

Een redelijke uitkomst als leidraad voor afbakening van de Peeters/Gatzen-vordering

*Mr. P.J. Hooghoudt en mr. D.C. van Sisseren-Roessingh**

1 Inleiding

Het is alweer 35 jaar geleden dat de Hoge Raad in zijn bekende gelijknamige arrest de zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering ‘creëerde’ (hierna: de PGV).¹ Dat is een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad ingesteld door de curator jegens een derde die betrokken is bij benadeling van de gezamenlijke schuldeisers door de gefailleerde in hun verhaalsmogelijkheden, ook al komt een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe.² De Hoge Raad heeft de PGV sindsdien in verschillende arresten nader afgebakend en ingevuld.³ Uit het grote aantal interessante artikelen dat ook de laatste jaren nog is geschreven over de PGV en haar huidige of wenselijke aard, reikwijdte en invulling blijkt echter dat er daarover nog vele en belangrijke vragen bestaan.⁴

In zijn recente arrest van 8 september 2017 in de kwestie Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis N.V.⁵ (hierna: het Rosbeek-arrest) legt de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen voor aan het Europese Hof van Justitie over de kwalificatie van de PGV onder de EEX-Verordening en de Insolventieverordening.⁶ De overwegingen en vragen van de Hoge Raad zijn van

uit IPR-oogpunt zonder meer interessant.⁷ Wij verwijzen daarvoor graag naar de noot van Broeders bij het arrest. Verder is er in het Rosbeek-arrest voor de PGV echter weinig nieuws onder de zon. Ter ondersteuning van zijn overwegingen en vragen over de internationaal privaatrechtelijke kwalificatie van de PGV geeft de Hoge Raad een handige samenvatting van de belangrijkste rechtsoverwegingen over de PGV uit de arresten die hij in 35 jaar daarover heeft gewezen.⁸ Hij geeft echter geen nieuwe of andersluidende oordelen over de PGV die antwoorden bieden op de vele vragen die (nog) bestaan over de aard, reikwijdte en invulling daarvan.⁹ Ondertussen biedt de casus van het arrest interessant materiaal voor verdere gedachtevorming over die vragen. Misschien wel de belangrijkste daarvan is de vraag onder welke omstandigheden nu eigenlijk sprake is van ‘benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden’, in de literatuur ook wel ‘generieke schuldeisersbenadeling’ genoemd. Die benadeling ligt immers ten grondslag aan de bevoegdheid van de curator om een PGV in te stellen en bepaalt daarmee haar reikwijdte. Mede naar aanleiding van het Rosbeek-arrest staat in deze bijdrage die vraag centraal.

Na een korte bespreking van de PGV op basis van de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad (par. 2) zullen wij beto-

* Mr. P.J. Hooghoudt en mr. D.C. van Sisseren-Roessingh zijn advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek in Amsterdam.

Grote dank gaat uit naar Bruno Verdam voor zijn bijdrage aan de standkoming van dit artikel.

1. HR 14 januari 1983, NJ 1983/579 (Peeters q.q./Gatzen).
2. HR 14 januari 1983, NJ 1983/579 (Peeters q.q./Gatzen) en HR 24 april 2009, NJ 2009/416 (Dekker q.q./Lutèce).
3. Zie par. 2.
4. Zie bijv. recentelijk I. Spinath, Het beperkte bereik van de Peeters/Gatzen-vordering en de wenselijkheid daarvan, TOP 2016/280 en V.R. Vroom & L.J.J. Kerstens, Wie de botte bijl hanteert komt de man met de hamer tegen – over (ruim) dertig jaar Peeters/Gatzen-vordering, in: P.W. Scheurs e.a. (red.), De gereedschapskist van de curator: Insolventie Jaarboek, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 97-125. Zie ook R.D. Vriesendorp, Insolventierecht, Deventer: Kluwer 2013, p. 255-258.
5. HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m.nt. Broeders (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis).
6. Verordening (EG) 44/2011 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken en Verordening (EG) 1346/2000 betreffende insolventieprocedures. Op 26 juni 2017 is een herziene versie van de Insolventieverordening in werking getreden (Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures (herschikking)). De prejudiciële vragen van de Hoge Raad betreffen de ‘oude’ Insolventieverordening.

7. Denk aan grensoverschrijdende gevallen waarin de curator in een Nederlands faillissement een onrechtmatige-daadsvordering wil instellen ten behoeve van de in hun verhaalsmogelijkheden benadeelde gezamenlijke schuldeisers, die zonder de faillissementsrechtelijke context onderworpen zou zijn aan de bevoegdheid van een buitenlandse rechter en door buitenlands recht zou worden beheerst (in de Rosbeek-casus de Belgische rechter en Belgisch recht).
8. HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m.nt. M.A. Broeders (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis N.V.), r.o. 4.2.1-4.2.5.
9. Wel opmerkelijk is dat de A-G en de Hoge Raad in hun prejudiciële vragen in het Rosbeek-arrest (r.o. 7.1), maar niet in hun overwegingen, spreken van een vordering die door de curator wordt ingesteld ‘namens’ de gezamenlijke schuldeisers, daar waar in eerdere arresten werd gesproken over het instellen van de PGV ‘ten behoeve van’ de gezamenlijke schuldeisers. Vgl. HR 24 april 2009, NJ 2009/416 (Dekker q.q./Lutèce), bijv. r.o. 3.4.4.2. Hoewel in de literatuur over het onderscheid tussen deze termen gediscussieerd is (vgl. Spinath 2016), blijkt uit het Rosbeek-arrest zelf niet of deze afwijkende terminologie een bewuste keuze is geweest. Het feit dat de Hoge Raad in zijn overwegingen nog steeds ‘ten behoeve van’ gebruikt en de formulering van de vraag misschien op de suggestie van de A-G baseert, suggereert van niet.

gen dat het criterium van de ‘generieke schuldeisersbenadeling’ aan duidelijkheid te wensen overlaat (par. 3) en beter in- of aangevuld kan worden door een redelijkheidstoets (par. 4) en twee (niet-limitatieve) concrete(re) voorwaarden ter invulling daarvan (par. 5). Vervolgens delen wij enkele eerste gedachten over wat deze redelijkheidstoets zou betekenen voor de reikwijdte van de PGV (par. 6) en enkele mogelijkheden om die reikwijdte indien gewenst te verruimen (par. 7). Wij sluiten af met een korte bespreking van de casus van het Rosbeek-arrest in het licht van het voorgaande (par. 8) en een conclusie (par. 9).

