleem dat het actief inmiddels is uitgekeerd zodat er niets meer te verdelen valt, mag, zoals hiervoor bepleit, op grond van het fixatiebeginsel het uitkeringspercentage zoals dat voortvloeit uit de stand van de

boedel per faillissementsdatum, hoe dan ook niet dalen door ‘nagekomen’ regresvorderingen in verband met de voldoening van Beklamelachtige vorderingen. De enig juiste oplossing lijkt mij dat de bestuurder wel een regresvordering heeft op de schuldenaar, maar dan één die – analoog aan het systeem dat op grond van art. 136 Fw geldt indien van twee (of meer) hoofdelijke schuldenaren er één (of meer) in staat van faillissement verkeert (verkeren) – een voorwaardelijk karakter draagt en derhalve pas tot wasdom komt indien de nieuwe crediteur volledig voldaan is.¹⁵²

Stel bijvoorbeeld dat de bestuurder zijn (potentiële) regresvordering destijds wel voorwaardelijk heeft ingediend en dat na afwikkeling van het faillissement sprake blijkt te zijn van een (tot dan toe onbekende) nagekomen bate van 100. Dan kan de bestuurder in de verdeling op de voet van art. 194 Fw naar mijn mening opkomen met een vordering van 60, waarop hij dan 20 krijgt uitgekeerd. Het eind van het verhaal is dan immers dat de nieuwe schuldeiser volledig voldaan wordt (hij ontving 140 uit de boedel en 60 van de bestuurder) en dat de overige schuldeisers in totaal 640 (namelijk 560 + 80; een uitkering van 80% derhalve) op hun vorderingen ontvangen. Daarmee krijgen zij precies het percentage waarop zij, ook indien de nagekomen bate van aanvang af bekend was geweest, aanspraak hadden kunnen maken. Het zou ongerijmd zijn de resterende 20 eveneens aan die overige schuldeisers te doen toekomen, aangezien zij dan zouden profiteren van het feit dat de nieuwe schuldeiser niet meer in de verdeling op de voet van art. 194 Fw betrokken is omdat hij als gevolg van de betaling van 60 door de bestuurder inmiddels geheel voldaan is. *Dat* ‘voordeel’ dient toe te komen aan de bestuurder en dat rechtvaardigt de voorwaardelijke regresvordering van de bestuurder (van in casu 60) analoog aan art. 136 lid 2 Fw.

4.4 Voorstel voor een wettelijke regeling

Met inachtneming van het voorgaande luidt mijn voorstel voor een – in een nieuwe insolventiewet te incorporeren – wettelijke regeling van de Peeters/Gatzen-vordering als volgt.

152 Wezeman (Ondernemingsrecht 2002, p. 152) spreekt over de indiening van ‘*een (voorwaardelijke) regresvordering*’ door de derde voor het bedrag waarvoor hij door de individuele schuldeiser is aangesproken. Ik ben het met Wezeman eens dat als de regresvordering slechts (analoog aan art. 136 lid 2 Fw) een voorwaardelijk karakter draagt, het in de rede ligt de vordering toe te laten tot het bedrag dat de derde aan de individuele schuldeiser betaalde en die vordering dus niet te beperken tot (maximaal) het genoten voordeel.

1. *In geval van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers kan de curator¹⁵³ op de voet van art. 6:162 BW ten behoeve van de boedel schadevergoeding vorderen van een derde die bij die benadeling betrokken was.*
2. *Aan een schuldeiser komt in het in het vorige lid bedoelde geval geen rechtsvordering jegens de derde toe voor zover die rechtsvordering gegrond is op dezelfde benadeling.*

De term ‘gezamenlijke schuldeisers’ dient begrepen te worden als hiervoor in § 3.4 toegelicht en sluit aan bij de terminologie van de Hoge Raad zoals gehanteerd in het arrest X/Bannenberq q.q.: *‘De opbrengst van een zodanige door de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers geldend gemaakte vordering valt (...) in de boedel en komt derhalve de gezamenlijke schuldeisers ten goede komt in de vorm van een toename van het overeenkomstig de uitdelingslijst te verdelen boedelactief.’*¹⁵⁴ (onderstreping WvA). De toevoeging van het woord ‘gezamenlijke’ is essentieel omdat de curator anders ook in geval van *specifieke* schuldeisersbenadeling ten behoeve van de boedel een vordering zou kunnen instellen, hetgeen niet de bedoeling is.

Een meer gedetailleerde regeling acht ik niet gewenst. Verdere detaillering bergt, zeker bij lastige en nog niet geheel uitgekristalliseerde materie als de onderhavige, al snel het gevaar in zich dat de regeling onvoldoende flexibel is het met het oog op de verdere rechtsontwikkeling. Zoals hiervoor reeds opgemerkt behoudt de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin de Peeters/Gatzen-vordering verder is uitgewerkt – met name de arresten inzake Nimox/Van den End q.q., THB en X/Bannenberq q.q. – ook onder een nieuwe wettelijke regeling haar waarde.

5. SLOTBESCHOUWING

In de inleiding schreef ik dat de Peeters/Gatzen-vordering sinds haar introductie door de Hoge Raad in 1983, geen rustig bezit geweest is. Ik heb niet de illusie dat dat na het verschijnen van dit preadvies anders zal worden. Daarvoor is het leerstuk te weerbarstig. Wel hoop ik met dit preadvies een aanzet te hebben gegeven voor een nadere gedachtevorming omtrent een wettelijke grondslag voor de Peeters/Gatzen-vordering en met die vordering samenhangende (deel)terreinen die tot dusver

153 In het Voorontwerp naar verwachting hernoemd tot bewindvoerder.

154 R.o. 3.5.

nog slechts in geringe mate ontgonnen zijn. Ik denk dan met name aan de problematiek van de samenloop van generieke en specifieke schuldeisersbenadeling en de daarmee verbonden vraag of, en zo ja in hoeverre, de curator een Peeters/Gatzen-vordering toekomt in geval sprake is van een vermeerdering van het passief na de peildatum, waarbij een derde op onrechtmatige wijze betrokken is. Een dergelijke situatie doet zich in de praktijk van het insolventierecht geregeld voor en de lagere rechters die hier tot nu toe over hadden te oordelen, beantwoordden die vraag bevestigend maar bepaalden de omvang van de schade op een wijze die blijk geeft van een verkeerd beeld van de hier bedoelde samenloopproblematiek. Ook in de zaken Lunderstädt/De Kok en Sobi/Hurks (en mogelijk ook in de zaak X/Bannenber) kwam die problematiek niet helder voor het voetlicht. Dat ook de ons omringende landen (Duitsland, België en Frankrijk) met deze problematiek worstelen, blijkt wel uit het feit dat in elk van deze landen de gekozen oplossingen geheel verschillend zijn en leiden tot uitvoerige debatten in de literatuur en soms weinig consequente rechtspraak. Ik heb verdedigd dat de curator inderdaad een Peeters/Gatzen-vordering toekomt in geval van vermeerdering van het passief na de peildatum indien a) die vermeerdering leidt tot een verlaging van het uitkeringspercentage ten opzichte van een (hypothetisch) faillissement per de peildatum en b) het handelen van de betrokken derde als onrechtmatig jegens *de gezamenlijke schuldeisers* kan worden gekwalificeerd (hetgeen niet bij elke vorm van vermeerdering van het passief na de peildatum die leidt tot een verlaging van het uitkeringspercentage het geval hoeft te zijn). De schade die de curator kan vorderen bestaat in dat geval uit het bedrag dat nodig is om het uitkeringspercentage weer op het oude niveau te krijgen (de zgn. Quotenschaden). Onbeantwoord is nog de vraag of de curator, indien de bij de benadelingshandeling betrokken derde een bestuurder van de rechtspersoon-schuldenaar is, in de genoemde situatie wellicht ook, analoog aan het Belgische recht op dit punt, een vordering namens de rechtspersoon op de voet van art. 2:9 BW tegen de bestuurder kan instellen op de grond dat de bestuurder, door het voortzetten van verliesgevende activiteiten na de peildatum, schade – naar Belgisch recht ter hoogte van de toename van het tekort sinds de peildatum – heeft toegebracht aan de rechtspersoon. Als de voortekenen niet bedriegen zal de Hoge Raad vermoedelijk eerder geroepen worden om over de hier aan de orde zijnde rechtsvragen te oordelen dan dat (de toelichting op) een nieuwe insolventiewet erop nageslagen kan worden om te bezien of de wetgever over deze – en andere – interessante materie tot mooie gedachten is gekomen.

De betrekkelijke continuïteit van het
contract binnen faillissement

Prof. mr. F.M.J. Verstijlen

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Boekraad

G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel, diss., 1997

Van Delden

R. van Delden, Overzicht van de handelskoop, 1983, p. 89

Derrida-Godé-Sortais

F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, avec la collaboration de A. Honorat, 3e édition, 1991

Van der Feltz I

G.W. van der Feltz, Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, Eerste deel, 1896

Van der Feltz II

G.W. van der Feltz, Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, Tweede deel, 1897

Goode

R. Goode, Principles of Corporate Insolvency, 3e druk, 2005, p. 158

Häsemeyer

L. Häsemeyer, Gegenseitige Verträge im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Insolvenzrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band III, 2000

Van Hees

J.J. van Hees, Leasing, 1997

Heidelberger Kommentar (Marotzke)

W. Marotzke, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 4e druk, 2006

Jaeger-Henckel

Jaeger, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Großkommentar, Neunte, völlig neu bearbeitete Auflage, Bearbeitet von W. Henckel, 1. Lieferung (§§ 1-9), 1977, 2. Lieferung (§§ 10-18), 1980, 3. Lieferung (§§ 19-28), 1982, 4. Lieferung (§§ 29-42), 1990

Kölner Schrift (Pape)

G. Pape, Ablehnung und Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte durch den Insolvenzverwalter, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2e druk, 2000

Kortmann-Faber

S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, Wetswijzingen, Serie Onderneming en Recht, Deel 2-III, 1995

McBryde-Flessner-Kortmann

W.W. McBryde, A. Flessner en S.C.J.J. Kortmann, Principles of European Insolvency Law, 2003

Molengraaff-Star Busman

W.L.P.A. Molengraaf, De Faillissementswet verklaard, 4e druk, 1951, bewerkt door C.W. Star Busmann

Monserie

M.H. Monserie, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, 1994

Van Nievelt

C. van Nievelt, De invloed van het faillissement op het voortbestaan van overeenkomsten, diss., 1907

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben, J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, 1981

Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis en E. E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14, 1991

Polak

N.J. Polak, De invloed van het faillissement op gesloten overeenkomsten, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1963

Polak-Polak

M. Polak's handboek voor het Nederlandse Handels- en faillissementsrecht, deel I, derde gedeelte, Faillissement en surséance van betaling, 7e druk, bewerkt door N.J. Polak

Polak-Wessels II

B. Wessels, Insolventierecht, deel II, Gevolgen van faillietverklaring (1), 2000

De Ranitz

S.H. de Ranitz, Crediteurenbelang versus 'andere belangen', in: De curator, een octopus, 1996

Smelt

A.A.J. Smelt, Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht, diss., 2006

Snijders

Het nieuwe art. 37 F, een belangrijke verandering, in: CJHB (Brunner-bundel), 1994, p. 357-360.

Soinne

B. Soinne, *Traité des procédures collectives*, 2e édition, avec la collaboration de E. Kerckhove, 1995

Uhlenbruck

W. Uhlenbruck, *Das neue Insolvenzrecht*, 1994

Uhlenbruck (Uhlenbruck/Berscheid)

W. Uhlenbruck, *Insolvenzordnung (Uhlenbruck/Berscheid)*, 12e druk, 2003

Verschoof

R.J. Verschoof, *Het nieuwe faillissementsrecht*, 1992

Verstijlen (1998)

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss., 1998

Verstijlen (2005)

F.M.J. Verstijlen, *De bewijsovereenkomst in het goederen- en insolventierecht*, in: *Amice (Rutgers-bundel)*, 2005

Völlmar

H.F.A. Völlmar, *Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, nieuwe gecombineerde uitgave, 1961

Inhoudsopgave

1	Inleiding	93
2	De continuïteit van het contract	94
3	De regeling van art. 37 Fw. en de interactie met het gemene recht	96
3.1	Beperkte strekking van art. 37 Fw.	96
3.2	De link tussen art. 37 Fw. en het gemene recht	98
3.3	Het primaat van het gemene recht	99
3.4	Het voorontwerp	99
4	Het keuzerecht van de curator	99
5	De curator doet de overeenkomst gestand	101
5.1	De verplichting tot zekerheidstelling	101
5.2	De uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen	105
6	De curator doet de overeenkomst niet gestand	105
6.1	Verlies van het recht nakoming te vorderen	105
6.2	De uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen	107
6.2.1	Art. 37a Fw.	107
6.2.2	Vorderingen ontstaan door de verdere uitvoering van de overeenkomst	108
6.2.3	Vordering tot nakoming	109
7	Het recht van de curator op wanprestatie	113
7.1	Het recht van de curator op wanprestatie	113
7.2	De onmogelijkheid van wanprestatie	114
7.3	Doorbreking van de contractuele positie van de wederpartij	116
7.3.1	De continuïteit van het contract en de tussen schuldeisers geldende rangorde	116
7.3.2	Beschermde partijen	118
7.3.3	Additionele rechten	119
7.4	Overeenkomsten die verplichten tot een niet-doen	121
7.5	Andere dan verbintenisscheppende overeenkomsten	122

8.	Afzonderlijk geregelde overeenkomsten	123
8.1	Lastgeving	123
8.2	Termijnzaken	123
8.3	Huurkoop	124
8.4	Huur	125
8.5	Arbeidsovereenkomst	127
9	De invloed van het faillissement op de inhoud van de overeenkomst	129
9.1	Inleiding	129
9.2	Het belang van de gezamenlijke schuldeisers	129
9.3	De opmars van de maatschappelijke belangen	131
10	Onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement	132
11	Boetebeding	133
11.1	Boete als gefixeerde schadevergoeding	133
11.1.1	Boete als gefixeerde schadevergoeding geoorloofd	133
11.1.2	Boete afhankelijk van faillissement	136
11.1.3	Boetebeding en faillissementspauliana	140
11.2	Boete als prikkel tot nakoming	142
12	Opschortings- en beëindigingsrechten	144
12.1	Opschortingsrechten	144
12.2	Beëindigingsrechten	149
12.3	Ingrijpen van de wetgever: de doorleveringsverplichting voor nutsleveranciers	150
12.4	Komend recht: doorleveringsverplichting voor alle dwangcrediteuren	151
12.4.1	Het MDW-rapport en het voorontwerp van de Commissie-Insolventierecht	151
12.4.2	Welke overeenkomsten vallen eronder?	152
12.4.3	De doorfinancieringsverplichting	153
12.4.4	De duur van de doorleveringsverplichting	155
12.4.5	Doorkruising van contractuele beëindigingsrechten	156
12.4.6	Ongedaanmaking beëindiging vóór de insolventverklaring	157
12.4.7	Overdracht van contracten	158
12.4.8	De positie van de wederpartij	159
13	Tot slot	160

1 INLEIDING

De overeenkomst komt er karig vanaf in de Faillissementswet. De wetgever van 1893 koos als uitgangspunt dat het faillissement geen enkele invloed heeft op een overeenkomst. Hij beperkte zich dan ook tot de algemene regeling van art. 37 Fw., met enige afwijkende regels voor bepaalde overeenkomsten in de art. 38-40 Fw. In de literatuur mag het onderwerp zich evenmin verheugen in een grote belangstelling.

Het onderwerp verdient meer aandacht dan het krijgt, om ten minste twee redenen. In het overeenkomstenrecht geldt contractsvrijheid. De partijen zijn vrij hun onderlinge rechtsverhouding in te richten zoals zij willen; derden, waaronder de schuldeisers van de partijen, staan hierbuiten. Maar binnen faillissement vindt de wederpartij opeens de gezamenlijke schuldeisers tegenover zich, die in de vermogensrechtelijke schoenen van de schuldenaar treden en komen de schuldeisers, waaronder in de regel die wederpartij, in een bijzondere door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar te staan. Het is de vraag of de rechtsverhouding zoals de contractspartijen die in het leven roepen in al haar facetten kan worden ingeroepen tegen de gezamenlijke schuldeisers.

De tweede reden om het zojuist genoemde uitgangspunt van de wetgever tegen het licht te houden, is de opmars van de maatschappelijke belangen als continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid in het faillissementsrecht. Het netwerk van contracten is voor het voortbestaan van een onderneming doorgaans van groot belang. Dit noopt tot een nadere overdenking van de plaats van de overeenkomst in het faillissement, hetgeen in het buitenland heeft geleid tot ingrijpende wijzigingen. In Nederland zijn de wijzigingen tot dusver bescheiden, maar de wetgever is nog geenszins klaar. Startpunt voor verdere wetgeving is het voorontwerp van de Commissie Insolventierecht ('het voorontwerp').¹

Kortom, alle reden om de plaats van de overeenkomst binnen faillissement nader onder de loep te nemen.

1 Ik had het voorrecht kennis te kunnen nemen van een voorlopige versie van het voorontwerp. Incidenteel wordt hieronder op dit voorontwerp ingegaan. Het zij aangetekend dat het uiteindelijke voorontwerp kan verschillen van de versie waarvan ik kennis kon nemen.

2 DE CONTINUÏTEIT VAN HET CONTRACT

De regeling van de overeenkomst in de Faillissementswet is gegrond op de gedachte dat het faillissement de overeenkomst niet raakt. De wetgever formuleerde die gedachte in de toelichting op art. 37 Fw.:²

‘Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd.’

Dat de wetgever zich hier beperkt tot wederkerige overeenkomsten, laat zich verklaren doordat art. 37 Fw. daarop nu eenmaal betrekking heeft. Voor andere overeenkomsten geldt mijns inziens niets anders.³ Waar het om gaat is dat het faillissement slechts ziet op het verhaal van vorderingen.⁴ Het laat de overeenkomst en (de inhoud van) de daaruit voortvloeiende verbintenissen intact, maar geeft slechts regels wanneer het op het verhaal van die verbintenissen – althans, de actiefzijde van die verbintenissen: de vorderingen – aankomt. Bij andere dan obligatoire overeenkomsten gaan de regels uit de Faillissementswet sowieso (vrijwel) geheel aan de overeenkomst voorbij.⁵

In wezen betreft het hier een aspect van het beginsel van faillissementsrecht dat de schuldeisers in de vermogensrechtelijke positie van de schuldenaar treden,⁶ niet meer rechten dan hun schuldenaar hebben. En dit beginsel kan dan weer worden gegrond op de autonomie van de schuldenaar.⁷ De wetgever heeft zich laten leiden door het beginsel dat vóór het faillissement ‘een ieder volkomen tot handelen bevoegd is’.⁸ De schuldenaar is vrij zichzelf te binden, zijn vermogen te verbinden of

2 Memorie van toelichting, Van der Feltz I, p. 409.

3 Vgl. Polak, p. 6.

4 Vgl. Van Nievelt, p. 2-3, die dit argument formuleert in termen van beslag: ‘Evenmin nu als een gewoon beslag op eene door den schuldenaar gesloten overeenkomst eenigen invloed zal uitoefenen, evenmin zal de faillietverklaring uit haren aard dit doen.’

5 Niet helemaal: art. 35 Fw. brengt bijv. mee dat een goederenrechtelijke overeenkomst van vóór de faillietverklaring niet meer leidt tot een rechtsgeldige levering indien deze op de dag van faillietverklaring nog niet is voltooid.

6 Zie het ‘Regeeringsantwoord’, Van der Feltz I, p. 374, volgens hetwelk de schuldeisers ‘als executanten, met betrekking tot het in beslag genomen vermogen in de schoenen van de schuldenaar staan en niet meer rechten kunnen uitoefenen, dan deze’. Vgl. over dit beginsel in verhouding tot door de schuldenaar gesloten contracten E. Dirix, Faillissement en lopende overeenkomsten, RW 2003-2004, p. 202.

7 Vgl. Häsemeyer, p. 725-726.

8 Zie de memorie van toelichting, Van der Feltz I, p. 433.

anderszins zijn rechtsverhouding tot andere rechtssubjecten in te richten. Zijn (verhaals)aansprakelijkheid tegenover zijn schuldeisers doet daar niet aan af. Indien die schuldenaar later in staat van faillissement wordt verklaard, dienen de schuldeisers de door hem gestelde rechtshandelingen te respecteren.

De regel dat het faillissement geen afbreuk doet aan bestaande overeenkomsten wordt vrij algemeen aangetroffen in buitenlandse rechtstelsels.⁹ En het is zelfs gebombardeerd tot een *principle* van Europees insolventierecht dat '[t]he opening of the proceeding does not automatically terminate a contract to which the debtor is a party'.¹⁰ In het voorontwerp wordt deze regel niet verlaten.

Toch moet het belang van deze hoofdregel niet worden overschat.¹¹ Haar waarde is in hoge mate symbolisch. Het faillissement is een ingrijpende gebeurtenis, ook voor de partijen bij een overeenkomst; en het zou een verloochening van de maatschappelijke werkelijkheid zijn te zeggen dat het faillissement de positie van de wederpartij, laat staan de schuldenaar, niet raakt. Waar vóór het faillissement de belangen van de contractspartijen centraal staan, staan binnen faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op de voorgrond. De curator pleegt met het oog op die belangen aan de lopende band te wanpresteren, tenzij nakoming hem voordeel brengt. Wanpresteert de curator – en dat is regel – dan is die wederpartij voor zijn uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen een schuldeiser tussen de andere, aan wier aan-

9 Zie voor het Belgische principe 'van de *continuïteit* van de contractuele verhoudingen' E. Dirix, Faillissement en lopende overeenkomsten, RW 2003-2004, p. 202-205 en voor het Franse 'principe de la continuation des contrats' Monserie, p. 144, waar dit volledig in het kader wordt geplaatst van het behoud van de onderneming: 'La continuation des contrats devient alors une des pièces maîtresses du système légal instauré pour assurer la survie des entreprises.' Zie voor het Duitse recht bijv. BGH NJW 1988, 1790: 'Der Konkursverwalter hat also, vorbehaltlich einer Anfechtung nach §§ 29 ff. KO, auch die vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung abgeschlossenen gegenseitigen Verträge grundsätzlich in dem Bestande hinzunehmen, wer er sie bei Verfahrenseröffnung vorfindet.'

10 Zie McBryde-Flessner-Kortmann, p. 629, § 6.1.

11 En het wordt gemakkelijk overschat. Zo moest de curator volgens het Hof Amsterdam in het arrest dat ten grondslag lag aan HR 26 april 2002, NJ 2005, 180 (Deutsche Hypothekenbank/De Liagre Böhl q.q.) 'als vertegenwoordiger van de gefailleerde vennootschap' een vóór de faillietverklaring overeengekomen bevoegdheid om een aantal panden – boedelbestanddelen! – te slopen tegen zich laten gelden. Ook A.-G. Langemeijer zat in zijn conclusie op dit spoor. De Hoge Raad liet het punt in het midden.

spraken slechts wordt tegemoetgekomen voorzover dat strookt met de aanspraken van alle andere schuldeisers.

De continuïteit van het contract botst met de faillissementsrechtelijke fixatie, de ‘vorkonkursliche Privatautonomie’ met de ‘Gläubigergleichbehandlung’ van het faillissement.¹² Het resultaat is dat het ongewijzigd laten voortbestaan van de overeenkomst vaak weinig meer is dan symbool(rechts)politiek.

De hoofdregel kent bovendien belangrijke uitzonderingen, die in de loop der tijd aan gewicht toenemen.¹³ De belangen van de gezamenlijke schuldeisers, de wederpartij of maatschappelijke belangen kunnen meebrengen dat de overeenkomst ten einde komt of wijzigingen ondergaat.¹⁴

3 DE REGELING VAN ART. 37 FW. EN DE INTERACTIE MET HET GEMENE RECHT

3.1 Beperkte strekking van art. 37 Fw.

Het centrale artikel voor de wederkerige overeenkomst is art. 37 Fw. Het artikel is beperkt van opzet, omdat het – in overeenstemming met het uitgangspunt dat het faillissement de overeenkomst niet raakt – uitgaat van de toepasselijkheid van het gemene contractenrecht, dat ook gedurende het faillissement de overeenkomst beheerst. Art. 37 Fw. beoogt dan ook weinig meer dan de wederpartij van de schuldenaar een mogelijkheid te bieden een einde te maken aan de onzekerheid die het faillissement kan meebrengen omdat onduidelijk is of de curator de overeenkomst zal nakomen of niet. De memorie van toelichting drukte het aldus uit:¹⁵

‘De billijkheid vordert dus den mede-contractant het recht toe te kennen, dat hem kenbaar gemaakt worde, waaraan hij zich te houden heeft, als het faillissement van den koper of verkooper hem daaromtrent in onzekerheid brengt.’

