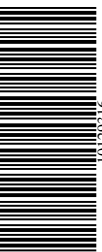


<b>Forum</b>	14	<i>Dr. mr. J.A.A. Adriaanse, prof. dr. J.G. Kuijl RA en dr. T. Verdoes</i> Staatssteun is altijd perverse bonus: waarom ondernemingen gewoon failliet moeten kunnen gaan
<b>Artikelen</b>	15	<i>Mr. drs. J.W.A. Biemans</i> Het faillissement van de derde-recht- hebbende
	16	<i>Prof. E. Dirix</i> De nieuwe Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen
<b>Reactie</b>	17	<i>Prof. mr. F.M.J. Verstijlen</i> De beperkte strekking van Beklamel: van te onderscheiden normen en niet-samenvallende schade Reactie op TVI 2009, 13
	18	<i>Mr. dr. L.J. van Eeghen</i> Naschrift: De feitelijk beperkte en sa- menvallende schade



## Redactie

Mr. drs. W.J.M. van Andel, advocaat bij Wijn & Stael te Utrecht  
Prof. mr. drs. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, juridisch adviseur ING en hoogleraar onderneming en financiering aan de Radboud Universiteit Nijmegen  
Mr. dr. G.C. van Daal, advocaat bij Van Mens & Wisselink NV  
A. van Eijdsen, Ministerie van Financiën Directoraat Generaal Belastingdienst  
Mr. drs. A. van Hees, advocaat bij Stibbe te Amsterdam  
Prof. mr. J.B. Huijink, hoogleraar ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam  
Prof. mr. M.L. Lennarts, hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit Utrecht en universitair hoofddocent aan de Rijksuniversiteit Groningen  
Prof. mr. F.M.J. Verstijlen, hoogleraar privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen  
Prof. mr. R.D. Vriesendorp, hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg

## Redactiemedewerkers

Prof. dr. E. Dirix, raadsheer in het Hof van Cassatie en buitengewoon hoogleraar Katholieke Universiteit Leuven  
Mr. drs. C.M. Harmsen, advocaat bij Stibbe te Amsterdam  
Mr. drs. F.P. van Koppen, professional support lawyer bij de sectie Insolvency/Litigation van Nauta Dutilh te Amsterdam  
Dr. J. Israël, universitair hoofddocent burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen  
Mr. E. Loesberg, vice-president, Rechtbank Den Haag  
Mr. A.J. Tekstra, advocaat en fiscalist bij Blauw Tekstra Uding Advocaten te Amsterdam  
Mr. dr. ing. A.J. Verdaas, advocaat bij Bosselaar & Strengers Advocaten en fellow bij het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen

## Redactiesecretariaat

Annelies (J.E.) Brink-van der Meer, Buys Ballotstraat 18, 3572 ZR Utrecht, Tel. mobil: 06 27098639, Tel. VU: 020 5986153, E-mail: jebrink@feweb.vu.nl

## Citeerwijze:

Aangezien van dit tijdschrift ook een elektronische versie verschijnt, zijn met ingang van 2004 de bijdragen (artikelen; rubriek(sonderdelen) e.d.) voorzien van een publicatienummer en zijn de bronvermeldingen gestandaardiseerd. Dit brengt ook een wijziging voor de citeerwijze van Tijdschrift voor Insolventierecht met zich mee: Tvl 2009, 12, 2 (afkorting tijdschrift, jaartal, publicatienummer, paragraafnummer).

## Grafische vormgeving

Bert Arts bNo

## Tvl is een uitgave van

Kluwer Juridische Uitgevers, Bureau redactie: mw. J.A. Pot, Postbus 23, 7400 GA Deventer, e-mail: JokePot@kluwer.nl; uitgever: Henk Verbeek, e-mail: hverbeek@kluwer.nl

## Abonnementprijs

Per jaar voor 6 afleveringen €196 incl. band, BTW en verzendkosten, losse nummers €35,50.  
Studenten 50% korting.  
Abonnementprijs voor on line en on line in combinatie met tijdschrift, zie [www.kluwer.nl/shop](http://www.kluwer.nl/shop)

## Abonnementen

Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering, en worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk schriftelijk anders is overeengekomen. Abonnementen kunnen schriftelijk tot drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.  
Kluwer Afdeling Klantencontacten, Postbus 878, 7400 AW Deventer, telefoon 0570-673449, automatische bestelling 0570-673511, fax 0570-691555, e-mail: [juridisch@kluwer.nl](mailto:juridisch@kluwer.nl). Ook adres-/naamswijzigingen d.m.v. verbeterd adreslabel aan voornoemd adres.

## Advertentie-exploitatie

Hans Buitenhuis, tel. 06 - 516 056 41, e-mail: [hbuitenhuis@kluwer.nl](mailto:hbuitenhuis@kluwer.nl), Kluwer BV, Postbus 23, 7400 GA Deventer

## Gebruik persoonsgegevens

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.

## Disclaimer

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.  
ISSN: 1381-584

## Forum

- 14 *Dr. mr. J.A.A. Adriaanse, prof. dr. J.G. Kuijl RA en dr. T. Verdoes*  
Staatssteun is altijd perverse bonus: waarom ondernemingen gewoon failliet moeten kunnen gaan 73

## Artikelen

- 15 *Mr. drs. J.W.A. Biemans*  
Het faillissement van de derde-rechthebbende 78
- 16 *Prof. E. Dirix*  
De nieuwe Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen 91

## Reactie

- 17 *Prof. mr. F.M.J. Verstijlen*  
De beperkte strekking van Beklamel: van te onderscheiden normen en niet-samenvallende schade  
Reactie op TVI 2009, 13 97
- 18 *Mr. dr. L.J. van Eeghen*  
Naschrift: De feitelijk beperkte en samenvallende schade 100

## Aanwijzingen voor de auteurs

Voor de wijze van aanlevering contact opnemen met de redactiesecretaris.

Bij artikelen wordt als maximumlengte 5 bladzijden druks (ongeveer 27.000 tekens) aangehouden. Gaarne de tekst voorzien van tussenkopjes met paragraafnummer. Bij inzending s.v.p. korte samenvatting en functieomschrijving toevoegen. Voor nader inlichtingen en auteursinstructie wende men zich tot het redactiesecretariaat.

## Standaardpublicatievoorwaarden:

Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de Standaard-publicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponseed ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 121/2004; een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd.

## Copyright

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

## Reprorecht

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 Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Dr. mr. J.A.A. Adriaanse, prof. dr. J.G. Kuijl  
RA en dr. T. Verdoes

**Staatssteun is altijd perverse bonus: waarom ondernemingen gewoon failliet moeten kunnen gaan<sup>1</sup>**

In de slijpstream van de kredietcrisis wordt het reguliere bedrijfsleven hard geraakt. Van taxi-chauffeurs in Londen tot de technologische sector in Brabant, van de Amsterdamse wallen tot gerenommeerde architectenbureaus. Om over de automobielsector nog maar niet te spreken. Bedrijfstakingen buitelen over elkaar heen om aan te geven waarom de overheid in hun specifieke geval de helpende hand moet toesteken. Ondertussen ontpoppen politici en ambtenaren zich wereldwijd als ware amateur-ondernemers. Met financiële injecties, arbeidstijdverkorting, kredietverruiming voor het MKB en versnelde publieke investeringen wordt getracht het getroffen bedrijfsleven nieuw leven in te blazen. Het kan toch immers niet zo zijn dat in de kern levensvatbare bedrijven ten prooi vallen aan de door bankiers veroorzaakte recessie? Tegelijkertijd worden nog wat maatschappelijk verantwoorde bandages aangelegd, onder andere door beugeling van vermeende perverse bonussen, geld in ruil voor duurzaamheid en 'eigen-regio-eerst' politiek. Ook worden Ministers van Financiën tegen wil en dank onbezoldigd bankier door het verstrekken van miljarden aan staatssteun. Aan daadkracht geen gebrek in de publieke sector.

Het is in de huidige tijd gemakkelijk toe te geven aan bovenstaande sentimenten. Het klinkt immers nogal sociaal. Een groenere economie, minder graaien en werkgelegenheid dat met een beetje publieke hulp in stand wordt gehouden. Ons allen behoedend voor het grote F-woord: faillissement. Maar moeten we ons

laten leiden door emotie, of dienen we een meer rationeel oordeel te vellen over deze hulpverleningen? Wat is eigenlijk het bestaansrecht van een bedrijf of bank? En wie zouden moeten bepalen of een onderneming of bank wel of niet overleeft? De overheid of marktpartijen? Wij pleiten voor de laatste categorie. Staatssteun is altijd een perverse bonus. En toch moet de overheid incidenteel bijspringen.

**Knooppunt van contracten**

Een onderneming is een organisatie die voor haar voortbestaan afhankelijk is van de vraag of zij in staat is voldoende te ontvangen voor haar producten en diensten om daarmee de leveranciers van werkzaamheden, goederen en geld te kunnen betalen.<sup>2</sup> Liquiditeit en waardecreatie behoren tot de belangrijkste aandachtsgebieden van bedrijven. Art. 1 Fw sluit hierop aan. De schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden met betalen wordt bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement verklaard. Een failliete onderneming heeft een liquiditeitsprobleem dat voortvloeit uit haar onvermogen om voldoende waarde te creëren. Waardecreatie kan worden omschreven als het vermogen van de onderneming om met haar activiteiten positieve kasstromen te genereren waarmee zij aan haar verplichtingen kan voldoen. Als deelnemers aan de onderneming door waardevernietiging het nut van samenwerking niet meer inzien wordt deze samenhang verbroken.<sup>3</sup> Liquidatie zal het gevolg zijn. Maar door liquidatie treedt geen waardevernietiging op. Het is juist omgekeerd! Door waardevernietiging is liquidatie onvermijdelijk. Bedrijfsonderdelen gaan over in andere handen die er wel waarde mee kunnen creëren. Liquidatie is een afwikkelingsproces: de wet op de lijkbezorging van ondernemingen.

De onderneming is een economische entiteit die kan worden omschreven als een *nexus of contracts*.<sup>4</sup> Het is een op zichzelf staande contracterende partij die als coördinator dient

1. Gelieve dit artikel aan te halen als J.A.A. Adriaanse, J.G. Kuijl en T. Verdoes, 'Staatssteun is altijd perverse bonus: waarom ondernemingen gewoon failliet moeten kunnen gaan', *TvI* 2009, 14, p. 73. Dr. mr. Jan Adriaanse, prof. dr. Hans Kuijl RA en dr. Tim Verdoes zijn verbonden aan het Centrum voor Bedrijfswetenschappen, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.  
2. Ontleend aan S.W. Douma e.a.,

*Basisboek Bedrijfskunde, Een inleiding in management en ondernemerschap*, Schoonhoven: Academic Service 2002, p. 8-11. Zie in algemene zin ook T. Copeland, T. Koller, J. Murrin, *Waardering, Het meten en managen van de waarde van ondernemingen*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijds 2003, p. 49-56.  
3. Vrij weergegeven naar J. Vis, *Werken met waarde. Analyseren van economische waarde*, Kluwer: Deventer 2006, p. 16. Zie ook M. Cor-

bey, W. van Hulst, *Bedrijfseconomie. Grondslagen en perspectieven*, Deventer: Kluwer 2005, p. 44-49.  
4. Zie R.R. Kraakman e.a., *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 6-8 en M.C. Jensen, W.H. Meckling, 'Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure', *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, p. 305-360.

voor leveranciers, werknemers, eigenaren, banken en afnemers. Het ondernemingsrecht fungeert hierbij als een middel om transacties met deze deelnemers mogelijk te maken. Het heeft een faciliterende rol voor het in een juridische huls bijeenbrengen van productiefactoren zodat deze kunnen worden gemobiliseerd, gecombineerd en waarmee kan worden geëxperimenteerd.<sup>5</sup> Vooruitzichten op winst zijn echter onzeker en risico's onvermijdelijk. Maar deze horen bij het economische spel en de spelregels zijn aan marktpartijen bekend. Waarom zou de overheid in onzekere tijden deze risico's moeten overnemen? Overheidssteun aan ondernemingen verstoort de ongestoorde werking van de markt die aan waardevernietiging onderhevige productiefactoren naar andere toepassingen en juridische hulzen dirigeert. Bovendien leidt deze hulp tot concurrentievervalsing. Het ondernemingsrecht geeft twee belangrijke regels ten aanzien van de verhouding tussen leveranciers van eigen en vreemd vermogen. Namelijk, de zogenoemde *priority rule* en de *rule of liquidation protection*. Beide principes zijn gericht op bescherming van de rechten van deelnemers aan de onderneming door de claims van crediteuren van een vennootschap automatisch boven die van persoonlijke crediteuren van de eigenaren te plaatsen. Respectievelijk te bepalen dat eigenaren en hun crediteuren niet zomaar hun rechten op de activa kunnen opeisen waardoor belangrijke *going concern* waarde verloren zou kunnen gaan. Mede op deze manier kan de hierboven vereiste waardecreatie worden gerealiseerd. Iedere deelnemer wordt daarbij primair gedreven door eigen belang zijnde een zo hoog mogelijk nut. Het is dan ook vervolgens aan de bestuurders van deze coördinerende entiteit – overigens zelf ook deelnemers – om dit nut voor betrokken externe partijen te allen tijde te maximaliseren.

Lukt dit niet dan volgt uiteindelijk faillissement.

Wanneer specifiek naar faillissementswetgeving wordt gekeken dan kan de kern ervan worden samengevat als een gezamenlijk pressiemiddel van crediteuren om een onderneming tot betaling te dwingen en in geval van non-betaling de productiemiddelen in een winstgevender richting te dirigeren.<sup>6</sup> Als betrokken partijen het vertrouwen in de leiding en de levensvatbaarheid van de onderneming verliezen zullen ze aandringen op versnelde betaling van openstaande rekeningen en aflossingen van geleende bedragen, evenals een definitief afscheid ten aanzien van toekomstige leveringen. Ze zijn daarbij primair gericht op het veiligstellen van hun bestaande vorderingen en daarmee op het verkleinen van het risico van non-betaling. Om te voorkomen dat als gevolg van de hierboven genoemde claims vervolgens een individuele run op de activa ontstaat bestaat het fenomeen van de collectieve faillissementsprocedure en juridische reorganisatie-instrumenten als bijvoorbeeld *surseance van betaling*.<sup>7</sup> Daarnaast heeft faillissementswetgeving ook de functie om de beschikkingsmacht over de activa en daarmee de eigendom en leiding van de onderneming aan de verschaffers van vreemd vermogen over te dragen. Dit past in het bovenstaand geschetste beeld van opzegging van samenwerking wanneer onvoldoende toekomstig nut wordt gepercipieerd. De juridische entiteit waarin het plaatsvindt wordt geforceerd opgeheven en de opbrengsten van de activa onder de claimhouders verdeeld. De distributie van de opbrengsten van verkoop van de activa is daarbij maatgevend voor de onderlinge verhoudingen. Degenen die als eerste aan de beurt zijn – vaak pand- en hypotheekhouders – hebben de meeste beschikkingsmacht, de verschaffers van eigen

5. Het centrale probleem in een moderne economische samenleving is de coördinatie van de menselijke interactie. Zowel formele als informele instituties verminderen onzekerheid. Dit leidt tot lagere informatie- en transactiekosten waardoor uitwisseling van bronnen tussen partijen eenvoudiger is te realiseren. Dit maakt betere specialisatie mogelijk. Het ondernemingsrecht vormt een onderdeel van de formele instituties. Zie D.C. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 2007. In het vervolg van dit artikel komt aan de orde dat 'het financiële systeem' eenzelfde rol vervult als

dergelijke instituties. Dit rechtvaardigt actieve inmenging van de overheid bij betalingsproblemen van banken.