2 De PGV volgens de Hoge Raad

De PGV laat zich op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad als volgt samenvatten. De PGV is een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad ingesteld door de curator jegens een derde die betrokken is bij benadeling van de gezamenlijke schuldeisers door de gefailleerde in hun verhaalsmogelijkheden, ook al komt een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe.¹⁰ De vordering zelf valt niet in de boedel, maar de instellingsbevoegdheid ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers berust bij de curator en de inning en verdeling van de opbrengst geschieden via de boedel, omdat zij strekken ter herstel van de verhaalsmogelijkheden in het kader van het faillissement.¹¹

Een PGV is daarom slechts mogelijk als de vordering gebaseerd is op benadeling van de gezamenlijke schuldeisers en niet op benadeling van slechts een bepaalde groep schuldeisers, ook als de opbrengst van de vordering via de boedel verdeeld zal worden.¹² Omdat het gaat om verhaal van door de schuldeisers gezamenlijk geleden schade is geen plaats voor onderzoek omtrent de individuele positie van ieder van de betrokken schuldeisers. Het bij de PGV betrokken collectieve belang wettigt dat de derde daarom tegenover de curator geen gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan.¹³ De PGV is ook niet beperkt tot gevallen waarin de derde behoort tot de kring van personen die op basis van de (faillissements) pauliana aansprakelijk zouden zijn. Voor betrokkenheid bij benadeling van schuldeisers is niet vereist dat de derde de benadeling heeft bevorderd of daarvan heeft geprofiteerd; van betrokkenheid kan ook sprake zijn als de derde in een positie verkeerd dat hij de gestelde benadeling had kunnen voorkomen, maar daaraan desalniettemin zijn noodzakelijke medewerking heeft verleend.¹⁴ Individuele schuldeisers behouden ook zelf hun vorderingsrecht jegens de

derde, mede omdat de door art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) vereiste wettelijke grondslag ontbreekt voor ontneming daarvan.¹⁵ Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan bij samenloop echter meebrengen dat pas op de vordering van de individuele schuldeiser wordt beslist nadat op de door de curator ingestelde vordering is beslist.¹⁶

3 Generieke schuldeisersbenadeling

De overwegingen van de Hoge Raad over het soort gevallen waarin een PGV (als onrechtmatige-daadvordering) mogelijk is, richten zich op de vraag of sprake is van de vereiste ‘benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden’ (hierna kortweg: generieke schuldeisersbenadeling).¹⁷ Dit is naar de bewoordingen een vrij abstract criterium. De Hoge Raad heeft in zijn arresten Bont/Bannenberg q.q. en Butterman q.q./Rabobank de reikwijdte van generieke schuldeisersbenadeling (en daarmee van de PGV) enigszins verduidelijkt door te oordelen dat een PGV niet mogelijk is als die gebaseerd is op benadeling van slechts een bepaalde groep schuldeisers, ook als de opbrengst van de vordering via de boedel verdeeld zal worden.¹⁸ Wat ons betreft biedt het criterium daarmee echter nog niet voldoende duidelijke handvatten waarmee de praktijk uit de voeten kan.¹⁹ Ook de lagere rechtspraak geeft op dit vlak een verdeeld beeld.²⁰

De uitgebreide discussie in de literatuur over hoe generieke schuldeisersbenadeling nu precies wordt ingevuld door de Hoge Raad, of juist door hem ingevuld zou moeten worden, richt zich vooral op twee met elkaar samenhangende vragen. De eerste vraag is welke individuele schuldeisers benadeeld zijn door het onrechtmatige handelen van de derde en of die daarmee samen als de ‘gezamenlijke schuldeisers’ kwalificeren. Moet iedere individuele schuldeiser daadwerkelijk benadeeld zijn of kan benadeling van een (groot) deel van de individuele schuldeisers of zelfs slechts één van hen onder omstandigheden ook voldoende zijn om van de ‘gezamenlijke schuldeisers’ te spreken? Onder meer Verstijlen, Van Schilfgaarde en Van Andel menen dat het gaat om de ‘gezamenlijke schuldeisers als

10. HR 14 januari 1983, NJ 1983/579 (Peeters q.q./Gatzen) en HR 24 april 2009, NJ 2009/416 (Dekker q.q./Lutèce).

11. HR 24 april 2009, NJ 2009/416 (Dekker q.q./Lutèce), r.o. 3.4.4.2.

12. HR 16 september 2005, NJ 2006/311 m.nt. P. van Schilfgaarde (De Bont/Bannenberg q.q.) en HR 14 januari 2011, NJ 2011/366 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Butterman q.q./Rabobank), r.o. 4.9.

13. HR 23 december 1994, NJ 1996/629 m.nt. W.M. Kleijn, r.o. 4.3.2 en HR 15 september 1995, NJ 1996/629 m.nt. W.M. Kleijn (Notarissen/Curatoren TBH).

14. Ibid.

15. HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (Lunderstädt/De Kok-Neptunus), r.o. 3.4.4 en HR 21 december 2001, NJ 2005/96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Sobi/Hurks), r.o. 5.1.3.

16. HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (Lunderstädt/De Kok-Neptunus) en HR 21 december 2001, NJ 2005/96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Sobi/Hurks).

17. Zie onder meer HR 8 november 1991, NJ 1992/174 m.nt. J.M.M. Maeijer (Nimox/Van den End), r.o. 3.2, HR 16 september 2005, NJ 2006/311 m.nt. P. van Schilfgaarde (De Bont/Bannenberg q.q.) en HR 14 januari 2011, NJ 2011/366 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Butterman q.q./Rabobank).

18. HR 16 september 2005, NJ 2006/311 m.nt. P. van Schilfgaarde (De Bont/Bannenberg q.q.) en HR 14 januari 2011, NJ 2011/366 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Butterman q.q./Rabobank), r.o. 4.9.

19. Vgl. Spinath 2016, die overweegt dat de gemene deler van de recente rechtspraak is dat daarin vooral wordt uitgemaakt welke aanspraken niet onder PGV-bereik vallen en dat ten aanzien van vele vragen een richtinggevend uitspraak van de Hoge Raad ontbreekt.

20. Zie de analyse in Vroom & Kerstens 2015.

eenheid gedacht' (van Van Schilfgaarde 'mag men ook zeggen: de boedel'), om aan te geven dat het gaat om de schuldeisers als collectief en dat (dus) niet iedere individuele schuldeiser daadwerkelijk benadeeld hoeft te zijn.²¹ Hoe de gezamenlijke schuldeisers volgens deze opvattingen dan precies als eenheid of collectief gedacht moeten worden, is echter vervolgens niet altijd even duidelijk.

De tweede vraag is welke vormen van benadeling als de vereiste 'benadeling in verhaalsmogelijkheden' (kortweg: 'verhaalsbenadeling') kwalificeren. Hier richt de discussie zich vooral op de vraag of verhaalsbenadeling alleen gelegen kan zijn in een vermindering van het vrije actief (de voor verhaal van de schuldeisers beschikbare bezittingen van de gefailleerde) als gevolg van de onrechtmatige gedraging van de derde, of ook in een vermeerdering van het passief (toename van de schulden) van de gefailleerde, waardoor het beschikbare actief over een groter bedrag aan schulden moet worden verdeeld.²² Van Schilfgaarde meent bijvoorbeeld dat onder verhaalsbenadeling moet worden verstaan 'rechtstreekse benadeling door vermindering van het voor verhaal beschikbare actief [sic]'.²³ In lijn met Van An del betogen Vroom en Kerstens daarentegen dat 'van generieke schuldeisersbenadeling sprake [kan] zijn indien als gevolg van de vermeerdering van het passief voor alle schuldeisers het uitkeringspercentage is verlaagd'.²⁴