12 Vgl. Häsemeyer, p. 725-726.

13 Vgl. Häsemeyer, p. 736 die opmerkt dat de ‘Grundsatz, der Konkursverwalter müsse Vertragsverhältnisse so hinnehmen, wie er sie bei Konkursöffnung vorfinde [...] praktisch aufgegeben[ist]’.

14 Zie Polak, p. 5 en Van Nievelt, p. 4-5. Vgl. E. Dirix, Faillissement en lopende overeenkomsten, RW 2003-2004, p. 204-205.

15 Van der Feltz I, p. 409.

Daarmee strookt dat art. 37 Fw. slechts ziet op het geval dat de overeenkomst door beide partijen nog niet volledig is uitgevoerd.¹⁶ Is de overeenkomst door een van beide partijen al wel volledig uitgevoerd, dan bestaat er geen onzekerheid:¹⁷ heeft de schuldenaar volledig uitgevoerd, dan resteert een vordering van de schuldenaar op de wederpartij, die kwalificeert als een bate van de boedel die door de curator kan worden geïncasseerd. Heeft de wederpartij de overeenkomst volledig uitgevoerd, dan heeft hij een vordering op de gefailleerde, die ter verificatie moet worden ingediend.

Maar wanneer beide partijen de overeenkomst nog niet volledig hebben uitgevoerd, kan er onzekerheid bestaan: of de wederpartij zich gereed moet houden voor de (verdere) uitvoering van de overeenkomst is afhankelijk van de vraag of de curator van zijn kant de overeenkomst zal nakomen. Ten einde aan deze onzekerheid een einde te maken, bepaalt art. 37 lid 1 Fw. dat de wederpartij de curator schriftelijk een redelijke termijn kan stellen waarbinnen deze dient te verklaren of hij de overeenkomst gestand zal doen. Antwoordt de curator bevestigend, dan dient hij volgens lid 2 zekerheid te stellen voor de nakoming; antwoordt de curator ontkennend of niet (op tijd), dan verliest hij volgens de slotzin van lid 1 zijnerzijds het recht nakoming van de overeenkomst te vorderen.

Bijzonder veel voegt art. 37 Fw. niet toe aan het gemene recht. De wederpartij van de schuldenaar heeft ook op grond van het gemene recht middelen om zich tegen een mogelijke onzekerheid te weer te stellen. Ingeval de schuldenaar als eerste moet presteren, komt de wederpartij een beroep toe op de *exceptio non adimpleti contractus* zolang de curator niet heeft gepresteerd (art. 6:262 BW). Moet de wederpartij als eerste presteren, dan kan hij zich beroepen op de onzekerheidsexceptie, omdat het faillissement ‘goede grond geeft te vrezen’ dat de schuldenaar zijn daartegenover staande verplichtingen niet zal nakomen (art. 6:263 BW).

Maar wel speelt art. 37 Fw. een rol bij de toepassing van dat gemene recht.

16 Daarmee strookt ook dat art. 37 lid 3 Fw. een uitzondering bevat voor overeenkomsten waaruit slechts verbintenissen tot door de schuldenaar persoonlijk te verrichten handelingen voortvloeien: de beoogde zekerheid kan dan door de curator niet geboden worden omdat nakoming ‘geheel van den wil des gefailleerden zal afhangen’. Zie de memorie van toelichting, Van der Feltz I, p. 410.

17 Vgl. Molengraaff-Star Busmann, p. 207 en 211 en Polak, p. 4 en p. 11-12.

3.2 De link tussen art. 37 Fw. en het gemene recht

Ingeval de curator er niet voor kiest de overeenkomst gestand te doen, kan de wederpartij kiezen voor ontbinding. Hij kan ook aanspraak maken op (aanvullende of vervangende) schadevergoeding. Dit alles dient, zoals gezegd, te worden gegrond op het gemene recht. Indien de curator zich niet binnen de gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, zullen op grond van art. 6:80 lid 1 BW de gevolgen van niet-nakoming intreden, zelfs indien de vordering van de wederpartij nog niet opeisbaar is:¹⁸ de wederpartij zal uit de verklaring van de curator moeten afleiden dat deze in de nakoming tekort zal schieten (het geval sub b van art. 6:80 lid 1 BW); of, indien de curator niet (tijdig) van zich laat horen, zal de wederpartij goede grond hebben te vrezen dat de curator zal tekortschieten en zal het geval sub c van art. 6:80 lid 1 BW zich voordoen.

Voorts zal het verzuim van de schuldenaar c.q. diens curator zonder ingebrekestelling intreden op grond van art. 6:83 aanhef en onder c BW. Uit de mededeling van de curator dat hij de overeenkomst niet gestand doet, zal de wederpartij moeten afleiden dat deze in de nakoming tekort zal schieten. Art. 6:83 BW ziet niet rechtstreeks op de situatie dat de curator niet van zich laat horen. De gevallen waarin verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, zijn evenwel niet limitatief in deze bepaling neergelegd.¹⁹ Ik zou menen dat ingeval de curator niet (tijdig) van zich laat horen nadat hem een redelijke termijn op de voet van art. 37 Fw. is gesteld, de schuldenaar c.q. diens curator zonder meer in verzuim is.

Aldus zal de wederpartij in de regel bij het uitblijven van een verklaring van de curator dat hij de overeenkomst gestand doet, de overeenkomst kunnen ontbinden en/of zal een schadevergoedingsvordering ontstaan.²⁰

18 Overigens zal als gevolg van het faillissement de vordering van de wederpartij vaak sowieso opeisbaar zijn op grond van art. 6:40 lid 1 aanhef en onder a BW.

19 Zie bijvoorbeeld HR 6 oktober 2000, NJ 2000, 691 (Verzicht/Van Eijndhoven).

20 De wetgever ging ook uit van een automatisme. Zie de memorie van toelichting, Kortmann-Faber, p. 95: 'De bevoegdheid tot ontbinding of tot omzetting in een vordering tot schadevergoeding komt hem toe terstond nadat de termijn ongebruikt is verstreken en daardoor vaststaat dat de curator zijnerzijds niet zal nakomen'.

3.3 Het primaat van het gemene recht

Uit het voorgaande volgt dat het primaat ligt bij het gemene recht. Dat recht bepaalt of de wederpartij een schadevergoedingsvordering heeft en de hoogte daarvan en of die wederpartij de overeenkomst kan ontbinden. Art. 37 Fw. kan daarbij een rol spelen, maar de wederpartij hoeft deze weg niet te volgen, bijvoorbeeld in het geval sowieso aan de eisen voor ontbinding is voldaan of omdat hij zich kan beroepen op een in de overeenkomst opgenomen beding dat hem het recht geeft de overeenkomst te ontbinden.²¹ Met name dit laatste maakt art. 37 Fw. in de praktijk tot een dode letter.

3.4 Het voorontwerp

Het voorontwerp brengt geen grote koerswijziging op dit punt. De opvolger van art. 37 Fw. volgt hetzelfde stramien. Nog steeds bouwt de faillissementsrechtelijke regeling voort op het gemene overeenkomstenrecht. Op enkele detailpunten zijn wijzigingen aangebracht. De bewindvoerder – zoals de curator zal heten – kan zich ook eigener beweging bereid verklaren de overeenkomst gestand te doen. Hij hoeft niet steeds zekerheid te stellen indien hij ervoor kiest de overeenkomst gestand te doen, maar slechts indien de rechter-commissaris dat bepaalt. En het verval van het recht nakoming te vorderen verliest de bewindvoerder niet alleen indien hij niet (tijdig) verklaart de overeenkomst gestand te doen, maar ook indien hij nalaat de door de rechter-commissaris bepaalde zekerheid te stellen. Voorts is bepaald dat voor ontbinding een schriftelijke verklaring volstaat, ook waar het gemene recht tussenkomst van de rechter vereist.

4 HET KEUZERECHT VAN DE CURATOR

Indien de wederpartij de curator op de voet van art. 37 Fw. een redelijke termijn heeft gesteld, is het aan de curator om te kiezen of hij de overeenkomst al dan niet gestand zal doen.²² De curator zal zich daarbij laten leiden door de belangen die hij uit hoofde van zijn taak moet

21 Zie HR 13 mei 2005, NJ 2005, 406 (BabyXL).

22 Maar wat zijn keuze ook is, de curator heeft de machtiging van de rechter-commissaris (art. 68 lid 2 Fw). Zie Molengraaff-Star Busmann, p. 318, Völlmar, nr. 56, Polak-Polak, p. 131, noot 1 en 2 en Polak-Wessels II, nr. 2481.

behartigen, met in de eerste plaats het belang van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers.²³

Dit keuzerecht is in rechtsvergelijkend perspectief een steeds terugkerend element.²⁴ In de regel hoeft (het equivalent van) de curator echter niet het initiatief van de wederpartij af te wachten, maar kan hij eigener beweging zijn keuze maken. In het voorontwerp wordt hierbij aangesloten en kan de bewindvoerder zelfstandig aangeven of hij de overeenkomst gestand doet.

In theorie is dit keuzerecht een belangrijk instrument in handen van de curator. Enerzijds kan de curator voorkomen dat de boedel wordt belast met de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, indien hij van mening is dat de daartegenover staande baten daar niet tegen opwegen. Indien hij niet kiest voor gestanddoening, kan de wederpartij de curator niet dwingen tot nakoming, maar kunnen de uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen slechts ter verificatie worden ingediend.²⁵ Daarmee wordt gewaarborgd dat de wederpartij slechts ontvangt waarop hij volgens zijn rang aanspraak kan maken.²⁶ Anderzijds kan hij bewerkstelligen dat hij ook na de faillietverklaring kan beschikken over de prestaties die hij wel in het belang acht van de boedel c.q. de door de gefailleerde gedreven onderneming.²⁷

23 Daarbij dient hij rekening mee te houden met de (schadevergoedings)vordering die de wederpartij op de voet van art. 37a Fw. kan indienen, indien de overeenkomst geen gestand wordt gedaan. Indien er een uitkering van enige omvang op de concurrente vorderingen kan worden verwacht, kan het in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn dat de curator kiest voor nakoming, zelfs indien kosten die met nakoming zijn gemoeid, de daartegenover van de wederpartij te incasseren (resistant)vordering overstijgen. Zie Polak-Wessels II, nr. 2483 en Verstijlen (1998), p. 257. Vgl. voor het Duitse recht Uhlenbruck (Berscheid), § 103 Rdn. 2 en Kölner Schrift (Pape), Rdn. 8.

24 Zie de Duitse § 103 *InsO* dat als opschrift heeft het ‘Wahlrecht des Insolvenzverwalters’ en het Franse art. 622-13, al. 1 *CdC* (‘L’administrateur a seul la faculté [...]’). Indien geen *administrateur* is benoemd, wordt het keuzerecht uitgeoefend door de schuldenaar zelf. Zie bijv. art. 627-2 *CdC*. Zie voor België, met verdere rechtsvergelijkende gegevens, E. Dirix, Faillissement en lopende overeenkomsten, RW 2003-2004, p. 201-211.

25 Zie art. 26 Fw. en voor (onder meer) de schadevergoedingsvordering art. 37a Fw.

26 Vgl. E. Dirix, Faillissement en lopende overeenkomsten, RW 2003-2004, p. 201-211, in het bijzonder p. 204, die het keuzerecht in verband brengt met ‘de bescherming van de boedel en de gelijkheid tussen schuldeisers’.

27 Vgl. BGH NJW 1989, 1282, waar gewag wordt gemaakt van ‘der offensichtliche Zweck des § 17 KO [de voorloper van § 103 *InsO*; FMJV], dem Konkursverwalter im Interesse der Masse durch die Erfüllung eines Vertrags den Anspruch auf die ihm vorteilhaft erscheinende Gegenleistung zu verschaffen’. In dezelfde zin BGH NJW 1992, 507. Dit is niet anders voor de huidige § 103 *InsO*. Zie Uhlenbruck (Berscheid), § 103 Rdn. 2.

De regeling is echter behept met een aantal gebreken die het keuzerecht tot een tandeloze tijger maken. Het keuzerecht kan gemakkelijk worden gepasseerd door een contractueel beëindigingsrecht.²⁸ Voorts dient de curator die wil beschikken over de door de wederpartij te verrichten prestaties naar men aanneemt ook de openstaande schulden van vóór het faillissement te voldoen.²⁹ Tot slot geeft het voortbestaan van de overeenkomst, ook wanneer de curator ervoor kiest de overeenkomst niet gestand te doen, de wederpartij soms een machtspositie die de curator niet kan doorbreken.³⁰

5 DE CURATOR DOET DE OVEREENKOMST GESTAND

5.1 Verplichting tot zekerheidstelling

Indien de curator zich binnen de door de wederpartij gestelde redelijke termijn bereid verklaart na te komen, brengt het faillissementsrecht – in afwijking van de hoofdregel – verandering in de rechtspositie van de partijen bij de overeenkomst. In dat geval is de curator volgens art. 37 lid 2 Fw. verplicht ‘voor deze nakoming zekerheid te stellen’.³¹ Dit moet de curator nopen niet lichtvaardig voor nakoming te kiezen.³² Voorts moet de wederpartij in dat geval ‘redelijkerwijze ook op nakoming kunnen rekenen; nu hij staat tegenover een faillieten boedel, zal alleen zekerheid hem dat vertrouwen kunnen geven’.

De bepaling is niet erg gelukkig. De verplichting tot zekerheidstelling voor alle in de toekomst vervallende verplichtingen maar ook, zo komt hierna nog aan de orde, voor alle reeds vóór de faillietverklaring ontstane vorderingen, kan de curator voor ernstige liquiditeitsproblemen stellen en bemoeilijkt de voortzetting van de onderneming. De rechtsgrond daarvoor is dun. Natuurlijk moet de wederpartij op nakoming kunnen rekenen, maar indien de curator de overeenkomst gestand doet, roept hij daarmee een boedelschuld in het leven.³³ De ratio van de

28 Zie onderdeel 12.4.5.

29 Zie onderdeel 5.

30 Zie onderdeel 7.

31 Om onduidelijke redenen hoeft deze zekerheid in geval van surséance van betaling slechts ‘desverlangd’ te worden gesteld. Zie art. 236 lid 2 Fw. In de schuldsaneringsregeling is art. 37 dan weer van overeenkomstige toepassing (art. 313 Fw.).

32 Zie de memorie van toelichting, Van der Feltz I, p. 409.

33 Zie onderdeel 5.2.

boedelschuld is de betaling van de boedelschuldeiser in zekere mate te waarborgen – al biedt een boedelschuld in deze tijd van boedelfaillissementen bepaald geen absolute zekerheid – en van de curator mag worden verwacht dat hij boedelschulden niet lichtvaardig aangaat.³⁴ Bovendien geldt voor elke wederpartij van de curator dat hij redelijkerwijze op nakoming moet kunnen rekenen. Er is natuurlijk een verschil omdat een ‘gewone’ wederpartij ervoor kiest met de curator in zee te gaan, terwijl de wederpartij in het kader van art. 37 Fw. geen keuze heeft. Maar niettemin is de verplichting tot zekerheidstelling in internationaal verband een vreemde eend in de bijt. In Duitsland en Frankrijk wordt volstaan met het geven van een positie vergelijkbaar met die van een boedelschuldeiser aan de wederpartij,³⁵ gekoppeld aan een zorgvuldigheidsnorm voor (het equivalent van) de curator bij het aangaan van die boedelschuld.³⁶

Ook in haar toepassing is de bepaling problematisch. Er zal wel gedacht zijn aan de situatie dat de verplichting van de schuldenaar bestaat uit het betalen van een geldsom. Het stellen van zekerheid levert dan niet te veel problemen op. Aansluiting kan worden gezocht bij art. 6:51 BW,³⁷ volgens welke bepaling degene die op grond van de wet verplicht is tot het stellen van zekerheid de keuze heeft tussen persoonlijke en zakelijke zekerheid. Deze zekerheid dient zodanig te zijn dat de vordering – zo daartoe gronden zijn vermeerderd met rente en kosten – behoorlijk gedekt is en dat daarop ‘zonder moeite’ verhaal kan worden genomen.

Maar wat indien de door de schuldenaar te verrichten prestatie een andere is? In een bij mijn weten niet gepubliceerd vonnis van de Rechtbank Dordrecht ging het om een geval waarin de schuldenaar verplicht was een bouwpakket voor een houten ruimte te leveren en op te bouwen.³⁸ Hoe stelt men zekerheid voor de nakoming van zo'n verplichting? In het berechte geval geschiedde dat op een pragmatische manier doordat een derde, die de activiteiten van de gefailleerde had overgenomen, zich hoofdelijk tegenover de wederpartij verbond de overeenkomst na te komen. Omdat de gegoedheid van deze overnemer niet ter discussie stond, vond de Rechtbank dit – terecht lijkt mij – een vol-

34 Vgl. Boekraad, p. 30-35 en Verstijlen (1998), p. 165-168, telkens met verdere wijzigingen.

35 Zie onderdeel 5.2, alsmede onderdeel 12.4.8.7. In veel gevallen dient de tegenprestatie voor nieuwe leveranties ‘au comptant’ te worden voldaan.

36 Zie § 61 *InsO* en art. 622-13, al. 2 *CdC*. Vgl. ook art. 622-13, al. 3 *CdC*.

37 Zie Polak-Wessels II, nr. 2484.

38 Rb. Dordrecht 29 januari 1992, rolnr. 2604/1990.

doende zekerheid. Maar deze oplossing zal alleen tot de mogelijkheden behoren in geval van een doorstart.

Dit laatste was niet aan de orde in Rb. Rotterdam 11 juni 1998, JOR 1998/170. In het daar berechte geval had de gefailleerde Promotion Collection Nederland B.V. zich vóór het faillissement verplicht tot het vervaardigen van 8.000 mokken à f 1,95 per stuk. Hoe stelt men daarvoor zekerheid? De wederpartij, 3B Promotion, had die mokken na het faillissement van Promotion Collection Nederland maar elders besteld, maar daar nam de curator geen genoegen mee. Hij stelde zich op het standpunt dat hij in staat was tot nakoming en daartoe in de gelegenheid had moeten worden gesteld. 3B Promotion stelde daar weer tegenover dat de curator toch niet de vereiste zekerheid had kunnen stellen omdat de boedel maar enige duizenden guldens beliep. Maar daarover overweegt de Rechtbank:³⁹

‘Ook in dit betoog kan 3B Promotion niet worden gevolgd omdat 3B Promotion miskent dat de te stellen zekerheid – zo de curator, gelet op de aard van de te leveren prestatie, al tot het stellen van zekerheid gehouden was – uitsluitend betrekking heeft op de nakoming van de overeenkomst en niet op schade, die het gevolg zou zijn van niet-nakoming, c.q. gebrekkige nakoming.’

Het lijkt mij inderdaad juist dat de zekerheid slechts betrekking hoeft te hebben op de nakoming en niet de mogelijke schade hoeft te dekken. Het ligt voor de hand aan te knopen bij de vervangende schadevergoeding ex art. 6:87 BW en de zekerheid betrekking te laten hebben op de waarde van de door de schuldenaar verschuldigde prestatie, zodat, ingeval de wederpartij inderdaad niet krijgt waarop hij aanspraak heeft, hij met het bedrag van de zekerheid de prestatie van een derde kan betrekken.

Maar er dient wel rekening te worden gehouden met andere omstandigheden waar de wederpartij zekerheid aan kan ontleen. Voorzover die wederpartij zijnerzijds een betalingsverplichting heeft, biedt de mogelijkheid van verrekening hem een bepaalde zekerheid (die overigens mede afhankelijk is van mogelijke overige voor verrekening vatbare vorderingen die hij nog heeft). Indien de schuldenaar reeds een deel van de prestaties heeft verricht, kan dit de door de curator te stellen zekerheid ook verminderen. Indien bijvoorbeeld in het zojuist genoemde geval de schuldenaar al de helft van de mokken zou hebben gefabri-

39 In dezelfde zin Rb. Leeuwarden 14 mei 1925, NJ 1926, 950.

ceerd, kan de curator daarvan reeds de eigendom overdragen of (indien de wederpartij nog geen prijs op levering stelt) daarop een pandrecht vestigen, zodat nog maar voor de helft (additionele) zekerheid hoeft te worden gesteld.

Een ongewenst aspect van art. 37 lid 2 Fw. is mijns inziens dat de door de curator te stellen zekerheid naar heersende opvatting betrekking dient te hebben op zowel verplichtingen die vóór het faillissement zijn ontstaan als die welke na het faillissement ontstaan.⁴⁰ Dit staat op gespannen voet met de *paritas creditorum* – of beter: de door de wetgever gewilde rangorde tussen schuldeisers – en kan de curator voor problemen stellen ingeval hij de desbetreffende prestaties nodig heeft voor een voortzetting van de onderneming.

Ondanks de bovenstaande bezwaren wordt de betreffende bepaling in het voorontwerp min of meer gehandhaafd, met dit verschil dat de zekerheid slechts hoeft te worden gesteld indien de rechter-commissaris dit op verzoek van een belanghebbende of de wederpartij bepaalt. Dit is een verbetering omdat meer recht kan worden gedaan aan de belangen van de boedel in plaats van dat, zoals in het huidige stelsel, de wederpartij altijd aanspraak heeft op totale zekerheid. Maar de gehele verplichting zou – in het licht van de bovenstaande buitenlandse regelingen – mijns inziens ook gemist kunnen worden. Men bedenke dat de wederpartij sowieso een beroep kan doen op de *exceptio non adimpleti contractus* of de onzekerheidsexceptie. De wederpartij die goede grond heeft te vrezen dat de curator niet zal nakomen, zal toch wel kunnen opschorten.

In het voorontwerp wordt evenmin als naar huidig recht onderscheid gemaakt tussen vorderingen die ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaan en die welke bij de verdere uitvoering van de overeenkomst ontstaan. Wel wordt de mogelijkheid van dwangcrediteuren om betaling van faillissementsschulden af te dwingen, gemitigeerd door een doorleveringsverplichting, maar deze geldt slechts voor de beperkte duur van de afkoelingsperiode; na ommekomst van deze termijn zal de machtspositie van de wederpartij in voorkomende gevallen herleven. Invoering van de voorgestelde regeling zal meebrengen dat het Nederlandse recht uit de pas blijft lopen met het Duitse en Franse recht. Het een en ander komt nader aan de orde in onderdeel 12.4.

40 Zie Molengraaff-Star Busmann, p. 211-213, Polak-Polak, p. 131 en Van Hees, p. 164. Zie ook Hof Arnhem 8 april 1997, JOR 1997/61. Zie over het arrest van de Hoge Raad in deze zaak (waar deze kwestie niet aan de orde kwam) onderdeel 12.1.

5.2 De uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen

Indien de curator kiest voor gestanddoening vormen de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen boedelschulden.⁴¹ Dit is nergens uitdrukkelijk bepaald, maar de boedelschuld is in de huidige Faillissementswet sowieso nagenoeg ongeregeld.⁴² In de verklaring dat hij de overeenkomst gestand doet, ligt besloten dat hij de boedel verbindt voor de uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen. Dat de wederpartij de boedel moet kunnen aanspreken voor de door de curator verlangde prestaties spreekt welhaast vanzelf. In Duitsland geldt die tegenprestatie evenzeer als een *Masseverbindlichkeit*.⁴³ In Frankrijk bestaat de rechtsfiguur van de boedelschuld als zodanig niet meer maar wel is bepaald dat de betreffende vorderingen ‘sont payées à leur échéance’.⁴⁴

Maar in Nederland geldt naar heersende opvatting dat niet alleen de bij de verdere uitvoering van de overeenkomst ontstane verplichtingen als boedelschuld moeten worden voldaan, maar ook de vorderingen die op de dag der faillietverklaring al bestaan. Daaraan kleven dezelfde bezwaren als aan de verplichting tot zekerheidstelling voor deze schulden. Ook in dit opzicht loopt Nederland in internationaal verband uit de pas.⁴⁵

6 DE CURATOR DOET DE OVEREENKOMST NIET GESTAND

6.1 Verlies van het recht nakoming te vorderen

Indien de curator in de door de wederpartij aan hem gestelde redelijke termijn laat weten dat hij de overeenkomst niet gestand zal doen (of

41 Zie Van Nievelt, p. 63-64, Verschoof, p. 59 en Van Hees, p. 164. Kennelijk anders: Völlmar, nr. 56, die opmerkt dat de vordering van de wederpartij ‘praktisch boedelschuld’ wordt. Een andere opvatting leidt tot absurde resultaten, zoals blijkt uit Rb. Leeuwarden 14 mei 1925, NJ 1926, 950, waarin werd geoordeeld dat de wederpartij buiten de zekerheid van art. 37 lid 2 Fw. om geen vordering tegen de boedel kan doen gelden, hetgeen zou betekenen dat die wederpartij met lege handen zou staan indien de curator wanprestatie pleegt en schade veroorzaakt.