6. Ontleend aan A.W.A. Boot, J.E. Ligterink, *De efficiëntie van de Nederlandse Faillissementswetgeving*, Amsterdam: Amsterdam Center for Corporate Finance 2000, p. 3. Zie in dezelfde zin ook D.G. Baird, 'A world without bankruptcy' en T.H. Jackson, 'Bankruptcy, nonbankruptcy entitlements, and the creditor's bargain' in: J.S. Bhandari, L.A. Weiss (red.), *Corporate Bankruptcy, Economic and Legal Perspectives*, New York: Cambridge University Press 1996, p. 29-38 respectievelijk p. 39-57.

7. Zie hierover onder meer O. Couwenberg, *Resolving Financial Distress in the Netherlands* (diss. Groningen) 1997, p. 66 e.v., O. Couwenberg, *Incomplete contracts: een rechtseconomische benadering* (oratie Groningen) 2003, p. 1-19, Bhandari/Weiss 1996, p. 25 e.v. en J. Armour, 'The law and economics of corporate insolvency: a review', in: R.D. Vriesendorp, J.A. McCahery, F.M.J. Verstijlen (red.), *Comparative and international perspectives on bankruptcy law reform in the Netherlands*, Schoordijk Instituut, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 113 e.v.

vermogen staan achteraan. Zij verliezen volledige controle en moeten afwachten of zij nog een deel van de liquidatieopbrengst ontvangen.<sup>8</sup>

In het licht van het bovenstaande kan worden gesteld dat wanneer de eigenaren hun beschikkingsmacht en daarmee de onderneming in stand willen houden zij zullen moeten voorkomen dat crediteuren deze macht verwerven. In situaties van financiële moeilijkheden betekent dit dat zij alle zeilen zullen moeten bijzetten om deze groep deelnemers aan de onderneming ervan te overtuigen dat liquidatie – feitelijk overdracht van beschikkingsmacht – minder aantrekkelijk is dan instandhouding van de *status quo*.<sup>9</sup> Dit kan echter alleen maar wanneer er enig bewijs is van deze aantrekkelijkheid. Omdat de toekomst ongewis is en derhalve niet bij voorbaat kan worden vastgesteld dat de toekomstige kasstromen voldoende zullen zijn om aan de verplichtingen te kunnen voldoen moeten dan ook acties worden ondernomen om in deze subjectieve realiteit enige objectiviteit aan te brengen en daarmee de verwachting van levensvatbaarheid te voeden. Hier ligt een taak voor bedrijven zelf. In beginsel niet voor de overheid.

De overheid scheidt de ondernemingsrechtelijke kaders waarmee de spelregels van allocatie van productiefactoren in een samenleving worden vastgesteld. En hoewel op onderdelen van de faillissementswetgeving kritiek is te leveren moeten marktpartijen deze spelregels als uitgangspunt nemen. De overheid heeft bepaalde wettelijke waarborgen geschapen die het partijen mogelijk maakt om in en uit een samenwerkingsverband te stappen, zonder dat dit steeds in individuele contracten hoeft te worden vastgelegd. Daarmee faciliteert zij de uitwisseling en allocatie van productiefactoren. Daar zijn risico's aan verbonden maar het is niet de taak van de overheid om die risico's over te nemen. Tenzij die risi-

co's dermate boven de risico's van bij de onderneming betrokken partijen uitstijgen.

### Levensvatbaarheid

Waarom dient de overheid zich in het algemeen afzijdig te houden? Omdat de levensvatbaarheid van een onderneming niet objectief kan worden vastgesteld. Hiervoor is de praktijk te weerbarstig. De 'alwetende' overheid overspeelt haar hand dan ook door met staatssteun impliciet te veronderstellen dat zij de waarheid in pacht heeft. Ongeveer 35 jaar geleden heeft Nobelprijswinnaar Von Hayek zich al verzet tegen dergelijke kennispretenties.<sup>10</sup> Het recht op voortbestaan kan alleen achteraf door middel van *trial-and-error* worden vastgesteld. In het verleden is echter veelvuldig getracht om vooraf via insolventievoorspellingsmodellen tot een inschatting te komen van de vraag of een onderneming wel of niet op faillissement afstevent en in die zin impliciet de vraag beantwoordend of zij wel of niet levensvatbaar is. Probleem is echter dat in deze modellen zuiver met financiële parameters wordt gerekend en vaak ook nog alleen op basis van cijfers uit het verleden. 'Vertrouwen', een weinig kwantitatief begrip, speelt hierin geen enkele rol. Daarmee worden de gevolgen van te nemen reorganisatiemaatregelen ontkend en neemt de voorspellende waarde in belangrijke mate af.<sup>11</sup> Uit eerder in dit tijdschrift gepubliceerd onderzoek van de Universiteit Leiden<sup>12</sup> blijkt dat succesfactoren van reddingsoperaties als volgt kunnen worden getypeerd. Een snelle reorganisatie van de operationele activiteiten door het management, bij voorkeur met hulp van experts. Het vertrouwelijk betrekken van belangrijke crediteuren in het reorganisatieproces en volledige transparantie richting hen ten aanzien van de financiële situatie en de voorgenomen reorganisatie. Als laatste, inbreng van risicodragend kapitaal al dan niet in de vorm van een overname door een andere partij. De perceptie van toekomstige levensvatbaarheid is

8. Zie in die zin ook R.A. Haugen, L.W. Senbet, 'The Insignificance of Bankruptcy Costs to the Theory of Optimal Capital Structure', *The Journal of Finance*, Vol. 33, No. 2, 1978, p. 383-393.

9. Zie ook D.B. Bibeault, *Corporate Turnaround. How managers turn losers into winners*, New York: McGraw-Hill Book Company 1982 (herdruk 1998).

10. F.A. von Hayek, 'The Pretence of knowledge' (Nobel memorial lecture, 11 december 1974), *Swedish Journal of Economics*, 1975, p. 433-442.

11. Zie voor een uitgebreid overzicht

van deze modellen, P. Vos, *Kredietopvraging en insolventierisico, overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 207-229. Overigens worden deze modellen in de huidige (commerciële) praktijk veelvuldig gebruikt en kunnen ze – naast andere analyses – zeker van enig nut zijn als signaleringsinstrument ('*early warning*').

12. Zie J.A.A. Adriaanse, J.G. Kuijl, 'Informeel reorganisatie in Nederland', *TvI* 2004, 65, p. 336-337, zie ook B.P.A. Santen,

T.J.M.L. Verhoef, 'Surseance van betaling: nooit méér dan een stok achter de deur', *TvI* 2006, 32, p. 147, L. J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement. Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 60-62 en O. Couwenberg, A. de Jong, 'De "black box" van de stille reorganisatie geopend', *Ondernemingsrecht* 2005, 11-12, p. 397-403 voor soortgelijke analyses van informele reorganisaties en/of bevestiging van de conclusies.

dus afhankelijk van meer factoren dan alleen financiële injecties en cijferopstellingen. Het gaat om een geïntegreerd proces van herstel van *vertrouwen* in de onderneming en haar management. Concreet zal moeten worden getoond welke maatregelen worden genomen om het proces van waardestructie te stoppen evenals de onderliggende argumentering van keuzes. Daarnaast zal actief moeten worden gecommuniceerd over de voortgang. Een turnaround strategie moet worden ontwikkeld en het eruit voortvloeiende proces dient vervolgens interactief zijn. Het gaat er hierbij niet zozeer om of de onderneming in de toekomst ook daadwerkelijk financieel herstelt – dat kan immers niet bij voorbaat worden gesteld – maar veeleer of betrokken partijen zelf voldoende vertrouwen in een positieve uitkomst krijgen. De bedrijfsleiding dient daarom aan de hand van informatie en actie een beeld te schetsen van de mogelijke toekomst waarbij instandhouding van de huidige juridische entiteit als uitgangspunt in beginsel centraal staat. Nadrukkelijk echter in beginsel. Kan zij dit niet of is zij te opportunistisch<sup>13</sup> en dus niet geloofwaardig, dan zullen de deelnemers het vertrouwen opzeggen omdat de perceptie van levensvatbaarheid onvoldoende aanwezig is. Samenwerking tussen de onderneming en haar financiers, adequate turnaround maatregelen, transparantie en uitwisseling van informatie evenals een zoektocht naar additionele liquiditeit bij eigenaren, investeerders, leveranciers en kredietinstellingen zijn dan ook noodzakelijke basisprincipes van reddingsoperaties. De markt geldt daarbij als een zuiver en sociaal mechanisme. Sociaal in neutrale en daarmee positieve zin wel te verstaan. Het is een anoniem mechanisme dat zorgt voor een eerlijk speelveld waarin niemand wordt voorgetrokken. Het gewetenloze oordeel wordt ingegeven door wel of geen adequate actie en overtuigingskracht, concurrentieverhoudingen en voldoende of onvoldoende wil en kunde om te overleven. *Survival of the fittest* dus. Zij die zich het beste aanpassen onder moeilijke omstandigheden overleven. De rest verdwijnt. Het oordeel is hard maar zuiver. Daar kan geen sociaal steunmechanisme tegenop. Elke inmenging van niet direct belanghebbenden betreffende de

levensvatbaarheid van een onderneming is dan ook volstrekt willekeurig en daarmee in de verkeerde zin gewetensvol. Wie is de overheid om te bepalen wat wel of niet levensvatbaar is? Ligt hier niet juist de schone en noodzakelijke taak voor klanten, leveranciers, financiers, concurrenten en andere direct belanghebbende marktpartijen? Wij denken van wel.

Het kapitalisme is hard maar niet willekeurig. Haar principes gelden voor iedereen. Zonder aanzien des persoons. Jonge sympathieke starters, innovatieve gazellen, bedrijven met baanbrekende medische of 'groene' technologieën, ambachtelijke ondernemingen en grote productiebedrijven waar hele regio's met laagopgeleiden van afhankelijk zijn. Al deze bedrijven zijn vatbaar voor de recessie. Zij allen kunnen ten ondergaan. Evenals hun concurrenten. Wie mogen dan leven? Zij die ondanks alle ellende toch de eindjes aan elkaar kunnen blijven knopen. Zij die wel waarde kunnen creëren in deze moeilijke omstandigheden. Zij die ruimte zien om activiteiten van failliete concurrenten in een ander juridisch hulsel door te starten. Dit klinkt hard maar is wel zo eerlijk.

#### Maatschappelijke functie banken

Ook een bank is een onderneming. Een contractueel samenwerkingsverband tussen *stakeholders*. Maar door haar positie in het economische allocatieproces neemt zij een bijzondere plaats in. In onze moderne samenleving speelt de financiële sector een belangrijke rol die uitstijgt boven het belang van directe *stakeholders*. 'Financial instruments, markets, and institutions arise to mitigate the effects of information and transactions costs.'<sup>14</sup> Banken faciliteren de uitwisseling van productiefactoren, echter niet in juridisch maar financieel opzicht. Zij vervullen dan ook een op het ondernemingsrecht lijkende maatschappelijke functie waarbij het aspect van vertrouwen een cruciaal thema is.<sup>15</sup> Dit verklaart de bijzondere belangstelling van overheden en toezichhoudende organen. De sector is in belangrijke mate gereguleerd; feitelijk een vorm van 'industriepolitiek'. Bij een bankfaillissement treedt boven normale faillissements-

13. Zie Bibeault 1982, p. 15 die op basis van J. Argenti, *Corporate Collapse: The Causes and Symptoms*, London: McGraw-Hill 1976, p 1-193 constateert dat veel ondernemingen in nood de lasten onderen de baten overschatten.

14. R. Levine, 'Financial development and economic growth: views and agenda,' *Journal of Eco-*

*nomic Literature*, 1997, p. 688-726. Volgens Levine heeft het financiële systeem de volgende functies: '[to] facilitate the trading hedging, diversifying, and pooling of risk, allocate resources, monitor managers and exert corporate control, mobilize savings and facilitate the exchange of goods and services.' Levine

concludeert dat er een sterk positief verband bestaat tussen het functioneren van het financiële systeem en lange termijn economische groei.

15. H. Prast, R. Mosch en W.F. van Raaij, *Vertrouwen, cement van de samenleving en aanjager van de economie*, De Nederlandsche Bank/Universiteit van Tilburg 2005.

schade op die zich uitstrekt *buiten* de kring van direct betrokkenen. Het ondergraaft het vertrouwen in de financiële sector en daarmee komt haar maatschappelijke functie in gevaar. Enkel dit rechtvaardigt op dit moment de actieve opstelling van overheden bij banken. Hierbij past wel meteen weer een flinke nuancering. De financiële sector is een zeer diverse bedrijfstak. Vraag is dan ook of een actieve opstelling van overheden zich uit dient te strekken tot alle soorten banken en financiële instellingen. Ons inziens is dat een veel te ruime 'garantstelling'. Alle financiële instellingen zouden dan immers tot in het oneindige onverantwoorde risico's kunnen nemen. Positieve gevolgen van risico's komen ten gunste van eigenaren en negatieve gevolgen worden simpelweg op de overheid afgewenteld. Dit aspect van bewust risicogedrag is op dit moment dan ook een belangrijk hangijzer in de discussie omtrent het al of niet steunen van banken. Spaarbanken waar mensen spaargeld onderbrengen in het vertrouwen dat dit veilig is – en daarbij ook genoeg nemen met een relatief lage rente<sup>16</sup> – zouden op meer sympathie moeten kunnen rekenen dan een *investment bank* die bewust grote(re) risico's neemt. Dit roept echter meteen additionele vragen op bijvoorbeeld naar concentraties in de financiële sector en de weinig transparante bankconglomeraten waarin vele activiteiten zijn samengevoegd. Dergelijke 'systeembanken' zijn zo omvangrijk en kennen zoveel verwechtingen dat de overheid het zich niet kan veroorloven dat ze omvallen. Ze zetten de overheid dan ook bewust of onbewust met de rug tegen de muur. Wellicht moeten scheidslijnen duidelijker worden aangebracht en moeten banken net als gewone bedrijven weer terug naar hun *core business*.<sup>17</sup> Nu bestaat in elk geval een prikkel om activiteiten juist te blijven integreren en sterk te laten groeien want dat verhoogt de feitelijke kans dat de overheid in slechte tijden bijspringt en levensbedreigende risico's overneemt. Anderzijds, een strikte scheiding van bankactiviteiten in afzonderlijke bedrijven zal nooit tot stand kunnen komen omdat verwechting van financiële stromen tussen banken onvermijdelijk is. Een bancaire *Catch-22*? De tijd zal het leren.

## Perversiteit van staatssteun

Een onderneming is geen mens, plant of dier en zal daarom ook nooit kunnen leven. Deze semantische constatering lijkt wellicht flauw maar raakt wel de kern van de problematiek rondom dreigend faillissement en staatssteun.