4 Een redelijke uitkomst

Wij menen dat gebruik van alleen abstracte termen als 'gezaamenlijk', 'als eenheid gedacht', 'verhaalsbenadeling', 'generiek' en 'specifiek' niet zal leiden tot handvatten die voldoende hanteerbaar en voorspelbaar zijn voor de praktijk. Dit wordt ondersteund door de in de vorige paragraaf aangestipte voortdurende onduidelijkheden die in literatuur en jurisprudentie over de invulling daarvan bestaan. Om tot bruikbare handvatten te komen menen wij dat het nuttiger is om de reikwijdte van de PGV andersom te benaderen, namelijk door vanaf het eindpunt van de PGV – schadevergoeding door middel van uitdeling van de PGV-opbrengst via de boedel – terug te redeneren naar een antwoord op de vraag welke vormen van benadeling van welke schuldeisers (voldoende) geschikt zijn om

door middel van een PGV te redresseren. Een belangrijke beperking van de PGV, zoals momenteel geaccepteerd door de Hoge Raad, is immers het uitgangspunt dat de opbrengst in de boedel valt en de gezamenlijke schuldeisers ten goede komt in de vorm van een toename van het overeenkomstig de uitdelingslijst te verdelen boedelactief.²⁵ Zolang dit uitgangspunt geldt, menen wij dat een PGV slechts ingesteld moet kunnen worden in gevallen waarin verdeling van de PGV-opbrengst via de boedel tot een voor de betrokkenen *redelijke uitkomst* leidt. Die betrokkenen zijn primair de individuele schuldeisers van de gefailleerde en de met de PGV aangesproken derde. Of het vereiste van een redelijke uitkomst zou moeten dienen ter invulling van, aanvulling op of wellicht zelfs vervanging van generieke schuldeisersbenadeling, maakt wat ons betreft niet heel veel uit. Voor zover men wil vasthouden aan het criterium van generieke schuldeisersbenadeling, zou dat dan worden ingevuld als benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden op de boedel (of misschien beter: in hun mogelijkheden tot het ontvangen van uitkeringen uit de boedel), welke benadeling geheel of gedeeltelijk ongedaan gemaakt kan worden door de opbrengst van de daarop gegronde en door de curator ten behoeve van hen in te stellen onrechtmatigdaadsvordering tegen de betrokken derde via de boedel te verdelen *en die verdeling tot een voor de betrokkenen redelijke uitkomst leidt*.

Deze benadering is op zichzelf natuurlijk niet nieuw en voelt wellicht als het intrappen van een open deur. Rechters en schrijvers zullen immers op zijn minst gevoelsmatig meewegen of hun invulling van generieke schuldeisersbenadeling in voorliggende concrete gevallen tot een redelijke uitkomst leidt. Verschillende schrijvers onderbouwen hun invulling van generieke schuldeisersbenadeling ook met (cijfer)voorbeelden om te illustreren tot welke redelijke uitkomsten die invulling leidt en om de (on)redelijkheid van opvattingen van anderen in literatuur en jurisprudentie mee te toetsen.²⁶ Wij menen echter dat het zinvol is om het criterium van een redelijke uitkomst uit te werken, centraler te stellen en te gebruiken als een zelfstandig criterium of in aanvulling op de generieke schuldeisersbenadering, of op zijn minst als belangrijke leidraad om gestructureerd te redeneren naar een invulling en afbakening van generieke schuldeisersbenadering die voldoende hanteerbaar en voorspelbaar is voor de praktijk.

5 Voorwaarden voor een redelijke uitkomst

Het voorgaande roept uiteraard de vraag op: wat is dan precies een redelijke uitkomst voor de betrokkenen? Dit zal uiteraard

21. Zie F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 56, de noot van Van Schilfgaarde onder HR 16 september 2005, NJ 2006/311 (De Bont/Bannenberg q.q.) en W.J.M. van An del, De Peeters/Gatzen-vordering, in: W.J.M. van An del & F.M.J. Verstijlen, Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement (Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2006, p. 5-86.

22. Zie Vroom & Kerstens 2015 en de daarin besproken en aangehaalde literatuur en jurisprudentie over deze vraag.

23. Noot Van Schilfgaarde onder HR 16 september 2005, NJ 2006/311 (De Bont/Bannenberg q.q.).

24. Vroom & Kerstens 2015, p. 108. Zie ook Van An del 2006, p. 5-86 over het door onder meer hem gemaakte onderscheid tussen generieke schuldeisersbenadeling en 'specifieke schuldeisersbenadeling'. Over het onderscheid tussen generieke en specifieke schuldeisersbenadeling, primair in relatie tot de verwante figuur van de faillissementspauliana, schrijft ook R.J. van der Weijden, De faillissementspauliana, Deventer: Kluwer 2012, p. 60 e.v.

25. Aldus de Hoge Raad in HR 16 september 2005, NJ 2006/311 m.nt. P. van Schilfgaarde (De Bont/Bannenberg q.q.), die deze beperking daarin verklaart met de uitleg dat de curator 'zijn bevoegdheid tot het geldend maken van dergelijke [Peeters/Gatzen-]vorderingen ontleent (...) aan de hem in art. 68 lid 1 Fw gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel'.

26. Bijv. de (cijfer)voorbeelden in Van An del 2006, L.J. van Eeghen, Bijna 30 jaar PGV (Peeters/Gatzen vordering) en 25 jaar Beklamel: iedereen uitgeraand?, TvI 2012/3 en Vroom & Kerstens 2015, p. 97-125.

– zoals zo vaak – afhangen van de omstandigheden van het geval. Wel zien wij een tweetal (niet-limitatieve) voorwaarden.

1. Ten eerste moeten individuele schuldeisers door uitdeling van de PGV-opbrengst via de boedel daarvan niet méér ontvangen dan dat zij schade hebben geleden als gevolg van de aan de PGV ten grondslag liggende gedraging. Niet-benadeelde schuldeisers moeten van de PGV-opbrengst dus niets ontvangen.

Als aan deze voorwaarde niet is voldaan, dan gaat instelling van een PGV onterecht ten koste van de benadeelde individuele schuldeisers of de aansprakelijke derde (of allebei).²⁷ Illustratief is de in de literatuur veel bediscussieerde soort situatie die ten grondslag lag aan het Beklamel-arrest.²⁸ Dat is een situatie waarin de (bestuurder namens de) rechtspersoon-schuldenaar verplichtingen is aangegaan op het moment dat hij wist of behoorde te weten dat die verplichtingen niet meer (geheel) nagekomen konden worden in verband met de slechte financiële toestand van de schuldenaar.²⁹ De schuldeisers in relatie tot die verplichtingen waren zonder de handelingen van de bestuurder nooit schuldeiser geweest en hebben op basis daarvan (in beginsel) ieder een individuele 'Beklamel-vordering' jegens de bestuurder ter hoogte van het na uitkering onbetaald gebleven deel van hun vordering op de failliet. Zou men voor deze schade een PGV openstellen, dan kan dat leiden tot een onredelijke uitkomst. Neem bijvoorbeeld een geval waarin er twee bestaande (concurrente) schuldeisers zijn met ieder een vordering van 100 en er 80 aan (vrij) actief in de boedel zit. Voor het gemak laten we eventuele preferente schuldeisers en boedelschulden buiten beschouwing. Vlak voor faillissement komt er één (concurrente) 'Beklamel-schuldeiser' bij met een vordering van eveneens 100, waartegenover een vermeerdering van het actief staat van 80 naar 120, bijvoorbeeld door levering van goederen met waarde 40 en levering van diensten waarbij de boedel niet gebaat is van 60. De uitkering aan de twee oude schuldeisers blijft hiermee gelijk (op 40). De schade van de nieuwe Beklamel-schuldeiser ter hoogte van het onbetaald gebleven deel van zijn vordering bedraagt 60. Als de bestuurder voor dit bedrag wordt aangesproken met een PGV, wordt de opbrengst daarvan via de boedel in gelijke delen over de drie schuldeisers verdeeld. Dan komt er maar 20 terecht bij de nieuwe Beklamel-schuldeiser. De overige 40 komt terecht bij de twee oude schuldeisers, die hun uitkering daardoor met 20 zien toenemen (van 40 naar 60), terwijl zij door het handelen van de bestuurder in het geheel niet benadeeld waren. Zou daarnaast de Beklamel-schuldeiser zich buiten de PGV om kunnen verhalen op de bestuurder voor het niet-vergoede deel van zijn schade (een 'restvordering'), dan betaalt deze per saldo 40 meer dan de schade van de Beklamel-schuldeiser die zijn handelen heeft veroorzaakt (namelijk 60 aan de curator op grond van de PGV en 40 direct aan de Beklamel-schuldeiser, terwijl de schade maar 60 was). Heeft de Beklamel-