42 Volgens het voorontwerp zal het vermoedelijk kunnen worden gebracht onder een vordering die voortvloeit uit een verplichting die door de bewindvoerder is aangegaan, die als boedelschuld wordt aangemerkt.

43 § 55 Abs. 1 Nr. 2 *InsO*.

44 Art. 622-17, al. 1 *CdC*. In veel gevallen brengt de regeling voor ‘contrats en cours’ in art. 622-13, al 2 al mee dat de tegenprestatie ‘au comptant’ moet worden voldaan.

45 Vgl. art. 622-13, al. 4 *CdC* resp. § 105 *InsO*.

niets van zich laat horen), betekent dat niet dat de overeenkomst van tafel is. Volgens art. 37 lid 1 Fw. ‘verliest de curator het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen’. De wederpartij zal dan in de positie zijn dat hij kan ontbinden,⁴⁶ maar hoeft dat niet per se te doen.

Op dit punt verschilt het huidige recht van het recht vóór 1 januari 1992, toen art. 37 lid 1 bepaalde dat de overeenkomst was ontbonden indien de curator zich niet (tijdig) tot nakoming bereid verklaarde. De wetgever was van mening dat de op 1 januari 1992 ingevoerde art. 6:265 e.v. BW beter waren afgestemd op de faillissementssituatie. Hij zag geen reden ‘waarom de wederpartij niet ook in geval van faillissement de keuze zou worden gelaten of hij, indien de curator niet wil nakomen, gehele of gedeeltelijke ontbinding met aanvullende schadevergoeding dan wel vervangende schadevergoeding wenst’.⁴⁷

De overeenkomst blijft dus voorlopig in stand. Op dit punt wordt het lot van de overeenkomst – conform de hoofdregel – bepaald door het gemene recht. Het is aan de wederpartij om actie te ondernemen en zich te beroepen op de bevoegdheden die dat gemene recht hem toekent.⁴⁸ De curator is daarbij het lijdend voorwerp. Wel kan hij de wederpartij op de voet van art. 6:88 BW een redelijke termijn stellen, waarbinnen deze een keuze moet maken, bij gebreke waarvan zijn bevoegdheden worden beperkt tot die welke in het eerste lid van die bepaling zijn genoemd.⁴⁹

Dit voorlopige voortbestaan van de overeenkomst brengt een aantal problemen met zich mee. Die overeenkomst blijft de grondslag van op de faillissementsdatum bestaande verbintenissen en kan tevens een bron van nieuwe verbintenissen – en daarmee: van nieuwe vorderingen – zijn. Er kunnen vorderingen van de schuldenaar c.q. de boedel op de wederpartij uit ontspruiten en vorderingen van de wederpartij op de schuldenaar.

46 Zie onderdeel 3.2.

47 Zie de memorie van toelichting, Kortmann-Faber, p. 94-95.

48 In dit verband noemt Polak-Wessels II, nr. 2488 de mogelijkheid dat de wederpartij aanstuurt op bevrijding van haar verbintenissen op grond van schuldeisersverzuim (art. 6:60 BW), maar anders dan aldaar wordt gesteld, impliceert de omstandigheid dat de curator niet kiest voor gestanddoening geen schuldeisersverzuim, maar slechts schuldenaarsverzuim. De wederpartij kan heel wel in staat zijn na te komen, in welk geval schuldeisersverzuim niet is gegeven. In voorkomende gevallen kan dit anders zijn, bijv. omdat de curator zijn noodzakelijke medewerking weigert, maar dat staat los van art. 37 Fw.

49 Zie de memorie van toelichting, Kortmann-Faber, p. 94-95.

Bij de eerste categorie – de vorderingen op de wederpartij – zit het probleem in het verlies van het recht om nakoming te vorderen. Men neme het geval dat de wederpartij huurder is van een gefailleerde verhuurder. Wat als de huurder de curator een termijn stelt om te verklaren of deze de overeenkomst gestand doet? Indien de curator niet tijdig in bevestigende zin antwoordt, verliest hij het recht nakoming te vorderen. Indien de huurder gebruik blijft maken van het gehuurde – hetgeen de curator moeilijk kan voorkomen⁵⁰ – zou de conclusie zijn dat de curator geen betaling van de huurpenningen kan vorderen, terwijl de huurder wel het huurgenot heeft. Een onaanvaardbaar resultaat en mijn inziens een onjuiste conclusie.

Ik zie voor het verlies van de nakomingsvordering geen andere functie dan te voorkomen dat de wederpartij wordt aangesproken terwijl hij de daartegenover staande vordering niet (geheel) krijgt voldaan, waarmee dus weinig wordt toegevoegd aan het gemene recht. Maar in het hier aan de orde zijnde geval heeft de wederpartij die vordering al voldaan gekregen; hij heeft het huurgenot gehad. De curator heeft aan zijn deel van de – nog steeds geldende – overeenkomst voldaan en de huurder is daartegenover gehouden de huurpenningen te voldoen. De curator kan dat – nakoming dus – vorderen, n'en déplaise de tekst van art. 37 Fw.⁵¹ Vindt men dat al te stoutmoedig en houdt men vast aan het verlies van het recht nakoming te vorderen, dan staat de curator nog niet met lege handen. Nergens staat dat hij ook het recht verliest ontbinding of schadevergoeding te vorderen.

Niet alleen bij uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen op de wederpartij, maar ook ten aanzien van de vorderingen van die wederpartij doen zich complicaties voor, hetgeen in het volgende onderdeel aan de orde komt.

6.2 De uit de overeenkomst voortspuitende vorderingen

6.2.1 Art. 37a Fw.

Geen problemen doen zich voor indien kort na de faillietverklaring een einde aan de overeenkomst wordt gemaakt, bijvoorbeeld omdat de wederpartij ontbindt. Art. 37a Fw. bepaalt expliciet dat de wederpartij voor vorderingen die zij uit hoofde van de ontbinding (of een vernieti-

⁵⁰ Zie onderdeel 7.

⁵¹ Zie in deze zin ook Verschoof, p. 59 en W.J.M. van Andel in zijn noot onder Hof Amsterdam 17 maart 2005, JOR 2005/161.

ging) verkrijgt als concurrent schuldeiser kan opkomen. De ongedaanmakingsverplichting die op de voet van art. 6:271 BW ontstaat, dient dus in het faillissement ter verificatie te worden ingediend. Dit is terecht. Het mag zo zijn dat de ontbinding naar huidig recht geen terugwerkende kracht heeft – en de vernietiging niet *per se* – en de vordering ‘technisch-juridisch’ pas door de ontbinding na de faillietverklaring ontstaat, zij strekt ter afwikkeling van een voor de faillietverklaring aangegane verbintenis c.q. ontstane vordering. Ook voor de schadevergoedingsvordering die ontstaat wegens het tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring verkregen vordering, bepaalt art. 37a Fw. dat dit een concurrente vordering oplevert.

6.2.2 *Vorderingen ontstaan door de verdere uitvoering van de overeenkomst*

Het probleem ontstaat indien na de faillietverklaring nieuwe vorderingen ontstaan omdat de overeenkomst door de wederpartij verder wordt uitgevoerd, bijvoorbeeld omdat hij niet weet van het faillissement of meent dat de uitkering uit het faillissement hem per saldo voordeel zal brengen. Men neme het geval dat de overeenkomst ziet op het periodiek plaatsen van een advertentie. Indien de betreffende advertenties na de faillietverklaring verschijnen, kunnen de daartegenover staande vorderingen mijns inziens niet worden ingediend in het faillissement. Dit vloeit voort uit het feit dat deze vorderingen eerst ontstaan na de faillietverklaring en derhalve niet voor verificatie in aanmerking komen.⁵²

Maar wat indien de overeenkomst op een later moment wordt ontbonden, bijvoorbeeld omdat de wederpartij, op de hoogte gekomen van het faillissement, alsnog tot ontbinding over gaat? Volgens de tekst van art. 37a Fw. zou die wederpartij als concurrent schuldeiser kunnen opkomen, ook voor de ongedaanmaking van de prestaties – in casu: het plaatsen van de advertenties – die na de faillietverklaring zijn verricht. Toch zou ik menen dat het fixatiebeginsel eraan in de weg staat dat een wederpartij zich op deze wijze na de faillietverklaring in een betere positie manoeuvreert. De wetgever heeft dit probleem bij de totstandkoming van art. 37a Fw. niet onder ogen gezien en heeft slechts het probleem willen oplossen dat ontbinding geen terugwerkende kracht meer heeft.⁵³ De bedoeling was niet om vorderingen die ontstaan bij de

52 Enigszins anders Van Hees, p. 166, die deze vorderingen verifieerbaar acht indien de boedel is gebaat.

53 Zie de memorie van toelichting, Kortmann-Faber, p. 99-100.

afwikkeling van door de wederpartij na de faillietverklaring zonder tussenkomst van de curator verrichte prestaties tot faillissementsschuld te promoveren.

6.2.3 *Vordering tot nakoming*

Ook op een ander punt levert het voortbestaan van de overeenkomst problemen op. Het kan de wederpartij voordeel opleveren om niet te ontbinden en een vordering tot schadevergoeding in te dienen in het faillissement, maar de overeenkomst in stand te laten en een vordering tot nakoming in te dienen.⁵⁴ Exemplarisch is het geval van het Heerenveense reuzenrad.⁵⁵ Mondial had een reuzenrad verkocht aan de later gefailleerde v.o.f. Vallentgoed, voor een prijs van DM 4.250.000, te voldoen in termijnen. Vallentgoed bleef in gebreke de eerste termijn van ca. DM 1,7 miljoen te voldoen en werd daartoe op vordering van Mondial veroordeeld. Even later werd Vallentgoed in staat van faillissement verklaard. Mondial diende daarop haar vordering tot betaling van de eerste termijn (vermeerderd met nog een aantal andere posten) in in het faillissement. (Onduidelijk is waarom de overige termijnen niet zijn ingediend.) Het reuzenrad was ten tijde van de faillietverklaring nog niet geleverd; aan te nemen valt dat die levering eerst diende te geschieden nadat ten minste de eerste termijn was betaald. De curator had geen behoefte aan een reuzenrad en had aangegeven niet te zullen nakomen.

In een dergelijk geval is het goed mogelijk dat de (schadevergoedings)vordering die zou ontstaan bij ontbinding van de overeenkomst minder hoog is dan de vordering tot nakoming. Mondial zou dan immers het reuzenrad aan een derde kunnen verkopen en het verschil tussen de bedongen koopprijs en de met Vallentgoed overeengekomen koopprijs als schadevergoedingsvordering indienen in het faillissement. In een dergelijk geval kan de wederpartij proberen van twee walletjes te eten, door enerzijds de hogere vordering tot nakoming in te dienen in

54 S.C.J.J. Kortmann stelt in zijn noot onder HR 26 april 2002, NJ 2005, 180 (Deutsche Hypothekenbank/De Liagre Böhl q.q.) dat de wederpartij bij een obligatoire overeenkomst 'haar aanspraken slechts geldend [zal] kunnen maken door haar schadevergoedingsvordering ter verificatie aan te melden', maar dat lijkt mij niet juist. De wetgever liet het – zie onderdeel 6.1 – aan de wederpartij om te kiezen welke bevoegdheden die het gemene recht hem toekent hij uitoefent. Dat kan ook een vordering tot nakoming zijn. Die vordering tot nakoming dient wel op de voet van art. 26 Fw. in het faillissement te worden ingediend. Zie ook Verschoof, p. 59.

55 Hof Amsterdam 15 januari 2004, JOR 2004/89 (Boddaert q.q./Mondial Fair Attractions Holland).

het faillissement en zo voor dit hogere bedrag mee te lopen in het faillissement; terwijl hij anderzijds toch niet hoeft te leveren, omdat – zoals in casu – de verplichting tot levering eerst ontstaat na betaling van (de eerste termijn van) de koopprijs (of hem een beroep op de *exceptio non adimpleti contractus* dan wel de onzekerheidsexceptie toekomt).

Dat wil niet *per se* zeggen dat de wederpartij vrij is om te doen wat hij wil met de verkochte zaak. Er bestaat immers een – veelal louter theoretische – mogelijkheid dat hij op enig moment in de toekomst zal moeten leveren. Gaat het zoals in casu om een reuzenrad, dan kan het problemen opleveren indien hij het rad aan een derde heeft overgedragen. Maar indien het gaat om soortzaken, dan liggen de kaarten anders omdat hij dan als de nood aan de man komt gelijksoortige zaken zal kunnen leveren. En in elk geval geldt dat indien de schuldenaar een rechtspersoon is, deze na afwikkeling van het faillissement in de regel ophoudt te bestaan en de wederpartij zonder problemen het reuzenrad aan een derde zal kunnen overdragen.

Een fraai systeem levert dit niet op. Het komt mij voor dat de overeenkomst in deze situatie geen bestaansrecht meer heeft. De leveringsverplichting van de wederpartij komt in het luchtledige te hangen. Het indienen van de vordering tot nakoming dient er slechts toe de positie als schuldeiser in het faillissement te verbeteren.

De inefficiëntie van dit systeem blijkt ook bij nadere beschouwing van de positie van de wederpartij. Op hem blijft de leveringsverplichting rusten. Indien het bijvoorbeeld gaat om de verkoop van een specieszaak en de schuldenaar nog een reëel bestaan leidt na het faillissement – bijvoorbeeld omdat hij een natuurlijk persoon is – dan vormt de leveringsverplichting een last en wordt de wederpartij belemmerd in de mogelijkheid de zaak aan een derde over te dragen. Indien de wederpartij zich na het ontvangen van de uitkering van zijn leveringsverplichting wil bevrijden, kan hij alsnog ontbinden.⁵⁶ Maar dat heeft dan weer tot gevolg dat een ongedaanmakingsverplichting ontstaat op grond waarvan de wederpartij het ontvangen bedrag weer moet restitueren, met dien verstande dat hij zal kunnen verrekenen met zijn vordering tot schadevergoeding. In voorkomende gevallen kan dit dan weer betekenen, dat (het restant van) het betreffende bedrag alsnog in een (nieuw) faillissement onder de schuldeisers moet worden verdeeld. Het hele circus begint dan weer opnieuw.

56 Vgl. HR 27 juni 1952, NJ 1953, 564 (Loorbach q.q./Van Streun).

Het komt mij voor dat het in dergelijke gevallen op zijn plaats is dat de overeenkomst wordt afgewikkeld en wel doordat de aanspraken van de wederpartij zich beperken tot een vordering tot schadevergoeding in het faillissement.⁵⁷ Waar nakoming door de schuldenaar geen reële mogelijkheid is en de kans dat de wederpartij zijnerzijds nog moet nakomen evenmin reëel is, behoort er ook geen plaats te zijn voor het indienen van een vordering tot nakoming. De hoofdregel dat het faillissement de overeenkomst niet raakt, strekt er niet toe een gekunstelde vordering tot nakoming ‘in de lucht te houden’ tot voordeel van de wederpartij zonder dat diens daartegenover staande verplichting tot nakoming enige betekenis heeft.

Dat het anders kan blijkt uit het Duitse recht, dat mede ten grondslag lag aan de Nederlandse regeling.⁵⁸ Ook in § 103 InsO is bepaald dat ingeval de *Insolvenzverwalter*, op vordering van de wederpartij tot uitoefening van het keuzerecht, niet kiest voor nakoming, hij ‘auf der Erfüllung nicht bestehen’ kan. De Nederlandse wetgever beriep zich op § 17 van de toenmalige *Konkursordnung*, de voorloper van het huidige § 103 InsO, ten betoge dat ook het Duitse equivalent van art. 37 Fw. niet tot ontbinding van rechtwege leidde. Dat is op zich juist, maar geeft een scheef beeld. De weigering van de *Verwalter* om na te komen had dan wel geen ontbinding tot gevolg, maar wel gold dat:⁵⁹

‘durch diese Erklärung das Rechtsverhältnis umgestaltet wird und an die Stelle des gegenseitigen Schuldverhältnisses der einseitige Anspruch des Vertragsgegners des Gemeinschuldners auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung tritt’.

De overeenkomst bestaat nog wel maar is ‘umgestaltet’; de wederpartij heeft slechts een ter verificatie in te dienen schadevergoedingsvordering.⁶⁰

Sinds eind jaren (negentien)tachtig vaart het *Bundesgerichtshof* een andere, nogal zigzaggende koers. Hij nam toen aan dat reeds de *Konkurseröffnung* – en dus niet de door de *Verwalter* gemaakte keuze – meebracht dat de rechtsverhouding tussen partijen wordt ‘umgestal-

57 Men vergelijkte art. 38a Fw. dat juist in het leven is geroepen om problemen als de onderhavige te voorkomen. Zie onderdeel 8.3.

58 Zie de memorie van toelichting, Kortmann-Faber, p. 95.

59 BGH NJW 1986, 1176.

60 Soms wordt ook wel gesproken over het ‘erlöschen’ van de ‘Erfüllungsansprüche’. Zie bijv. BGH NJW 1987, 1702 en BGH ZIP 1997, 688.

tet'.⁶¹ In een latere uitspraak heeft het *Bundesgerichtshof* zijn nieuwe rechtspraak weer genuanceerd:⁶² het gaat niet om een 'materiell-rechtliche Umgestaltung', maar de partijen kunnen slechts 'ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche, soweit es sich nicht um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, nicht durchsetzen'.⁶³ De precieze betekenis van deze laatste tournure is nog niet duidelijk, ook niet voor de mogelijkheid een vordering tot nakoming in te dienen.⁶⁴

In Frankrijk wordt de overeenkomst rechttoe rechtaan ontbonden indien de administrateur binnen een hem daartoe gestelde termijn niet kiest voor nakoming of niet aan de betalingsverplichting voldoet.⁶⁵

Het Hof dat over de zaak van het Heerenveense reuzenrad had te beslissen zag kennelijk evenmin veel in een vordering tot nakoming en koerste aan op een schadevergoedingsvordering. Het vernietigde het vonnis van de Rechtbank, dat de vordering tot nakoming had toegelaten in het faillissement en overwoog:

'Weliswaar heeft de rechtbank met juistheid geoordeeld dat het faillissement op zichzelf geen invloed uitoefent op bestaande wederkerige overeenkomsten, maar dat neemt niet weg dat een bewindvoerder dan wel curator in een geval als het onderhavige zo'n overeenkomst eenzijdig kan ontbinden, voordat de wederpartij een schriftelijke termijn heeft gesteld als bedoeld in art.

61 BGH NJW 1989, 1282. Deze ommezwaai geschiedde overigens niet in de context van de onderhavige problematiek, maar strekte ertoe te bewerkstelligen dat de vordering van de boedel op de wederpartij indien de Verwalter voor nakoming kiest, niet worden getroffen door vóór het faillissement gevestigde (zekerheids)rechten van derden.

62 Of zoals het in een latere uitspraak wordt uitgedrukt: 'aufgegeben'. Zie BGH NJW 2003, 2744.

63 BHG NJW 2002, 2783. Het *Bundesgerichtshof* verwijst daarbij naar § 320 *Bürgerliches Gesetzbuch* waarin het opschortingsrecht is geregeld.

64 Zie Heidelberger Kommentar (Marotzke), § 103 Rdn. 43-44, die zelf van mening is dat de wederpartij een 'Erfüllungsanspruch' kan indienen, maar dat hij 'wie ein Schadenersatzgläubiger' rekening moet houden met de van zijn kant niet nagekomen 'Gegenverbindlichkeit'. Zie over de rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* ook U. Graf en I. Wunsch, Gegenseitige Verträge im Insolvenzverfahren, ZIP 2002, p. 2119-2120.

65 Zie art. 622-13, al. 1 en 3 *CdC*, alsmede Cass. com 18 mars 2003, D.2003.AJ.972. In geval van een *liquidation judiciaire* zonder voortzetting van de onderneming wordt wel aangenomen dat onder het huidige recht de overeenkomst van rechtswege ontbonden is. Zie P.M. le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005), D.2005.Chr.2311.

[...] 37 lid 1 FW. [...] Mondial komt echter wel een vordering tot schadevergoeding terzake toe. De vordering uit hoofde van deze schadevergoeding leent zich voor verificatie.’

De beslissing springt in het oog door het gebrek aan motivering. Het is dan ook onduidelijk waarop zo’n ontbindingsrecht zou moeten worden gebaseerd.⁶⁶ In de situatie dat de wetgever er zo duidelijk voor heeft gekozen het lot van de overeenkomst door het gemene recht te laten beheersen, is er weinig ruimte om een ontbindingsrecht te fabriceren waar dat gemene recht dat niet biedt.

Wel zou ik willen aannemen dat de wederpartij die nalaat te ontbinden om zijn positie tegenover de (overige) schuldeisers te versterken, in strijd komt met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Dit beginsel heeft de Hoge Raad een aantal malen ingezet om te voorkomen dat een schuldeiser een waarde aan de boedel onttrekt.⁶⁷ Wellicht kan dat ook hier. De sanctie zou dan echter niet ontbinding van de overeenkomst zijn, maar het niet toelaten van de vordering in het faillissement, voorzover deze het bedrag van de schadevergoeding te boven gaat. Immers, slechts de belangen van de overige schuldeisers dienen te worden beschermd en niet zozeer die van de schuldenaar zelf. Het is dan afdoende dat het surplus niet vatbaar is voor verificatie.

Maar het lijkt mij wenselijk dat in toekomstige wetgeving de mogelijkheid voor de curator wordt geopend een einde te maken aan een overeenkomst die geen bestaansrecht meer heeft en door de wederpartij louter tactisch wordt gebruikt om zijn positie als schuldeiser te versterken. Het voorontwerp biedt die regeling niet: het sluit op dit punt volledig aan bij art. 37 Fw.

7 Het recht van de curator op wanprestatie

7.1 Het recht van de curator op wanprestatie

Het voortbestaan van de overeenkomst scheidt niet slechts het gevaar dat de wederpartij met een hogere vordering in de verificatievergadering meeloopt, het stelt de wederpartij soms ook in staat – buiten de medewerking of zelfs tegen de wil van de curator – prestaties van de boedel te incasseren als ware het een boedelschuld.

⁶⁶ Zie ook de noot van J.J. van Hees.

⁶⁷ HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 (Tiethoff q.q./NMB) en HR 25 mei 1990, NJ 1990, 605 (Ruijgrok q.q./Amro).

Normaliter zal dat niet het geval zijn. Weliswaar blijft de overeenkomst bestaan, maar de curator kan niet worden gedwongen tot nakoming en zal in de regel wanpresteren, waarna de wederpartij zijn vordering (tot schadevergoeding of nakoming) ter verificatie moet indienen.⁶⁸ De curator heeft als het ware *een recht op wanprestatie* – in de regel zelfs: de plicht tot wanprestatie⁶⁹ – opdat aan de uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen slechts wordt voldaan voorzover dat strookt met de vorderingen van alle andere schuldeisers; dat wil zeggen: in overeenstemming met de tussen de schuldeisers geldende rangorde.

7.2 De onmogelijkheid van wanprestatie

Maar de situatie kan zodanig zijn dat de curator het niet in zijn macht heeft te wanpresteren. Een aantal voorbeelden geeft W. Sniijders, die heeft betoogd dat de wijziging van art. 37 Fw. in 1992 – toen de ontbinding bij niet-gestanddoening werd omgewisseld voor het verlies van het recht nakoming te vorderen – tot een ‘niet onaanzienlijke’ versterking van de positie van de wederpartij heeft geleid.⁷⁰

Hij noemt in de eerste plaats de figuur van de *source code escrow*. Er bestaat volgens Sniijders geen noodzaak meer een toevlucht te zoeken tot goederenrechtelijke constructies om te bewerkstelligen dat de *source code* voor software buiten bereik van de klant blijft, maar in geval van (onder meer) faillissement van de leverancier wel tot diens beschikking komt. Een simpele bewaarnemingsovereenkomst volstaat, met daarin de bepaling dat de bewaarnemer de zaak bij een faillissement van de leverancier aan de klant afgeeft. De overeenkomst blijft immers zijn werking behouden en bindt ook de curator, zelfs indien de informatiedrager met de software wel in de boedel zou vallen.