Een onderneming leeft niet en heeft geen natuurlijk bestaansrecht tenzij betrokken eigenaren, directies, leveranciers, schuldeisers, klanten en werknemers het gevoel hebben dat hun contractuele samenwerking in stand moet blijven.<sup>18</sup> Dit willen ze echter alleen wanneer dit werkelijk economisch nut voor hen oplevert. Een onderneming kan dan ook slechts overleven indien voor die deelnemers waarde wordt toegevoegd. Zolang dat het geval is bestaat immers de neiging om de organisatie in stand te houden. Door het niet verbreken van de samenwerking en daarmee het niet liquideren door middel van faillissement tonen deze belanghebbenden aan dat samenwerken nut oplevert. Andersom geredeneerd, wanneer wel tot liquidatie wordt besloten zien de beslissers daarvan het nut niet meer in en is de levensvatbaarheid van de onderneming daarmee verdwenen. De samenwerking is opgezegd en het einde is nabij. Betrokkenen die dit scenario willen voorkomen zullen het nut dan ook steeds moeten blijven aantonen in een periode van zwaar weer. Levensvatbaarheid ontstaat alleen door waardecreërende actie en vertrouwen. Een levensvatbare onderneming is een organisatie die bestaansrecht van haar directe belanghebbenden heeft gekregen en dit recht koestert. Het afdwingen van leven is simpelweg niet mogelijk. Ook niet of beter *juist* niet door goed of minder goed bedoelde staatssteun. Dat is immers pas echt pervers. Pervers omdat het bestuurders onvoldoende prikkelt zelfstandig naar werkelijke oplossingen te zoeken. Pervers omdat de verkeerde bedrijven de verkeerde beloning krijgen. Pervers omdat het ontkent dat markten zichzelf kunnen en moeten zuiveren. En nog perverser voor waardecreërende concurrenten die lijdzaam moeten toezien dat zwakkeren in de markt op korte termijn sterker worden en zij daardoor juist zwakker. Asociale marktwerking is dus goed tenzij de gevolgen van het

16. Overigens past ook hier een nuancering omdat spaarders tegenwoordig in zijn algemeenheid minder onachtzaam lijken en hun spaargeld sneller stallen bij (buitenlandse) banken die volgens andere banken onrealistisch hoge rentepercentages bieden en daarmee hun eigen verantwoordelijkheden en risico's op andere

banken en overheden afschrijven. Zie bijvoorbeeld 'Rabobank kritiseert toetreders spaarmarkt', *Het Financieele Dagblad* 7 juli 2008.

17. Zie bijvoorbeeld 'Financiële conglomeraten moeten terug naar de kern', *NRC Handelsblad* 11 november 2008. Ook in het op 7 april 2009 uitgebrachte rapport 'Naar herstel van vertrouwen'

van de adviescommissie Toekomst Banken vindt een aanzet tot herbezinning van de (maatschappelijke) functie van banken plaats.

18. Zie in die zin ook J. Kilpi, *The Ethics of Bankruptcy*, London: Routledge 1998, p. 185.

uiteenvallen van contractuele samenwerkingsverbanden tot maatschappelijke schade leidt die verder reikt dan risico's van direct betrokkenen. Hoe dan ook is en blijft staatssteun al-

tijd een verkeerde dus perverse bonus waar uiterst voorzichtig en terughoudend mee moet worden omgegaan. Ondernemingen moeten gewoon failliet kunnen gaan. Ook in deze tijd.

Mr. drs. J.W.A. Biemans

# Het faillissement van de derde-rechthebbende<sup>1</sup>

15

## 1. Inleiding

Als een schuldeiser zich voor zijn vordering op een goed van een derde-rechthebbende kan verhalen, is in de literatuur en rechtspraak bekend wat rechtens is als de schuldenaar in staat van faillissement wordt verklaard.<sup>2</sup> In de literatuur is nog niet onderzocht wat rechtens is als niet de schuldenaar, maar de derde-rechthebbende in staat van faillissement wordt verklaard.<sup>3</sup> Het is met name de vraag wat de positie van de schuldeiser (hierna ook: de bijzonder verhaalsgerechtigde) is in een dergelijk faillissement. In deze bijdrage wordt deze vraag toegespitst op het retentierecht, het bodemrecht en het pand- en hypotheekrecht. Daarbij wordt ingegaan op het recent gewezen arrest *Ontvanger/De Jong q.q.*<sup>4</sup> Onder meer de volgende vragen komen aan bod: (a) Behoudt de bijzonder verhaalsgerechtigde zijn voorrang in faillissement van de derde-rechthebbende en zo ja, op welke wijze?; (b) Wie is bevoegd tot executie van het desbetreffende goed?; en (c) Als de curator tot executie overgaat, op welke wijze dient uitkering aan de bijzonder verhaalsgerechtigde plaats te vinden?<sup>5</sup>

## 2. Verhaalsaansprakelijkheid

### 2.1. Het onderscheid tussen aansprakelijkheid en verhaalsaansprakelijkheid

Voor het navolgende is het onderscheid tussen aansprakelijkheid en verhaalsaansprakelijkheid van belang. Alleen een schuldenaar is *aansprakelijk* voor zijn schuld: alleen hij is verplicht om de verschuldigde prestatie te verrichten, bijvoorbeeld de betaling van een geldsom. Op grond van art. 3:276 BW is het vermogen van de schuldenaar ook *verhaalsaansprakelijk* (of 'uitwinbaar'): art. 3:276 BW bepaalt dat de schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen.<sup>6</sup> Als een schuldenaar een of meer van zijn goederen verpand of verhypotheeft, is de schuldenaar hiervoor ook verhaalsaansprakelijk vanwege het verleende pand- of hypotheekrecht daarop.<sup>7</sup> Zijn verhaalsaansprakelijkheid ten aanzien van de bezwaarde goederen kan zowel op art. 3:276 BW als op het pand- of hypotheekrecht worden gebaseerd.

In uitzonderingsgevallen kan de schuldeiser zich ook op een of meer goederen verhalen

1. Gelieve dit artikel aan te halen als: J.W.A. Biemans, 'Retentierecht, bodemrecht en het faillissement van de "derde-rechthebbende": een vergelijking met derdenpand en derdenhypotheek', *TvI* 2009, 15, p. 78. Mr. drs. J.W.A. Biemans is medewerker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht en de Vaksectie Burgerlijk recht, Radboud Universiteit Nijmegen. Dit artikel is afgesloten in maart 2009. Nadien verschenen publicaties zijn in deze bijdrage niet meer verwerkt.
2. Zie daarover in het kader van retentierecht: H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, p. 12-16; Asser/Van Mierlo/Mijnsen/Van Velten 3-III 2003, nr. 379; en Van Galen, *Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2002

(losbl.), art. 26, aant. 5 Fw. Hetzelfde geldt voor het geval waarin de persoon onder wie derdenbeslag wordt gelegd (de schuldenaar van de beslagen vordering) in staat van faillissement wordt verklaard. Zie HR 7 januari 1983, *NJ* 1983, 542 (*Ontvanger/Guensberg q.q.*; m.nt. BW).

3. Zie echter in het kader van art. 453a Rv het recent verschenen proefschrift van F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), 2009, par. 4.6.7.1 en 4.8.3, dat op 5 maart 2009 verdedigd werd.
4. HR 20 februari 2009, *LJN* BG7729.
5. Het voorontwerp Insolventiewet blijft buiten beschouwing. Zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet* (Serie Onderneming en

Recht deel 2-IV), Deventer: Kluwer 2007, en o.a. de bijdragen in N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (Serie Onderneming & Recht, Deel 44), Deventer: Kluwer 2008.

6. Zie ook Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 33 e.v.; Asser/Van Mierlo/Mijnsen/Van Velten 3-III 2003, nr. 26a en 167, Pitlo/Reehuis en Heisterkamp 2006, nr. 757, 914. Vgl. over dit onderscheid in de literatuur o.a. H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, p. 13-14.
7. Vgl. H. Kingma Boltjes, 'Enkele opmerkingen over het verhaalsrecht van een crediteur op goederen van derden in het Ontwerp Burgerlijk Wetboek', *RMThemis* 1961, p. 3-13.



die niet aan zijn schuldenaar toebehoren. De derde-rechthebbende van het goed is niet aansprakelijk, heeft geen schuld aan de schuldeiser, maar is wel met een of meer van zijn goederen verhaalsaansprakelijk. Hij is niet de (hoofdelijk) schuldenaar of borg, maar toch kunnen een of meer van zijn goederen voor de schuld worden uitgewonnen. Als een schuldeiser zich kan verhalen op een goed van een persoon die niet zijn schuldenaar is, heeft de schuldeiser overigens meestal ook voorrang bij de verdeling van de opbrengst. De voorrang is verbonden aan het bijzondere verhaalsrecht, en heeft betrekking op de opbrengst van het goed waarop hij zich kan verhalen.

Voorbeelden van bijzondere verhaalsrechten zijn het derdenpand en de derdenhypotheek. Op grond van art. 3:231 lid 1 derde zin BW kan een persoon een pand- of hypotheekrecht op een of meer van zijn goederen vestigen voor de schuld van een ander. Een derdenpand of derdenhypotheek kan ook ontstaan doordat de schuld van de pandgever of hypotheekgever door schuldoverneming op een derde overgaat (art. 6:155 jo. art. 6:157 lid 2 BW) of omdat het goed waarop het pand- of hypotheekrecht rust aan een ander wordt overgedragen. De oude schuldenaar en de verkrijger zijn niet verhaalsaansprakelijk met hun vermogen ex art. 3:276 BW, maar wel verhaalsaansprakelijk met het goed waarop het pand- of hypotheekrecht rust. Door de schuldoverneming respectievelijk de overdracht wordt het pand- dan wel hypotheekrecht een derdenpand- respectievelijk derdenhypotheekrecht.

Een ander voorbeeld is het retentierecht dat rust op een zaak die niet toebehoort aan de schuldenaar van de retentor.<sup>8</sup> Op grond van art. 3:292 BW kan de retentor zich verhalen op de zaak waarop het retentierecht rust tegenover allen tegen wie hij het retentierecht

kan invoeren. Op grond van art. 3:291 BW is het mogelijk dat de retentor zijn retentierecht ook kan invoeren tegenover de derde-eigenaar van de zaak, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar in zijn verhouding tot de derde-eigenaar bevoegd was om de overeenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan (art. 3:291 lid 2 BW)<sup>9</sup> of omdat na het ontstaan van het retentierecht de schuldenaar zijn zaak heeft overgedragen (art. 3:291 lid 1 BW). De schuldenaar is aansprakelijk voor de schuld en verhaalsaansprakelijk op grond van art. 3:276 BW. De derde-eigenaar is voor de schuld verhaalsaansprakelijk met de zaak waarop het retentierecht rust.

Een derde voorbeeld is het bodemrecht van de fiscus (art. 22 IW) op grond waarvan de fiscus zich voor de schuld van de belastingplichtige mag verhalen op bodemzaken die zich op diens bodem bevinden, ongeacht of deze aan hem of aan een derde toebehoren. De derde-eigenaar van de bodemzaken is met die bodemzaken verhaalsaansprakelijk voor de schuld van de belastingplichtige.

Een laatste voorbeeld is het geval waarin een goed eerst beslagen wordt en vervolgens aan een derde wordt overgedragen, zoals recentelijk aan de orde was in het arrest *Ontvanger/De Jong q.q.*<sup>10</sup> Op grond van art. 453a lid 1 Rv (en vergelijk art. 475h Rv voor derdenbeslag) kan een overdracht van het goed die tot stand is gekomen nadat het beslag is gelegd niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen. De overdracht werkt niet jegens de beslaglegger.<sup>11</sup> Daardoor verhaalt de beslaglegger zich op een goed dat zich inmiddels niet meer in het vermogen van zijn schuldenaar bevindt.<sup>12</sup>

## 2.2. Bijzonder verhaalsrecht en gewoon verhaalsrecht: dezelfde soort verhaalsrechten? Art. 6:150 BW en art. 435 Rv

Het is de vraag of het verhaalsrecht van een schuldeiser ex art. 3:276 BW hetzelfde soort verhaalsrecht is als dat van een bijzonder ver-

8. Zie art. 3:291 BW en vgl. o.a. J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Mon. NBW B13), 1992, nr. 20; Asser/Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten 3-III 2003, nr. 378 en 411; F.R.A. Schaaf en A.Y. van Eybergen, 'Een retentierecht voor de onderaannemer?', *BR* 1994/12, p. 999 e.v.; en zie voor een voorbeeld HR 28 juni 1996, *JOR* 1996/93 (m.nt. J.J. van Hees).

9. Een dergelijk geval deed zich voor in Rb. Amsterdam (Vz.) 20 september 2007 en Hof Amsterdam (Vz.) 24 april 2008, *JOR* 2009/58 (m.nt. J.W.A. Biemans). In de procedure tussen de hypo-

theekhouder en de executiekooper stond alleen de vraag centraal voor wiens rekening het retentierecht diende te komen. Zie daarover mijn bijdrage 'Retentierecht en executiekoop', *NTBR* 2009, 4, par. 4 en 5. Vgl. ook de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in de bodemprocedure: Rb. Amsterdam 29 oktober 2008, met zaaknummer/rolnummer: 377814/HA ZA 07-2340.

10. HR 20 februari 2009, *LJN* BG7729.

11. Zie over art. 453a Rv, F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), 2009,

hoofdstuk 4.

12. Meer voorbeelden bestaan, maar blijven hier verder buiten beschouwing. Zie o.a. TM Parl. Gesch. Boek 6, p. 558; Mellema/Kranenburg 2002 (*T&I Vermogensrecht*), art. 6:150 BW, aant. 2; en Asser/Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten 3-III 2003) nr. 378. Zie voor de verbeurdverklaring van een goed van een niet-veroordeelde derde-eigenaar in het strafrecht, J.P. den Ouden, 'Derde gestraft? De niet-veroordeelde eigenaar van een verbeurdverklaard goed in het strafrecht', *AAe* 2001/12, p. 962-971.

haalsgerechtigde. Een overeenkomst is dat beide verhaalsrechten verbonden zijn aan een vordering. Een andere overeenkomst is dat aan beide verhaalsrechten voorrang verbonden kan zijn, waarbij het overigens opvallend is dat aan de meeste bijzondere verhaalsrechten enige voorrang is verbonden.<sup>13</sup> Een verschil tussen beide verhaalsrechten is dat in het eerste geval een goed wordt uitgewonnen voor de schuld van de rechthebbende, en in het tweede geval voor andermans schuld. Dit principiële verschil kan niet worden afgedaan door de derde-rechthebbende op wiens goed een bijzonder verhaalsrecht rust gelijk te stellen aan een schuldenaar van wie, als uitzondering op de regel van art. 3:276 BW, maar één goed uitwinbaar is. De derde-rechthebbende is in het systeem van de wet géén schuldenaar van de bijzonder verhaalsgerechtigde.<sup>14</sup>

Als de bijzonder verhaalsgerechtigde zich voor zijn vordering jegens zijn schuldenaar op het goed van de derde-rechthebbende verhaalt, wordt de derde-rechthebbende op grond van art. 6:150 sub a BW in de vordering gesubrogeerd. Art. 6:150 sub a BW bepaalt dat een vordering bij wijze van subrogatie overgaat op een derde indien een hem toebehorend goed voor de vordering wordt uitgewonnen.<sup>15</sup> Op grond van art. 6:150 sub b BW geldt hetzelfde als de derde-rechthebbende de schuld voldoet om uitwinning te voorkomen. De vordering treedt in de plaats voor het uitgewonnen goed. Het is voor risico van de derde-rechthebbende of hij zich kan verhalen op de schuldenaar of niet.<sup>16</sup> Het risico van nietbetaling of insolventie van de schuldenaar ligt derhalve niet bij de oude schuldeiser (de bijzonder verhaalsgerechtigde), maar bij de nieuwe schuldeiser (de derde-rechthebbende). Leidraad Invordering 1990 vermeldt in dit verband dat de derde-eigenaar wordt gesubrogeerd in de vordering van de fiscus inclusief het bodemvoorrecht van de fiscus ex art. 21 lid 1 en 2 IW 1990 (vergelijk art. 6:142 BW). De derde-eigenaar wordt niet gesubrogeerd in het recht om zich te verhalen op bodemzaken die aan derden toebehoren (art. 22 IW, vergelijk art. 6:151 lid 2 BW).<sup>17</sup>