schuldeiser géén restvordering, dan is hij vanwege de PGV met 40 slechter af dan in het geval dat hij zelf een directe vordering had ingesteld tegen de derde.³⁰ Dit is in beide gevallen evident een onredelijke uitkomst, op grond waarvan een PGV niet mogelijk moet zijn.³¹ Het probleem wordt nog prangender als we aan dit voorbeeld een preferente schuldeiser toevoegen met een vordering van 180 of meer, waardoor de Beklamel-schuldeiser in geval van een PGV niets van de opbrengst daarvan terugziet.

Deze voorwaarde voor een redelijke uitkomst geldt evenzeer ten aanzien van boedelschuldeisers als ten aanzien van faillissementsschuldeisers. Een PGV moet niet mogelijk zijn in situaties waarin de opbrengst daarvan 'verloren' gaat aan boedelschulden die niet (voldoende) gemaakt zijn ten behoeve van het instellen en afwickelen van de PGV, tenzij uiteraard de relevante boedelschuldeisers zélf de door het handelen van de aangesproken derde benadeelde schuldeisers zijn. Vervangen we in het laatste Beklamel-voorbeeld hierboven de preferente schuldeiser door boedelschuldeisers met vorderingen van 180 of meer, dan zou de opbrengst van een PGV eerst aan de boedelschuldeisers ten goede komen en in het geheel niet of slechts gedeeltelijk aan de Beklamel-schuldeiser. Afhankelijk van de vraag of de Beklamel-schuldeiser dan nog een restvordering toekomt, is óf hij (zonder restvordering), óf de aansprakelijke derde (met restvordering) daarvan de dupe. Wel zullen de boedelschulden doorgaans toenemen als de curator een PGV instelt, alleen al vanwege zijn salaris voor de daarmee gemoeide tijd. Voor zover deze toename niet gedekt is door het bedrag van de PGV zelf (als onderdeel van de gevorderde schade), lijkt het ons niet onredelijk dat de PGV-opbrengst als eerste aan die boedelschulden ten goede komt. Deze kosten zijn immers het equivalent in een PGV-situatie van de kosten die individuele schuldeisers anders zelf hadden moeten maken om hun individuele vorderingen tegen de derde in te stellen.

Nu zijn dit vrij simpele en daarmee evidente voorbeelden, waarmee (ook) deze eerste door ons gesuggereerde voorwaarde voor een redelijke uitkomst wellicht een open deur lijkt. Waarschijnlijk niemand zal betogen dat in dit soort gevallen een PGV mogelijk moet zijn, inmiddels mede ondersteund door de Bont/Bannenberg q.q.- en Butterman q.q./Rabobank-arresten van de Hoge Raad.³² Er zijn echter Beklamel-situaties

27. Vgl. Spinath 2016.

28. HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 m.nt. J.M.M. Macijer (Beklamel).

29. Van Andel 2006.

30. Dit betreft samenloopproblematiek tussen de PGV en individuele vorderingen van benadeelde schuldeisers. Over de vraag of een restvordering mogelijk is, bestaat nog geen duidelijkheid. Vgl. Spinath 2016 en Vroom & Kerstens 2015.

31. Uiteraard kan men in dit geval ook op andere manieren de weg van een PGV afsluiten, bijv. door te stellen dat de door de bestuurder geschonden Beklamel-(zorgvuldigheds)norm niet strekt ter bescherming van de 'gezamenlijke schuldeisers'. Vgl. Verstijlen 1998, p. 56. Wat ons betreft lost dit weinig op, nu hiermee slechts de discussie over de invulling van het begrip 'gezamenlijke schuldeisers' verplaatst wordt van de benadeelden naar de zorgvuldighedsnorm en daarmee die invulling nog niet verduidelijkt.

32. HR 16 september 2005, NJ 2006/311 m.nt. P. van Schilfgaarde (De Bont/Bannenberg q.q.) en HR 14 januari 2011, NJ 2011/366 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Butterman q.q./Rabobank).

en soortgelijke situaties denkbaar waarin de zaken ingewikkelder liggen en waarin wij menen dat het goed is om deze eerste voorwaarde voor een redelijke uitkomst scherp voor ogen te houden. Daarop komen wij terug in de volgende paragraaf. Hoewel iedereen deze voorwaarde wel min of meer in zijn achterhoofd zal hebben in concrete gevallen, zouden wij deze op zijn minst willen gebruiken als leidraad voor een meer gestructureerde gedachtevorming over de reikwijdte van de PGV.

Deze eerste voorwaarde staat er overigens wat ons betreft niet principieel aan in de weg dat een PGV tegen de aansprakelijke derde wordt ingesteld voor slechts een deel van de totale door de verschillende individuele schuldeisers geleden schade, waardoor individuele schuldeisers uit de opbrengst daarvan *minder* ontvangen dan dat zij schade hebben geleden als gevolg van de aan de PGV ten grondslag liggende gedraging. Zolang aan deze voorwaarde voldaan is, brengt het geldend maken door individuele schuldeisers van restvorderingen tegen de derde dan immers niet mee dat die derde meer moet betalen dan dat hij in totaal aan schade heeft veroorzaakt.³³

2. De tweede voorwaarde speelt in gevallen waarin er zich onder de individueel benadeelde schuldeisers één of meer bevinden tegen wie de aangesproken derde buiten de PGV (dus bij directe individuele onrechtmatige-daadsvorderingen van die schuldeisers tegen de derde) gebruik zou kunnen maken van verweren die de derde tegen de curator die een PGV instelt niet kan gebruiken, zoals een beroep op eigen schuld. Dit moet in het concrete geval voldoende door het 'collectieve belang' van de PGV worden gerechtvaardigd.