Sniijders' tweede voorbeeld betreft een verblijfsbeding bij bijvoorbeeld een maatschap of vennootschap. Men wil dan bereiken dat ingeval een der partijen faillieert, de voortzetting door de andere partijen niet wordt doorkruist doordat de curator het aandeel van de gefailleerde in de gemeenschap te gelde maakt. Dat kan, aldus Sniijders, na 1992 ook

68 Vgl. S.C.J.J. Kortmann in zijn noot onder HR 26 april 2002, NJ 2005, 180 (Deutsche Hypothekenbank/De Liagre Böhl q.q.).

69 Indien het in het belang van de boedel is om na te komen, staat daar niets aan in de weg. Vgl. HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613 (Reco/Staat), alsmede Verstijlen (1998), p. 110-113.

70 Sniijders, p. 357-360.

geschieden door een louter obligatoir beding omdat de verdeling ook de curator bindt. De curator kan die overeenkomst niet aantasten en evenmin de desbetreffende goederen opeisen. In dat laatste geval krijgt hij de overeenkomst tegengeworpen.

De door Snijders geschetste gevallen zijn voorbeelden van de situatie dat de curator het feitelijk niet in zijn macht heeft te wanpresteren. De wederpartij heeft nakoming zelf in de hand (of krijgt anderszins wat hij nodig heeft), zonder dat de curator dat kan verhinderen. Maar de wijziging van art. 37 Fw. is van minder belang dan Snijders suggereert. Weliswaar leidde art. 37 Fw vóór 1992. bij uitblijven van een positieve reactie van de curator op een door de wederpartij gestelde termijn tot ontbinding van de overeenkomst, maar de wederpartij was niet verplicht die weg te bewandelen. Beide voorbeelden die Snijders geeft konden zich ook vóór 1992 voordoen. Een dergelijke situatie hééft zich ook voorgedaan, te weten in het geval dat aan de orde was in HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 (Tiethoff q.q./NMB).

NMB was huurder van Het Residentieslachthuis. Toen Het Residentieslachthuis in staat van faillissement was verklaard, stelde NMB de aangestelde curator niet een termijn om te verklaren of hij de overeenkomst gestand wilde doen – dat zou mogelijk tot de ontbinding van de overeenkomst hebben geleid – maar bleef NMB simpelweg het gehuurde gebruiken.⁷¹ Volgens de Hoge Raad deed zich de situatie voor dat ‘de curator, [...] ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten’. De curator stuit hier op de nog steeds geldende huurovereenkomst.⁷² Indien hij ontruiming vordert, zal de huurder zich op deze overeenkomst beroepen ten betoge dat hij het gehuurde niet zonder recht of titel in gebruik heeft. Evenmin kan de curator ontbinding vorderen, omdat de huurder niet tekortschiet.⁷³ Ten slotte kan hij vanwege de regel ‘koop breekt geen huur’ het pand niet vrij van huur te gelde maken.

71 De bijzondere regeling in art. 39 Fw. ziet slechts op de situatie dat de gefailleerde huurder is. In het besproken geval was deze verhuurder en was de algemene bepaling van art. 37 Fw. van toepassing.

72 Vgl. Van Nievelt, p. 173, Van Hees, p. 165, alsmede de noot van P. van Schilfgaarde onder het besproken arrest.

73 In het berechte geval wenste NMB de verschuldigde huurpenningen te verrekenen met een vordering die zij op de gefailleerde had uit hoofde van een kredietovereenkomst. Maar daar stak de Hoge Raad een stokje voor: in de situatie dat de curator ondanks het faillissement gehouden was de prestatie te blijven verrichten en de te verrekenen vordering niets met de overeenkomst te maken had, kwam dat beroep op verrekening in strijd met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers.

7.3 Doorbreking van de contractuele positie van de wederpartij

7.3.1 *De continuïteit van het contract en de tussen schuldeisers geldende rangorde*

De mogelijkheid bestaat dus dat de schuldenaar ‘over zijn graf regeert’ door het sluiten van een overeenkomst die de curator wel moet nakomen. Is dat erg? Men kan daar verschillend over denken. Dirix komt in zijn rechtsvergelijkende analyse van het keuzerecht van de curator tot de conclusie dat gebruiksrechten op goederen van de gefailleerde schuldenaar blijven bestaan en kunnen worden uitgeoefend.⁷⁴ De strekking van dat keuzerecht is, aldus Dirix, ‘het niet laten toenemen van het passief van de boedel’ (dus de boedelschulden, in tegenstelling tot ‘het passief in de boedel’, waarmee de faillissementsschulden worden aangeduid). In gevallen als de onderhavige zou aan die strekking geen afbreuk worden gedaan, omdat geen actieve prestatie van de boedel wordt verwacht.

Ik denk daar anders over. Allereerst plaatst Dirix zelf het keuzerecht tegen de achtergrond van ‘twee belangrijke doelstellingen eigen aan het faillissementsrecht, nl. de bescherming van de boedel en de gelijkheid tussen schuldeisers’.⁷⁵ Het komt mij voor dat deze doelstellingen van het faillissement – die overigens nauw met elkaar verbonden zijn – ook in het geding zijn in gevallen waarin geen actieve prestatie wordt verlangd. De boedel wordt in voorkomende gevallen wel degelijk geschaad en ontbeert bescherming, te weten indien de (huur)overeenkomst niet marktconform is. De wederpartij onttrekt dan een waarde aan de boedel die niet wordt gecompenseerd door de door de wederpartij verrichte betalingen. Bij de huurovereenkomst geldt dan bovendien dat deze een waardedrukkende werking op het gehuurde heeft, omdat de curator niet vrij van huur kan overdragen. En ook aan Dirix’ tweede doelstelling van het faillissement, de gelijkheid tussen schuldeisers, wordt afbreuk gedaan, omdat één schuldeiser, buiten de curator om en tegen diens wil, zijn vordering – het recht op huurgenot – incasseert, ten detrimente van de overige schuldeisers.

74 E. Dirix, Faillissement en lopende overeenkomsten, RW 2003-2004, p. 201-211, in het bijzonder p. 209-211.

75 E. Dirix, Faillissement en lopende overeenkomsten, RW 2003-2004, p. 204.

Naar ik meen is het enkele beroep op een contractueel (gebruiks)recht c.q. de regel dat het faillissement wederkerige overeenkomsten niet raakt, onvoldoende om te rechtvaardigen dat de wederpartij buiten de curator om voldoening van zijn obligatoire aanspraak ten laste van de boedel kan bewerkstelligen.⁷⁶ Dat is een overstrekking van de regel van continuïteit van het contract. De regel brengt mee dat het faillissement geen afbreuk doet aan de daaruit voortvloeiende verbintenisrechtelijke aanspraken; zij neemt niet weg dat aan die aanspraken slechts wordt tegemoetgekomen voorzover dat strookt met de aanspraken van alle andere schuldeisers, dat wil zeggen, in overeenstemming met de tussen hen geldende rangorde.

Ik zou dan ook als hoofdregel willen verdedigen dat de wederpartij geen beroep toekomt op de overeenkomst voorzover dit beroep ertoe strekt zijn obligatoire vordering (tot gebruik) ten laste van de boedel te incasseren. Anders gezegd, de curator heeft ook hier een *recht op wanprestatie* en kan dat recht als het ware effectueren, opdat de uit de overeenkomst voortspruitende vorderingen via de verificatievergadering worden voldaan. De curator moet het goed ten aanzien waarvan de wederpartij obligatoire rechten kan doen gelden op kunnen eisen (of die overeenkomst anderszins kunnen negeren); die wederpartij moet zich bepalen tot het indienen van een vordering ter verificatie.

Enige steun voor deze opvatting vind ik in HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613 (Reco/Staat), waar het onderhavige probleem overigens niet als zodanig aan de orde was. Centraal in dat arrest stond een contractueel recht van een opdrachtgever om gebruik te maken van steigermateriaal van een gefailleerde aannemer indien die opdrachtgever het betreffende werk zelf voltooit of doet voltooien. De Hoge Raad accordeerde het (door hem geherformuleerde) oordeel van het Hof 'dat degene die dit recht bedong daaraan niet de bevoegdheid kan ontnemen eenzijdig de *paritas creditorum* te doorbreken' (maar de curator vrij was om het beding te honoreren, zo hem dit voor de boedel voordelig voorkwam).

Ook in internationaal verband is de rechtsfiguur dat (het equivalent van) de curator op deze wijze een contractueel (gebruiks)recht van een

76 Kennelijk anders: Van Nievelt, p. 176-178.

wederpartij doorbreekt geen vreemde eend in de bijt.⁷⁷ Het ware overigens wenselijk expliciet te bepalen dat indien de curator kiest voor niet-nakoming, de overeenkomst geldt als ontbonden en dat de wederpartij zijn aanspraken moet indienen in het faillissement: ook hier geldt dat die overeenkomst geen bestaansrecht meer heeft.⁷⁸

Maar er zijn twee redenen waarom de mogelijkheden voor een curator om het contractuele recht van wederpartij te doorbreken naar geldend Nederlands recht niet al te veel praktische betekenis heeft: (i) sommige wederpartijen hebben een beschermde status; en (ii) sommige wederpartijen ontlenen additonele rechten aan hun feitelijke positie.

7.3.2 *Beschermde partijen*

In onze maatschappelijke orde genieten sommige wederpartijen een beschermde status. De wetgever laat hun belangen prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers. En juist de belangrijkste categorie van wederpartijen met een obligatoir (gebruiks)recht op een aan de boedel toebehorende zaak, vormt daarvan een voorbeeld, te weten de huurder.⁷⁹ De huurder vindt bescherming tegen niet alleen zijn verhuurder, maar ook diens (overige) schuldeisers of rechtsverkrijgers. Vanwege de regel ‘koop breekt geen huur’ kan de huurder zijn recht tegenwerpen aan een rechtsverkrijger van de verhuurder, ook wanneer de overdracht door een schuldeiser wordt bewerkstelligd.⁸⁰

77 In Duitsland vallen duurovereenkomsten onder het keuzerecht van de curator ex § 103 *InsO*, behoudens andersluidende bepaling. Die is er voor arbeidsovereenkomsten en voor sommige huur-, en pachtovereenkomsten (§ 108 *InsO*). Indien de *Verwalter* van een verhuurder van een niet onder § 108 *InsO* vallende roerende zaak kiest voor niet-nakoming, kan hij de afgifte van de zaak eisen. Zie Heidelbergse Kommentar (Marotzke), § 108 Rdn. 6. Vgl. ook § 178 van de *Insolvency Act 1986* in Engeland, dat de liquidator de bevoegdheid geeft ‘any unprofitable contract’ te beëindigen, de zogenaamde *disclaimer of onerous property*. Dit strekt ertoe de vaststelling te doorbreken die kan ontstaan omdat de *liquidator* niet kan worden verplicht tot nakoming, maar evenmin de overeenkomst zou kunnen beëindigen; en om toekomstige verplichtingen te voorkomen, die als ‘expenses of the liquidation’ ten koste van de concurrente schuldeisers zouden moeten worden voldaan. De wederpartij kan voor zijn schadevergoeding opkomen als concurrent schuldeiser. Zie hierover Goode, p. 158, alsmede I. Fletcher, *Disclaimer of onerous property – gap-filling by the English courts*, *TvI* 2000/6, p. 185 en Smelt, p. 153-154.

78 Vgl. onderdeel 6.2.3.

79 Vgl. voor het Duitse recht § 108 *InsO* dat een uitzondering geeft op het keuzerecht ex § 103 *InsO* van de *Insolvenzverwalter* voor arbeidsovereenkomsten en sommige huur-, en pachtovereenkomsten.

80 Art. 7:226 lid 2 BW.

Daarbij past – bij gebreke van een specifieke andersluidende bepaling – dat ook in geval van een faillissement het belang van de huurder prevaleert boven dat van de gezamenlijke schuldeisers.

Ik kan mij overigens in een nieuwe Insolventiewet een andere regeling voorstellen, waarin bijvoorbeeld in geval van bedrijfsmatige huur, de overeenkomst in stand blijft, mits de huurder een marktconforme huur voldoet. En evenzeer zijn er redenen de beschermde positie van de huurder te beperken tot de huur van een gebouwde onroerende zaak, een woonwagen of een standplaats. Gaat het om andere zaken, dan is de huurder minder beschermenswaardig, hetgeen ook blijkt uit de omstandigheid dat men dan van de regel ‘koop breekt geen huur’ kan afwijken.⁸¹

7.3.3 *Additionele rechten*

Maar ook waar deze beschermingswaardigheid ontbreekt en de curator het goed van de wederpartij zou kunnen opeisen, kunnen de omstandigheden zodanig zijn dat het weinig zinvol is dit te doen. Ik neem bij wijze voorbeeld het geval dat aan de orde was in Hof Amsterdam 17 maart 2005, JOR 2005/161. De economische eigenaar van een pand dat juridisch eigendom was van de gefailleerde had het betreffende pand na de faillietverklaring verhuurd aan derden. De curator vorderde ontruiming omdat de huurders de huurpenningen niet aan de boedel maar aan de economische eigenaar voldeden. De vordering faalde omdat de huurders het pand niet zonder recht of titel in gebruik hadden. De overeenkomst met de economisch eigenaar gold nog steeds, zodat deze nog steeds recht had op het gebruik en dat gebruik aan de huurders kon verschaffen.

De economisch eigenaar heeft niet eenzelfde bescherming als de huurder. Ervan uitgaande dat degenen die van de economisch eigenaar hebben gehuurd geen bijzondere huurbescherming genieten,⁸² zou de curator mijns inziens ontruiming moeten kunnen verkrijgen opdat hij het pand onbelemmerd te gelde kan maken, zonder dat dat kan worden afgeweerd met een beroep op de overeenkomst van economische eigendomsoverdracht. Maar het is de vraag of het zinvol is om dat te doen. In het Nederlandse recht heeft degene die feitelijk de macht heeft over een zaak van een ander vaak een ijzersterke positie. Zo ook hier. De

81 Art. 6:226 lid 4 BW.

82 Dit werd in het berechte geval, waar het woonruimte betrof, in het midden gelaten. Zie over deze problematiek de noot van W.J.M. van Andel.

weigering de zaak juridisch te leveren en het opeisen van de zaak impliceert dat de curator wanpresteert. De wederpartij kan ontbinden en/of schadevergoeding vorderen. Dat is ook de bedoeling, omdat het hele doel van de exercitie is te bewerkstelligen dat de wederpartij via de uitdelingslijst overeenkomstig zijn rang wordt voldaan.

Maar omdat de wederpartij het pand houdt, komt hem ook een retentierecht toe. Ik zou menen dat de verplichting tot afgifte van het pand voldoende samenhang heeft met zijn (schadevergoedings)vordering als bedoeld in art. 6:52 jo. 57 BW.⁸³ Weliswaar kan de curator een retentierecht doorbreken met een beroep op art. 60 lid 2 Fw., maar de wederpartij behoudt zijn aan het retentierecht verbonden, zeer hoge voorrang, die gaat 'boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen'.⁸⁴ De curator zou dus weliswaar de zaak voor de marktwaarde te gelde kunnen maken, niet gehinderd door de obligatoire aanspraken van de wederpartij. Maar omdat de schade van de wederpartij ten minste die marktwaarde zal belopen – hij had immers een recht op levering – zal de opbrengst weer volledig terecht komen bij de wederpartij, minus de bijdrage in de faillissementskosten. Indien het de curator het erom te doen is de rangorde te bewaken, is het weinig zinvol deze weg te bewandelen. Blijft over het belang dat hij de faillissementskosten over de opbrengst van het pand kan omslaan, maar dat is toch van een andere orde.

In andere casus kan de doorbreking van het contractuele (gebruiks)recht evenwel meer betekenis hebben, bijvoorbeeld indien er geen retentierecht is of de daardoor gedekte (schadevergoedings)vordering geringer is dan de meerwaarde die de curator kan realiseren indien hij niet wordt gehinderd door de rechten van de wederpartij.

De positie van de retentor verdient overigens, bijvoorbeeld in het kader van een nieuwe Insolventiewet, nadere overweging. Men kan zich afvragen of de retentor niet is overbedeeld, met name in gevallen waarin duurovereenkomsten in het geding zijn en de schadevergoedingsvordering waarvoor het retentierecht wordt ingeroepen betrekking heeft

83 Dit is niet alleen van toepassing als twee verbintenissen tegenover elkaar staan maar kan analogisch worden toegepast indien een andersoortige verplichting tot afgifte tegenover een verbintenis staat. Zie HR 28 juni 1996, NJ 1997, 397 (Hendriks/Slot q.q.).

84 Voorzover art. 37a Fw. toepasselijk is op de vordering tot schadevergoeding, doet de omstandigheid dat die bepaling de vordering als concurrent aanmerkt mijns inziens niet af aan de voorrang die een retentor ten aanzien van de schadevergoedingsvordering kan hebben. Die bepaling beoogt niet de rangorde te regelen, maar de mogelijkheid tot indiening in het faillissement. Zie onderdeel 6.2.1.

op prestaties die de schuldenaar in de periode na de insolventverklaring had moeten verrichten.

7.4 Overeenkomsten die verplichten tot een niet-doen

Dirix heeft – vanuit zijn opvatting dat het keuzerecht van de curator er slechts toe strekt het passief van de boedel niet te laten toenemen – betoogd dat de curator gehouden is verbintenissen om niet te doen na te komen, ook buiten gevallen van huur etc.⁸⁵ Daardoor loopt het passief immers niet op. Maar naar ik meen, geldt ook hier dat waar geen actieve prestatie van de curator wordt verlangd, het belang van de boedel c.q. de gelijke behandeling van schuldeisers toch in het geding kan zijn.⁸⁶ Contractuele beperkingen van zijn concurrentiemogelijkheden, geheimhoudingsverplichtingen etc. kunnen hem in zijn beleid beperken en een waardedrukkende werking hebben wanneer hij bijvoorbeeld de onderneming te gelde maakt. Indien de curator zich houdt aan dergelijke contractuele beperkingen, ‘voldoet’ hij de vordering tot niet-doen van één schuldeiser ten koste van de gezamenlijkheid. Dat hoeft hij – behoudens andersluidende bepaling⁸⁷ – niet te doen en mag hij in de regel ook niet doen.

Is de schuldenaar uit hoofde van de overeenkomst verplicht te dulden dat de wederpartij een aan de schuldenaar toebehorend gebouw sloopt, dan mag de curator sloop verhinderen.⁸⁸ Heeft de schuldenaar zich verplicht verpande vorderingen niet op een andere rekening dan de rekening bij de pandhouder te incasseren, dan staat dat er niet aan in de weg dat de curator op de boedelrekening int.⁸⁹ Heeft de schuldenaar zich verplicht parkeerplaatsen niet aan een eetgelegenheid te verhuren, dan staat niets eraan in de weg dat de curator dit wel doet.⁹⁰ Heeft de schuldenaar zich verplicht tot geheimhouding, dan kan de curator de betreffende informatie aan derden verstrekken.⁹¹

85 E. Dirix, *Faillissement en lopende overeenkomsten*, RW 2003-2004, p. 201-211, in het bijzonder p. 211.

86 Zie onderdeel 7.3.1.

87 Zie bijv. art. 6:252 BW jo. 35a Fw. Ook een gestanddoening van de overeenkomst op de voet van art. 37 Fw. kan ertoe leiden dat de boedel wordt verbonden voor de nakoming van in de overeenkomst opgenomen verplichtingen tot niet-doen.

88 Anders: Hof Amsterdam 22 juni 2000, kenbaar uit HR 26 april 2002, NJ 2005, 180 (*Deutsche Hypothekenbank/De Liagre Böhl* q.q.).

89 Vgl. Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, JOR 2006/22 (*ING/Verdonk* q.q.).

90 Vgl. BGH ZIP 2003, 1550.

91 Zie C. Wenner en M. Schuster, *Sind Geheimhaltungsvereinbarungen insolvenzfest?*, ZIP 2005, p. 2191-2196.

Maar uiteraard mag de curator niet doen wat hij ook los van de door de schuldenaar gesloten overeenkomst niet mag doen. Constitueert een gedraging waarmee de curator een concurrentiebeding schendt tevens een ongeoorloofde mededinging, dan roept hij daarmee een boedel-schuld in het leven.⁹² En ook los van een contractuele geheimhoudings-verplichting kan het een onrechtmatige daad opleveren indien de cura-tor vertrouwelijke informatie in de openbaarheid brengt.⁹³

7.5 Andere dan verbintenisscheppende overeenkomsten

Duidelijkheidshalve zij opgemerkt dat het bovenstaande slechts ziet op verbintenisscheppende overeenkomsten. Indien bijvoorbeeld een procesrechtelijke overeenkomst in het geding is, is het bovenstaande niet van toepassing. Men neme het geval dat iemand zijn goederenrechtelijke recht via een bewijsovereenkomst wil beschermen tegen oneigenlijke vermenging. Daartoe kan worden bepaald dat bij de schuldenaar aangetroffen zaken van de soort als door de wederpartij aan hem ter hand gesteld, worden vermoed aan die wederpartij toe te behoren. Waar de curator zonder zo'n beding een beroep zou toekomen op de gestapelde vermoedens van de art. 3:109 en 119 BW, waardoor de wederpartij in gevallen van oneigenlijke vermenging in een moeilijke bewijspositie zou kunnen geraken, wordt door zo'n bewijsovereenkomst de bewijslast juist op de curator gelegd.

Bij zo'n procesrechtelijke overeenkomst is de wederpartij geen schuldeiser en is er dus evenmin sprake van een doorkruising van de rangorde, noch lost de rechtsverhouding die de wederpartij aan de overeenkomst ontleent zich op in een schadevergoedingsaanspraak. De wederpartij bepaalt door het beding zijn processuele (bewijs)positie ten opzichte van de schuldenaar. Het faillissement doet daaraan geen afbreuk. Net als procesverrichtingen van de schuldenaar vóór faillissement de curator binden, geldt hetzelfde voor het bewijsbeding.⁹⁴

Dit alles geldt *mutatis mutandis* voor bijvoorbeeld een overeenkomst waarin een geschil aan arbitrage wordt onderworpen.

92 Vgl. de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer met betrekking tot art. 6:172 BW, Parl. Gesch. Boek 6, p. 732.

93 Zie C. Wenner en M. Schuster, t.a.p., p. 2193-2194.

94 Zie daarover Polak, p. 6 en Verstijlen (2005), p. 337-345.

8 AFZONDERLIJK GEREDELDE OVEREENKOMSTEN

8.1 Lastgeving

Voor een aantal overeenkomsten geldt een bijzondere regeling. Het is hier niet de plaats deze uitzonderingen uitputtend te behandelen. Met elk van deze uitzonderingen valt op zichzelf een preadvies te vullen. Ik volsta met een korte schets van een aantal overeenkomsten en de beweegredenen van de wetgever om een bijzondere regeling in het leven te roepen. Deze beweegredenen zijn velerlei.

Bij de overeenkomst van lastgeving waren het de belangen van de wederpartij en/of de boedel.⁹⁵ Art. 7:422 lid 1 BW bepaalt dat de lastgeving eindigt (onder meer) door het faillissement van de lastgever of lasthebber. De bevoegdheid om voor rekening van een ander rechtshandelingen te verrichten werd zo bijzonder geacht dat een gewichtige wijziging in de civielrechtelijke status van een der partijen als het faillissement meebrengt dat er geen verdere binding is. Van de regel dat de lastgeving eindigt door het faillissement van de lastgever kan niet worden afgeweken.⁹⁶ Het lijkt erop dat de wetgever wilde voorkomen dat door de lasthebber na de faillietverklaring verrichte rechtshandelingen zouden moeten worden gehonoreerd.⁹⁷ Maar het komt mij voor dat art. 24 Fw. c.q. het fixatiebeginsel daar sowieso aan in de weg staat.

8.2 Termijnzaken

Aan de regeling van art. 38 Fw. ligt ‘het belang van het handelsverkeer’ ten grondslag.⁹⁸ Nog niet door beide partijen volledig uitgevoerde overeenkomsten tot levering van zaken die ter beurze op termijn worden verhandeld, worden door de faillietverklaring van een der partijen ontbonden, indien de levering is bedongen tegen een tijdstip of binnen een bepaalde termijn en dat tijdstip is gelegen respectievelijk die termijn eindigt na de faillietverklaring. Dergelijke overeenkomsten plegen deel uit te maken van een keten van rechtshandelingen en de wetgever wilde het

95 Zie de Toelichting-Meijers, Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 371-373. Een uitzondering bevat art. 7:423 lid 2 BW voor de zogenaamde privatieve last.