Voor de vraag of een bijzonder verhaalsgerechtigde zich kan verhalen op het goed van de derde-rechthebbende is niet zijn verhouding tot de derde-rechthebbende beslissend, maar die met zijn schuldenaar. Bij derdenpand en -hypotheek is beslissend of de schuldenaar in verzuim is (art. 3:248 en 3:268 BW). De derdenpandgever of -hypotheekgever kan op grond van art. 3:234 lid 1 BW verlangen dat als voor dezelfde vordering ook goederen van de schuldenaar zijn verpand of verhypothekend en de schuldeiser tot executie overgaat, de goederen van de schuldenaar mede in de verkoop worden begrepen en het eerste worden verkocht. Bij het derdenrentierecht dient de retentor op grond van art. 435 Rv zowel de schuldenaar als de derde-rechthebbende in de procedure te betrekken bij het verkrijgen van een executoriale titel.<sup>18</sup> De retentor heeft daarbij de keuze tussen art. 435 lid 2 Rv en art. 435 lid 3 Rv.<sup>19</sup> Wordt de weg van art. 435 lid 3 Rv gevolgd, dan vindt de executie ten laste van de schuldenaar plaats, verkrijgt de retentor een executoriale titel jegens zijn schuldenaar en dient hij het beslag aan de derde-rechthebbende over te betekenen. Deze heeft de mogelijkheid om zich tegen de uitwinning te verzetten,<sup>20</sup> hetzij door de vordering van de retentor, hetzij door de verhaalbaarheid van de vordering op zijn zaak te betwisten. Wordt de weg van art. 435 lid 2 Rv gevolgd, dan vindt de executie ten laste van de derde-rechthebbende plaats. Het beslag wordt gelegd uit hoofde van een executoriale titel waarbij de derde-rechthebbende wordt veroordeeld om de executie te dulden ('te hengen en te gedogen'). Daarnaast is een executoriale titel jegens de schuldenaar vereist. De retentor dient het beslag in dit geval aan de schuldenaar over te betekenen, opdat deze tijdig de nodige maatregelen ter voorkoming van verdere executie kan nemen. Niet naleving van de verplichting tot overbetekening leidt niet tot nietigheid van de executie, maar geeft de schuldenaar respectievelijk de derde-rechthebbende slechts recht op vergoeding van hier-

13. Vgl. derdenpand, -hypotheek, -bodemrecht en -retentierecht. Een uitzondering kan art. 453a Rv zijn.

14. In het Burgerlijk Wetboek omvat het begrip 'schuldenaar' niet mede de derde-rechthebbende ten aanzien van wiens goed de schuldeiser een bijzonder verhaalsrecht heeft. Vergelijk bijvoorbeeld de formulering en de strekking van art. 6:151 lid 2 BW.

15. Zie *Leidraad Invordering* 1990, Art.

22 IW, par. 1 lid 3. In de *Leidraad Invordering* 2008 ontbreekt een vergelijkbare opmerking. Zie ook A. van Eijdsen, 'Voorrecht, bodemrecht en bodemvoorrecht', in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *Faillissement en fiscus* (Inso-lad Jaarboek 2000), Deventer: Kluwer 2001, par. 3.2.4.6, p. 69.

16. Zie o.a. Asser/Van Mierlo/Mijnsen/Van Velten 3-III 2003, nr. 379.

17. *Leidraad Invordering* 1990, Art.

22 IW, par. 1 sub 3a.

18. Zie art. 435 Rv: Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 91-93; H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, p. 12-16; vgl. *Leidraad Invordering* 2008, Art. 22 IW, par. 22.3 en 22.8.1 en 22.8.2.

19. Zie MvT II, Inv., Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 92.

20. Zie art. 435 lid 3 tweede zin Rv.

door eventueel geleden schade.<sup>21</sup> Bij het derdenbodembrecht geldt in beginsel hetzelfde. Uit de Leidraad Invordering blijkt dat art. 435 lid 3 Rv (in tegenstelling tot art. 435 lid 2 Rv) van toepassing is bij de tegeldemaking door de fiscus van de zaken van de derde-eigenaar.<sup>22</sup> Het bijzondere verhaalsrecht hangt direct met de vordering jegens de schuldenaar samen. Het bestaan en de omvang van het bijzondere verhaalsrecht worden bepaald door het bestaan en de omvang van de vordering van de schuldenaar (de bijzonder verhaalsgerechtigde) jegens zijn schuldenaar. En het bijzondere verhaalsrecht kan pas worden uitgeoefend als de rechtsverhouding jegens de schuldenaar daar voldoende aanleiding toe geeft (verzuim dan wel executoriale titel). Het is daarbij overigens denkbaar dat de derde-rechthebbende in staat van faillissement is verklaard, terwijl de schuldenaar nog niet in verzuim is of de schuldeiser jegens hem nog geen executoriale titel heeft verkregen. Bij een derdenpand, derdenhypotheek, derdenbodembrecht en derdenretentierecht in het faillissement van de *schuldenaar* kunnen de pandhouder, hypotheekhouder, retentor en fiscus zich verhalen op het goed van de derde-rechthebbende. Beide hiervoor behandelde aspecten spelen daarbij een rol. Voor de retentor en fiscus geldt dat zij hun executoriale titel alleen kunnen verkrijgen door hun vordering jegens de gefailleerde schuldenaar bij de curator ter verificatie in te dienen.<sup>23</sup> Met deze executoriale titel kan de schuldeiser vervolgens op grond van art. 435 lid 2 Rv executoriaal beslag laten leggen op de zaak van de derde-eigenaar en tot executie

van het goed overgaan.<sup>24</sup> In de literatuur wordt aangenomen dat onder meer art. 33, 57 lid 3 en 60 Fw niet op de schuldeiser van toepassing zijn in het kader van de uitoefening van zijn bijzondere verhaalsrecht.<sup>25</sup> Na uitwinning wordt de derde-rechthebbende gesubrogeerd in de vordering en kan hij die met de daarbij behorende voorrang ter verificatie indienen in het faillissement van de schuldenaar.<sup>26</sup>

### 2.3. Botsing van bijzonder verhaalsrecht en gewoon verhaalsrecht

Als zowel een schuldeiser als een bijzonder verhaalsgerechtigde zich op een goed kan verhalen, is het de vraag hoe het bijzondere verhaalsrecht zich tot het 'gewone' verhaalsrecht verhoudt. In de literatuur is hier niet of nauwelijks over geschreven.<sup>27</sup>

In de zaak *Ontvanger/Ametagro*<sup>28</sup> stond de samenloop van twee bijzondere verhaalsrechten centraal, namelijk het bijzondere verhaalsrecht op bodemzaken van de fiscus en dat van de verhuurder. Op grond van art. 1186 BW (oud) had de verhuurder een bijzonder verhaalsrecht met voorrecht (het zogenaamde 'verhuurdersprivilege'). Het ging om de vraag of de fiscus zich ten aanzien van de zaken van derden ook op voorrang kon beroepen. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend. In zijn noot onder het arrest gaat Haardt in op de vraag hoe een bijzonder verhaalsrecht zich verhoudt met een gewoon verhaalsrecht. Hij schrijft:

21. Zie MvT, Inv. en MvT II, Inv., Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 92.

22. Zie *Leidraad Invordering* 2008, Art. 22 IW, par. 22.3 en 22.8.1 en 22.8.2; vgl. *Leidraad Invordering* 1990, Art. 22 IW, § 1 lid 2; J.J. Vetter, *Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2008 (losbl.), Fiscaal Commentaar, par. 13.10; J.J. Vetter, P.J. Wattel en M.H.M. van Oers (m.m.v. W. de Wit), *Invordering van belastingen*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 1405, p. 230, met literatuur- en jurisprudentieverwijzingen.

23. Zie daarover in het kader van retentierecht: H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, p. 12-16; Asser/Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten 3-III 2003, nr. 379; en Van Galen, *Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2002, (losbl.), art. 26, aant. 5 Fw. Anders lijkt te oordelen Hof Amsterdam 24 maart 2009, zaaknr. 200.001.053/01 (*Holland Bol-*

*roy/mrs.Gorsira en Tiethof q.q.*), nog te verschijnen in *TvI* en *JOR*, met betrekking tot een vordering in reconventie jegens de gefailleerde die betrekking heeft op beslagen goederen die zich inmiddels niet meer in de boedel bevinden. De tweede alinea van r.o. 2.8 lijkt echter een belangrijke nuancering te bevatten, waar het hof bepaalt dat een eventuele uitspraak in reconventie geen rechtskracht tegenover de boedel heeft. Vanwege art. 435 lid 2 Rv is de schuldeiser dan alsnog genoodzaakt om zijn vordering ter verificatie in te dienen, wil hij tot executie van de goederen kunnen overgaan.

24. H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, p. 13-14; Asser/Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten 3-III 2003, nr. 379; en Van Galen, *Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2002 (losbl.), art. 26, aant. 5 Fw.

25. Zie voor art. 33 Fw recentelijk HR 20 februari 2009, *LJN*

BG7729, r.o. 3.4; zie voor art. 60 Fw H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, p. 14-15; en zie voor art. 57 lid 3 Fw Asser/Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten 3-III 2003, nr. 379.

26. Zie *Leidraad Invordering* 1990, Art. 22 IW, par. 1 sub 3a. Het betreft het geval dat de vordering nog niet ter verificatie is ingediend, bijvoorbeeld omdat een executoriale titel al voor faillissement was verkregen of omdat het bijzondere verhaalsrecht een derdenpand of derdenhypotheek is, waarvoor verzuim voldoende is.

27. In de handboeken heb ik op deze vraag geen antwoord kunnen vinden. Geraadpleegd zijn Asser/Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten 3-III 2003, Pitlo/Reehuis en Heisterkamp 2006 en Snijders en Rank-Berenschot 2007.

28. HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980, 280 (m.nt. W.H.H.).

‘Verdedigbaar is het standpunt [...] dat zolang de eigenaar zijn goederen niet kan revindiceren en executie krachtens een bodemrecht door een schuldeiser van een ander daarop moet dulden, zijn schuldeisers die goederen niet kunnen uitwinnen. Een schuldeiser heeft niet meer rechten met betrekking tot de goederen van de schuldenaar dan deze zelf heeft. Wel kan de schuldeiser derdenbeslag leggen onder de deurwaarder met de verkoop belast op het overschot van de opbrengst. Als een overschot ontstaat, is het bodemrecht uitgewerkt.’<sup>29</sup>

Haardt merkt ook op dat een rangregeling tussen schuldeisers van twee verschillende schuldenaren moeilijk te realiseren lijkt. Hij lijkt erop te doelen dat indien eenmaal een bijzonder verhaalsrecht bestaat dat aan de derde-rechthebbende kan worden tegengeworpen de schuldeisers van de derde-rechthebbende daarvan de gevolgen ondervinden. Zij nemen rang na de bijzonder verhaalsgerechtigde. Niet zozeer omdat de bijzonder verhaalsgerechtigde een hogere voorrang heeft zoals bedoeld in art. 3:277 e.v. BW, maar omdat eerst de bijzonder verhaalsgerechtigde uit de opbrengst wordt voldaan, en vervolgens pas de schuldeisers. De schuldeisers kunnen zich verhalen op het eventuele restant van de executieopbrengst, alsmede op de vordering waarin de derde-rechthebbende na uitwinning is gesubrogeerd. Het risico van de derde-rechthebbende of hij zich na subrogatie nog kan verhalen op de schuldenaar van de bijzonder verhaalsgerechtigde wordt aldus doorgeleid naar de schuldeisers van de derde-rechthebbende. Zijn er twee of meer bijzonder verhaalsgerechtigden ten aanzien van hetzelfde goed, dan is hun onderlinge voorrang bepalend, zoals opgemaakt kan worden uit het arrest *Ontvanger/Ametagro*.

Een principieel andere benadering zou zijn dat de bijzonder verhaalsgerechtigde en de gewone verhaalsgerechtigde beide tot uitwinning kunnen overgaan, tegelijkertijd uit de opbrengst kunnen worden voldaan, en in hun onderlinge verhouding alleen hun voorrang beslissend is.

Buiten faillissement blijkt van het verschil tussen beide benaderingen niet. In de meeste gevallen gaat de bijzonder verhaalsgerechtigde

in rang boven dezelfde personen aan wie hij zijn verhaalsrecht kan tegenwerpen. De fiscus kan zijn bodemrecht op een zaak van een derde-eigenaar ex art. 22 IW niet alleen jegens de derde-eigenaar, maar ook jegens diens schuldeisers tegenwerpen, waaronder de schuldeiser met een stil pandrecht.<sup>30</sup> Op grond van art. 21 lid 2 IW is verdedigbaar dat de fiscus in rang boven de schuldeiser van de derde-rechthebbende gaat die een stil pandrecht op de bodemzaken heeft die zich op de bodem van de belastingplichtige van de fiscus bevinden. Het is verdedigbaar dat de fiscus zich exclusief kan verhalen op bodemzaken van de derde-eigenaar op grond van zijn bodemrecht, omdat hij zijn bodemrecht niet alleen aan de derde-eigenaar, maar ook aan diens schuldeisers kan tegenwerpen. Maar het is óók verdedigbaar dat zowel de fiscus als de schuldeisers van de derde-eigenaar zich kunnen verhalen op de bodemzaak van de derde-eigenaar, maar dat de fiscus de hoogste voorrang heeft en om die reden als eerste wordt voldaan. Hetzelfde geldt voor de retentor. Buiten faillissement kan de retentor zijn derdenretentierecht onder meer tegenwerpen aan de derde-eigenaar en (derden)pand- of hypotheekhouders als aan de voorwaarden van art. 3:291 BW is voldaan en aan de schuldeisers van zijn wederpartij (art. 6:53 BW). Het is goed verdedigbaar dat hij zijn retentierecht ook kan tegenwerpen aan de schuldeisers van de derde-eigenaar (vergelijk art. 6:53 jo. art. 3:291 BW).<sup>31</sup> Op grond van art. 3:292 BW kan de retentor zich op de zaak met voorrang verhalen boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen (art. 3:292 BW). Het kunnen tegenwerpen van het retentierecht en de voorrang vallen ook hier samen. In het geval van een derdenretentierecht blijkt niet of de retentor op grond van zijn bijzondere verhaalsrecht of op grond van zijn voorrang vóór de schuldeisers van de derde-eigenaar wordt voldaan.

### 3. In faillissement van de derde-rechthebbende

In faillissement van de derde-rechthebbende is het onduidelijk wat de positie van de bijzon-

29. Zie W.H. Haardt, in zijn noot (sub 4) onder HR 5 oktober 1979, NJ 1980, 280 (*Ontvanger/Ametagro*).

30. Vgl. art. 63c lid 2 Fw, dat een sterke aanwijzing bevat met betrekking tot de schuldeiser van de derde-rechthebbende met een stil pandrecht. Aangenomen mag worden dat het ook geldt voor andere schuldeisers. Zie

over art. 63c Fw o.a. M.J. van der Aa, *De afkoelingsperiode in faillissement*, (diss. Groningen), 2007, p. 96 e.v.; A. van Eijsden, ‘Haagse dwaalwegen, of een enkele misslag in de wet die de effectiviteit van surséance van betaling en faillissement zou moeten bevorderen’, *TvI* 2005, 13, p. 47; en F.R. Salomons, ‘Enige wijzigingen in de Faillissementswet’,

*MvV* 2005/3, p. 47.