Dat de aangesproken derde die verweren tegen de curator niet kan gebruiken, rechtvaardigt de Hoge Raad (mede) met 'het collectieve belang dat is betrokken bij de [PGV]'.³⁴ Wij vinden dit onder omstandigheden zeker te verdedigen. Een extreem geval hiervan is de situatie waarin de groep benadeelde schuldeisers bestaat uit vele tientallen of honderden kleine partijen die de kennis en middelen missen en individueel te kleine vorderingen hebben om zinvol en succesvol een individuele onrechtmatige-daadsvordering tegen de aansprakelijke derde in te stellen. Als de derde dan buiten de PGV tegen één of slechts een paar daarvan (mogelijk) verweren zou hebben, rechtvaardigt het collectieve belang van de groep schuldeisers (waaronder hun proceseconomische belang) dat binnen de PGV niet de individuele positie van ieder van hen onderzocht hoeft te worden en dat de derde tegen de curator geen gebruik kan maken van zijn (mogelijke) individuele verweren. Echter, wij kunnen ons ook situaties voorstellen waarin het afnemen van die verweren tot een uitkomst leidt die ten opzichte van de aangesproken derde te onredelijk is om door het collectieve belang gerechtvaardigd te worden. Het meest extreme geval

hiervan is de situatie waarin er slechts één benadeelde schuldeiser is die een grote professionele partij is, en die bovendien ten opzichte van de curator geen relevante informatieachterstand heeft. In dit geval is er de facto geen collectief belang. Wij zien dan geen enkele reden om de curator in staat te stellen om met behulp van een PGV eventuele verweren te omzeilen die de aangesproken derde tegen deze schuldeiser zou kunnen hebben.³⁵ Tussen de twee extremen zitten uiteraard vele tinten grijs. Wat ons betreft moet door de rechter op basis van een inschatting van de omstandigheden van het geval ergens een grens worden getrokken. Richtinggevende elementen daarvoor zouden kunnen zijn: het aantal benadeelde schuldeisers tegen wie de derde (mogelijk) een verweer zou hebben ten opzichte van het totale aantal benadeelde schuldeisers, de aard, omvang en kans van slagen van die verweren, de kennis en professionaliteit van de benadeelde schuldeisers en de omvang van hun vorderingen.³⁶

Wij erkennen overigens dat gebruik van het criterium van een 'redelijke uitkomst' en twee hierboven besproken (niet-limitatieve) voorwaarden daarvan (hierna: de redelijkheidstoets) wel een timingprobleem met zich mee kan brengen. Pas aan het einde van het faillissement zal immers komen vast te staan wat de uiteindelijke boedelschulden zijn en hoe de boedel – via welke de PGV-opbrengst loopt – moet worden verdeeld. Een PGV zal echter al tijdig in het faillissement (moeten) worden ingesteld en ook een vonnis daarop zal doorgaans eerder (moeten) worden gewezen dan dat er volledige duidelijkheid is over die verdeling.³⁷ Dit valt nooit geheel te voorkomen. Wat betreft de tweede voorwaarde (individuele verweren) betekent dit wat ons betreft dat de rechter een inschatting zal moeten maken; dat lijkt ons redelijker dan de voorwaarde geheel te laten varen. Afhankelijk van het type benadeling is dit timingprobleem lastiger voor de eerste voorwaarde. Hier komen wij in de volgende paragraaf op terug.

6 Enkele consequenties voor de reikwijdte van de PGV

Op basis van de hierboven door ons geformuleerde redelijkheidstoets wordt de reikwijdte van de PGV noodzakelijkerwijs beperkt. Er zijn vele situaties denkbaar waarin een curator graag gebruik zou maken van een PGV om de opbrengst daarvan aan de boedel toe te voegen ten behoeve van de (boedel-

33. Het tweede (cijfer)voorbeeld besproken in par. 6.2 (de 'tussenuitkomst' van Van Andel) is een voorbeeld van een dergelijke situatie.

34. HR 23 december 1994, NJ 1996/628 m.nt. W.M. Kleijn (Notaris/ Curatoren THB II). Hierover rechtsvergelijkend Verstijlen 1998, p. 51-54.

35. In gelijke zin Spinath 2016.

36. Nagedacht zou verder moeten worden over hoe te voorkomen dat deze voorwaarde en mogelijke richtinggevende elementen daarvan kunnen leiden tot een al te grote vertraging aan de poort van de PGV-procedure. Bijv. doordat de aangesproken derde uitgebreide informatie opvraagt over de verschillende individuele schuldeisers en doordat de voorwaarde de rechter kan nopen tot een beoordeling van vele individuele verweren op hun slagingskans. Nagedacht kan ook worden over het beste moment in de PGV-procedure om de beoordeling van deze voorwaarde te laten plaatsvinden, als ontvankelijkheidsvraag aan het begin of later in het kader van beoordeling van de vergoedingsplicht van de aangesproken derde? Zolang de wijze van verdeling van de PGV-opbrengst via de boedel geen ruimte biedt voor differentiatie tussen de benadeelde individuele schuldeisers (zie hierover ook par. 6.2), menen wij dat de voorwaarde een ontvankelijkheidskwesitie moet zijn.

37. Vgl. Van der Weijden 2012, p. 82-83.

schulden en) schuldeisers. Wij bespreken hierna onze eerste gedachten over de consequenties van de redelijkheidstoets voor enkele van die situaties in het kader van twee vragen over de reikwijdte van de PGV die in de literatuur geregeld besproken worden. Ten eerste de vraag of het *aantal* individueel benadeelde schuldeisers ter zake doet voor de mogelijkheid om een PGV in te stellen, en ten tweede de vraag of (ook) vermeerdering van het passief (de schulden) van de gefailleerde benadeling is waartegen een PGV open moet kunnen staan.³⁸

6.1 *Aantal individueel benadeelde schuldeisers ten opzichte van het totaal doet niet ter zake*

Allereerst brengt de toets mee dat het aantal schuldeisers dat (individueel gezien) benadeeld is ten opzichte van het totale aantal schuldeisers in het faillissement in beginsel niet ter zake doet.³⁹ In een situatie waarin slechts de uitkering aan één (bijvoorbeeld preferente) schuldeiser uit de vele schuldeisers vermindert is als gevolg van de onrechtmatige gedraging, maar de opbrengst van een daarop gebaseerde PGV aan precies die schuldeiser ten goede komt, zien wij geen reden om de curator een PGV te onthouden. Dit is op zichzelf door vele anderen al bepleit,⁴⁰ maar de redelijkheidstoets geeft daarvoor ook een consistente onderbouwing en kan aan onduidelijkheid op dit punt in het geldende recht een einde maken. Omgekeerd, in een situatie waarin alle schuldeisers schade hebben geleden behalve één en de PGV-opbrengst desalniettemin ook aan die schuldeiser ten goede zou komen, menen wij dat een PGV niet mogelijk moet zijn. Denk bijvoorbeeld aan een Beklamel-situatie (zie par. 5, eerste voorwaarde), wederom voor het gemak veronderstellenderwijs zonder preferente schuldeisers en boedelschuldeisers, maar dan met één oude (concurrente) schuldeiser en vele nieuwe (concurrente) Beklamel-schuldeisers. De opbrengst van een PGV gebaseerd op de schade van de Beklamel-schuldeisers zou in die situatie gedeeltelijk ten goede komen aan de oude schuldeiser, die door het handelen van de aangesproken derde (de bestuurder) geen schade heeft geleden. Zoals in paragraaf 5 uiteengezet, brengt dat mee dat óf de derde, óf de Beklamel-schuldeisers (of allebei) daar onrecht de dupe van zouden zijn.