96 Art. 7:422 lid 2 BW.

97 Vgl. voor het Duitse *Geschäftbesorgungsvertrag* § 116 *InsO*, die dit doel nastreeft. Zie Kölner Schrift (Pape), Rdn. 93, alsmede Uhlenbruck (Berscheid), § 115, 116 Rdn. 2, die de regel ‘rechtspolitisches fragwürdig’ acht, omdat het doel van bescherming van de *Insolvenzmasse* voorbij wordt geschoten.

98 Zie de memorie van toelichting, Van der Feltz I, p. 413

handelsverkeer niet opzadelen met de rechtsonzekerheid die gelegen is in de door de curator op de voet van art. 37 Fw. te maken keuze. Vandaar dat de overeenkomst van rechtswege is ontbonden. Is het verloop van de markt zodanig dat de wederpartij schade lijdt, dan kan hij daarvoor als concurrent schuldeiser opkomen; lijdt de boedel schade, dan dient de wederpartij die aan de boedel te vergoeden.

De precieze betekenis van de bepaling is in nevelen gehuld. Wessels lijkt bijvoorbeeld de toepassing te beperken tot waren die daadwerkelijk ter beurze zijn verkocht,⁹⁹ maar dat haal ik noch uit de tekst, noch uit de toelichting.¹⁰⁰ Die suggereren veeleer dat wanneer ik mijn groenteboer vraag volgende week vijf kilo aardappelen af te leveren, die transactie er ook onder kan vallen. Zijn transacties waarbij daadwerkelijk levering is beoogd uitgezonderd?¹⁰¹ Zijn effecten, swaps, geld, elektriciteit etc. 'waren'? Moet de schade concreet of abstract worden berekend? Een uitgebreidere regeling – zoals neergelegd in § 104 *InsO* – ware wenselijk. Erg vaak lijkt art. 38 Fw. overigens niet te worden ingeroepen. In het voorontwerp keert de bepaling niet terug.

8.3 Huurkoop

Bij art. 38a Fw., over de huurkoop, waren bepalend het belang van de boedel en de wens om tot een afwikkeling te komen.¹⁰² Geconstateerd werd dat art. 37 Fw. in de regel niet van toepassing was bij een faillissement van de huurkoper. Om toch tot een afwikkeling van de huurkoop te kunnen komen, werd beide partijen een ontbindingsrecht toegekend. Door ook de curator het ontbindingsrecht te geven wordt voorkomen dat de vordering (tot nakoming) van de huurverkoper voor het volledige bedrag moet worden geverifieerd, terwijl hij, zolang hij niet volledig is voldaan, ook eigenaar van de zaak blijft.¹⁰³ In het voorontwerp keert de bepaling niet terug, maar wordt de materie beheerst door een algemene bepaling. Deze ziet op overeenkomsten die de strekking hebben dat de eigendom van een zaak die de schuldenaar in zijn macht heeft bij

99 Polak-Wessels II, nr. 2497. Zo ook Polak-Polak, p. 134.

100 In deze zin ook Van Delden, p. 89.

101 De (oude) rechtspraak tendeert naar een positieve beantwoording, de literatuur en de wetsgeschiedenis naar een negatieve. Zie Molengraaff-Star Busmann, p. 214, noot 1 en Polak-Wessels II, nr. 2498.

102 Zie de memorie van toelichting, Kortmann-Faber, p. 102.

103 Dit probleem kan zich ook buiten de huurkoop voordoen. Zie onderdeel 6.2.3.

die wederpartij blijft totdat de schuldenaar een door hem verschuldigde prestatie heeft voldaan. Die wederpartij kan de zaak terugvorderen, hetgeen leidt tot ontbinding van de overeenkomst. De bewindvoerder kan de wederpartij een redelijke termijn stellen om te kiezen voor terugvordering. Bij uitblijven van een keuze kan de bewindvoerder de zaak te gelde maken.

Dit artikel ziet dus ook op andere overeenkomsten dan huurkoop. Een koop onder eigendomsvoorbehoud en financial lease vallen er eveneens onder. De bewindvoerder zal dus niet kunnen ontbinden – zoals hij volgens art. 38a Fw. wel kan – maar door een termijn te stellen, kan hij de afwikkeling van de overeenkomst forceren: of de wederpartij eist de zaak op of de bewindvoerder kan deze executeren. Dat de opeising leidt tot ontbinding is toe te juichen: het voorkomt dat de wederpartij én de zaak terugkrijgt én zijn totale vordering kan indienen, maar ook voorkomt het dat de overeenkomst een sluimerend, betekenisloos bestaan blijft leiden.

Te betreuren valt dat de wederpartij zonder meer de bevoegdheid tot opeising (en dus ontbinding) heeft, zelfs waar de schuldenaar steeds aan zijn verplichtingen heeft voldaan en ook de bewindvoerder aan die verplichtingen wil en kan voldoen, bijvoorbeeld omdat hij de zaak nodig heeft voor een bedrijfsvoortzetting.¹⁰⁴

8.4 Huur

De voor de praktijk belangrijke regeling van de huur in art. 39 Fw. berust op een ‘uitruil’ tussen de belangen van de verhuurder en de boedel.¹⁰⁵ Zowel de curator als de verhuurder kan de huur opzeggen op een termijn van maximaal drie maanden. Deze opzegging leidt tot een regelmatige beëindiging van de huur; er resulteert geen schadeplichtigheid.¹⁰⁶ De boedel wordt aldus ontlast van de verplichtingen verbonden aan de huur van zaken die niet (meer) nodig zijn en daartegenover heeft de verhuurder aanspraak op een boedelschuld. De verhuurder kan uitzien naar een nieuwe huurder en heeft ‘zekerheid, dat de curator hem, zolang de overeenkomst met den boedel voortloopt, den huurprijs zal voldoen’.

Deze belangenafweging die anno 1893 is gemaakt, valt heden ten dage anders uit. De boedelvordering van de verhuurder biedt in een tijd

104 Vgl. Van Hees, p. 169-170.

105 Zie de memorie van toelichting, Van der Feltz I, p. 449-450.

106 Zie HR 28 november 1929, NJ 1930, 668 (Simons/Sluizer).

van boedelfaillissementen geen ‘zekerheid’ van betaling. En van de andere kant heeft de Hoge Raad uit (de opzegging van) de huurovereenkomst voortvloeiende contractuele verplichtingen tot boedelschuld gepromoveerd.¹⁰⁷

Er bestaat dan ook een zekere prikkel de regeling te omzeilen en dat is niet zonder resultaat gebleven. In HR 13 mei 2005, NJ 2005, 406 (BabyXL) oordeelde de Hoge Raad dat art. 39 Fw. een contractueel ontbindingsrecht onverlet laat. De verhuurder kon met een beroep op dat recht de regeling van art. 238 Fw. – het equivalent van art. 39 Fw. voor de surseance van betaling – omzeilen. Bovendien kon de verhuurder zich beroepen op een schadevergoedingsbeding dat hem recht gaf op ten minste de resterende huurtermijnen tot het eind van de reguliere looptijd.¹⁰⁸ De Hoge Raad redeneert daarbij nogal formeel. De verschuldigde schadevergoeding is niet gekoppeld aan een beëindiging op grond van art. 39 of 238 Fw., aldus de Hoge Raad, maar aan een ontbinding op grond van het beding in de overeenkomst. En die art. 39 en 238 Fw. bevatten geen regeling over schadevergoeding bij ontbinding.

Men kan daar bedenkingen bij hebben. Het is juist dat een opzegging (op de voet van art. 39 Fw.) iets anders is dan een ontbinding (op grond van een contractueel beding), maar daarmee wordt toch wel voorbij gegaan aan de ‘uitruil’ van belangen die aan art. 39 Fw. ten grondslag lag. De boedel zou worden ontlast van de verplichtingen uit de huur en de aansprakelijkheid beperkt tot drie maanden boedelschuld. Dat dit is vormgegeven in de vorm van opzegging lijkt mij niet fundamenteel. Illustratief is dat de wetgever bij het concipiëren van art. 38a Fw. aansluiting heeft gezocht bij art. 39 Fw. en aan beide partijen bij de huurkoop een ontbindingsrecht heeft gegeven.¹⁰⁹

Terecht kiest het voorontwerp een andere weg dan art. 39 Fw. De huurovereenkomst zal vallen onder het algemene artikel, in grote lijnen overeenkomend met art. 37 Fw.¹¹⁰ Geen boedelschuld dus voor de verhuurder, maar wel kan hij zijn schadevergoedingsvordering ter verificatie indienen. Winst is ook dat de huurovereenkomst onder de doorleveringsverplichting valt, waarover onderdeel 12.4. In internationaal verband pleegt (het equivalent van) de curator een bepaalde periode te kunnen beschikken over gehuurde (bedrijfs)ruimte.¹¹¹

107 HR 18 juni 2004, NJ 2004, 617 (Circle Plastics).

108 Zie daarvoor onderdeel 11.1.

109 Zie de memorie van toelichting, Kortmann-Faber, p. 102.

110 Ook wordt een nadere regeling gegeven voor de indeplaatsstelling ex art. 7:307 BW.

111 Zie § 108 *InsO* en § 622-14 *CdC*.

8.5 Arbeidsovereenkomst

De politiek meest beladen overeenkomst moet wel de arbeidsovereenkomst zijn.¹¹² Ook hiervoor biedt de Faillissementswet een afzonderlijke regeling, in art. 40 Fw. Werknemer en curator kunnen de arbeidsovereenkomst opzeggen met inachtneming van een termijn van maximaal zes weken. Het loon (en de premieschulden) zijn gedurende deze termijn boedelschuld. Ook aan deze bepaling ligt een belangenafweging ten grondslag. Art. 40 Fw. waarborgt de werknemers:¹¹³

‘dat zij althans gedurende zes weken hunne betrekkingen behouden, en verzekert den curator gedurende denzelfden tijd eene hulp die hij misschien moeilijk zal kunnen missen. De termijn mocht niet ruimer genomen worden, om den boedel niet met een te hoog bedrag aan salarissen te belasten voor het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen’.

De bepaling is in de loop der tijd herhaaldelijk gewijzigd en de termijnen variëren daarbij in de loop der tijd voor sommige categorieën van werknemers, maar de aard van de afweging blijft hetzelfde. De uitkomst van deze belangenafweging kan niet worden doorkruist door vóór het faillissement gemaakte afspraken over bijvoorbeeld een afvloeiingsregeling.¹¹⁴ De daaruit voortvloeiende vorderingen zijn in geval van een opzegging op de voet van art. 40 Fw. niet verifieerbaar.

Maar art. 40 Fw. vervult niet meer dezelfde functie als in 1893. Een boedelschuld is niet meer zoveel waard als toen. De maatschappelijke structuren zijn aanzienlijk gewijzigd. De arbeidsrechtelijke bescherming buiten faillissement is versterkt, gecollectiviseerd, geflexibiliseerd. De financiële aanspraken van de werknemer worden tot op zekere

112 Dat de positie van werknemers ook in het buitenland gevoelig ligt, blijkt uit de beschrijving van het parlementaire debat voor de per 1 januari 2006 in werking getreden herziening van het faillissementsrecht door P.M. le Corre, *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005)*, D.2005.Chr.2311, die opmerkt dat de oppositie in het parlement van het onderwerp haar ‘cheval de bataille’ had gemaakt. De uitkomst: het normale regime is van toepassing in de ‘procédure de sauvegarde’, een bijzonder regime komt eerst aan de orde bij een ‘redressement judiciaire’ of ‘liquidation judiciaire’. In Duitsland bevatte het oorspronkelijke ontwerp een bepaling dat ‘die Interessen der Arbeitnehmer des Schuldners [...] berücksichtigt[werden]’, die in de loop ter tijd is gesneuveld. Zie Uhlenbruck (Uhlenbruck), § 1 Rdn. 16.

113 Memorie van toelichting, Van der Feltz I, p. 428.

114 Zie HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662 (Van Gelder Papier).

hoogte gewaarborgd door het UWV, die zich in de plaats van de werknemer bij de curator meldt.

Doordat de normale arbeidsrechtelijke bescherming binnen faillissement ontbreekt, is er zekere prikkel om het faillissement te benutten om een bovenmatig personeelsbestand goedkoop te saneren. Dit heeft er dan weer toe geleid dat de bescherming van de werknemers in de Faillissementswet enigszins is opgeschroefd, door de 'normale' arbeidsrechtelijke bescherming te doen herleven na een vernietiging van het faillissement, bijvoorbeeld op grond van misbruik van faillissementsrecht, en door de beroepsmogelijkheden tegen (de machtiging van de rechter-commissaris voor) de opzegging te verruimen.

Ook hier slaat het voorontwerp een nieuwe weg in. De arbeidsrechtelijke bescherming wordt gelijkgetrokken met de situatie buiten faillissement. De werknemer – lees: het UWV – zal niet langer een boedel-schuld hebben. De normale bepaling voor wederkerige overeenkomsten is van toepassing, waarbij is bepaald dat de werknemer buitengerechtelijk kan opzeggen. Een rechterlijke toets blijft vereist; de curator heeft een machtiging nodig. Vernieuwend is dat een ontbinding wegens gewijzigde omstandigheden door de faillissementsrechter wordt beoordeeld en dat hem een richtsnoer wordt gegeven voor de hoogte van de schadevergoeding (die als een insolventievordering kwalificeert). Inkomsten van de werknemer die binnen een maand na beëindiging in dienst treedt bij een rechtsopvolger van de gefailleerde worden verdisconteerd.

Ook uit een andere hoek beïnvloedt het faillissement de arbeidsovereenkomst. In wetsvoorstel 28167 is in het (ontwerp-)artikel 7:653 BW bepaald dat een concurrentiebeding vervalt in het geval van een faillissement van de werkgever. Volgens de memorie van toelichting weegt 'het (eventuele) belang van de failliet [...] in casu niet op tegen het belang van de ontslagen werknemer van een failliete onderneming om zo snel mogelijk nieuw emplooi te vinden'.¹¹⁵ Hier grijpt het faillissement in in de inhoud van de arbeidsovereenkomst.

De bepaling is nogal rigide. Het concurrentiebeding vervalt, ook al wordt de onderneming voortgezet en is het belangenconflict tussen de werknemer en (de curator van) de werkgever in wezen gelijk als vóór het faillissement. Voorts is de bepaling slechts van toepassing in faillissement en niet in een surseance van betaling. Nu faillissement en surse-

¹¹⁵ Kamerstukken II, vergaderjaar 2001-2002, 28167, nr. 3, p. 10.

ance in het voorontwerp opgaan in de insolventieprocedure is dus een nadere regeling vereist. Die biedt het voorontwerp in een bepaling, volgens welke de rechter kan bepalen dat een concurrentiebeding gedurende een zekere periode van kracht blijft.

9 DE INVLOED VAN HET FAILLISSEMENT OP DE INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

9.1 Inleiding

Hiervoor kwamen de hoofdregel van de continuïteit van het contract binnen faillissement en de centrale bepaling van art. 37 Fw. aan de orde. In dat kader werd de continuïteit van het contract geconfronteerd met de faillissementsrechtelijke fixatie: de uit het contract voortspruitende vorderingen worden onderworpen aan het regime van de Faillissementswet en kunnen slechts ter verificatie worden ingediend (of zelfs helemaal niet worden geverifieerd) tenzij de curator zijn medewerking verleent. Ook kwam al aan de orde dat uitzonderingen op de hoofdregel kunnen bestaan. Een aantal daarvan passeerde de revue: de belangen van de wederpartij brengen een verplichting tot zekerheidstelling (art. 37 lid 1 Fw.) of het verlies door de curator van het recht nakoming te vorderen mee (art. 37 lid 2 Fw.). Ik heb voor sommige gevallen waarin het voortbestaan van de overeenkomst tot problemen leidt, bepleit dat de curator een einde moet kunnen maken aan de overeenkomst.

Ik richt nu het vizier meer dan in het voorgaande op de vraag wat het faillissement – of beter gezegd: de insolventie – betekent voor de inhoud van de overeenkomst. Kan alles wat de partijen overeenkomen wel door de faillissementsrechtelijke beugel? Of is het denkbaar dat de bij het faillissement betrokken belangen zodanig in het gedrang komen dat hetgeen de schuldenaar met de wederpartij is overeengekomen moet wijken? Twee belangen springen daarbij in het oog: het belang van de gezamenlijke schuldeisers en maatschappelijke belangen als van continuïteit van de onderneming en behoud van werkgelegenheid.

9.2 Het belang van de gezamenlijke schuldeisers

In het overeenkomstenrecht zijn partijen autonoom. Dat geldt ook voor schuldenaren. De omstandigheid dat iemand schulden heeft, belemmert hem niet in zijn contractsvrijheid. De schuldeisers zijn niet bij de totstandkoming van een overeenkomst betrokken en dat is volkomen

terecht. De partijen binden slechts elkaar. De schuldeisers zijn buitenstaanders.

Maar in geval van insolventie komen alle schuldeisers in een rechtsverhouding tot elkaar te staan en geldt de tussen hen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. De wederpartij van de schuldenaar is dan in de regel – niet steeds – een schuldeiser in die *concursum*. Het is de vraag of de rechtsverhouding zoals de contractspartijen die in het leven roepen altijd in al haar facetten kan worden ingeroepen tegen de gezamenlijke schuldeisers. De vraag speelt te meer omdat de overeenkomst kan zijn ingericht – en veelal is ingericht – om de positie van een partij in het geval van een faillissement van de andere partij ten opzichte van diens (overige) schuldeisers te versterken.

Bij de beantwoording moet een aantal uitgangspunten in het oog worden gehouden. Dat is allereerst dat de ratio van het beginsel van de continuïteit van het contract juist de partij-autonomie is, die meebrengt dat de schuldeisers de rechtshandelingen hebben te accepteren, die de schuldenaar – voor het faillissement ‘volkomen tot handelen bevoegd’¹¹⁶ – heeft gesteld. Dit geldt ook als de schuldeisers er bij die rechtshandeling op achteruit gaan. De schuldenaar mag bijvoorbeeld cadeautjes uitdelen, ook al zien de schuldeisers daardoor een verhaalsobject verdwijnen.

Een volgend punt dat van belang is, is dat de wet de schuldeisers een instrument geeft om tegen (onder meer) benadelende onvereenkomsten op te komen, de faillissementspauliana. Dit instrument leidt tot een relatieve nietigheid: de rechtshandeling blijft in stand voorzover dat niet nodig is om de benadeling van de schuldeisers ongedaan te maken. Het is hier niet de plaats om uitgebreid in te gaan op de faillissementspauliana, maar het moet onder ogen worden gezien dat in de regeling van de faillissementspauliana, in de woorden van het arrest-Van Dooren q.q./ABN AMRO I, ‘mede regels [liggen] besloten ten aanzien van hetgeen in de periode vóór het faillissement tussen de aanstaande gefailleerde en zijn schuldeisers geoorloofd is’.¹¹⁷ De Hoge Raad verbond daaraan de consequentie dat hetgeen volgens die regeling geoorloofd is, slechts onder bijzondere omstandigheden als onrechtmatig kan worden aangemerkt.

Waar de onrechtmatige daad niet kan dienen om de regels van de (faillissements)pauliana te omzeilen, moet dit ook – wellicht: *a fortiori* – gelden voor andere instrumenten om de belangen van de schuldeisers

¹¹⁶ Zie de memorie van toelichting, Van der Feltz I, p. 433.

¹¹⁷ HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578.

te beschermen, zoals de tussen schuldeisers (of contractspartijen) in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. Het is de vraag of er naast de faillissementspauliana überhaupt nog ruimte is om een overeenkomst op andere wijze te toetsen aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Het antwoord luidt bevestigend; enige ruimte is er wel. De Hoge Raad is bereid gebleken buiten het kader van de faillissementsspauliana te toetsen of de uitoefening van contractuele bevoegdheden ‘jegens de boedel en/of de andere schuldeisers’ naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹¹⁸ Ook wordt wel een beroep gedaan op ‘het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers’ om bevoegdheden, in de regel verrekeningsbevoegdheden, te beperken, maar dan vaak in het kader van de interpretatie van een specifiek artikel in de Faillissementswet.¹¹⁹ Maar dat wil niet zeggen dat de faillissementspauliana geen betekenis heeft bij het bepalen van hetgeen wel en niet door de beugel kan.

9.3 De opmars van de maatschappelijke belangen

Een belangrijke ontwikkeling in het faillissementsrecht in de afgelopen decennia is dat belangen van maatschappelijke aard een eigen plaats hebben gekregen. Waar het faillissement ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet in 1893 vrijwel geheel was gericht op het schuldeisersbelang, dient thans terdege rekening te worden gehouden met belangen als de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid. De Hoge Raad heeft de curator in HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (Sigmacon II) de opdracht gegeven deze belangen in diens beleidsafweging te betrekken. Volgens HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Maclou en Prouvost) kunnen deze zelfs prevaleren boven de belangen van individuele schuldeisers.¹²⁰ Volgens sommigen kunnen deze belangen zelfs prevaleren boven de belangen van de *gezamenlijke* schuldeisers.¹²¹ Ik ben een andere mening toegedaan, maar het punt kan hier

118 HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (Van der Hel q.q./Nuon).

119 Zie (over art. 53 Fw.) HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 (Tiethoff q.q./NMB) en HR 25 mei 1990, NJ 1990, 605 (Ruijgrok q.q./Amro).

120 Zie ook HR 19 december 2003, NJ 2004, 293 (Mobell).

121 Zie W.M. Kleijn in zijn noot onder het arrest-Sigmacon II. Vgl. De Ranitz, p. 199, A.P.K. Lutikhuis, ‘Begrip ‘de gezamenlijke schuldeisers’ gedateerd’, TvI 2004, nr. 20, p. 84-95 en A. van Hees, Het doel van het faillissement en de taak van de curator TvI 2004, nr. 45, p. 200-203.

in het midden blijven. Dat de onderwerpelijke maatschappelijke belangen in opmars zijn, staat buiten kijf.

Dit roept de vraag op wat de invloed daarvan is op de plaats van de overeenkomst in het faillissement. Het voortbestaan van een onderneming is in belangrijke mate afhankelijk van het netwerk van overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is. Men denke aan overeenkomsten met kredietverschaffers, toeleveranciers, afnemers, etc. In de praktijk komt men nauwelijks een overeenkomst tegen waarin geen clausule is opgenomen waarin een opschortings-, ontbindings- of opzeggingsbevoegdheid wordt gegeven bij een faillissement van de wederpartij. Daardoor dreigt de onderneming te worden verstoken van de geld- en goederenstroom die nodig is om de bedrijfsvoering te kunnen voortzetten.

Het onderwerp heeft de warme aandacht gehad bij de verschillende buitenlandse herzieningen van faillissementswetgeving en speelt ook een centrale rol in de regeling van de overeenkomst in het voorontwerp.

Tegen deze achtergrond wordt hierna een aantal veel voorkomende bedingen langs de faillissementsrechtelijke lat gelegd.

10 ONMIDDELLIJKE OPEISBAARHEID BIJ FAILLISSEMENT

Allereerst de bepaling dat de vorderingen van een schuldeiser op een schuldenaar meteen opeisbaar worden in geval van een faillissement van deze laatste. Een dergelijke bepaling is gemeengoed en stuit naar geldend recht niet op bezwaren. De vordering bestaat immers al; zij wordt slechts opeisbaar. Een niet-opeisbare (maar op de faillissementsdatum wel bestaande) vordering kan sowieso in het faillissement worden ingediend en wordt dan gewaardeerd volgens de regels van art. 131 Fw.¹²²

Dat een beding van onmiddellijke opeisbaarheid geoorloofd is, blijkt ook uit de omstandigheid dat de wet daar zelf van uitgaat. Volgens art. 6:40 aanhef en sub a BW kan de schuldenaar een tijdsbepaling niet inroepen wanneer hij in staat van faillissement is verklaard.