31. Vgl. Fesever die opmerkt: ‘Een bevoegdheid om het retentierecht in te roepen tegen een derde brengt mijns inziens mee, dat het ook kan worden ingeroepen tegen schuldeisers van die derde.’ J.E. Fesever, *Voorrechten en retentierecht* (Mon. NBW B13), 1992, nr. 19, p. 62.

der verhaalsgerechtigde is. Het is ten eerste onduidelijk of bijvoorbeeld de retentor en de fiscus hun volledige derdenretentierecht respectievelijk derdenbodemrecht aan de curator kunnen tegenwerpen, zoals zij dat ook buiten faillissement aan de derde-rechthebbende en diens schuldeisers kunnen tegenwerpen. Met tegenwerpen bedoel ik dat zij onder meer afgifte van de zaak kunnen weigeren jegens de curator en zelf tot executie van de zaak kunnen overgaan, zoals een derdenpandhouder of derdenhypotheekhouder dat kan. Als de retentor en fiscus hun volledige recht aan de curator niet kunnen tegenwerpen, is het de vraag of zij in dat geval hun verhaalsrecht met voorrang behouden, en zo ja, op welke wijze zij behoren te worden voldaan door de curator: rechtstreeks of via de uitdelingslijst. Dezelfde vraag speelt bij derdenpand en derdenhypotheek in de gevallen dat de curator op grond van art. 58 lid 1 Fw (termijnstelling) of bij inning van een vordering met een stil derdenpand tot executie overgaat. Ter toelichting: in het normale geval waarin schuldenaar en rechthebbende dezelfde persoon zijn, verliest de fiscus door het faillissement van zijn schuldenaar ex art. 33 Fw zijn volledige recht, maar behoudt hij zijn verhaalsrecht met voorrang. Hetzelfde geldt voor de retentor, met het verschil dat hij *in beginsel* zijn volledige recht behoudt (art. 60 lid 1 Fw, vergelijk art. 6:53 BW),<sup>32</sup> maar de curator tot opeising van de zaak kan overgaan (art. 60 lid 2 Fw). De curator oefent hiermee overigens, op grond van een wettelijke bepaling, meer rechten uit dan de eigenaar zelf en diens schuldeisers kunnen uitoefenen buiten faillissement.<sup>33</sup> Bij pand en hypotheek kunnen de pandhouder en hypotheekhouder hun volledige recht aan de curator tegenwerpen ex art. 57 lid 1 Fw (en vergelijk art. 3:248 en 3:268 BW), maar dit is anders als de curator met succes een beroep doet op art. 58 lid 1 Fw<sup>34</sup> of overgaat tot inning van een stil verpande vordering.<sup>35</sup> In al deze gevallen behouden de fiscus, de retentor, de pand-

houder en de hypotheekhouder hun verhaalsrecht met voorrang door hun (prefaillissements)vordering ter verificatie bij de curator in te dienen (art. 108 e.v. Fw).<sup>36</sup> (Zij delen mee in de algemene faillissementskosten (art. 182 Fw) en wachten op hun uitkering tot het verbindend worden van de uitdelingslijst (art. 187 lid 4 en art. 192 Fw). Wordt de zaak door een ander dan de curator te gelde gemaakt, dan behartigt de curator hun belangen op grond van art. 57 lid 3 Fw.<sup>37</sup>) In de gevallen van een derdenretentierecht, derdenbodemrecht, derdenpand en derdenhypotheek bestaat echter geen vordering jegens de gefailleerde derde-rechthebbende waar het verhaalsrecht met voorrang aan kan worden verbonden. Aangenomen dat in ieder geval het verhaalsrecht met voorrang in faillissement van de derde-rechthebbende voor de bijzonder verhaalsgerechtigde behouden blijft, is het dan de vraag *hoe* dat behouden blijft. Ten aanzien van de in deze paragraaf gestelde vragen zijn twee verschillende benaderingen denkbaar.

#### 4. Benadering I: de bijzonder verhaalsgerechtigde als één van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de derde-rechthebbende

##### 4.1. Leidraad Invordering 2008 en Ontvanger/De Jong q.q.

In de Leidraad Invordering 2008 (op dit punt gelijklopend aan Leidraad Invordering 1990) wordt ten aanzien van het hiervoor benoemde probleem de volgende oplossing aangedragen:

‘Het beslag dat is gelegd ten laste van de belastingschuldige vervalt zodra ten aanzien van de derde-eigenaar het faillissement [...] is uitgesproken. De ontvanger meldt dan zijn vordering ter verificatie aan in [...] het faillissement van de derde tot een bedrag gelijk aan de waarde in het economisch verkeer van de in beslag ge-

32. Aan art. 60 lid 1 Fw en art. 6:53 BW komt blijkens de parlementaire geschiedenis in faillissement dezelfde betekenis toe, zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen* (Serie Onderneming & Recht, Deel 2-III), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1995, p. 174.

33. Art. 60 lid 2 Fw is derhalve een uitzondering op de regel van art. 60 lid 1 Fw en die van art. 6:53 BW.

34. Aangenomen mag worden dat art. 58 lid 1 Fw mede van toepas-

sing is op een derdenpand en derdenhypotheek. Ook als de derdenpandhouder of -hypotheekhouder onnodig wacht met executeren dient aan de curator de bevoegdheid tot termijnstelling toe te komen. Is hun schuldenaar niet in verzuim en zijn de derdenpandhouder en -hypotheekhouder nog niet bevoegd tot parate executie, dan kan de curator nog geen termijn stellen.

35. HR 17 maart 1995, NJ 1996, 471 (*Mulder q.q./CLBN*; m.nt. WMK).

36. Vgl. art. 58 lid 1 Fw (‘onverminderd hun recht’) en HR 17 maart

1995, NJ 1996, 471 (*Mulder q.q./CLBN*; m.nt. WMK), met name r.o. 3.3.2 en 3.3.4.

37. Dit geldt niet alleen voor de fiscus met een voorrecht, maar ook voor de retentor, zie o.a. N.E.D. Faber, ‘Retentierecht en art. 57 lid 3 en 60 Fw’, *NbBW* 1998/6, p. 75-76; T.B. Wessels, ‘De positie van de retentor in geval van faillissement’, *NTBR* 2003, 6, p. 298; Van Galen, *Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2004, (losbl.), art. 57 Fw, aant. 8 Fw.

nomen zaken, maar ten hoogste tot het bedrag van de vordering. De ontvanger beroept zich hierbij op voorrang.’<sup>38</sup>

In het faillissement van de derde-eigenaar vervalt volgens de Leidraad Invordering het gelegde bodembeslag. De fiscus wordt ‘gered’ door het aannemen van een vordering ‘gelijk aan de waarde in het economisch verkeer van de in beslag genomen zaken, maar ten hoogste tot het bedrag van de vordering jegens de belastingplichtige’, die ter verificatie kan worden ingediend bij de curator van de derde-rechthebbende, waarbij de fiscus zich op zijn voorrang dient te beroepen. De fiscus kent zichzelf naast zijn vordering jegens de belastingplichtige dus een tweede vordering toe, ditmaal jegens de derde-eigenaar, waar de voorrang aan kan worden verbonden.

In de literatuur is over deze bepaling weinig geschreven. Bij de gekozen oplossing worden in ieder geval geen vraagtekens geplaatst.<sup>39</sup> Algemeen lijkt te worden aangenomen dat op grond van art. 33 Fw het bodembeslag op de zaak van de derde-eigenaar komt te vervallen.<sup>40</sup> Van het hiervoor genoemde arrest *Ontvanger/Ametagro* (zie par. 2.3) wordt aangenomen dat dit de grondslag vormt voor deze beleidsregel op grond waarvan de fiscus een tweede vordering met voorrang verkrijgt jegens de derde-eigenaar.<sup>41</sup>

De onderbouwing van beide beleidsregels is voor discussie vatbaar. Art. 33 lid 2 Fw lijkt geschreven te zijn voor beslagen die zijn gelegd door schuldeisers voor vorderingen jegens hun schuldenaar.<sup>42</sup> De fiscus is nu juist geen schuldeiser van de derde-eigenaar. Het ligt daarom niet voor de hand dat art. 33 lid 2 Fw op deze gevallen zonder meer van toepassing is. Het is verdedigbaar dat art. 33 lid 2 Fw van *overeenkomstige* toepassing is, maar dat verdient dan nadere motivering. Ook dat de fiscus zijn recht op de opbrengst met bijbehorende voorrang zou behouden door het indienen van een vordering ter verificatie is voor discussie vatbaar. In de zaak *Ontvanger/Ameta-*

*gro* ging het om een verdeling *buiten* faillissement. Het ging bovendien om voorrang tussen twee bijzonder verhaalsgerechtigden. De conclusie dat de fiscus op grond van dit arrest bij de verdeling van de opbrengst van een bodemzaak zijn voorrang ook aan derden kan tegenwerpen,<sup>43</sup> is op zichzelf genomen juist, maar het arrest leidt niet tot de dwingende conclusie dat uitkering van de opbrengst langs de weg van de uitdelingslijst zou moeten plaatsvinden. Het is immers ook denkbaar dat de fiscus rechtstreeks krijgt uitgekeerd door de curator, waarna de boedel in de vordering van de fiscus wordt gesubrogeerd. De hoogte van deze gesubrogeerde vordering zal gelijk zijn aan de waarde in het economisch verkeer van de in beslag genomen zaken, ten hoogste tot het bedrag van de vordering jegens de belastingplichtige. Voor het aannemen van een *tweede* vordering voor de hoogte van dit bedrag die ter verificatie moet worden ingediend bestaat echter geen wettelijke grondslag. En een beleidsregel is een onvoldoende grondslag.<sup>44</sup>

In het arrest *Ontvanger/De Jong q.q.*<sup>45</sup> werd een zaak waarop bodembeslag was gelegd door de fiscus overgedragen (door middel van levering c.p., art. 3:115 sub a BW) aan een derde, die vervolgens failliet werd verklaard. Op grond van art. 453a lid 1 Rv kan de overdracht van een zaak die tot stand is gekomen nadat op de zaak beslag is gelegd niet aan de beslaglegger worden ingeroepen. Het was de vraag of de fiscus ondanks het faillissement van de derde-eigenaar tot executie van de zaak kon overgaan. De Hoge Raad overweegt onder meer dat de beslaglegger zijn bevoegdheid om zich op de zaak te verhalen ook behoudt indien de *schuldenaar* in staat van faillissement wordt verklaard, omdat de niet meer tot het vermogen van de schuldenaar behorende zaak niet door het algemene faillissementsbeslag wordt getroffen en het beslag van de schuldeiser dan ook niet op de voet van art.

38. Zie *Leidraad Invordering* 2008, Art. 22 IW, par. 22.6 (en vgl. par. 73.1.7); vgl. *Leidraad Invordering* 1990, Art. 22 IW, par. 1 lid 6.

39. Zie bijvoorbeeld A. van Eijdsden, ‘Voorrecht, bodemrecht en bodemvoorrecht’, in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *Faillissement en fiscus* (Insolad Jaarboek 2000), Deventer: Kluwer 2001, par. 3.2.4.6, p. 69; en J.J. Vetter, P.J. Wattel en M.H.M. van Oers (m.m.v. W. de Wit), *Invordering van belastingen*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 1408, p. 236.

40. J.J. Vetter, P.J. Wattel en M.H.M.

van Oers (m.m.v. W. de Wit), *Invordering van belastingen*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 1408, p. 236; vgl. A.J. Tekstra, *Fiscale aspecten van insolventies*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, p. 122.

41. HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980, 280 (m.nt. W.H.H.). Zie Van Eijdsden, a.w., par. 3.2.4.6, p. 69, en Vetter, Wattel en Van Oers, a.w., nr. 1408, p. 236.

42. Vgl. Van Galen, *Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2006 (losbl.), art. 33, aant. 4, 7 en 8 Fw.

43. Vgl. Pitlo/Reehuis en Heisterkamp 2006, nr. 914.

44. De regeling in de Leidraad Invordering kan mogelijk zo begrepen worden dat de fiscus afstand doet van zijn bijzondere verhaalsrecht en rechtstreekse uitkering uit de opbrengst door de curator ‘in ruil voor’ de verificatie van een vordering met de waarde in het economisch verkeer van de in beslag genomen zaken met een maximum van de belastingschuld van de belastingplichtige met behoud van voorrang.

45. HR 20 februari 2009, *LJN* BG7729.

33 lid 2 Fw vervalt (r.o. 3.4). De Hoge Raad overweegt vervolgens (r.o. 3.5):

‘Indien de derde-verkrijger in staat van faillissement wordt verklaard en de beslagen zaak daarmee in de boedel van dat faillissement valt, heeft het bepaalde in art. 33 lid 2 Fw tot gevolg dat de beslaglegger die zaak niet meer met een beroep op art. 453a lid 1 Rv zelf kan uitwinnen alsof er geen faillissement was. Zij uit deze bepaling voortvloeiende verhaalsbevoegdheid is weliswaar niet teniet gegaan, maar kan nog slechts door de curator worden uitgeoefend. De beslaglegger kan, ook al is de gefailleerde niet zijn schuldenaar, in het faillissement opkomen voor zijn vordering uitsluitend om daarin naar de hem toekomende rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van de zaak. Dit brengt mee dat de beslaglegger, nadat de curator de zaak te gelde heeft gemaakt, geen aanspraak heeft op afzonderlijke uitkering van de opbrengst of verdeling daarvan op de voet van art. 481 e.v. Rv, maar het hem toekomende langs de weg van de uitdelingslijst zal ontvangen. [...]’

Uit dit citaat volgt dat de beslaglegger door het faillissement van de derde-eigenaar net als iedere andere beslaglegger zijn bevoegdheid tot executie verliest op grond van art. 33 Fw. Aan art. 33 Fw wordt een ruimer toepassingsbereik toegekend dat op grond van de wet zou mogen worden verwacht. Art. 33 Fw wordt, zoals A-G Wesseling-van Gent het opmerkt, ‘per analogiam’ toegepast.<sup>46</sup> De fiscus (of meer algemeen: de beslaglegger) verliest niet zijn voorrang op de opbrengst van de zaak, maar hij kan daarop alleen maar aanspraak maken door zijn vordering jegens zijn schuldenaar ter verificatie in te dienen in het faillissement van de derde-rechthebbende.

#### 4.2. Analyse

Zowel in de Leidraad Invordering als in het arrest *Ontvanger/De Jong q.q.* wordt aangenomen dat op grond van art. 33 lid 2 Fw het (bodem)beslag op de zaak van de derde-eigenaar in het faillissement van de derde-eigenaar komt te vervallen, en de schuldeiser met het bijzondere verhaalsrecht zijn voorrang op de zaak behoudt doordat hij in het faillissement van de derde-eigenaar een ‘normale’ (prefaillissements)vordering ter verificatie kan indienen waar die voorrang aan gekoppeld is. Hij wordt daarmee als niet-schuldeiser van de

derde-rechthebbende gelijk geschakeld aan de (gezamenlijke) schuldeisers van de derde-rechthebbende. Afgezien van het uiteraard niet onbelangrijke, dogmatische verschil tussen beslag op bodemzaken die vanaf het eerste moment aan een derde-eigenaar toebehooren, en beslag op bodemzaken die pas na een overdracht aan een derde-eigenaar toebehooren is de uitkomst in feite dezelfde.<sup>47</sup> Het enige verschil tussen de Leidraad Invordering en het arrest is dat de vordering in de Leidraad Invordering een nieuwe, tweede vordering is ‘gelijk aan de waarde in het economisch verkeer van de in beslag genomen zaken, maar ten hoogste tot het bedrag van de vordering jegens de belastingplichtige’, en de vordering in het arrest *Ontvanger/De Jong q.q.* de reeds bestaande vordering jegens de schuldenaar van de fiscus (de belastingplichtige). Het is onduidelijk hoe de twee benaderingen zich tot elkaar verhouden. Mogelijk dient Leidraad Invordering naar aanleiding van dit arrest te worden aangepast. De in Leidraad Invordering gekozen constructie, waarbij gewerkt wordt met een tweede, op het bijzonder verhaalsrecht afgestemde vordering die afhankelijk is van (het bestaan en de hoogte van) de vordering jegens de belastingplichtige, sluit beter aan bij art. 435 Rv. De benadering overtuigt om die reden meer dan de door de Hoge Raad gekozen constructie, waarbij de vordering jegens de schuldenaar ter verificatie moet worden ingediend. Hieronder zal ik voor wat het geldend recht betreft uitgaan van de door de Hoge Raad gekozen benadering.