6.2 *Generieke schuldeisersbenadeling is (vrijwel) beperkt tot vermindering van het actief*

Zoals in paragraaf 3 al genoemd, is er discussie over de vraag of de voor een PGV vereiste 'verhaalsbenadeling' alleen gelegen kan zijn in een vermindering van het actief (de bezittingen) van de gefailleerde als gevolg van de onrechtmatige gedraging

van de derde, of ook in een vermeerdering van het passief (toename van de schulden) van de gefailleerde.⁴¹ Het laatste zou aansluiten bij het benadelingscriterium in de faillissementspauliana (art. 42 van de Faillissementswet (Fw)).⁴² Over een vermeerdering van het passief als basis voor een PGV zijn de meningen echter zeer verdeeld.

Op basis van de redelijkheidstoets kan een toename van het passief niet of slechts zelden een PGV rechtvaardigen. Bij schuldeisersbenadeling door vermindering van het actief maakt een PGV de benadeling ongedaan doordat de opbrengst daarvan het actief van de boedel terugbrengt op het oude niveau (boedelreconstructie). Alle schuldeisers krijgen dan dezelfde uitkering die zij zonder de onrechtmatige boedelactiefvermindering ook hadden gekregen. Aan de eerste voorwaarde van de redelijkheidstoets is dan automatisch voldaan. Het in paragraaf 5 omschreven 'timingprobleem' voor het beoordelen van die voorwaarde speelt dan niet. Bij schuldeisersbenadeling door toename van het passief van de gefailleerde kan een PGV die benadeling echter niet ongedaan maken door boedelreconstructie. Het toevoegen van de PGV-opbrengst aan de boedel leidt dan immers juist tot een *toename* van het boedelactief ten opzichte van de oude toestand en leidt niet tot een afname (herstel) van het passief van de gefailleerde naar de oude toestand. Het bedrag van de toename van het boedelactief wordt noodzakelijkerwijs uitgedeeld aan de schuldeisers op volgorde van de uitdelingslijst. De kans is klein dat dat bedrag (toevallig) precies de individuele schuldeisers ten goede komt die door het onrechtmatige handelen van de aangesproken derde schade hebben geleden. Aan de eerste voorwaarde van de redelijkheidstoets is daarmee dan zelden voldaan.⁴³

Illustratief hiervoor is opnieuw de Beklamel-situatie, zoals in paragraaf 5 besproken. Dat de nieuwe Beklamel-schuldeisers benadeeld zijn door het handelen van de bestuurder is duidelijk (zie par. 5). Naast de Beklamel-schuldeisers zijn er in zo'n situatie doorgaans ook 'oude' (niet-Beklamel-)schuldeisers. Deze hadden zonder het handelen van de bestuurder de nieuwe schuldeisers niet als mede-schuldeisers gehad. Of een oude schuldeiser daardoor is benadeeld, hangt af van of en in hoeverre de toetreding van de nieuwe Beklamel-schuldeisers ook voordeel met zich meebrengt, dat ten goede komt aan die oude schuldeiser. In het eerste voorbeeld in paragraaf 5 (twee concurrente schuldeisers met ieder een vordering van 100 en in totaal 80 aan actief) brengt de toetreding van de Beklamel-

38. Een meer gestructureerde en uitputtende bespreking van de consequenties van de redelijkheidstoets voor alle mogelijke PGV-situaties en voor de vele uiteenlopende opvattingen daarover in de literatuur gaat het bestek van dit artikel helaas te buiten, maar zou naar onze mening een zinvolle exercitie zijn om te komen tot een goed onderbouwde en afgewogen afbakening van de reikwijdte van de PGV.

39. Dit met uitzondering van de invloed daarvan op de hierboven als tweede voorwaarde besproken vraag of ontneming van de derde van zijn mogelijke verweren jegens de benadeelde schuldeisers voldoende gerechtvaardigd is.

40. Bijv. Van Andel 2006, p. 37. Vgl. Van der Weijden 2012, p. 81 met betrekking tot de faillissementspauliana.

41. In de literatuur en rechtspraak wordt er niet aan getwijfeld dat een PGV gegrond kan worden op een vermindering van het actief. Over een vermeerdering van het passief zijn de meningen echter zeer verdeeld. Zie Vroom & Kerstens 2015 en de daarin besproken en aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

42. Vgl. Van der Weijden 2012, p. 68 e.v. en Vriesendorp 2013, p. 247.

43. Bij de faillissementspauliana speelt dit probleem minder omdat vernietiging van de rechtshandeling die de toename van het passief veroorzaakte wel kan leiden tot gelijke afname van dat passief. Vgl. HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m.nt. M.A. Broeders (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis N.V.), r.o. 5.1.4.

schuldeiser naast een toename van het passief met 100 ook een toename van 40 van het boedelactief met zich mee. De vorderingen van de concurrente crediteuren en het na uitdeling onbetaald gebleven deel daarvan wijzigen daardoor niet. Zij hebben door het handelen van de bestuurder dus geen schade geleden. Is de toename van het actief groter dan 40, dan gaan zij er zelfs op vooruit. Behalve uit een toename van het actief kan het voordeel voor een individuele schuldeiser ook bestaan uit een daling van zijn vordering, of uit een combinatie van die twee. Bijvoorbeeld als in ons voorbeeld de Beklamel-schuldeiser een nieuwe leninggever is die een lening verstrekt van 100, waarvan 40 in cash aan het actief wordt toegevoegd en 60 direct gebruikt wordt voor (gedeeltelijke) betaling van een van de twee oude schuldeisers. De vordering van deze schuldeiser daalt daardoor van 100 naar 40, en het na uitdeling onbetaalde deel daarvan daalt van 60 naar 20. Daardoor gaat deze oude schuldeiser er door het handelen van de bestuurder met 40 op vooruit. Zoals uiteengezet in paragraaf 5 leidt de redelijkheidstoets ertoe dat een PGV in al deze gevallen niet mogelijk moet zijn, omdat anders de opbrengst daarvan mede ten goede zou komen aan schuldeisers die door het handelen van de derde niet benadeeld zijn.