Vanuit het oogpunt van het belang van de continuïteit van de onderneming, stuit de regel op meer bedenkingen. Zij draagt bij aan de liqui-

122 Enig voordeel levert een beding van onmiddellijke opeisbaarheid wel op, omdat de waarderingsregels van art. 131 Fw. dan niet van toepassing zijn. Maar dit is door de wetgever voorzien en stuitte niet op bezwaren. Zie de memorie van toelichting, Van der Feltz II, p. 130.

diteitskrachte voor de curator die probeert de onderneming voort te zetten. Niet zozeer voorzover de wederpartij een ongesecureerde vordering heeft – hij kan zijn vordering dan sowieso niet geldend maken – maar wel indien een zekerheidsrecht in het geding is. Indien bijvoorbeeld een cruciale machine onder eigendomsvoorbehoud is verkocht, te betalen in termijnen, kan de leverancier op grond van art. 6:40 BW of het beding van onmiddellijke opeisbaarheid meteen volledige betaling eisen. In Frankrijk is om deze reden de aloude met art. 6:40 aanhef en sub a BW overeenstemmende regel uit de *Code Civil* geschrapt;¹²³ en is in de *Code de Commerce* juist bepaald dat '[l]e jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite'.¹²⁴ Pas indien de voortzetting niet meer tot de mogelijkheden behoort en de *liquidation judiciaire* wordt geopend, is weer sprake van opeisbaarheid.¹²⁵

Mijns inziens past art. 6:40 aanhef en sub a BW niet bij een nieuwe Insolventiewet, waarin de surseance van betaling in de insolventie is opgenomen. De bepaling dient te worden geschrapt. Een bepaling als in Frankrijk, volgens welke contractuele bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid krachteloos zijn, misstaat in zo'n Insolventiewet ook niet, althans bij een voortzetting van de onderneming. Het huidige voorontwerp bevat zo'n bepaling niet. Waar de wederpartij die onderneming betalingstermijnen heeft gegund, is het niet een te groot offer dat de wetgever van die wederpartij vraagt om diezelfde betalingstermijnen te hanteren indien diezelfde onderneming wordt voortgezet. Ingrijpen in de overeenkomst lijkt mij hier geoorloofd.

11 BOETEBEDING

11.1 Boete als gefixeerde schadevergoeding

11.1.1 Boete als gefixeerde schadevergoeding geoorloofd

Boetebedingen worden wel in twee varianten onderscheiden: die bedingen die dienen als een gefixeerde schadevergoeding en die derhalve in de plaats treden van de schadevergoeding op grond van de wet; en bedin-

123 Art. 1188.

124 Art. 622-29. Zie over de achtergrond van deze bepaling Derrida-Godé-Sortais, nr. 529. Kritisch: Soinne, nr. 1976-1979.

125 Art. 643-1 *CdC*. Indien de onderneming gedurende de *liquidation judiciaire* wordt voortgezet, is van opeisbaarheid weer geen sprake.

gen die ertoe strekken de wederpartij aan te sporen tot nakoming, in welk geval de boete verschuldigd is naast de wettelijke schadevergoeding.¹²⁶ In de praktijk is een scherpe lijn tussen beide varianten niet te trekken.

Ik stel eerst het boetebeding van de eerste categorie aan de orde. Anders dan in Nederland heeft het onderwerp in het buitenland de warme belangstelling van de rechtspraak en literatuur. Het boetebeding wordt daarbij met een zekere scepsis benaderd. In Duitsland acht men het op gespannen voet staan met het keuzerecht van de *Insolvenzverwalter* ten aanzien van de voortzetting van lopende overeenkomsten. Om die reden worden deze bedingen wel ‘rechtsunwirksam’ geacht, hetgeen kan worden gegrond op § 119 *InsO*, volgens welke ‘[v]ereinbarungen, durch die im Voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 ausgeschlossen oder beschränkt wird, [...] unwirksam’ zijn. Dit geldt volgens sommigen ook ‘für eine Vereinbarung über die Pauschalierung des Schadenersatzes, weil mit derartigen Vereinbarungen regelmäßig eine unbillige Benachteiligung der Insolvenzmasse verbunden ist’.¹²⁷ Ook in Frankrijk worden deze geluiden gehoord. Heeft de *administrateur* in geval van een ‘clause pénale élevée en cas de rupture’ wel een reële keuze om de overeenkomst al dan niet voort te zetten?¹²⁸ Zo’n clause heeft contraproductieve gevolgen:

‘Toute la logique de la poursuite des contrats est faussée: l’administrateur sera poussé à poursuivre un contrat même parfaitement inutile pour la continuation de l’activité de l’entreprise, sous peine d’accroître considérablement le passif.’

Maar het *Cour de Cassation* is van oordeel dat een beding dat ertoe strekt de hoogte van de schadevergoeding te bepalen geoorloofd is; de daaruit voortvloeiende vordering wordt toegelaten in het faillissement.¹²⁹

126 Indien het beding geen nadere regeling geeft, geldt het boetebeding als een beding van de eerste categorie. Zie art. 6:92 BW.

127 Uhlenbruck (Berscheid), § 119 Rdn. 12. Zo ook Kölner Schrift (Pape) Rdn. 32, Heidelberger Kommentar (Marotzke) § 103 Rdn. 83 en C. Wenner-M. Schuster, Sind Geheimhaltungsvereinbarungen insolvenzfest?, ZIP 2005, p. 2196. Vgl. Jaeger-Henckel, § 17 Rdn. 206.

128 A. Martin-Serf, RTD com.1991.105. Zie ook de noot van A. Honorat onder Cass. com. 11 mai 1993, D.1993.SC.368.

129 Zie bijv. Cass. com. 10 décembre 1991, RJDA 3/92, n° 288, Cass. com. 11 mai 1993, D.1993.SC.368, Cass. com. 3 mai 1994, D.1994.IR.153 en Cass. com. 9 mai 1995, D.1995.IR.153. Het is overigens opvallend hoe vaak lagere rechters een dergelijke *clause pénale* in strijd achten met de ‘règle d’égalité des créanciers’.

De Hoge Raad lijkt evenmin moeite te hebben met een dergelijk beding. In HR 13 mei 2005, NJ 2005, 406 (BabyXL) was een beding aan de orde dat luidde:

‘Artikel 13 Ontbinding

[...]

2. Verhuurder heeft het recht de overeenkomst zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang te ontbinden, indien zich naar het oordeel van verhuurder omstandigheden voordoen die haar verhaalsmogelijkheden op huurder in ernstige mate verhinderen of in gevaar brengen, een en ander onverminderd het recht van verhuurder om nakoming van huurder te vorderen en/of schadevergoeding.

3. Van de in lid 2 bedoelde omstandigheden is onder meer sprake indien:

a. surseance van betaling of faillissement van huurder is aangevraagd of huurder op enigerlei wijze de vrije beschikking over het geheel of een gedeelte van zijn vermogen verliest;

[...]

4. Ingeval van ontbinding door verhuurder op grond van dit artikel zijn alle resterende huurtermijnen direct opeisbaar: op het moment van de ontbinding eindigt de huurperiode.

5. De schadevergoeding die huurder aan verhuurder op enig moment verschuldigd wordt is terstond opeisbaar en bedraagt in geval van ontbinding door verhuurder in ieder geval een som ter grootte van alle resterende huurtermijnen die bij een normale uitvoering van de overeenkomst zouden zijn verschenen.

[...]

Dit is wellicht geen boetebeding in strikte zin, althans waar de ontbinding op grond van het tweede lid aan de orde is, omdat de verschuldigdheid van het in lid 5 genoemde bedrag niet afhankelijk is aan de nakoming van enige verbintenis,¹³⁰ maar het beding heeft wel dezelfde functie. De Hoge Raad vond goed dat de verhuurder kort na de (voorlopige) verlening van de surseance van betaling de overeenkomst ontbond en dat die verhuurder het schadevergoedingsbeding inriep; de hieruit voortvloeiende vordering kon worden geverifieerd. Maar het moet worden opgemerkt dat de discussie in dit arrest niet ging over de werking van een boetebeding als zodanig, maar over de verhouding tot de regeling van art. 39 en 238 Fw. Vriesendorp die in zijn annotatie wel inging op het boetebeding als zodanig, vond het beding op gespannen

130 Vgl. art. 6:91 BW.

voet staan met de *paritas creditorum*.¹³¹ Mag de verhuurder bijvoorbeeld het dubbele (of driedubbele etc.) van de huurprijs als gefixeerde schadevergoeding vaststellen?

Ik meen dat een boetebeding dat strekt tot schadevergoeding naar Nederlands recht geoorloofd is en dat de daaruit voortvloeiende vordering vatbaar is voor verificatie. Indien de partijen bij een overeenkomst een discussie over de hoogte van de schadevergoeding willen voorkomen door een als boete gekwalificeerde vordering in het leven te roepen, hoeft de wederpartij van de later gefailleerde schuldenaar die discussie ook niet aan te gaan met diens schuldeisers. Er is onvoldoende reden af te wijken van de hoofdregel dat de schuldeisers de schuldenaar nemen met alle rechten en verplichtingen zoals hij die op de dag van faillietverklaring in het leven heeft geroepen. Het doorgaans welbegrepen eigenbelang van de contracterende partijen zal in de regel meebrengen dat de hoogte van de boete enigszins overeenkomt met de wettelijke schadevergoeding of dat de overeenkomst op een andere wijze een adequate compensatie biedt. Loopt de hoogte van de boete de spijgaten uit, dan kan rechterlijke matiging uitkomst bieden.¹³²

De boetevordering kan ter verificatie worden ingediend, ongeacht of deze reeds voor de faillietverklaring is verbeurd of eerst nadien omdat de curator de overeenkomst niet gestand doet. In het eerste geval omdat de vordering al bestaat op de faillissementsdatum, in het laatste geval omdat deze vordering valt onder art. 37a Fw.

11.1.2 *Boete afhankelijk van faillissement*

Maar de kaarten komen anders te liggen indien in het beding een koppeling met het faillissement wordt aangebracht. Men neme het geval dat aan de orde was in een arrest van het Franse *Cour de Cassation* van 19 april 1985. In een kredietovereenkomst tussen Banque populaire de Lorraine en een partij genaamd Mercuriali verplichtte deze laatste zich een 'idemnit  forfaitaire' te betalen van tien procent van het verschuldigde bedrag (onder meer) 'dans les cas de faillite règlement judiciaire ou liquidation des biens'. Dit beding was, aldus Banque populaire de Lorraine, een compensatie voor de kosten die dat faillissement zou veroorzaken. Maar toen Mercuriali in een *règlement judiciaire* verzeild raakte – een thans niet meer bestaande insolventierechtelijke procedure

131 R.D. Vriesendorp in zijn annotatie onder dit arrest, AA 2005, p. 943.

132 Zie ook de noot van A. Honorat onder Cass. com. 11 mai 1993, D.1993.SC.368. In de in noot 129 genoemde rechtspraak wordt ook geregeld verwezen naar het matingsrecht van de rechter.

– en de bank zowel de hoofdvordering als de boete indiende, werd deze laatste vordering niet toegelaten. Het *Cour de Cassation* overwoog:¹³³

‘que la cour d’appel a retenu a bon droit que la clause litigieuse en ce qu’elle prévoyait la majoration des obligations du débiteur dans le cas où il serait mis en règlement judiciaire où en liquidation des biens portait atteinte à la règle d’ordre public de l’égalité des créanciers et ne pouvait donc produire d’effet’.

Ik meen dat een beding dat een (hogere) vordering in het leven roept die slechts in geval van een faillissement hoeft te worden voldaan ook naar Nederlands recht niet door de beugel kan.¹³⁴ Een dergelijk beding dient er slechts toe de positie van de wederpartij ten opzichte van de medeschuldeisers te verbeteren en heeft geen reële betekenis in de verhouding tussen de contractspartijen zelf. De schuldenaar contracteert over zijn graf heen. Hijzelf ondervindt zolang het faillissement uitblijft geen of nauwelijks last; en wanneer hij failliet betaalt de (overige) schuldeisers het gelag omdat zij de wederpartij met een gekunstelde vordering naast zich vinden. Het spiegelbeeldige geval dat een bepaalde aanspraak die de schuldenaar jegens de wederpartij kan doen gelden zonder meer wegvalt in geval van faillissement, komt op hetzelfde neer en zou ik eveneens ongeoorloofd achten.¹³⁵

Ik heb ook grote twijfels over het hiervoor geciteerde – overigens alleszins gebruikelijke – beding dat aan de orde was in het arrest-Baby-XL. Het beding gaf de verhuurder (i) een ontbindingsrecht in geval van surseance van betaling of faillissement van de huurder; (ii) en koppelde daaraan de verschuldigdheid van ten minste de resterende huurtermijnen ten titel van semi-gefixeerde schadevergoeding.¹³⁶ Ook als de huurder geen enkele verplichting heeft geschonden – zoals in het berechte geval waar de huurder zelfs huur had vooruitbetaald – heeft de verhuurder het in zijn macht een vordering in een faillissement in het leven te roepen. Bij zo’n beding is er ook geen natuurlijke rem op de hoogte van de boete omdat het voor de schuldenaar gemakkelijk is ‘geld van de schuldeisers’ weg te geven. In het arrest-BabyXL ligt het iets genuan-

133 Cass. com. 19 avril 1985, Bull. Civ. IV, n° 120.

134 Vgl. BGH ZIP 2006, 86, volgens welke uitspraak een ‘Vertragsstraf’ gekoppeld aan de keuze van de *Insolvenzverwalter* tot niet-gestanddoening ‘allerdings [Verstieße] gegen § 119 InsO’.

135 Vgl. Rb. Rotterdam 2 juni 1931, NJ 1932, 984 (Rijmsmus/Van der Feltz q.q.): waarborgsom vervalt indien de curator opzegt.

136 Semi-gefixeerd omdat ten minste dat bedrag verschuldigd was; het kon dus meer worden, maar niet minder.

ceerder omdat de ontbindingsmogelijkheid bij faillissement een invulling was van het algemenere criterium ‘vermindering van verhaalsmogelijkheden’ uit het tweede lid (zie het citaat in onderdeel 11.1.1), dat in theorie ook buiten faillissement kon worden ingeroepen.¹³⁷ Men kan dus zeggen dat hier geen additionele nadelen op het bord van de schuldeisers werden gelegd die de schuldenaar buiten faillissement niet ook had, hetgeen een relevante omstandigheid is.¹³⁸ Maar ik vraag me af of dat in de werkelijkheid van alledag zelfstandige betekenis heeft. In ieder geval lijkt mij dat een dergelijk beding met grote scepsis moet worden bejegend en dat er ten minste aanleiding is bij de matiging ex art. 6:94 lid 1 BW of – als dit artikel niet toepasselijk is omdat het geen eigenlijk boetebeding betreft – art. 6:248 BW, de positie van de gezamenlijke schuldeisers in de afweging te betrekken.

Indien het beding rechttoe rechtaan wordt ingericht als een boete die wordt verbeurd bij het uitspreken van het faillissement, lost het probleem zich mogelijk vanzelf op, omdat de vordering dan ‘technisch-juridisch’ op het moment van faillietverklaring nog toekomstig is en niet vatbaar voor verificatie. Roept men meteen een vordering in het leven onder de opschortende voorwaarde van faillietverklaring of de niet-gestanddoening door de curator, dan zal de curator in voorkomende gevallen art. 35b Fw. in stelling kunnen brengen, omdat het voordeel dat de wederpartij wordt verschaft geldt als een gift, waaraan de wederpartij ‘generlei recht tegen de boedel kan ontlenuen’.¹³⁹ De vordering zal dan niet ter verificatie kunnen worden ingediend. Omzeilt men dit alles door de verschuldigdheid te koppelen aan de faillissementsaanvraag of een ontbindingsbevoegdheid in geval van faillissement, dan kan de curator zich mijns inziens evenzeer tegen het beding te weer stellen, al dan niet met analoge toepassing van art. 35b Fw.

De kwestie vertoont raakvlakken met HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.), waarin het geval aan de orde was dat een moedermaatschappij, Nimox, als aandeelhouder van een in zwaar weer verkerende vennootschap, Auditrade, voor een dividendbesluit stemde. Nimox kreeg aldus een aanzienlijke vordering in het daar-

137 Bovendien bevatte het betreffende artikel vermoedelijk additionele ontbindingsmogelijkheden die niet in het arrest worden geciteerd, waaraan dezelfde verschuldigdheid van schadevergoeding was gekoppeld.

138 Vgl. BGH ZIP 2006, 86, alsmede Cass. com. 9 juillet 1991, RJDA 11/91, n° 966, Cass. com. 10 décembre 1991, RJDA 3/92, n° 288 en Cass. com. 11 mai 1993, D.1993.SC.368.

139 Zie de definitie van ‘gift’ in art. 7:186 lid 2 BW, waarnaar in de memorie van toelichting op art. 35b Fw. wordt verwezen. Zie Kortmann-Faber, p. 88-89.

op volgende faillissement van Auditrade, waardoor de spoeling voor de schuldeisers dunner werd.¹⁴⁰ Het stemmen voor het dividendbesluit werd in de gegeven omstandigheden onrechtmatig geoordeeld. Er zijn belangrijke verschillen met de huidige problematiek: het daar berechte geval raakt aan de regels van vermogensbescherming en het dividendbesluit werd genomen toen ten minste rekening gehouden moest worden met het faillissement van Auditrade.

Maar overeenkomsten zijn er ook en wel zodanige dat ze een analogie rechtvaardigen. Bij de boeteclausule bij faillissement wordt, net als in het arrest-Nimox/Van den End q.q., een vordering in het leven geroepen waardoor de betreffende schuldeiser (voor een groter bedrag) meedeelt in het faillissement. En weliswaar wordt het boetebeding overeengekomen op een moment dat het faillissement nog lang niet in beeld hoeft te zijn, het beding beoogt wel een vordering in het leven te roepen die eerst haar werking heeft in het faillissement, op welk moment er met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet genoeg actief is om alle schuldeisers te voldoen. Het is daardoor ten minste voorzienbaar dat het creëren van de vordering ten koste gaat van de schuldeisers.

De sanctie behoort bij het onderwerpelijke beding dezelfde te zijn als in het arrest-Nimox/Van den End q.q., waar voor recht werd verklaard dat de dividendvordering niet verifieerbaar was. Dit is ook hier passend, omdat de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers ongedaan wordt gemaakt.¹⁴¹ Het is niet nodig het beding c.q. de daaruit voortvloeiende vordering absoluut nietig te achten. In de verhouding tussen de wederpartij en de schuldenaar is er niets mis met zo'n beding; de door hen benutte contractsvrijheid c.q. hun partij-autonomie kan worden gerespecteerd. In het (onwaarschijnlijke) geval dat alle schuldeisers volledig worden voldaan of dat een derde zich borg heeft gesteld, is er niets op tegen dat de wederpartij de vordering verhaalt.

Met het oog op het arrest-Nimox/Van den End q.q. is het mijns inziens ook bij het onderhavige (boete)beding mogelijk de handelwijze van de wederpartij onrechtmatig te achten jegens de gezamenlijke schuldeisers en de niet-verifieerbaarheid daarop te gronden. Maar het zou mijn voorkeur hebben hier het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in stelling te brengen (of de tussen schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid), al dan niet in het kader van de toe-

140 Overigens was er ook sprake van het brengen van de vordering onder de zekerheidsparaplu van de financier, maar dat kan hier onbesproken blijven.

141 In deze zin ook het hiervoor geciteerde Cass. com. 19 april 1985, Bull. Civ. IV, n° 120. Vgl. ook art. 35b Fw.

passing van art. 37 Fw.¹⁴² Met het indienen van zo'n gekunstelde vordering poogt die wederpartij een onevenredig deel van het actief naar zich toe te harken. En ook doorkruist hij het keuzerecht van de curator,¹⁴³ dat op zichzelf weer een functie heeft in het kader van diens taak de gelijkheid van schuldeisers te bewaken.¹⁴⁴ De wederpartij dringt de curator immers een keuze op, omdat de mogelijkheid dat hij de uit het boetebeding voortvloeiende vordering 'optilt' tot boedelschuld prohibitief kan zijn voor de voortzetting van een overeenkomst die gunstig zou zijn voor de boedel en/of nodig voor de voortzetting van de onderneming.

11.1.3 Boetebeding en faillissementspauliana

Het resultaat komt in grote lijnen op hetzelfde neer als bij een geslaagd beroep op de faillissementspauliana, die ook kan dienen om de toelating van een vordering te bestrijden.¹⁴⁵ Dit roept de vraag op of het boetebeding met de faillissementspauliana kan worden bestreden. Hier wreekt zich de wat ongelukkige benadering van de Hoge Raad in het arrest-Bakker q.q./Katko.¹⁴⁶ Het ging daar om *intercompany*-(verkoop)transacties en verrekeningen die geruime tijd voor de faillietverklaring tussen Katko en een later gefailleerde groepsvennootschap, Kats Panelen, waren verricht. De curator riep ten aanzien van (onder meer) deze verkoopovereenkomsten de faillissementspauliana in, maar het Hof had in hoogste feitelijke instantie beslist dat er ten tijde van deze transacties geen wetenschap van benadeling was omdat Kats Panelen op dat moment nog in goeden doen verkeerde. De curator kwam tegen dat oordeel op met de stelling dat het Hof de verkeerde maatstaf had aangelegd en dat bepalend was of Katko en Kats Panelen wisten of behoorden te weten dat de rechtshandelingen benadelend waren *indien het faillissement van de schuldenaar zou worden uitgesproken*. De Hoge Raad volgde de curator niet, met de overweging dat het betoog van de curator neerkwam op de stelling dat wetenschap van een kans op benadeling – de rechtshandeling is benadelend indien het faillissement wordt uitgesproken – voldoende was voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana.

142 Vgl. HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 (Tiethoff q.q./NMB) en HR 25 mei 1990, NJ 1990, 605 (Ruijgrok q.q./Amro) waar dit beginsel werd ingezet in het kader van de toepassing van art. 53 Fw.

143 Vgl. de in noot 127 en 128 genoemde literatuur.

144 Zie onderdeel 4.

145 Zie art. 49 lid 2 Fw., waaruit volgt dat, in afwijking van de hoofdregel dat in faillissement slechts de curator een beroep op de (faillissements)pauliana kan doen, elke schuldeiser een beroep daarop toekomt ten einde de toelating van een vordering te voorkomen.

146 HR 17 november 2000, NJ 2001, 272.

Dit wekt de suggestie dat er slechts sprake kan zijn van wetenschap van benadeling (en dus van een geslaagd beroep op de faillissementspauliana) indien het faillissement van de schuldenaar *zeker* is.¹⁴⁷ Getransponeerd naar de onderhavige casus zou dit betekenen dat (de overeenkomst met daarin) het boetebeding ‘paulianabestendig’ is.¹⁴⁸ Naar ik meen is dit onterecht en kunnen ook benadelende rechtshandelingen worden vernietigd, die worden verricht op een moment dat het faillissement nog niet zeker is, maar die ertoe strekken de schuldeisers te benadelen voor het geval dat het faillissement wordt uitgesproken. Ik lees de onderwerpelijke overweging in het arrest-Bakker q.q./Katko als een verwerping van de gedachtelijn die in (de toelichting op) het cassatiemiddel werd ontwikkeld, in de context van de casus, waarin volstrekt normale transacties aan de orde waren. Elke verrekening is benadelend indien het faillissement volgt, maar dat enkele feit levert nog geen wetenschap van benadeling op.

Bij de gevallen die ons hier bezighouden ligt het geheel anders. Een boetebeding gekoppeld aan het faillissement is geen normale transactie met een reële economische betekenis, maar dient er slechts toe de positie van de wederpartij in een faillissement te verbeteren. Ik zou juist willen aannemen dat hier uit de aard der zaak sprake is van wetenschap van benadeling. Zelfs wanneer de overeenkomst in haar totaliteit beschouwd evenwichtig is, is het duidelijk dat op het moment dat de bepaling betekenis krijgt nadeel aan de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers wordt toegebracht.¹⁴⁹ Het doel is juist de

147 Zie voor kritiek op deze benadering de noot van P. van Schilfgaarde onder dit arrest, alsmede mijn opmerkingen in de Kroniek van het Faillissementsrecht, NJB 2001, p. 1513-1519.

148 Bovendien is het mogelijk dat de overeenkomst in haar totaliteit beschouwd niet benadelend is, omdat het boetebeding wordt ‘gecompenseerd’ door andere bepaling in de overeenkomst. Het probleem is dat deze voordelen zullen zijn genoten vóór de faillietverklaring, terwijl het benadelende beding zich eerst doet gevoelen na de faillietverklaring, wanneer deze voordelen niet meer beschikbaar zijn.

149 Vgl. BGH NJW 1994, 449 volgens welke uitspraak de *Konkursanfechtung* aan de orde kan komen ‘wenn ein umfassender Vertrag allgemein in sich ausgewogen ist und gleichwertige Gegenleistungen vorsieht, wenn er aber gerade für den Fall der Insolvenz eines Teils für diesen nicht unerhebliche nachteilige Ausnahmen festschreibt, die auch bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zur Erreichung des Vertragszwecks nicht vorrangig geboten sind. [...] Die gläubigerbenachteiligende Vereinbarung ist hier gezielt für den Konkursfall abgeschlossen worden. Die Gemeinschuldnerin hat also der Bekl. gerade für diesen Fall einseitig einen Sondervorteil eingeräumt, der zwangsläufig die Rechte der anderen Gläubiger schmälern mußte. Das trägt nach allgemeiner Erfahrung den Schluß auf einen entsprechenden Willen, solange [...] keine erheblichen gegenteiligen Umstände dargetan sind’.

wederpartij verhaalsmogelijkheden toe te spelen, ten koste van de gezamenlijkheid. Waar zij benadeling beogen, kunnen zij zich er niet op beroepen dat zij er niet zeker van waren dat zij in hun oogmerk zouden slagen wanneer die benadeling daadwerkelijk intreedt. Opzet tot benadeling is wetenschap van benadeling.