#### 4.3. Overeenkomstige toepassing bij derdenretentierecht, derdenpandrecht en derdenhypotheekrecht

De benadering in het arrest *Ontvanger/De Jong q.q.* ten aanzien van het derdenbodemrecht is gemakkelijk door te trekken naar het faillissement van de derde-rechthebbende in de ‘probleemgevallen’ bij derdenretentierecht, derdenpandrecht en derdenhypotheekrecht zoals genoemd in par. 3 hiervoor. De rechtsregels zijn dan als volgt.<sup>48</sup>

De retentor kan zijn derdenretentierecht niet tegenwerpen aan de curator van de gefailleerde derde-eigenaar, maar behoudt zijn voorrang ten aanzien van de opbrengst van de zaak (vergelijk art. 60 lid 2 Fw). Hij kan zijn vordering jegens de schuldenaar bij de cu-

46. Zie noot 32 van haar conclusie vóór HR 20 februari 2009, *LJN* BG7729.

47. Het is daarom eigenlijk opvallend dat de fiscus is gaan procederen. Op grond van de zelfgekozen benadering in de Leidraad

Invordering had wellicht verwacht kunnen worden dat de fiscus zich goed in de benadering van de curator had kunnen vinden.

48. Het is waarschijnlijk dat deze rechtsregels geldend recht zijn,

maar zeker is dat niet. Het betreft immers verschillende rechtsfiguren, hetgeen mogelijk een verschillende benadering rechtvaardigt.

rator ter verificatie indienen 'uitsluitend om daarin naar de hem toekomende rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van de zaak' en ontvangt 'het hem toekomende langs de weg van de uitdelingslijst'. Hij deelt mee in de algemene faillissementskosten en dient te wachten op het verbindend worden van de uitdelingslijst. Hetzelfde geldt dan voor de derdenpandhouder en -hypothekhouder in het geval waarin niet de derdenpandhouder of -hypothekhouder, maar de curator tot executie van het goed is overgegaan na termijnstelling (art. 58 lid 1 Fw) of in het geval van inning van een vordering waarop een stil derdenpand rust. De derdenpandhouder en -hypothekhouder behouden in deze gevallen hun recht ten aanzien van de opbrengst van het goed. Zij kunnen hun vordering jegens de schuldenaar bij de curator ter verificatie indienen 'uitsluitend om daarin naar de hun toekomende rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van het goed' en ontvangen 'het hun toekomende langs de weg van de uitdelingslijst'. Zij delen mee in de algemene faillissementskosten en dienen te wachten op het verbindend worden van de uitdelingslijst.

#### 4.4. Vervaging van het onderscheid tussen aansprakelijkheid en verhaalsaansprakelijkheid

In de benadering van de Hoge Raad vervaagt het onderscheid tussen aansprakelijkheid en uitwinbaarheid. De schuldeiser met het bijzondere verhaalsrecht is geen schuldeiser van de derde-rechthebbende, maar wordt daar wel gelijk mee gesteld.<sup>49</sup> Dit heeft als voordeel dat de procedure eenvoudig en praktisch voorkomt. Bij het bodemrecht en retentierecht is bovendien duidelijk dat de curator tot vereffening van de aan de gefailleerde toebehorende zaken kan overgaan. Een ander voordeel is dat in het systeem van de Faillissementswet geen veranderingen behoeven te worden aangebracht: deze wet is op dergelijke gevallen niet toegesneden, maar de bijzonder verhaalsgerechtigde wordt met een schuldeiser gelijkgeschakeld, en de regeling voor schuldeisers is duidelijk. Deze benadering heeft als nadeel dat de betekenis van art. 6:150 sub a en b BW en van art. 435 lid 2 en lid 3 Rv onduidelijk is. Art. 6:150 BW en art. 435 Rv blijven van toepassing bij

bijzondere verhaalsrechten in het faillissement van de *schuldenaar*.<sup>50</sup> Er bestaat geen reden om aan te nemen dat zij niet van toepassing zouden zijn in het faillissement van derde-rechthebbende. Noch uit Leidraad Invordering noch uit het arrest *Ontvanger/De Jong q.q.* volgt echter wat met vordering van de bijzonder verhaalsgerechtigde jegens zijn schuldenaar gebeurt na (gedeeltelijke) voldoening door de curator. In het bijzonder wordt niet duidelijk of de boedel in de vordering wordt gesubrogeerd. Als de bijzonder verhaalsgerechtigde met een schuldeiser wordt gelijkgesteld ligt subrogatie niet zonder meer voor de hand. Indien van subrogatie al sprake is, lijkt het risico van een niet-betalende of insolvente schuldenaar, dat buiten faillissement op de derde-rechthebbende wordt afgewenteld, in faillissement niet op de gezamenlijke schuldeisers te worden afgewenteld, omdat de bijzonder verhaalsgerechtigde tezamen met de gezamenlijke schuldeisers uit de opbrengst van het goed wordt voldaan. De curator kan zich in dat geval bovendien ook nog verhalen op de gesubrogeerde vordering ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Ook de betekenis van art. 435 lid 2 en 3 Rv is niet duidelijk. In het arrest *Ontvanger/De Jong q.q.* wordt over deze bepaling niet gesproken. Zo wordt de indruk gewekt dat alleen de curator van de derde-eigenaar in de beoordeling treedt van het bestaan en de omvang van de vordering. Dat zou onwenselijk zijn. De curator kan niet oordelen (en zo nodig procederen) over een vordering die voortvloeit uit een rechtsverhouding waar de gefailleerde niet bij betrokken is. Dat kan buiten faillissement van de schuldenaar alleen een rechter en in faillissement van de schuldenaar alleen *diens* curator. In een procedure ex art. 435 Rv kan de curator ex art. 25 Fw ten behoeve van de derde-rechthebbende (de gezamenlijke schuldeisers) de vordering van de bijzonder verhaalsgerechtigde betwisten dan wel de verhaalbaarheid van de vordering op zijn zaak, maar in deze procedure wordt in ieder geval ook de schuldenaar betrokken. Beoordeling van de vordering door alleen verificatie daarvan in het faillissement van de derde-rechthebbende verhoudt zich slecht met art. 435 Rv. Het is jammer dat noch in Leidraad Invordering noch in het arrest *Ontvanger/De Jong q.q.*

49. Dat is een interessante ontwikkeling, omdat ook in de literatuur dit onderscheid niet altijd even goed uit elkaar wordt gehouden. Zie bijvoorbeeld de analyse van H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, 1, par. 4.

50. Zie bijvoorbeeld ten aanzien van art. 6:150 BW: H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, p. 13; Leidraad Invordering 1990, Art. 22 IW, par. 1 sub 3a; en ten aanzien van art. 435 Rv: H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde',

*TCR* 2000, p. 14; Asser/Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten 3-III 2003, nr. 379; en Van Galen, *Faillissementwet*, Deventer: Kluwer 2002, art. 26, aant. 5 Fw.



kenbaar is gemaakt of aan art. 6:150 sub a en b BW en art. 435 lid 2 en 3 Rv enige betekenis toekomt, en zo ja, wat die betekenis is. Als in deze benadering de bepalingen die *juist* zijn toegesneden op gevallen waarin een schuldeiser zich kan verhalen op goederen van een ander dan zijn schuldenaar buiten toepassing blijven, laat deze benadering zich maar moeilijk inpassen in het bestaande wettelijke systeem.<sup>51</sup>

## 5. Benadering II: de bijzonder verhaalsgerechtigde is geen schuldeiser

### 5.1. Inleiding

Uit Benadering I lijkt te volgen dat tussen de bijzonder verhaalsgerechtigde en schuldeisers van de derde-rechthebbende geen principieel onderscheid wordt gemaakt. Als de bijzonder verhaalsgerechtigde buiten faillissement als eerste wordt voldaan uit de executieopbrengst is dat in de benadering van de Hoge Raad niet vanwege zijn bijzondere verhaalsrecht, maar vanwege zijn voorrang. Net als de schuldeisers van de gefailleerde derde-rechthebbende verliest de fiscus en waarschijnlijk ook de retentor zijn executiebevoegdheid en kan de curator waarschijnlijk op grond van art. 60 lid 2 Fw afgifte van de zaak van de retentor vorderen. In de gevallen dat de curator overgaat tot executie van het goed, maakt de bijzonder verhaalsgerechtigde (fiscus, retentor, pandhouder, hypotheekhouder) zijn recht met voorrang waarschijnlijk steeds te gelde door een vordering ter verificatie in te dienen, deelt hij mee in de algemene faillissementskosten en dient hij voor zijn uitkering te wachten op het verbindend worden van de uitdelingslijst.

Omdat over het onderwerp nog maar weinig geschreven is, neem ik bij deze de gelegenheid te baat om ook een tweede benadering te onderzoeken, waarin als uitgangspunt de verschillende positie van de bijzonder verhaalsgerechtigde en de gewone schuldeiser wordt genomen. Dat is niet eenvoudig: de Faillissementswet lijkt niet geschreven te zijn voor gevallen waarin de gefailleerde verhaalsaansprakelijk is zonder dat hij schuldenaar is. Omdat in Benadering I de bijzonder ver-

haalsgerechtigde gelijkgeschakeld wordt met een schuldeiser, wordt dit probleem daar omzeild. Het systeem van de Faillissementswet kan daar ongewijzigd worden gelaten. Dat is bij Benadering II niet het geval. Als overeenkomstig art. 6:150 BW en art. 435 Rv aan het uitgangspunt wordt vastgehouden dat de bijzonder verhaalsgerechtigde géén schuldeiser van de derde-rechthebbende is, zal het systeem van de Faillissementswet enige aanpassing of uitbreiding behoeven, omdat de Faillissementswet niet geschreven is voor dit soort gevallen. Dat betekent dat nieuwe paden moeten worden ingeslagen.

### 5.2. Het volledige recht kan aan de curator en de gezamenlijke schuldeisers worden tegengeworpen/ *Uitwerking*

Als wordt aangenomen dat de bijzonder verhaalsgerechtigde zijn volledige recht (in tegenstelling tot alleen zijn verhaalsrecht met voorrang) niet alleen aan de derde-rechthebbende, maar ook aan diens schuldeisers kan tegenwerpen, dient dit ook het uitgangspunt in faillissement te zijn. De curator behartigt alleen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, niet die van de bijzonder verhaalsgerechtigden. De bijzonder verhaalsgerechtigde kan zijn recht niet alleen aan de derde-rechthebbende, maar ook aan diens gezamenlijke schuldeisers en curator tegenwerpen. De gezamenlijke schuldeisers van de derde-rechthebbende en de curator kunnen niet meer rechten uitoefenen dan de derde-rechthebbende zelf.<sup>52</sup> Dit betekent dat de bijzonder verhaalsgerechtigde op grond van zijn recht, en niet zozeer op grond van zijn voorrang, voor de gezamenlijke schuldeisers dient te worden voldaan. Dit kan op verschillende manieren gebeuren.

Ten eerste is goed verdedigbaar dat als de fiscus het derdenbodemrecht en de retentor het derdenretentierecht aan de curator kunnen tegenwerpen, zij ook tot beslag van de zaak kunnen blijven overgaan en na het verkrijgen van een executoriale titel en het doorlopen van de procedure ex art. 435 lid 2 of lid 3 Rv, zelf tot executie van de zaak kunnen overgaan en zich uit de opbrengst van de zaak

51. Daarmee bedoel ik dan niet zozeer het systeem van de Faillissementswet, maar met name het systeem van het Burgerlijk Wetboek (art. 6:150 BW) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 435 Rv).

52. Deze regel is verwoord in de parlementaire geschiedenis bij art. 60 Fw, waarin wordt opgemerkt

dat 'de schuldeisers, te wier behoefte het faillissementsbeslag in het leven is geroepen, nooit meer rechten kunnen doen gelden dan aan hun schuldenaar toekomen' en dat in dat verband 'de curator dus evenmin afgifte [kan] vorderen, zolang die voorwaarde [= voldoening van het verschuldigde] niet wordt

vervuld'. Zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, deel I*, (Serie Onderneming & Recht, Deel 2-I), bewerkt door Mr. G.W. Baron van der Feltz, Haarlem 1896, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 479.

kunnen voldoen. Art. 33 Fw en art. 60 Fw zijn op hun niet van toepassing. In de procedure ex art. 435 Rv wordt op grond van art. 25 Fw de curator betrokken. Hij kan ten behoeve van de boedel zowel de vordering als de verhaalbaarheid van de vordering op de zaak betwisten. Niet de verificatie van de vordering en het verbindend worden van de uitdelingslijst, maar deze procedure is derhalve beslissend voor de vraag of de fiscus of de retentor zich uit de opbrengst van de zaak mag voldoen. Het is goed verdedigbaar dat art. 33 Fw niet op de bijzonder verhaalsgerechtigde van toepassing is. Dit lijkt ook zo in de literatuur te worden gezien: art. 33 Fw is op schuldeisers van de gefailleerde van toepassing, maar niet op bijzonder verhaalsgerechtigden.<sup>53</sup> Blijft art. 33 Fw buiten toepassing, dan komen door de fiscus en de retentor vóór het faillissement gelegde beslagen niet te vervallen en kunnen zij overgaan tot executie van het goed waarop het bijzondere verhaalsrecht betrekking heeft. Het is verdedigbaar dat bij het retentierecht de retentor ook nog tijdens faillissement tot beslag kan overgaan, omdat anders dan bij de fiscus, die zijn bodemrecht uitoefent door beslag te leggen,<sup>54</sup> het retentierecht ook zonder een gelegd beslag aan de derde-rechthebbende kan worden tegengeworpen. Als art. 33 Fw buiten toepassing blijft, kan de fiscus die vóór faillissement van de derde-eigenaar beslag had laten leggen op de bodemzaken zijn bodemrecht aan de curator van de gefailleerde derde-eigenaar tegenwerpen.<sup>55</sup> In afwachting van het verkrijgen van een executoriale titel en het doorlopen van de procedure ex art. 435 Rv kan de fiscus weigeren de bodemzaak af te geven aan de curator, mocht deze afgifte van de zaak vorderen. Indien de fiscus een executoriale titel heeft verkregen en de curator q.q. is veroor-

deeld om de executie te gedogen, kan de fiscus zelf tot tegeldemaking van de bodemzaak overgaan en zich uit de opbrengst van de zaak voldoen.<sup>56</sup>

Ook van art. 60 Fw is goed verdedigbaar dat deze bepaling niet geschreven is voor de retentor met een bijzonder verhaalsrecht, dus de retentor die niet tevens schuldeiser van de gefailleerde derde-eigenaar is.<sup>57</sup> Art. 60 lid 1 Fw bepaalt dat 'de schuldeiser die een retentierecht heeft op een aan de schuldenaar toebehorende zaak, dit recht niet verliest door de faillietverklaring'. Ook lid 3 en lid 4 spreken van 'de schuldeiser'. Als art. 60 Fw buiten toepassing blijft, kan de retentor zijn retentierecht aan de curator tegenwerpen. De curator kan niet met succes van de retentor afgifte van de zaak vorderen op grond van art. 60 lid 2 Fw. Dat in het bijzonder art. 60 lid 3 Fw (parate executie) buiten toepassing blijft, is gerechtvaardigd, omdat de retentor anders zonder een beoordeling van het bestaan en de omvang van zijn vordering, namelijk noch door de curator (in het kader van verificatie, hetgeen niet van toepassing is), noch door een rechtbank (in het kader van het verkrijgen van een executoriale titel) tot executie van andermans zaak zou kunnen overgaan. Dat de retentor zijn retentierecht op de zaak van de gefailleerde derde-eigenaar aan de curator kan tegenwerpen is niet geheel vreemd aan het faillissementsrecht. Tot 1992 bestond voor de curator in het geheel niet de mogelijkheid om tot opeising van de zaak over te gaan, ook niet bij de retentor die schuldeiser van de gefailleerde was. Art. 60 lid 2-4 Fw zijn pas in 1992 in werking getreden.<sup>58</sup> Door art. 33 Fw leverde dit problemen op: de retentor kon niet tot executie overgaan. Er bestond een patstelling.<sup>59</sup> Als art. 33 Fw bij de derdenretentor buiten toepassing blijft, speelt dit

53. Zie noot 32 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent vóór HR 20 februari 2009, *LJN* BG7729; en vgl. Van Galen, *Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2006 (losbl.), art. 33, aant. 4, 7 en 8 Fw; en F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), 2009, par. 4.6.7.1. A-G Wesseling-Van Gent meent wel dat art. 33 Fw van *overeenkomstige* toepassing is. Het is echter maar de vraag of een dergelijke uitbreiding van art. 33 Fw wel zo voor de hand ligt. Damsteegt-Molier betoogt in het kader van art. 453a Rv van niet. De positie van de bijzonder verhaalsgerechtigde lijkt door het buiten toepassing laten van art. 33 Fw op die van een separatist (art. 57 lid 1 Fw).  
54. Vgl. *Leidraad Invordering* 2008, Art. 22 IW, par. 21.3; A. van Eijs-

den, 'Voorrecht, bodemrecht en bodemvoorrecht', in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *Faillissement en fiscus* (Insolad Jaarboek 2000), Deventer: Kluwer 2001, par. 3.2.2.1, p. 45.