Is de toename van het actief in ons eerste voorbeeld hierboven echter kleiner dan 40, bijvoorbeeld maar 10, dan lijden ook de oude schuldeisers schade door het handelen van de bestuurder. Hun vorderingen blijven immers gelijk (op 100 elk), terwijl zij daarvan ieder maar $(80 + 10 / 3 =)$ 30 in plaats van 40 terugzien en daardoor ieder 10 schade lijden. In dit geval lijden dus alle drie de schuldeisers schade. Men kan betogen dat in zo'n geval een PGV mogelijk moet zijn. Zou die echter worden ingesteld voor 90, het totale bedrag van de schade van de drie schuldeisers, dan zou iedere oude schuldeiser 30 van de PGV-opbrengst ontvangen, terwijl zijn schade slechts 10 bedroeg. Op basis van de redelijkheidstoets moet een PGV voor het totale schadebedrag dus niet mogelijk zijn. Wordt de PGV ingesteld voor 20, het totaalbedrag van de schade van de oude schuldeisers, dan wordt niet hun hele schade vergoed, omdat zij die 20 moeten delen met de Beklamel-schuldeiser. Wordt de PGV voor 30 ingesteld, dan wordt wel de schade van de oude schuldeisers volledig vergoed en wordt daarbij 10 van de 70 schade van de Beklamel-schuldeiser vergoed. Voor de resterende 60 kan de Beklamel-schuldeiser een restvordering instellen tegen de derde. Zo wordt de hoogte van de PGV noodzakelijkerwijs bepaald aan de hand van de minst benadeelde schuldeiser(s) en daardoor ook begrensd. In dat geval stuit een PGV niet af op de redelijkheidstoets en zien wij geen principiële redenen om een PGV niet toe te staan. Wel dient te worden bedacht dat in deze situatie de aansprakelijkheid van de derde voor de schade van de oude schuldeisers en de Beklamel-schuldeiser niet op dezelfde zorgvuldigheidsnorm gebaseerd is. Beide normen zullen moeten zijn geschonden om een PGV voor 30 te kunnen rechtvaardigen.⁴⁴ Van Aniel en Vroom en Kerstens menen dat in dit soort hybride situaties, waarin

zowel alle oude schuldeisers als alle nieuwe (Beklamel-)schuldeisers benadeeld zijn, een PGV mogelijk zou moeten zijn om de benadeling van de oude schuldeisers geheel en van de nieuwe schuldeisers gedeeltelijk ongedaan te maken. Zij gebruiken soortgelijke (cijfer)voorbeelden om Van Andels 'tussenoplossing' mee te ondersteunen.⁴⁵

Dit soort voorbeelden (ook die van ons hierboven) zijn echter een grote versimpeling van de werkelijkheid. In de meeste Beklamel-situaties is er wel een individuele schuldeiser te vinden die per saldo door het handelen van de bestuurder *niet* benadeeld is, maar *wel* in de opbrengst van een PGV zou meedelen. Dit is alleen al het geval omdat in veel faillissementen de boedelschulden het voor verdeling beschikbare actief overstijgen, waardoor de oude schuldeisers geen schade lijden door de toetreding van de nieuwe Beklamel-schuldeisers.⁴⁶ Zij kregen immers toch al niets. De redelijkheidstoets moet de weg van een PGV dan afsluiten. In Beklamel-situaties waarin wel alle schuldeisers benadeeld zijn, zal de mate van benadeling van de verschillende schuldeisers al snel uiteenlopen. Zoals hierboven uiteengezet, wordt de hoogte van de PGV dan begrensd door de minst benadeelde schuldeiser en moeten de andere schuldeisers hun resterende nadeel via individuele restvorderingen geldend maken tegen de derde. Dat beperkt het nut van de PGV. Deze beperkende factoren gelden niet alleen bij Beklamel-situaties, maar bijvoorbeeld ook bij onterechte goedkeuring van de jaarrekening door de accountant van de (latere) failliet, onterecht gewekte schijn van kredietwaardigheid (door bank of moedermaatschappij) en andere situaties waarin het verwijt jegens de aangesproken derde is dat hij door schending van een zorgvuldigheidsnorm mogelijk heeft gemaakt dat de latere failliet sinds een bepaalde peildatum nieuwe schulden heeft kunnen maken, die zonder het handelen van de derde niet gemaakt zouden zijn.⁴⁷ Toename van het passief zal daarom op basis van de redelijkheidstoets slechts zelden rechtvaardiging voor een PGV kunnen opleveren.

Bij schuldeisersbenadeling door passiefvermeerdering hangen het bestaan en de hoogte van een PGV dus noodzakelijkerwijs af van de minst benadeelde schuldeiser. Het in paragraaf 5 benoemde timingprobleem tussen het toelaten van een PGV en het vaststellen van de definitieve boedeluitdeling voor iedere individuele schuldeiser wordt daardoor extra prangend.

44. Zie over deze samenloop ook Van Aniel 2006. Vgl. Vroom & Kerstens 2015, p. 109.

45. Zie Van Aniel 2006 en Vroom & Kerstens 2015. Overigens nemen zij voor benadeling van de oude (concurrente) schuldeisers de verandering in uitkeringspercentage aan de concurrente schuldeisers als groep tot uitgangspunt. Zij gaan daarmee voorbij aan twee dingen. Ten eerste is het zuiverder om de door de schuldeisers geleden schade uit te drukken in een bedrag en niet in een vermindering van uitkeringspercentage. Dat voorkomt dat een gedeeltelijke afbetaling van hun vorderingen (voordeel) niet wordt meegenomen in de beoordeling van de gevolgen van het handelen van de aangesproken derde. Ten tweede houden de vorderingen van individuele concurrente schuldeisers mogelijk niet dezelfde onderlinge verhouding door het toetreden van de nieuwe Beklamel-schuldeisers. Daardoor geeft de verandering van uitkeringspercentage geen zekerheid over de door individuele schuldeisers geleden schade, die aan de basis ligt van de redelijkheidstoets.

46. Vgl. Spinath 2016.

47. Vgl. Verstijlen 1998, p. 54-55.

Voor dit soort gevallen is de redelijkheidstoets in de praktijk daarom mogelijk niet werkbaar. De oplossing daarvoor ligt voor de hand: beperk de reikwijdte van de PGV tot verhaalsbenadeling door vermindering van het (vrije) actief.⁴⁸

7 Mogelijke verruiming

De beperkingen die de eerste voorwaarde van de redelijkheidstoets met zich meebrengt, kunnen worden weggenomen door directe uitdeling (buiten de boedel om) van de PGV-opbrengst aan de benadeelde schuldeisers mogelijk te maken.⁴⁹ De aard van de ongedaanmaking van de schuldeisersbenadeling is dan niet beperkt tot herstel of toename van het boedelactief, maar kan beter aansluiten bij de aard van de benadeling.⁵⁰ De opvatting van de Hoge Raad is echter dat uitdeling van PGV-opbrengst anders dan via de boedel buiten de wettelijke taakomschrijving van de curator (art. 68 lid 1 Fw) valt. Afwijking van dat uitgangspunt zal daarom een wettelijke regeling vereisen.⁵¹ Een wettelijke regeling kan bevoegdheid toekennen aan de curator om over de PGV te beschikken en als grondslag dienen (in de zin van art. 1 Eerste Protocol EVRM) om de individuele schuldeisers hun vorderingen af te nemen, al dan niet afhankelijk van de vraag of de curator een PGV instelt. Dat kan samenloopproblemen verkleinen en de bruikbaarheid van het instrument voor de curator verder vergroten. Naarmate de reikwijdte van de PGV daardoor wordt verruimd, neemt de beperking van de tweede voorwaarde van de redelijkheidstoets echter aan belang toe. Bij onttrekking van actief aan de boedel waarvan de opbrengst ten goede had moeten komen aan een grote groep schuldeisers, valt nog wel voldoende te rechtvaardigen dat de aansprakelijke derde geen verweren kan invoeren tegen de curator die hij wel succesvol tegen één of enkelen van hen had kunnen invoeren (zie ook de bespreking van de tweede voorwaarde in par. 5). In een Beklamel-situatie of soortgelijke situatie waarin slechts enkele nieuwe schuldeisers zijn benadeeld, zal die rechtvaardiging minder snel bestaan. Uiteindelijk hangt de wenselijkheid van dergelijke uitbreidingen van de reikwijdte van de PGV uiteraard (mede) af van de opvatting die men heeft over de wenselijke omvang van de taak van de curator.⁵²