Maar wat daar van zij, zo men meent dat de faillissementspauliana niet gegeven is voor de bestrijding van een rechtshandeling als deze, bijvoorbeeld omdat van die rechtshandeling ten tijde van het verrichten ervan niet kan worden gezegd dat deze in zijn totaliteit beschouwd benadelend is of dat de partijen dat (behoren te) weten, dan heb ik er weinig moeite mee aan te nemen dat het in de gegeven omstandigheden in strijd met het beginsel van de gelijke behandeling van de schuldeisers (of de tussen hen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid of onrechtmatig) is om vervolg te geven aan die rechtshandeling door de boetevordering in te dienen. Het beginsel van de gelijke behandeling van schuldeisers en de tussen schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid geven immers zelfstandige normen, naast de faillissementspauliana.¹⁵⁰

11.2 Boete als prikkel tot nakoming

En wat met het boetebeding dat niet strekt tot schadevergoeding maar als prikkel tot nakoming? Een dergelijk boetebeding heeft de eigenaardigheid dat die prikkel niet meer effectief is indien de schuldenaar in staat van faillissement verkeert. Voorzover de boete is verbeurd vóór faillissement geldt dat de sanctie op de overtreding niet meer de overtreder – de schuldenaar – treft maar allereerst de schuldeisers. Als prikkel schiet de boete na de faillietverklaring het doel voorbij omdat de schuldenaar dan niet meer kán nakomen.

De link kan worden gelegd met verbeurde dwangsommen, die evenzeer een ‘aansporingsfunctie’ hebben. Art. 611e Rv. bepaalt dat verbeurde dwangsommen niet ter verificatie in het faillissement kunnen worden ingediend. De (Benelux)wetgever meende dat het niet juist was de schuldeisers te laten lijden onder de koppigheid van schuldenaar.¹⁵¹ Kortmann heeft betoogd, althans verdedigbaar geacht, dat deze bepaling analogisch moet worden toegepast op ‘aansporingsboetes’.¹⁵² Ik

¹⁵⁰ Zie onderdeel 9.2.

¹⁵¹ Zie de Gemeenschappelijke memorie van toelichting, Kamerstukken II, 1975-1976, 13 788, nr. 4, p. 20.

¹⁵² S.C.J.J. Kortmann in zijn noot onder HR 20 september 1996, NJ 1997, 640 (Verhees/Octrooibureau Zuid).

ben geneigd te denken dat daarvoor geen plaats is.¹⁵³ De boete had zijn functie voor de faillietverklaring, was een drukmiddel om de schuldenaar te bewegen tot nakoming. Overtreding van het boetebeding leidt dan tot het ontstaan van een vordering, een rechtstreeks gevolg van de wijze waarop de partijen hun contractsvrijheid hebben ingevuld. De wederpartij kan deze vordering uit overeenkomst vervolgen en er is geen reden dat hij in faillissement niet zou concurreren met de overige schuldeisers. Inderdaad treft de koppigheid van de schuldenaar dan de overige schuldeisers, maar dat is bepaald niet uniek voor de boetevordering. Ook vorderingen uit wanprestatie, onrechtmatige daden etc. treffen na het faillissement de schuldeisers. In wezen treft elke vordering die de schuldenaar in het leven heeft geroepen in het faillissement de overige schuldeisers. Het is juist de essentie van de *paritas creditorum* dat die overige schuldeisers daar onder lijden.

Ik zie hier ook een verschil met de dwangsom. De verbeurde dwangsom is niet een invulling van de contractsvrijheid, geen verplichting die de schuldenaar op zich heeft genomen. Het is een uit de wet voortvloeiende verplichting, opgelegd door de rechter ten einde een (hoofd-)verplichting kracht bij te zetten. Het is alleszins begrijpelijk dat de wetgever ervoor kiest om ingeval de daarin gelegen aansporing geen doel heeft getroffen, de schuldeisers daar niet de dupe van te laten worden en in art. 611e Rv. te bepalen dat de dwangsom niet in het passief wordt toegelaten, ook al betekent dat dat de wederpartij dan niet van de dwangsom profiteert. De dwangsom diende er immers niet zozeer toe om hem een voordeel toe te spelen, maar om een veroordeling kracht bij te zetten. Bij het boetebeding is het belang van de wederpartij nadrukkelijker in beeld. Het boetebeding is door hem bedongen in zijn eigen belang. Hij heeft (in eerste instantie) niet gekregen wat hij wilde, maar heeft voor die situatie ten minste een vordering bedongen. Indien dan het faillissement volgt, is de omstandigheid dat de aanvankelijke prikkel niet heeft gewerkt geen reden om het door de schuldeiser bedongen recht zijn werking te onzeggen.

Iets anders zou ik willen aannemen voor de boetes die na de faillietverklaring verbeuren. Dan kán de prikkel, anders dan voor de faillietverklaring, niet werken omdat de schuldenaar niet meer kán nakomen.

153 In dit verband kan worden gewezen op Vz. AG RvS 1 november 1993, AB 1994, 262 over de bestuursrechtelijke dwangsom. De Voorzitter ging er kennelijk vanuit dat deze dwangsommen gedurende het faillissement verbeuren, omdat hij tot schorsing van het besluit overging. Van een analoge toepassing van art. 611e Rv. was geen sprake.

Het past niet in de rechtsverhouding tot de medeschuldeisers dat de wederpartij de curator bij zijn beslissing om al dan niet na te komen onder druk zet door het laten oplopen van ‘prikkelboetes’ die geen functie meer hebben dan de positie ten opzichte van de overige schuldeisers te versterken. Hierbij geldt dat de vordering pas ontstaat na de faillietverklaring,¹⁵⁴ zodat deze mijns inziens sowieso niet voor verificatie in aanmerking komt. Ook de weg van art. 37a Fw. leidt niet tot het aannemen van een verifieerbare vordering omdat in geval van ontbinding niets ongedaan te maken valt, de ‘prikkelboete’ geen schadevergoedingskarakter heeft en dateert van na de faillietverklaring (zodat er geen sprake is van ‘tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring [...] verkregen vordering’).

Het Franse recht lijkt overigens geen moeite te hebben met boetebedingen, zolang zij niet leiden tot ‘une majoration des obligations du débiteur envers le créancier en cas de prononcé de son redressement judiciaire’,¹⁵⁵ maar in de jurisprudentie gaat het in de regel om bedingen met een schadevergoedingskarakter.

12 OPSCHORTINGS- EN BEËINDIGINGSRECHTEN

12.1 Opschortingsrechten

Contractuele opschortingsrechten stuiten op minder bezwaren. De wet gaat uit van tegenwerpbaarheid van opschortingsrechten aan de schuldeisers.¹⁵⁶ De wetgever heeft daarbij uitdrukkelijk het oog gehad op de tegenwerpbaarheid aan de curator.¹⁵⁷ Dat een opschortingsrecht tegenwerpbaar is aan de schuldeisers is voor weinig twijfel vatbaar. Maar wat is de invloed van de opmars van de maatschappelijke belangen? Opschortingsrechten kunnen ertoe leiden dat de curator niet kan beschikken over de voor de bedrijfsvoering nodige prestaties van de wederpartij.

In de rechtspraak is de invloed van deze maatschappelijke belangen beperkt. Een eerste arrest dat moet worden genoemd is HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640 (Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.). De schul-

154 Zie HR 5 januari 1990, NJ 1990, 525 (Dubbeld/Laman).

155 Cass. com. 11 mai 1993, D.1993.SC.368. Zie ook Cass. com. 9 juillet 1991, RJDA 11/91, n° 966.

156 Zie art. 6:53 jo. 57 BW.

157 Zie de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer, Parl. Gesch. Boek 6, p. 211.

denaar, H. Bakker, had een betalingsachterstand van f 543,31 bij Veluwse Nutsbedrijven N.V., zijn leverancier van gas en water. Toen hij in staat van faillissement werd verklaard,¹⁵⁸ verklaarde zijn curator, mr. Blokland, dat hij de overeenkomst met de Veluwse Nutsbedrijven ‘voor de toekomst’ gestand wilde doen, maar deze laatste beriep zich op het in de algemene voorwaarden opgenomen recht tot afsluiting c.q. onderbreking of beëindiging van de toevoer, tenzij de bedoelde schuld van f 543,31 werd voldaan. De vraag was of de afsluitingsbevoegdheid mocht worden gehanteerd om betaling van deze faillissementsschuld af te dwingen.

De Hoge Raad stelt voorop:

‘dat een recht als het onderhavige – het recht om verdere leveranties op te schorten zolang eerdere leveranties niet zijn betaald – in beginsel ook kan worden uitgeoefend in geval van faillissement van de wederpartij en met het doel om betaling te verkrijgen van een oude – dit is een voor de faillietverklaring ontstane – schuld. De curator zal dan het belang van de boedel bij voortzetting van de leveranties hebben af te wegen tegen het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers. Dit laatste belang zal er in het algemeen mee gediend zijn dat van verdere leveranties wordt afgezien, waarbij mede valt te denken aan de mogelijkheid dat de curator de desbetreffende goederen van elders betreft.’

Het (contractuele) opschortingsrecht blijft derhalve in stand; daarmee geconfronteerd, dient de curator het belang van een gelijke behandeling van schuldeisers af te wegen tegen het belang van de boedel. Dit lijkt een onmogelijke afweging, omdat onvergelykbare grootheden tegenover elkaar wordt gesteld. Welk prijskaartje moet worden gehangen aan het belang van de boedel? In werkelijkheid is hier sprake van een schijntegenstelling en is de afweging voor de curator minder problematisch dan het lijkt. Elke schuldeiser wordt – behoudens een voorrangrecht – gelijkelijk uit de boedel voldaan, zodat wat in het belang van de boedel is ook in het belang van een gelijke behandeling van schuldeisers is. De curator hoeft zich slechts af te vragen of de boedel per saldo gediend is met de door de betreffende schuldeiser te leveren prestatie. Zo ja, dan betekent dat dat die schuldeiser tegenover de betaling van de oude

158 Het faillissement werd voorafgegaan door een (voorlopige) surseance van betaling, maar de Hoge Raad scheert deze surseance van betaling en het faillissement over één kam.

schuld een prestatie aan de boedel levert, die ten minste even waardevol is als het door de curator te betalen bedrag.¹⁵⁹

Tot dusver is het arrest volledig in overeenstemming met de hoofdregel: het faillissement raakt niet de overeenkomst; het daarin opgenomen opschortingsrecht blijft in stand. Dat bepaalt de onderhandelingspositie met de curator: deze laatste zal slechts tot betaling overgaan, indien (i) de boedel volstaat om de oude schuld te betalen; en (ii) (naar zijn inschatting) de door middel van de door de schuldeiser te leveren prestatie meer waarde genereert dan hetgeen hij moet betalen. Maar de Hoge Raad heeft in het onderhavige arrest één uitzondering in petto, te weten in het geval de primaire levensbehoeften van de schuldenaar in het geding zijn:

‘Voor wat het onderhavige geval betreft, dient echter in aanmerking te worden genomen dat het hier gaat om de levering van gas en water, dus zaken die in de particuliere sfeer strekken ter voorziening in de eerste levensbehoeften, en dat de vennootschap – een openbaar nutsbedrijf – in haar distributiegebied een wettelijk beschermde monopoliepositie inneemt. Dit brengt mee dat de curator, die bij de uitoefening van zijn taak ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening heeft te houden, het in het algemeen niet zal kunnen laten aankomen op het staken van verdere leveranties, nu voor de gefailleerde geen mogelijkheid bestaat om zich tot een andere leverancier te wenden, die hij zou kunnen voldoen uit hetgeen de R-C heeft bepaald dat hij voor zijn levensonderhoud van zijn inkomsten mag behouden.

Het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers zal dus in zo'n geval op een andere wijze moeten worden beschermd, en wel door een uitzondering te aanvaarden op de hiervoor bedoelde hoofdregel voor het geval dat een failliet verklaarde afnemer van het nutsbedrijf door afsluiting ter zake van wanbetaling in de voormelde eerste levensbehoeften van hem en zijn gezin zou worden getroffen. In een dergelijk geval komt het nutsbedrijf de bevoegdheid tot afsluiting wegens een onbetaald gebleven schuld van voor de faillietverklaring niet toe.’

Voor alle duidelijkheid voegt de Hoge Raad daaraan toe:

‘Dit uitzonderingsgeval doet zich niet voor, indien de afsluiting uitsluitend betrekking heeft op een bedrijfsgebouw, of anderszins alleen van belang is

¹⁵⁹ Zie Verstijlen (1998) p. 110-113.

voor een eventuele voortzetting door de curator van het bedrijf van de gefailleerde. De curator is dan immers vrij om in verband met kosten als de onderhavige eventueel van een zodanige voortzetting af te zien.’

Kortom, in het handelsverkeer kan het opschortingsrecht worden benut om de curator van een failliete wederpartij tot betaling te dwingen. Eerst wanneer de eerste levensbehoeften van die wederpartij en diens gezin in het geding zijn, gaat de schuldeiser over de schreef.

Eenzelfde beslissing gaf de Hoge Raad in HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (Van der Hel q.q./Nuon). In dat geval ging het om twee gefailleerde besloten vennootschappen. Ook hier garandeerde de curator de betaling van leveranties na de faillissementsdatum en ook hier weigerde de energiemaatschappij deze leveranties te verrichten ten einde betaling van de faillissementsschuld af te dwingen. De curator probeerde de Hoge Raad terug te laten komen op het hiervoor behandelde arrest-Blokland q.q./Veluwse Nutsbedrijven. Hij beriep zich onder meer op de gewijzigde maatschappelijke opvattingen, onder meer blijkend uit de invoering van de afkoelingsperiode, en betoogde dat de voortzetting van de leveranties nodig waren om het bedrijf *going concern* te kunnen overdragen, maar zijn betoog was tevergeefs en de Hoge Raad hield vast aan de in het arrest-Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q. uitgezette lijn. Maar de Hoge Raad voegde daar aan toe dat:

‘het in de omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of de andere schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn dat het energiebedrijf de energietoevoer zou beëindigen.’

Dit is een belangrijke toevoeging. De wederpartij dient dus niet alleen rekening te houden met het belang van de schuldenaar – zijn directe wederpartij – maar ook die van ‘de boedel’ en/of de overige – of beter: gezamenlijke – schuldeisers. Over de vraag wanneer deze situatie zich voordoet, zegt het arrest niet veel, maar wel iets. De Hoge Raad verwees de zaak, omdat nader onderzoek nodig was naar de stelling van de curator dat Nuon door geen beroep te doen op haar opschortingsrecht haar ijzersterke onderhandelingspositie niet zou opgeven. Hij had inmiddels het bedrijf overgedragen en de overnemer wel zou zorgdragen voor betaling, aldus de curator, omdat de kosten voor een nieuwe aansluiting hoger zouden zijn dan de faillissementsschuld. De omstandigheid dat de wederpartij over een ander effectief drukmiddel (tegenover een ander) beschikt, kan dus meebrengen dat het beroep op een opschortingsrecht ongeoorloofd is.

Een andere aanwijzing biedt HR 5 april 1994, NJ 1995, 640 (Middendorp/Kouwenberg q.q.). In het daar berechte geval ging het om een advocaat die een beroep deed op een retentierecht – ook een opschortingsrecht – ten aanzien van dossiers. Dit beroep werd in strijd geacht met de redelijkheid en billijkheid in de situatie dat de curator in het belang van de boedel diende te beschikken over dossiers, maar de boedel niet over de middelen beschikte om deze vordering te voldoen. Het door de wederpartij gehanteerde drukmiddel kon in die situatie niet effectief zijn, terwijl de dossiers op zichzelf genomen waardeloos waren en het verhaalsrecht van art. 3:292 BW dus evenmin tot iets kon leiden. Waar het retentierecht c.q. opschortingsrecht tot niets kan leiden behalve tot schade voor de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers, is het beroep op het opschortingsrecht ook ongeoorloofd.¹⁶⁰

Maar de enkele omstandigheid dat de betaling van de nieuwe leveranties wordt gegarandeerd, is kennelijk niet voldoende om een beroep op het opschortingsrecht te doorbreken. Dit was juist aan de orde in het arrest-Van der Hel q.q./Edon. Dat daarnaast het beroep op het opschortingsrecht tot schade kan leiden, lijkt evenmin voldoende te zijn.¹⁶¹ Die schade kan de curator immers afwenden door de oude vordering te voldoen.

Hoe valt dit te waarderen? Het betreft hier een in hoge mate rechtspolitieke keuze. De belangen van de schuldeiser aan de ene kant, dienen te worden afgewogen tegen die van de schuldenaar en de belangen van maatschappelijke aard aan de andere kant. De Hoge Raad had wat mij betreft wat genereuzer mogen zijn voor de laatstgenoemde belangen. Het arrest-Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q. komt erop neer dat het ongeoorloofd is de eerste levensbehoeften van de schuldenaar als breekijzer te gebruiken om de curator te dwingen de paritas creditorum te doorbreken. Het komt mij voor dat het ook ongeoorloofd kan worden geacht dat in het geding zijnde maatschappelijke belangen van

160 Men zie echter Pres. Rb. Arnhem 24 augustus 1995, KG 1995, 350, waar de boedel evenmin over de middelen beschikte op de opschortende nutsleverancier te voldoen. De curator wenste nog een week leverantie van water, omdat zij de planten op het (tuin)bedrijf van de gefailleerde had verkocht en deze nog een week in leven moest houden. De President oordeelde dat de nutsleverancier niettemin tot opschorting mocht overgaan, omdat zij – ook al beschikte de boedel niet over de middelen – mocht eisen dat de curator toezegde dat zij uit de opbrengst van de planten de openstaande vordering zou voldoen.

161 Anders nog: Pres. Rb. 's-Gravenhage 31 mei 1994, KG 1994, 356 (Riessen q.q./EWR) en Pres. Rb. Arnhem 23 juni 1995, KG 1995, 287.

(onder meer) de werknemers als breekijzer worden gebruikt om de curator te dwingen oude schulden te voldoen. Ook hún eerste levensbehoeften zijn in het geding.

12.2 Beëindigingsrechten

Voor bedingen die het recht geven een overeenkomst te ontbinden of op te zeggen bij een faillissement van de wederpartij geldt in grote lijnen hetzelfde als voor de opschortingsrechten. Een dergelijk recht is op zichzelf niet dubieus. Het is gerechtvaardigd dat de wederpartij die zich bindt aan een andere partij, de mogelijkheid schept om zich van die band te ontdoen in het geval hij bij een faillissement opeens wordt geconfronteerd met een buitenstaander als de curator en de onzekere situatie die het faillissement meebrengt (en die de achtergrond vormt van de regel van art. 37 Fw.). Ook in relatie tot de schuldeisers van de gefailleerde is er geen reden tot een ander oordeel te komen. Niet valt in te zien waarom de wederpartij die heeft bedongen dat hij de contractuele band met de schuldenaar kan slaken, tegenover diens schuldeisers gehouden zou zijn de overeenkomst in stand te laten. De wet zelf bepaalt voor sommige overeenkomsten dat deze eindigen in geval van faillissement.¹⁶²

In het arrest-BabyXL overweegt de Hoge Raad dan ook:¹⁶³

‘In aanmerking genomen dat in het algemeen faillissement en surséance op zichzelf niet van invloed zijn op de bestaande wederkerige overeenkomsten van de schuldenaar, moet daarom worden aanvaard dat art. 238 Fw niet in zoverre een exclusieve werking heeft dat deze bepaling de bedongen bevoegdheid tot buitengerechtelijke ontbinding aan de verhuurder ontnemt.’

Maar de Hoge Raad voegt daaraan toe dat de scherpe kantjes van het ontbindingsrecht kunnen worden afgehaald door een afkoelingsperiode, alsmede:

‘Ten slotte kan in voorkomend geval een beroep op een beding als het onderhavige worden tegengegaan met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW, met name in gevallen waarin ervan kan worden uitgegaan dat de doorbetaling van de huur gedurende de surseance is verzekerd.’

¹⁶² Zie onder meer art. 7:422 BW (lastgeving) en art. 7A:1683 BW (maatschap).

¹⁶³ HR 13 mei 2005, NJ 2005, 406.

Net als bij het opschortingsrecht – zie onderdeel 12.1 – bieden de redelijkheid en billijkheid een ontsnappingsmogelijkheid. Ik zou willen aannemen dat ook hier de belangen van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers in de afweging kunnen worden betrokken.

De laatste zinsnede zou de gedachte kunnen doen postvatten dat het ontbindingsrecht kan worden doorbroken indien verzekerd is dat de betaling van de huur na de verlening van de surseance van betaling (of de faillietverklaring) is gewaarborgd. Dat lijkt mij wenselijk, maar die conclusie kan mijns inziens niet uit het arrest worden getrokken. In het berechte geval was de huur tot na het verlenen van de surseance (vooruit)betaald.¹⁶⁴ Met het oog op de stand van zaken bij het opschortingsrecht, is het zeer de vraag of het ontbindingsrecht onderuit kan worden gehaald indien er vorderingen openstaan van vóór de surseance of het faillissement. De Hoge Raad zal ook niet voor niets spreken over de ‘doorbetaling’ – en niet ‘betaling’ – die gedurende de surseance is verzekerd.

12.3 Ingrijpen van de wetgever: de doorleveringsverplichting voor nutsleveranciers

In ieder geval heeft de wetgever een andere keuze gemaakt. Sinds 1 december 2005 bepaalt art. 37b lid 1 Fw.:

‘Een wederpartij is niet bevoegd de nakoming van zijn verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst tot het geregeld afleveren van gas, water, elektriciteit of verwarming, benodigd voor de eerste levensbehoeften of voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming, jegens de schuldenaar op te schorten wegens het door de schuldenaar niet nakomen van een vóór de faillietverklaring ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom.’

De wetgever vond het bestaande regime een inbreuk op de *paritas creditorum* en een te grote hindernis voor de curator om een onderneming te behouden.¹⁶⁵ In het verlengde hiervan werd in het tweede lid de

164 Vgl. Hof Amsterdam 15 juli 1993, NJ 1994, 399 waar een opzegging door de verhuurder op de voet van art. 39 Fw. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht waar er geen achterstand was en een niet-nakomen in de toekomst redelijkerwijs niet te verwachten was.

165 Zie de memorie van toelichting, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999-2000, 27244, nr. 3, p. 10.

mogelijkheid van een ontbinding uitgesloten, indien deze wordt gebaseerd op de niet nakoming van verplichtingen die dateren van vóór het faillissement. In het derde lid werd een beroep op een contractuele ontbindings(bevoegdheid) afhankelijk gemaakt van toestemming van de curator.

12.4 Komend recht: doorleveringsverplichting voor alle dwangcrediteuren

12.4.1 *Het MDW-rapport en het voorontwerp van de Commissie-Insolventierecht*

Verdergaande maatregelen – een ingrijpender inbreuk in de contractsvrijheid – liggen in het verschiet. De zogenaamde MDW-werkgroep heeft voorgesteld eenzelfde regime als thans neergelegd in art. 37b Fw. van toepassing te verklaren op elke leverancier van goederen of diensten die zodanig op de in financiële moeilijkheden verkerende onderneming zijn afgestemd dat een reëel alternatief niet voorhanden is.¹⁶⁶ Dit standpunt is door de regering overgenomen en neergelegd in de opdracht aan de Commissie-Insolventierecht.¹⁶⁷

Deze stelt voor te bepalen dat een wederpartij niet gedurende de afkoelingsperiode op grond van een vóór de insolventie ontstane vordering de nakoming op mag schorten van haar verbintenis die voortvloeit uit een met de schuldenaar aangegane overeenkomst tot het ter beschikking stellen van goederen, anders dan geld, of het verlenen van diensten, benodigd voor het voortzetten van een onderneming. Een beëindiging van de overeenkomst kan gedurende de afkoelingsperiode evenmin worden gegrond op een tekortkoming vóór de insolventverklaring. Voorzover de eerste levensbehoeften van de schuldenaar (als dat een natuurlijk persoon is) in het geding zijn, is zo'n opschorting ook buiten de afkoelingsperiode ongeoorloofd.