55. Voor zover hij het bodemrecht ook kon inroepen tegen de derde-eigenaar buiten diens faillissement.

56. Is in het faillissement van de *belastingsplichtige* (de schuldenaar van de fiscus) een afkoelingsperiode afgekondigd, ligt overeenkomstige toepassing van art. 63c lid 2 Fw op de curator van de derde-eigenaar voor de hand.

57. Zie dezelfde zin: H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, p. 15, laatste alinea. In de literatuur wordt in het kader van art. 60 Fw soms aangenomen dat

een retentierecht alleen betrekking kan hebben op een zaak van de schuldenaar. Zie B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2) (Polak-Wessels Deel III), Deventer: Kluwer 2003, nr. 3491, p. 282. Dit dient mijns inziens zo begrepen te worden dat art. 60 Fw alleen van toepassing is op een retentierecht dat rust op een zaak die toebehoort aan de gefailleerde schuldenaar.

58. Zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen* (Serie Onderneming & Recht, Deel 2-III), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 173-175.

59. Zie Van Galen, *Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2004 (losbl.) art. 60, aant. 6 Fw.

probleem niet. De retentor kan zelf tot het leggen van beslag en tot executie overgaan. Net als bij het derdenbodembrecht kan de retentor weigeren om, in afwachting van het verkrijgen van een executoriale titel, in welke procedure op grond van art. 435 jo. art. 25 Rv ook de curator wordt betrokken, de zaak aan de curator af te geven. Indien de retentor een executoriale titel heeft verkregen en de curator q.q. is veroordeeld om dit te gedogen, kan de retentor vervolgens zelf tot executie van de zaak overgaan. In het bijzondere geval dat de schuldenaar jegens de retentor niet in verzuim is,<sup>60</sup> en de retentor om die reden niet tot executie overgaat, kan hij zijn retentierecht aan de curator blijven tegenwerpen in afwachting van de voldoening van zijn vordering.

Bij derdenpand en derdenhypotheek volgt uit art. 3:248 en 3:268 BW en art. 57 lid 1 Fw dat de derdenpandhouder en derdenhypotheekhouder hun recht aan de curator kunnen tegenwerpen en zelf tot executie van het goed kunnen overgaan. Als hun schuldenaar nog niet in verzuim is, kunnen zij hun beperkte recht tegenwerpen aan de curator en wachten met de uitoefening daarvan totdat het moment dat hun schuldenaar alsnog in verzuim is.

Door de executie van het goed waarop het bijzondere verhaalsrecht rust, zelf ter hand te kunnen nemen, kunnen de fiscus, retentor, derdenpandhouder en derdenhypotheekhouder zichzelf voldoen, zonder dat zij hoeven delen in de algemene faillissementskosten.

Een tweede mogelijkheid is dat de curator de vordering van de fiscus, retentor, pandhouder of hypotheekhouder met het bijzondere verhaalsrecht voldoet.<sup>61</sup> In het oude recht werd op die manier de patstelling bij het retentierecht doorbroken.<sup>62</sup> Het resultaat van betaling is in de meeste gevallen vergelijkbaar met dat van executie door de bijzonder verhaalsgerechtigde, omdat in beide gevallen in beginsel gehele voldoening van de vordering plaatsvindt.

Ten derde kan de curator, in de gevallen dat hij tot uitwinning van het goed overgaat (bijvoorbeeld ex art. 58 lid 1 Fw, dat al dan niet van overeenkomstige toepassing is op het derdenbodembrecht of derdenretentierecht, of bij inning van een vordering met een stil derdenpand) het aan de bijzonder verhaalsgerechtigde op grond van zijn bijzondere verhaals-

recht verschuldigde rechtstreeks aan hem uitkeren. Het resultaat is hetzelfde als wanneer de bijzonder verhaalsgerechtigde zelf tot executie was overgegaan of de curator zijn vordering had betaald. Goed verdedigbaar is dat alleen op deze wijze, dus door rechtstreekse uitkering, aan het bijzondere verhaalsrecht 'recht' wordt gedaan. Goed verdedigbaar is ook dat bij gebreke van een vordering jegens de derde-rechthebbende de curator ook niet tot een andere manier van uitkering *kan* overgaan. Als in deze gevallen wordt aangenomen dat de bijzonder verhaalsgerechtigde toch langs de weg van de uitdelingslijst moet worden voldaan, is dat des te meer een reden om aan te nemen dat hij zijn recht aan de curator kan tegenwerpen en zelf tot executie kan overgaan, of zijn recht kan blijven tegenwerpen aan de curator in afwachting van de voldoening van zijn vordering.

In alle gevallen wordt de boedel in de vordering van de bijzonder verhaalsgerechtigde gesubrogeerd. In het eerste en derde geval wordt de boedel gesubrogeerd op grond van art. 6:150 sub a BW (uitwinning van het goed); in het tweede geval op grond van art. 6:150 sub b BW (betaling om uitwinning te voorkomen). De curator kan de vordering vervolgens te gelde maken ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (art. 68 en 25 Fw). De hoogte van de gesubrogeerde vordering is gelijk aan het bedrag waarvoor het goed ten behoeve van de bijzonder verhaalsgerechtigde wordt uitgewonnen. De schuldeisers kunnen zich in het geval van executie door de bijzonder verhaalsgerechtigde (middels de curator) verhalen op het eventuele restant. In beide gevallen kunnen zij zich (middels de curator) verhalen op de vordering die in de plaats is gekomen van het aan de bijzonder verhaalsgerechtigde uitgekeerde. Als de schuldenaar van de gesubrogeerde vordering nakomt aan de curator, verkeert de boedel in een vergelijkbare toestand als vóór uitwinning van het goed en uitkering aan de bijzonder verhaalsgerechtigde. Er is geen strijd met het fixatiebeginsel of een inbreuk op de *paritas creditorum*.<sup>63</sup> Net als buiten faillissement wordt het risico van een mogelijke insolventie van of niet-nakoming door de schuldenaar op de derde-rechthebbende (lees: de boedel, de gezamenlijke schuldeisers) afgewenteld.

Ten aanzien van art. 453a Rv oordeelt Damsteegt-Molier in vergelijkbare zin. De beslag-

60. Denk bij een retentierecht bijvoorbeeld aan een langdurige reparatie of restauratie van een zeeschip dat langer duurt dan het faillissement van de eigenaar daarvan, en waarbij de verplichting tot afgifte op grond van de

overeenkomst en de vordering tot betaling pas na afloop van het faillissement ontstaan.

61. Vgl. zijn bevoegdheid tot lossing ex art. 58 lid 2 en art. 60 lid 2 Fw.

62. Zie Van Galen, *Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2004 (losbl.),

art. 60, aant. 6 Fw.

63. Nog afgezien van het feit dat de bijzonder verhaalsgerechtigde niet tot de schuldeisers van de derde-rechthebbende moet worden gerekend.

legger behoudt ten aanzien van het goed dat zich in de boedel van de derde-rechthebbende (de verkrijger) bevindt zijn bevoegdheid tot executie; art. 33 Fw blijft buiten toepassing. De boedel wordt gesubrogeerd in de vordering van de beslaglegger jegens de schuldenaar (de vervreemder).<sup>64</sup>

## 6. Schuldeiser of niet?

Het principiële verschil tussen beide benaderingen is of de bijzonder verhaalsgerechtigde als een van de (gezamenlijke) schuldeisers moet worden beschouwd of niet. In Benadering I is dit het geval; in Benadering II niet. Het voor de fiscus en retentor relevante verschil is met name of zij moeten delen in de algemene faillissementkosten en moeten wachten op het verbindend worden van de uitdelingslijst (Benadering I), of dat van de opbrengst van het geëxecuteerde goed alleen de desbetreffende executiekosten worden ingehouden en zij moeten wachten op het verkrijgen van een executorialie titel jegens hun schuldenaar en het doorlopen van de procedure ex art. 435 Rv waarin ex art. 25 Fw de curator wordt betrokken (Benadering II).

Als een bijzonder verhaalsgerechtigde zijn vordering jegens zijn schuldenaar in het faillissement van de derde-rechthebbende ter verificatie moet dienen, roept dit meer algemeen de vraag op of hij ook in andere opzichten met de schuldeisers gelijk moet worden gesteld. Een bevestigend antwoord ligt voor de hand. Dat betekent niet alleen dat beperkingen voor schuldeisers, zoals art. 33 Fw en art. 60 lid 2 Fw, maar ook voordelen op hem van toepassing zijn. In de benadering van de Hoge Raad ligt het voor de hand dat de bijzonder verhaalsgerechtigde het faillissement van de derde-rechthebbende kan aanvragen; dat zijn vordering jegens *zijn* schuldenaar ook als steunvordering kan worden gebruikt bij het aanvragen van het faillissement van de derde-rechthebbende; en dat hij alle bevoegdheden heeft die ook aan 'normale' schuldeisers in faillissement toekomen, zoals de bevoegdheid om te stemmen in de vergadering van schuldeisers. Ook zal de curator zijn belangen behartigen tegenover een executerende pand- of hypotheekhouder, zoals bedoeld in art. 57 lid 3 Fw. Wordt Benadering II gevolgd dan ligt dit alles niet voor de hand.

## 7. Afsluiting

De Faillissementswet is niet geschreven voor die gevallen waarin een derde geen vordering heeft jegens de gefailleerde, maar zich wel op een of meer van diens goederen kan verhalen voor zijn vordering. Als oplossing voor deze gevallen zijn hiervoor twee benaderingen geschetst. In Benadering I wordt de bijzonder verhaalsgerechtigde gelijkgesteld met een schuldeiser van de derde-rechthebbende. Hij kan een vordering ter verificatie indienen en wordt voldaan langs de weg van de uitdelingslijst. In Benadering II wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat de bijzonder verhaalsgerechtigde geen schuldeiser is. Hij kan zijn recht aan de curator tegenwerpen. Zijn bijzondere verhaalspositie verandert niet door het faillissement. De bijzonder verhaalsgerechtigde staat daardoor, net als buiten faillissement, niet naast, maar tegenover de schuldeisers van de derde-rechthebbende.<sup>65</sup>

Voor beide benaderingen is wat te zeggen. Benadering II doet recht aan de bijzondere positie van de bijzonder verhaalsgerechtigde ten opzichte van de derde-rechthebbende en diens schuldeisers. De benadering sluit goed aan bij de bepalingen die specifiek voor dit soort gevallen zijn geschreven, zoals art. 6:150 BW en art. 435 Rv. Zij heeft als nadeel dat het systeem van de Faillissementswet moet worden aangepast of uitgebreid. Dat zal voor sommigen een brug te ver zijn. Nadenken over aanpassing dan wel uitbreiding van het systeem is echter noodzakelijk, omdat de Faillissementswet niet voor dit soort bijzondere gevallen is geschreven. Dat is het voordeel van Benadering I, die geen verandering in het wettelijke systeem van de Faillissementswet brengt: de bijzondere verhaalsgerechtigde wordt als een schuldeiser behandeld, en de positie van schuldeisers in de Faillissementswet is duidelijk. Maar de benadering heeft als nadeel dat onduidelijk is wat de plaats is van onder meer art. 6:150 BW en art. 435 Rv, bepalingen die specifiek op bijzondere verhaalsrechten zijn toegesneden. De Hoge Raad lijkt dit onvoldoende te hebben doordacht, en heeft het in ieder geval niet uitgewerkt in het arrest *Ontvanger/De Jong q.q.* Hij lijkt te snel te hebben gekozen voor de vertrouwde weg, zoals eerder gevolgd in het arrest *Mulder q.q./CLBN*, zonder zich daarbij af te vragen hoe deze 'bekende' oplossing zich verhoudt tot de bijzondere van toepassing zijnde wettelijke bepalingen. Het is te hopen dat in de

64. Zie F. Damsteegt-Molier, *Relative ring van eigendom* (diss. Rotterdam), 2009, par. 4.6.7.1. en par. 4.8.3-4.8.4.

65. Vergelijkbaar met een revindicerende eigenaar, die ook zijn (eigendoms)recht aan de boedel (curator, gezamenlijke schul-

eisers) tegenwerpt en die ook niet als een van de schuldeisers wordt behandeld.

toekomst door de Hoge Raad of door de wetgever een oplossing wordt geboden voor de afwikkeling van bijzondere verhaalsrechten in faillissement waarin deze bepalingen zijn ver-

disconteerd. Daarbij is overigens denkbaar dat de Hoge Raad of de wetgever afhankelijk van de rechtsfiguur tot verschillende regelingen of nuanceringen komt.

Prof. E. Dirix

# De nieuwe Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen<sup>1</sup>

16

## 1. Algemeen

Tien jaar na de grote hervorming van het insolventierecht is de Belgische wetgever terug aan zet. De hervorming van 1997 had tot doel het 'reorganiserend vermogen' van het Belgische insolventierecht op te krikken. Naast het faillissement dat nog uitsluitend een vereffeningsdoel moest dienen, werd voorzien in een aparte procedure gericht op de sanering van de onderneming, het gerechtelijk akkoord. Beide wetten werden in dit tijdschrift besproken.<sup>2</sup> De Wet Gerechtelijk Akkoord is echter geen succes gebleken. Dit bleek al in een vroeg stadium.<sup>3</sup> Deze uitkomst kent meerdere oorzaken. In hoofdzaak moet worden gewezen op de psychologische factoren, in het bijzonder de drempelvrees van ondernemers die is ingegeven door de mogelijke negatieve reactie van leveranciers en bankiers. De typische Amerikaanse 'rescue culture' blijkt maar moeizaam over te planten naar continentaal Europa. De akkoordprocedure werd teveel gezien als het voorgeborchte van een onafwendbaar faillissement. Daarnaast waren er ook nog andere redenen. Zo bleek de procedure erg kostbaar te zijn. Verder dient gezegd dat de rechtbanken van bij de start zijn afgeweken van de doelstellingen van de wet. In plaats van een soepele, meer 'economische' dan 'juridische' benadering, bleef men vastzitten aan de rigiditeit van het faillissementsdenken. Mede doordat de wet dezelfde naam droeg als het vroegere 'gerechtelijk akkoord' (Regentsbesluit van 1946), ter-

wijl het opzet geheel gewijzigd was, bleven denkbeelden uit het oude recht doorwerken. Ook dogmatische discussies vertroebelden het beeld. Het gevolg van dit alles is een complete mislukking gebleken. Om hieraan te verhelpen is ervoor gekozen om de Wet Gerechtelijk Akkoord niet te amenderen, maar gewoon opnieuw te beginnen. Onder het voorzitterschap van I. Verougstraete, vicepresident van het Hof van Cassatie, werd een commissie aan het werk gezet die een ontwerp opstelde. Dit ontwerp kwam tot stand na consultatie van belangengroepen (ondernemingen en vakbonden) en werd in ijtempo door het parlement gejaagd. De steeds somber wordende economische hemel was ongetwijfeld de motor die dit wel zeer expeditief wetgevend proces aandreef. De nieuwe procedure die het gerechtelijk akkoord vervangt, zag het daglicht met de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen.<sup>4</sup> Deze wet is op 1 april 2009 in werking getreden.