8 De casus Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis N.V.

Dan de casus Rosbeek. Ook daarin lijkt toepassing van de redelijkheidstoets niet overbodig. Wat de casus interessant maakt, is dat daarin potentieel meerdere soorten van benadeling van schuldeisers spelen. Voor zover hier relevant is de casus als volgt. Gerechtsdeurwaarder E. hield ten behoeve van zijn deurwaarderskantoor E. B.V. een zichtrekening (betaalrekening) aan bij het Belgische Fortis voor incasso's op Belgische debiteuren. E. B.V. had daarnaast een kwaliteitsrekening in Nederland bij de lokale Rabobank. Zij hield daarop gelden van circa 200 klanten. Binnen een bestek van vier dagen heeft E. eind september 2008 in totaal € 550.000 overgemaakt van de kwaliteitsrekening naar de zichtrekening. Op 1 en 3 oktober 2008 heeft E. dit bedrag in etappes opgenomen in contanten en verduisterd. Naar aanleiding daarvan is E. uit zijn ambt ontzet en tot gevangenisstraf veroordeeld. E. B.V. en E. zijn achtereenvolgens failliet verklaard. De faillissementen worden geconsolideerd afgewikkeld. Als curator van E. B.V. en E. heeft mr. Rosbeek onder andere een PGV ingesteld tegen Fortis. Grondslag daarvan is dat Fortis onrechtmatig zou hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van E. B.V. en E. door 'zonder slag of stoot, en zonder te voldoen aan haar wettelijke verplichtingen, mee te werken aan de opnames in contanten door E., waardoor de schuldeisers in beide faillissementen schade hebben geleden'.⁵³ De rechtbank veroordeelt Fortis bij eindvonnis tot betaling van € 550.000 aan de curator.

Naast zijn internationaal privaatrechtelijke overwegingen, overweegt de Hoge Raad in het kader van de ontvankelijkheid van de curator dat door de overboeking van de kwaliteitsrekening naar de zichtrekening het geld tot het vermogen van het deurwaarderskantoor is gaan behoren. Daardoor is het oordeel van het hof dat de daaropvolgende verduistering de gezamenlijke schuldeisers heeft benadeeld niet onbegrijpelijk.⁵⁴ Op basis van die opvatting van het hof en de Hoge Raad bestaat de schuldeisersbenadeling uit een vermindering van het actief (namelijk het saldo van de zichtrekening). Zoals hierboven besproken, is dat een vorm van benadeling waartegen heel wel een PGV open zou kunnen staan. In die redenering wordt de voorafgaande stap van overboeking naar de zichtrekening echter volledig buiten beschouwing gelaten. Het is de vraag of dat terecht is. Zonder de onderliggende feiten goed te kennen, zouden wij ons kunnen voorstellen dat als Fortis de contante opnames had voorkomen, E. het geld spoedig weer teruggestort had naar de kwaliteitsrekening, of als hij van tevoren strenge controles door Fortis had mogen verwachten nooit van die rekening af had gehaald. In dat geval heeft de aan Fortis verweten nalatigheid niet geleid tot een vermindering van het boedelactief, nu ook zonder die nalatigheid de € 550.000

48. Daarmee komen we via een omweg uit bij de invulling die Van Schilf-gaarde geeft aan generieke schuldeisersbenadeling. Zie HR 16 september 2005, NJ 2006/311 m.nt. P. van Schilf-gaarde (De Bont/Bannenberg q.q.).

49. Vgl. Van Eeghen 2012.

50. Hierdoor zouden gevolgen van een met succes ingestelde PGV meer gaan lijken op de gevolgen van vernietiging op grond van de faillissementspauliana, die immers onder meer leidt tot de verplichting reeds verrichte prestaties als onverschuldigd betaald terug te geven, zie HR 24 april 2009, NJ 2009/416 (Dekker q.q./Lutèce).

51. Zie Van Andel 2006 voor interessante vergelijkingen met het systeem in Duitsland, dat aparte 'subboedels' (*Sondermassen*) toestaat waarop slechts bepaalde schuldeisers aanspraak hebben.

52. Zie bijv. Van Eeghen 2012, die ruimere mogelijkheden bepleit tot het instellen van een PGV, en Van Schilf-gaarde onder HR 16 september 2005, NJ 2006/311 (De Bont/Bannenberg q.q.), die meent dat die mogelijkheden terecht beperkt zijn in het licht van de taak van de curator op basis van art. 68 lid 1 Fw.

53. HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m.nt. M.A. Broeders (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis N.V.), r.o. 3.2.1.

54. HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m.nt. M.A. Broeders (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis N.V.), r.o. 4.3.1 en 4.3.2.

niet tot het boedelactief had behoord. Het is duidelijk dat dan een PGV op grond van vermindering van het saldo van de zichtrekening niet mogelijk zou moeten zijn. In die situatie zijn het in beginsel (slechts) de schuldeisers die rechthebbenden op het saldo van de kwaliteitsrekening zijn, die zijn benadeeld door Fortis. Zij hebben immers nu voor het verduisterde bedrag in plaats van een direct aandeel in het saldo van de kwaliteitsrekening een concurrente en moeilijk verhaalbare vordering op het deurwaarderskantoor. Dit lijkt op een Beklamel-situatie. De opbrengst van een daarop gegronde PGV zou niet – of niet alleen – aan hen, maar (ook) aan andere schuldeisers ten goede komen. Een PGV moet in dit geval daarom niet mogelijk zijn. Voor zover echter de oude concurrente schuldeisers van het deurwaarderskantoor batig gerangschikt zijn en benadeeld zijn doordat zij het voor hen beschikbare actief (*if any*) nu ook moeten delen met de ‘nieuwe’ schuldeisers, die voorheen voor het verduisterde bedrag een aandeel in de kwaliteitsrekening hadden, zou op basis van de redelijkheidstoets een PGV mogelijk gerechtvaardigd kunnen zijn.

9 Conclusie

De casus Rosbeek illustreert treffend verschillende vormen van schuldeisersbenadeling waartegen een PGV wel, niet of slechts gedeeltelijk open zou moeten staan. De termen die tot nu toe gebruikt worden bij de invulling van generieke schuldeisersbenadeling (‘gezamenlijke schuldeisers’, al dan niet ‘als eenheid gedacht’, ‘verhaalsbenadeling’, ‘generiek’ versus ‘specifiek’) bieden in complexere gevallen (nog) geen handvatten die voldoende hanteerbaar en voorspelbaar zijn voor de praktijk. Dit blijkt mede uit de onduidelijkheid die over de invulling van die termen in de literatuur en jurisprudentie nog bestaat. Wij menen dat de in deze bijdrage geformuleerde redelijkheidstoets een zinvolle bijdrage kan leveren aan een meer gestructureerde benadering van het afbakenen van de reikwijdte van de PGV. Ondertussen lijken partijen in de Rosbeek-kwestie nog niet uitgeprocedeerd. Wij wachten het vervolg met belangstelling af.