Een contractueel beding strekkende tot beëindiging in verband met de insolventverklaring, blijft gedurende de afkoelingsperiode buiten toepassing. De beëindiging van een binnen één maand vóór het verzoek tot insolventverklaring geëindigde overeenkomst kan voor de duur van

166 Eindrapport MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase, p. 42, te raadplegen via <http://www.ez.nl/content.jsp?objectid=18540>.

167 Brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 3 december 2001, Kamerstukken II, vergaderjaar 2001-2002, 24036, nr. 238.

de afkoelingsperiode ongedaan worden gemaakt, tenzij dat onredelijk bezwarend is.

Voor alles geldt dat de rechter-commissaris op verzoek van de wederpartij anders kan bepalen.

Daarmee bewandelt de Nederlandse wetgever eenzelfde weg als de Duitse en Franse eerder.¹⁶⁸ De wederpartij kan zijn van vóór de insolventverklaring daterende vorderingen slechts indienen in de insolventie. Anders dan in Duitsland en Frankrijk is dit niet expliciet geregeld,¹⁶⁹ maar dit vloeit voort uit de bepalingen over insolventievorderingen. Het voorontwerp kwalificeert als insolventievordering onder meer een vordering die op het tijdstip van de insolventverklaring reeds bestaat, alsmede ‘een vordering die de wederpartij uit hoofde van beëindiging van een vóór de insolventverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of die strekt tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een voor de insolventverklaring op deze verkregen vordering’.

Vorderingen ter zake van leveranties die de wederpartij uit hoofde van zijn doorleveringsverplichting moest verrichten zullen wel boedelvorderingen zijn indien de bewindvoerder om die doorlevering heeft gevraagd. Het criterium voor boedelvorderingen is vaag – het moet gaan om een vordering die door of na de insolventverklaring is ontstaan en waarvan de verschuldigdheid in redelijkheid aan de boedel kan worden toegerekend – maar het tweede lid geeft een aantal concretisering, onder andere voor de vordering die voortvloeit uit een verplichting die door de bewindvoerder is aangegaan.

12.4.2 *Welke overeenkomsten vallen eronder?*

De doorleveringsverplichting betreft overeenkomsten tot het ter beschikking stellen van goederen, anders dan geld, of het verlenen van diensten, benodigd voor de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon of voor het voortzetten van een door de schuldenaar gedreven onderneming. Het is een goede zaak dat de regeling niet is beperkt tot monopolistische wederpartijen of prestaties die – in de woorden van het MDW-rapport – zodanig op de onderneming zijn afgestemd dat een reëel alternatief niet voorhanden is. In de omstandigheden van het geval kan vrijwel elke overeenkomst, ook die welke gangbare goederen of

¹⁶⁸ Zie art. 622-13 *CdC* resp. § 103 e.v. *InsO*.

¹⁶⁹ Zie art. 622-13, al. 4 *CdC* resp. § 105 *InsO*.

diensten betreft, de wederpartij een feitelijke dwangpositie verschaffen, omdat de curator de tijd niet heeft om een andere partij te vinden of daarmee overeenstemming te bereiken.

Het is de vraag of de beperking tot overeenkomsten tot ‘het ter beschikking stellen van goederen’ en ‘het verlenen van diensten’ zelfstandige betekenis heeft. Ook huur-, licentie-, en verzekeringsovereenkomsten vallen eronder. Hetzelfde lijkt mij te gelden voor een aannemingsovereenkomst of een vervoersovereenkomst. Het valt mij moeilijk een voorbeeld te bedenken van een overeenkomst die er niet onder valt.

De uitzondering voor overeenkomsten tot het ter beschikking stellen van geld, waarvan kredietovereenkomsten wel de belangrijkste zullen zijn, komt hierna aan de orde.

12.4.3 De doorfinancieringsverplichting

Het meest gevoelige punt moet toch wel zijn het beperken van een opschortings- of beëindigingsbevoegdheid voor kredietovereenkomsten. Men spreekt wel over een ‘doorfinancieringsverplichting’. In de in 1994 aangekondigde voorstellen was in zo’n doorfinancieringsverplichting voorzien,¹⁷⁰ maar de contouren daarvan waren nog vaag. De rechtbank zou kunnen bepalen dat ‘door de financiers ingezette kredietlijnen moeten worden gehandhaafd.’, waarvoor aannemelijk diende te worden gemaakt dat de verhouding tussen de kredietstand op het moment van de verlening van de surseance¹⁷¹ en de daar tegenover staande zekerheden ‘niet al te zeer wijzigt’.

De MDW-werkgroep stelde een andere, mildere benadering voor.¹⁷² Een doorfinancieringsverplichting zou een te grote inbreuk op de beginselen van burgerlijk recht zijn. In plaats van een doorfinancieringsverplichting pleitte de werkgroep ervoor de ‘gewone’ in de rechtspraak ontwikkelde criteria waaraan de opzegging van kredietovereenkomsten pleegt te worden getoetst, toe te passen, met dien verstande dat de criteria zouden worden toegepast door de rechter-commissaris of de rechtbank die de surseance van betaling verleent.

De Commissie-Insolventierecht wil van een doorfinancieringsverplichting niet weten. De beperking van het opschortings- en beëindigingsrecht geldt niet voor overeenkomsten tot het ter beschikking stel-

170 Kamerstukken II, vergaderjaar 1993-1994, 23400 VI, nr. 36.

171 De voorstellen waren beperkt tot de surseance van betaling.

172 Zie Eindrapport MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase, p. 41-42, te raadplegen via <http://www.ez.nl/content.jsp?objectid=18540>.

len van geld. Daarbij is met name gedacht aan kredietovereenkomsten. De reden daarvoor is de (impliciete) eis dat de bewindvoerder direct de tegenprestatie aan de wederpartij dient te voldoen, hetgeen bij kredietovereenkomsten zou neerkomen op nodeloos rondpompen van geld.

Ik ben niet overtuigd. Ik zie geen reden waarom voor een kredietovereenkomst principieel iets anders zou gelden dan voor andersoortige overeenkomsten. De partij die zich heeft verplicht tot een bepaald bedrag krediet te verschaffen, dient ook tegenover de bewindvoerder aan die verplichting te voldoen, zonder dat zij zich kan beroepen op een opschortings- of beëindigingsrecht. Net zoals een doorleveringsverplichting gerechtvaardigd is indien de betaling van nieuwe leveranties voldoende is gewaarborgd, lijkt het mij dat de eis kan worden gesteld dat een kredietovereenkomst wordt voortgezet indien terugbetaling van de na de insolventieverklaring opgenomen bedragen voldoende is gewaarborgd. Die waarborg kan ook worden verschaft zonder dat het geld meteen wordt terugbetaald, te weten door zekerheden te stellen. Dat is geen zinloos 'rondpompen van geld' maar de essentie van de kredietovereenkomst: de curator kan beschikken over liquide middelen die nodig zijn voor de bedrijfsvoering en hoeft deze pas later terug te betalen. Daar staat tegenover dat inderdaad gewaarborgd moet zijn dat de na de faillietverklaring opgenomen bedragen worden terugbetaald. Is de bewindvoerder niet in staat die zekerheid te verschaffen, bijvoorbeeld omdat alle activa al onder het zekerheidsverband vallen voor oude schulden, hetgeen vaak het geval zal zijn, dan kan niet worden verwacht dat de financier nieuwe middelen verschaft. En evenmin hoeft hij tot een hoger bedrag krediet te verschaffen dan waartoe hij zich voor het faillissement heeft verplicht.

Ook het Franse recht kent geen uitzonderingspositie voor kredietovereenkomsten,¹⁷³ hetgeen er niet aan af doet dat de 'normale' mogelijkheden een krediet te beëindigen in stand blijven.¹⁷⁴ In Duitsland wordt aangenomen dat een 'Krediteröffnungsvertrag', op grond waarvan krediet in rekening-courant wordt verstrekt, met de opening van de insolventieprocedure ophoudt te bestaan.¹⁷⁵ Dit is echter niet gegrond op de wens de kredietverstrekker te beschermen, maar op de omstan-

173 Zie Monserie, p. 58 en Soinne, nr. 1355.

174 Zie daarvoor art. 313-12 *Code monétaire et financier*, op grond waarvan een opzeggingstermijn in acht moet worden genomen, behalve 'en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise'. Zie over de toepassing van dit criterium in het kader van de voortgezette kredietovereenkomst Monserie, p. 58-64 en Soinne, nr. 1357. Zie voorts Cass. com. 1 octobre 1991, D.1992.SC.261, Cass. com. 2 mars 1993, D.1993.IR.91 en Cass. com. 28 juin 1994, D.1994.IR, 205.

digheid dat het ‘Krediteröffnungsvertrag’ valt onder de ‘Geschäftbesorgungsverträgen’ die op grond van § 116 *InsO* met de opening van de insolventieprocedure eindigen ten einde te voorkomen dat de *Insolvenzverwalter* voor de voeten wordt gelopen.¹⁷⁶

12.4.4 De duur van de doorleveringsverplichting

De doorleveringsverplichting is beperkt tot de afkoelingsperiode, althans voorzover de voortzetting van de onderneming in het geding is.¹⁷⁷ De afkoelingsperiode belooft volgens het voorontwerp één maand, met de mogelijkheid tot verlenging tot ten hoogste drie maanden. De nieuwe regeling zal geen einde maken aan het gebruik van het opschortings- of ontbindingsrecht om betaling van faillissementsschulden te verkrijgen. De machtspositie van de wederpartij wordt weer volledig hersteld na ten hoogste drie maanden, behalve waar het prestaties betreft die niet op de onderneming van de gefailleerde zijn afgestemd en gemakkelijk van derden zijn te betrekken. Buiten dit laatste geval zal de regeling slechts meebrengen dat zij haar vordering maximaal drie maanden later dan thans krijgt voldaan. Vanuit het oogpunt van de voortzetting van de onderneming is dat een verslechtering, omdat ook nutsleveranciers, die volgens het huidige art. 37b Fw. een onbeperkte doorleveringsplicht hebben, eronder vallen.

Vooropgesteld dat voldoende gewaarborgd is dat de wederpartij betaling ontvangt voor de nieuwe leveranties – zie daarover onderdeel 12.4.8 – is het mijns inziens alleszins gerechtvaardigd dat de doorleveringsverplichting voor langere duur wordt opgelegd. Waar enerzijds de nieuwe leveranties nodig zijn voor het behoud van de onderneming en werkgelegenheid en anderzijds de belangen van de wederpartij niet worden ondergraven, kan van hem worden gevergd dat hij op dezelfde wijze de overeenkomst uitvoert als vóór het faillissement, en wel voor de duur van het faillissement.¹⁷⁸ Tekenend is dat noch het Franse noch het Duitse recht op dit punt een eindtermijn kent.

De Commissie-Insolventie laat in de toelichting wel een achterdeur

175 Uhlenbruck, (Berscheid), Rdn. 15-16 en Kölner Schrift (Pape), Rdn. 15.

176 Zie de literatuur genoemd in noot 97.

177 Indien de eerste levensbehoeften van een insolvente natuurlijk persoon in het geding zijn, loopt de doorleveringsverplichting door na de afkoelingsperiode.

178 Al is de termijn van maximaal drie maanden natuurlijk beter dan de termijn van maximaal een maand in het aangekondigde voorstel van 1994. In het Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet, 1989, p. 107-108, werd een termijn van maximaal zes maanden voorgestaan.

open, te weten die van de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW. Het aan HR 13 mei 2005, NJ 2005, 406 (BabyXL) ontleende voorbeeld wordt gegeven van een huuropzegging terwijl het object noodzakelijk is voor een voortzetting van de onderneming en ervan kan worden uitgegaan dat de doorbetaling gedurende de insolventie verzekerd is. Maar deze achterdeur heeft vermoedelijk weinig om het lijf omdat, zoals aan de orde kwam in onderdeel 12.2, de redelijkheid en billijkheid in de rechtspraak van de Hoge Raad niet meebrengen dat het beëindigingsrecht kan worden doorbroken indien er onbetaalde achterstanden van vóór de insolventie zijn. Indien de Commissie-Insolventierecht een grotere rol voor de redelijkheid en billijkheid zou zien weggelegd – daar zou ik voor zijn – ware het te verkiezen dit in de regeling te verwerken. Dat is beter dan te vertrouwen op de redelijkheid en de billijkheid, omdat op dit gebied rechtszekerheid van cruciaal belang is. De bewindvoerder kan zich geen langdurige discussie veroorloven over wat de redelijkheid en billijkheid al dan niet meebrengen.

12.4.5 *Doorkruising van contractuele beëindigingsrechten*

Wellicht heeft de Commissie-Insolventierecht eenzelfde terughoudendheid gevoeld als destijds de Staatssecretaris, die een doorleverings- en doorfinancieringsplicht een vergaande inbreuk op de contractsvrijheid achtte.¹⁷⁹ Maar gelukkig heeft zij niet geschroomd een beroep op contractuele beëindigingsbedingen voor ongeoorloofd te houden. In de afkoelingsperiode kan de wederpartij geen beroep doen op een beding dat strekt tot beëindiging van de overeenkomst in verband met de insolventverklaring. Zonder zo'n bepaling zou de doorleveringsverplichting – vanwege het veelvuldige voorkomen van dergelijke bedingen – een dode letter zijn. In Frankrijk bepaalt art. 622-13 *CdC* dat '[n]onobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.'

Voor de Duitse wetgever was het doorkruisen van een contractueel ontbindingsrecht een gevoelig punt. In het aanvankelijke ontwerp voor de *Insolvenzordnung* was bepaald dat bepalingen die een partij in geval van faillissement een ontbindingsrecht gaven of de overeenkomst van rechtswege deden eindigen 'unwirksam' waren, maar deze bepaling is op het laatste moment geschrapt. Het werd bij nader inzien een te grote

179 Kamerstukken II, vergaderjaar 1993-1994, 23400 VI, nr. 36.

inbreuk op de contractsvrijheid geacht. Ook werd gevreesd dat potentiële wederpartijen huiverig zouden zijn te contracteren met een in financiële moeilijkheden verkerende onderneming die een sanering probeert door te voeren.¹⁸⁰ Maar het lijkt erop dat een in grote lijnen soortgelijk resultaat wordt bereikt op grond van § 119 *InsO*, dat bepaalt dat ‘Vereinbarungen, durch die im voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 ausgeschlossen oder beschränkt wird [...] unwirksam’ zijn. Tot de genoemde bepalingen behoren de §§ 103 en 105 over het keuzerecht van de curator bij wederkerige overeenkomsten. Veelal wordt aangenomen dat dit in de weg staat aan ‘insolvenzabhängige Lösungsklauseln’.¹⁸¹ Het *Bundesgerichtshof* heeft zich nog niet stellig uitgesproken maar lijkt te tenderen naar doorkruising van een dergelijke bepaling.¹⁸² In BGH ZIP 2006, 87 stelde het ‘[e]ine Lösungsklausel für den Insolvenzfall, die teilweise als unwirksam nach § 119 InsO angesehen wird’, tegenover een opzeggingsbevoegdheid als daar aan de orde was en die het geoorloofd achtte, want:

‘Die Kündigungsbefugnis knüpfte nicht an die Insolvenzeröffnung und auch nicht an die Ausübung des Wahlrechts aus § 103 InsO an. Kündigungsgrund war vielmehr das Vorliegen von Tatsachen, auf Grund derer die Fortsetzung des Vertrags unzumutbar war. Solche Tatsachen konnten auch und gerade außerhalb einer Insolvenz gegeben sein. Außerdem sollte bei Vorliegen solcher Tatsachen jeder der beiden Vertragsteile zur Kündigung berechtigt sein.’

12.4.6 Ongedaanmaking beëindiging vóór de insolventverklaring

Volgens de in 1994 aangekondigde voorstellen voor een doorleverings- en doorfinancieringsverplichting,¹⁸³ zou een opzegging binnen korte tijd vóór het van kracht worden van deze verplichtingen als niet verricht worden beschouwd. Daarbij leek niet van belang te zijn of de wederpartij wist van de naderende surseance (waarop de voorstellen betrek-

180 Zie de parlementaire geschiedenis, Uhlenbruck, p. 446-448.

181 Häsemeyer, p. 740-742, Uhlenbruck, (Berscheid), Rdn. 15-16, Heidelberger Kommentar (Marotzke), § 119 Rdn. 3-4 en Kölner Schrift (Pape), Rdn. 60-63.

182 BGH ZIP 2004, 176 achtte weliswaar geoorloofd een clause in een verzekeringsovereenkomst die de verzekeraar de bevoegdheid gaf de overeenkomst op een termijn van een maand op te zeggen in het geval van de opening van een insolventieprocedure ten aanzien van de verzekeringnemer, maar deze beslissing was gegrond op een recentelijk herziene *lex specialis*, waarin uitdrukkelijk de mogelijkheid voor zo’n beding werd geopend.

183 Kamerstukken II, vergaderjaar 1993-1994, 23400 VI, nr. 36.

king hadden). Ik heb toen betoogd dat dat te ver ging.¹⁸⁴ Het voorontwerp geeft een regeling terzake. De bewindvoerder kan een beëindiging op grond van een beding als bedoeld in het vorige onderdeel ongedaan maken indien de overeenkomst is geëindigd binnen één maand voor het verzoek tot insolventverklaring. Dit is – terecht, lijkt mij dus – beperkt tot gevallen waarin de beëindiging in verband met de insolventie geschiedt, hetgeen besloten ligt in de omstandigheid dat de beëindiging moet zijn geschied op grond van een beding dat strekt tot beëindiging van de overeenkomst in verband met de insolventverklaring.

12.4.7 Overdracht van contracten

De beperkte opzet van de doorleveringsverplichting in het voorontwerp – slechts een noodverband voor de eerste periode, waarna de machtspositie van de wederpartij herleeft – brengt mee dat geen voorziening hoeft te worden getroffen voor de situatie dat de onderneming gedurende de insolventie wordt overgedragen aan een derde. (De doorstart wordt überhaupt niet geregeld in het voorontwerp.) Indien de prestaties van de wederpartij cruciaal zijn voor de bedrijfsvoering, zal de bewindvoerder (of de overnemer) hoe dan ook tot overeenstemming met die wederpartij moeten komen, waarbij zij de facto gedwongen kunnen zijn diens insolventievordering te voldoen. Indien men de machtspositie van de wederpartij wil ontmantelen, ten einde de gelijkheid van schuldeisers te bevorderen en/of de doorstartende onderneming niet te belasten met schulden van vóór de insolventie is een nadere regeling op zijn plaats.

Een voorbeeld van zo'n regeling kan worden gevonden in Frankrijk. Een overdracht van de onderneming wordt daar neergelegd in een plan de cession en zo'n plan kan vergezeld gaan van een overdracht van 'les contrats des contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité'.¹⁸⁵ De rechtbank stelt vast welke overeenkomsten het betreft en in het vonnis waarin het *plan* wordt vastgesteld wordt tevens de overdracht van deze overeenkomsten neergelegd. Deze dienen te worden uitgevoerd op de voorwaarden zoals die golden ten tijde van de opening van de insolventieproceure, hetgeen niet kan worden 'weggecontracteerd'.

184 F.M.J. Verstijlen, De aangekondigde doorleverings- en doorfinancieringsverplichting, NJB 1998, p. 1681.

185 Art. 642-7 *CdC*.

Dit houdt een vergaande inbreuk op de contractsvrijheid in. De wederpartij wordt opgezadeld met een nieuwe wederpartij, met wie hij niet heeft gecontracteerd. Maar de inbreuk is minder groot dan op het eerste gezicht lijkt. Bij dit soort van contracten is het niet zozeer de persoon van de schuldenaar die van belang is als wel de door hem gedreven onderneming. Die onderneming behoudt bij de overdracht haar identiteit. Dat ook het contract wordt overgedragen, betekent dat de wederpartij 'technisch-juridisch' een andere contractspartij tegenover zich vindt, maar de onderneming blijft dezelfde. In de situatie dat de wederpartij tot de dag van de insolventie de contractband met die onderneming in stand heeft gelaten, is het niet een groot offer van hem te verlangen dat die contractband in stand blijft als diezelfde onderneming 'gerevitaliseerd' wordt voortgezet.

12.4.8 De positie van de wederpartij

In het voorontwerp is niet bepaald dat de na de faillietverklaring te verrichten prestaties contant moeten worden voldaan of dat daar zekerheid voor moet worden gesteld. In de in 1994 aangekondigde voorstellen was hierin wel voorzien.¹⁸⁶ En ook het Franse recht kent zo'n verplichting.¹⁸⁷ Sterker nog, indien de *administrateur* niet aan deze verplichting voldoet (en de wederpartij daarmee niet heeft ingestemd) is de overeenkomst van rechtswege ontbonden en kan dat een grond zijn voor de beëindiging van de *période d'observation*.¹⁸⁸

Ik vermoed dat het niet de bedoeling is dat de wederpartij zijn prestaties op de blauwe ogen van de curator verricht om maar af te wachten of de tegenprestatie zal worden voldaan. Maar het is onduidelijk waarop de bescherming moet worden gebaseerd. Niet op de opvolger van het huidige art. 37 Fw. lijkt mij. Deze biedt de wederpartij weliswaar de mogelijkheid een termijn te stellen waarbinnen de bewindvoerder moet verklaren of hij de overeenkomst gestand doet en de rechter-commissaris kan bepalen dat zekerheid moet worden gesteld, maar ook wanneer de bewindvoerder niets van zich laat horen en aldus het recht verliest zijnerzijds nakoming te vorderen, geldt dat nog steeds 'onverminderd het bepaalde in' in het artikel over de doorleveringsverplichting. De wederpartij zou dus zonder zekerheid moeten presteren.

Misschien is het de bedoeling dat de wederpartij wordt beschermd op grond van het gemene recht. Hem komt mogelijk een beroep toe op

186 Kamerstukken II, vergaderjaar 1993-1994, 23400 VI, nr. 36.

187 Zie art. 622-13, al. 2 *CdC*.

188 Zie art. 622-13, al. 3 *CdC*.

art. 6:262 BW, de *exceptio non adimpleti contractus*, dat een opschortingsrecht biedt indien de schuldenaar c.q. de bewindvoerder zijn verbintenis niet nakomt. Maar helemaal zeker lijkt mij dat niet. Die schuldenaar zal misschien vorderingen van vóór de faillietverklaring hebben openstaan, maar het opschortingsrecht dat hij daaraan ontleent, wordt hem juist ontnomen door de onderhavige bepaling. Art. 6:40, aanhef en sub a BW bepaalt dat het faillissement een beroep op een tijdsbepaling niet toestaat, maar dat ziet mijns inziens niet op boedelverplichtingen als de onderhavige. En ik vraag mij af of de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW altijd soelaas biedt, omdat wellicht niet steeds gezegd kan worden dat er omstandigheden zijn die goede grond geven te vrezen dat de bewindvoerder niet aan zijn verplichtingen zal voldoen. Het zijn per slot van rekening, zo mag men aannemen, boedelvorderingen. Volgens de hoofdregel zou de bewijslast op die wederpartij liggen.

Het is de moeite waard hier een uitdrukkelijke bepaling aan te wijden. De doorleveringsverplichting en de inbreuk op contractsvrijheid waarmee deze gepaard gaat, is slechts gerechtvaardigd indien de betaling van de nieuwe leveranties zonder meer is gewaarborgd.¹⁸⁹

13 TOT SLOT

De hoofdregel van de continuïteit van het contract staat nog steeds voorop, maar in toenemende mate wordt daarvan afgeweken. Daarvoor zijn tal van redenen. Het faillissement van een der partijen ontnemt aan die overeenkomst vaak het bestaansrecht, met name indien de curator heeft aangegeven dat hij niet wenst na te komen. Het voortbestaan van de overeenkomst levert dan meer last op dan voordeel. Voorts kunnen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers onaanvaardbaar in het gedrang komen doordat een schuldenaar ‘over zijn graf heen contracteert’. Tot slot nopen de opgewaardeerde maatschappelijke belangen tot een nadere overdenking van de plaats van de overeenkomst binnen faillissement. De rechtspraak heeft zich op dit punt terughoudend getoond; de wetgever heeft hier het voortouw genomen met een –bescheiden – doorleveringsplicht. Meer ligt in het verschiet. Het voorontwerp bevat een verdergaande – maar nog steeds bescheiden – nadere ingreep. Ongetwijfeld zal dit voorontwerp aanleiding zijn voor nader debat, in het kabinet, het parlement en de rechtsgeleerde literatuur, onder meer over de plaats van de overeenkomst binnen faillissement.

¹⁸⁹ Zo ook S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden, TvP 1998, p. 1327.