De krachtlijnen van de nieuwe wet kunnen als volgt worden samengevat. In plaats van de huidige tweevoudige keuze tussen het gerechtelijk akkoord of het faillissement, wordt door de nieuwe *procedure van gerechtelijke reorganisatie* aan de ondernemer in moeilijkheden een waaier aan mogelijkheden gegeven.<sup>5</sup> Ofschon de faillissementswet ongewijzigd behouden blijft, wordt de strikte scheiding die voorheen tussen de beide procedures bestond opgeheven. Het toegangscriterium voor de nieuwe procedure wordt immers ruim gefor-

1. Gelieve dit artikel aan te halen als: E. Dirix, 'De nieuwe Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen', *TvI* 2009, 16, p. 91. E. Dirix is raadsheer in het Belgische Hof van Cassatie en hoogleraar aan de KU Leuven.  
2. Ph. Colle, 'De krachtlijnen van het Belgisch wetsontwerp inzake gerechtelijk akkoord', *TvI* 1997,

4,p. 119-124; L. Peeters, 'Krachtlijnen van de nieuwe Belgische faillissementswet' *TvI* 1998, p. 32-38. Volledigheidshalve wordt nog vermeld dat voor niet-handelaren een schuldsaneringprocedure is neergelegd in de art. 1675/2 e.v. Gerechtelijk Wetboek. Zie daarover: E. Dirix, 'Schuldsanering voor particulie-

ren in België' *TvI* 1999, p. 65-68.

3. E. Dirix, 'Het nieuwe Belgische insolventierecht – eerste ervaringen', *TvI* 2000, p. 99-103.

4. *Belgisch Staatsblad*, 9 februari 2009.

5. Deze procedure wordt aangemeld als insolventieprocedure in Bijlage A van de Insol.Vo.

muleerd: het onmiddellijk of op termijn bedreigd zijn van de continuïteit van de onderneming (art. 23).<sup>6</sup> De omstandigheid dat de onderneming zich al in staat van faillissement bevindt, is echter geen uitsluitingsgrond voor de opening van de procedure of het verder zetten ervan (art. 23 lid 5).<sup>7</sup> Op deze wijze wordt onrechtstreeks een belangrijke stap gezet naar een meer geïntegreerd insolventierecht zoals dat ook wordt voorgestaan in het Nederlandse Voorontwerp Insolventiewet. Dit ruime criterium kan echter aanleiding geven tot misbruiken. De procedure biedt immers toegang tot van een sterk van het gemeenschappelijk recht afwijkend regime waardoor de rechten van de schuldeisers, de *paritas*-regel en de bindende kracht van overeenkomsten onder druk komen te staan.<sup>8</sup> De beoordeling van de toegang door de rechtbank is echter slechts marginaal: het volstaat dat de voorwaarden vervuld 'lijken' te zijn (art. 24, par. 2). Klaarblijkelijk is de wetgever zelf niet helemaal gerust over de mogelijke gevolgen op het gemeenschappelijk recht. In art. 7 wordt bepaald dat 'behalve wanneer een wijziging of een uitzondering voortvloeit uit een uitdrukkelijke tekst van deze wet, heeft deze niet tot strekking oudere wetten te wijzigen of hierop uitzonderingen aan te brengen'.

Volledigheidshalve wordt nog vermeld dat de nieuwe wet de bestaande regeling van de zogenoemde 'handelonderzoeken' bevestigt. Deze laat toe op een informele en discrete manier in een vroeg stadium de mogelijkheden van een reorganisatie te onderzoeken. Zo worden in België alle nuttige inlichtingen en gegevens verzameld van bedrijven met betalingsmoeilijkheden (de zogenoemde 'knipperlichten': onder meer verstekvonnissen, beslagen, betaalachterstand sociale zekerheid en BTW) en bijgehouden op de rechtbank (art. 8 e.v.). Een gespecialiseerde kamer van de rechtbank volgt de toestand op en kan de schuldenaar oproepen teneinde de wenselijkheid van reorganisatiemaatregelen te bespreken (art. 12).<sup>9</sup> Verder biedt de nieuwe wet de mogelijkheid tot het nemen van bewarende maatregelen zoals de aanstelling van een 'ondernemingsbemiddelaar' (art. 13) en in geval van kennelijke grove bestuursfouten, van een bewindvoerder (art. 14).

## 2. Doel van de procedure

Het doel van de procedure is het vrijwaren van de continuïteit van de ondernemingsactiviteit. Anders dan in het voorontwerp Insolventiewet (art. 1.2.1) worden de rechten van de schuldeisers duidelijk achtergesteld, al wordt dit door de wetgever niet met zoveel woorden gezegd. Dit geldt ook voor de zekerheidsschuldeisers (onder meer de lange duur van de opschorting). Wat de concurrente schuldeisers betreft, kan echter worden aangenomen dat zij eerder gebaat zullen zijn met de continuïteit van de onderneming gezien hun lage recuperatiegraad in geval van faillissement.

## 3. Toegang procedure

De toegang tot de procedure is dus ruim uitgemeten. Iedere ondernemer (fysieke persoon of rechtspersoon) die met liquiditeitsproblemen heeft af te rekenen – zelfs al bevindt deze zich in staat van faillissement – krijgt toegang. De procedure biedt de debiteur een veelvoud van opties tot reorganisatie van de onderneming. Volgens art. 16 strekt de procedure tot het behoud, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten. De opening van de procedure verleent de debiteur tijdelang beschutting tegen zijn schuldeisers. De duur van deze afkoelingsperiode bedraagt in beginsel zes maanden. Dit moratorium moet dan de ruimte bieden voor hetzij het bewerkstelligen van een 'minnelijk akkoord' (art. 43), hetzij het verkrijgen van een 'collectief akkoord', dat wil zeggen het akkoord van de schuldeisers met een reorganisatieplan (art. 44 tot 58), hetzij de 'overdracht onder gerechtelijk gezag' van het geheel of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten (art. 59 tot 70). De schuldenaar kan op elk ogenblik tijdens de procedure vragen om het doel van de procedure bij te stellen (art. 39). Zo kan hij wanneer de procedure werd aangevraagd heeft om een minnelijk akkoord te verkrijgen en dit niet haalbaar blijkt, vragen dat de procedure wordt voortgezet met het oog op een reorganisatieplan of een overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag. In geval van een voortijdige beëindiging van de opschorting kan de rechtbank

6. Dit criterium stemt overeen met dat in art. 2.2.1 Voorontwerp Insolventiewet die evenwel in een eenheidsprocedure voorziet.

7. Dit is een markant verschil met het Franse recht dat in verschillende procedures voorziet en

waar de gelijkaardige *procédure de sauvegarde* niet toegankelijk is in geval van stopzetting van betaling (art. L.620-1 *Code comm.*).

8. Zie hierover voor het Franse recht: J.-L. Vallens, 'De la cessation des paiements à l'insolvabili-

té', *J.C.P.* 2008, I-148, pp. 17-21.

9. Zie hierover: M. Vanmeenen, *De juridische efficiëntie van het handelsonderzoek* (diss. KU Leuven), 2006.

in hetzelfde vonnis de schuldenaar failliet verklaren of, indien de schuldenaar een vennootschap is, de gerechtelijke ontbinding uitspreken.

Het meest markante kenmerk van de nieuwe procedure is de zogenoemde ‘portaalbenadering’. De procedure wordt zo open en zo soepel mogelijk gehouden en wordt opgevat als een portaal waarbij aan de ondernemer een waaier van mogelijkheden ter beschikking wordt gesteld dit alles onder bescherming van een moratorium van de rechten van de schuldeisers en met een variabele mate van externe begeleiding.<sup>10</sup> Verder werd er op grond van empirisch onderzoek voor gekozen om de beslissing over de levensvatbaarheid van de onderneming en de aangepaste benadering niet reeds te nemen bij de opening van de procedure.<sup>11</sup> Dit uitstel laat toe om op grond van meer volledige en betrouwbare informatie, maar binnen een redelijke termijn, tot een beslissing te komen.

De procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt geopend bij verzoekschrift door de schuldenaar (art. 17). Enkel de debiteur zelf heeft hiertoe het initiatiefrecht. De procedure wordt vereenvoudigd (zie bijvoorbeeld art. 17, par. 4). Ook is het de bedoeling om de procedure minder onereus te maken. Zo wordt de figuur van de ‘commissaris inzake opschorting’ afgeschaft. In plaats daarvan wordt een ‘gedelegeerd rechter’ aangesteld die moet waken over de procedure en die de rechtbank moet informeren (art. 18). Deze gedelegeerde rechters worden gekozen uit de lekenrechters die naast de professionele rechters deel uitmaken van de Belgische rechtbanken van koophandel. Zoals onder de vroegere gerechtelijk akkoordprocedure het geval was, blijft de schuldenaar aan het hoofd van de onderneming (*debtor in possession*). Dit concept is totaal verschillend met dat onder het voorontwerp Insolventiewet waar de debiteur ongeacht het doel van de procedure, het bestuur over de boedel verliest (art. 4.1.1). Indien de debiteur erom verzoekt, kan de rechtbank voorzien in de facultatieve bijstand van een ‘gerechtsmandataris’ waarvan de opdracht door de rechtbank wordt bepaald (art. 27). Een dergelijke aanstelling kan ook gebeuren op verzoek van iedere belanghebbende derde (art. 27, par. 2). Verder zal die aanstelling steeds dienen te gebeuren in geval van een gerechtelijke overdracht van onderneming of een gedeelte

ervan (art. 60). De criteria om tot ‘gerechtsmandataris’ te worden benoemd zijn zeer ruim geformuleerd (art. 71: ‘bekwaamheid, ervaring, onafhankelijkheid en onpartijdigheid’). De regels voor de kosten en erelonen zullen bij koninklijk besluit worden bepaald.

De rechtbank doet uitspraak binnen tien dagen na het verslag te hebben gehoord van de aangestelde gedelegeerde rechter. Totdat de rechtbank uitspraak heeft gedaan over het verzoekschrift kan de schuldenaar niet failliet worden verklaard en worden alle middelen van tenuitvoerlegging opgeschort (art. 22).

#### 4. Gevolgen opening procedure

Het vonnis dat de procedure opent, bepaalt de duur van de periode van opschorting, die niet langer mag zijn dan zes maanden. Gedurende deze afkoelingsperiode kunnen geen middelen van tenuitvoerlegging worden voortgezet of aangewend (art. 30) en kan geen beslag worden gelegd (art. 31). De reeds gelegde beslagen behouden hun bewarende werking, maar kunnen onder omstandigheden door de rechtbank worden opgeheven in het belang van de procedure. Het moratorium bindt alle schuldeisers, ook de separatisten en de zogenoemde ‘schuldeiser-eigenaar’ (bijvoorbeeld verkoper onder eigendomsvoorbehoud, leasinggever). Art. 7 (supra) kan gelezen worden als voorbehoud voor de bepalingen Wet Financiële Zekerheden (de omzetting van de *Collateral Directive*).

De rechtbank kan het moratorium verlengen zonder dat de maximale duur van de opschorting meer dan twaalf maanden bedraagt (een uitzonderlijke verlenging met maximaal zes maanden wegens ‘buitengewone omstandigheden’ is evenwel nog mogelijk) (art. 38).

Onder het vroegere recht heerste er onduidelijkheid over de vraag of de akkoordprocedure een samenloop (*concursum creditorum*) deed ontstaan, of er een boedel werd gevormd en of het fixatiebeginsel van toepassing is. De wetgever heeft zich met deze vragen niet willen inlaten, zodat de mist rond deze conceptuele vragen niet geheel is opgetrokken. Het oplossen van enkele punctuele kwesties en de afschaffing van de figuur van de commissaris inzake opschorting, wijzen echter duidelijker dan voorheen in de richting dat de opschorting niet leidt tot beschikkingsbe-

10. Verslag, *Parl. St. Kamer*, 2008/09, nr. 52-160/005, 80.

11. Zie o.m.: P. Coussement, *Herstelschema's voor ondernemingen in*

*moelijkheden* (diss. U.Gent), 2007 (ter perse); B. Leyman, *An Economic Analysis of Creditor Behavior in Distress Companies* (diss. U.Gent),

2008 op [www.feb.ugent.be/fac/research/Proefschriften.asp](http://www.feb.ugent.be/fac/research/Proefschriften.asp).

voegdheid, noch tot het ontstaan van een samenloop. Hier ligt een markant verschil met het Voorontwerp Insolventiewet. Niettemin blijft het onderscheid tussen oude ('schuldvorderingen in de opschorting') en nieuwe schulden behouden. Nieuwe schulden met betrekking tot de prestatie verricht tijdens de procedure vallen niet onder het moratorium (art. 36). Bovendien gelden dergelijke schulden als boedelschulden in een later faillissement of een latere vereffening (art. 37).

Onder de nieuwe procedure staat de opschorting er niet aan in de weg dat de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode nog verder betalingen aan zijn schuldeisers doet. Vreemd genoeg maakt de wet geen onderscheid tussen opeisbare en niet-opeisbare schulden. Dit zet de deur open voor selectieve betalingen.<sup>12</sup> De betalingen komen niet in het gedrang bij een eventueel later faillissement, behoudens ingeval van bedrog (art. 33).

Anders dan het Nederlandse recht, staat het Belgische recht traditioneel afkerig tegen verrekking in geval van faillissement en andere gevallen van samenloop, behoudens het gaat om zogenoemde 'samenhangende' schuldvorderingen. Onder het vroegere gerechtelijk akkoord heerste er, gelet op de genoemde conceptuele onduidelijkheid, onzekerheid over de mogelijkheid tot schuldvergelijking. Aangezien het concept samenloop geen pas meer geeft, zijn die beletsels weggefallen. Schuldvergelijking tussen oude schuldvorderingen ('in de opschorting') en nieuwe schulden is evenwel enkel mogelijk indien het gaat om samenhangende schulden (art. 34).

Ofschoon de wet het moratorium voor de verhaalsrechten van schuldeisers veralgemeend, blijft het instellen van de rechtstreekse vordering bedoeld in art. 1789 BW mogelijk (art. 33 lid 3). Deze bepaling verleent aan onderaannemers een rechtstreekse aanspraak tegen de opdrachtgevers van de hoofdaannemer, derwijze dat de geïnde gelden hen exclusief toekomen. Een dergelijke uitzondering op het moratorium voor een bepaalde categorie van schuldeisers is moeilijk te verantwoorden en zal ongetwijfeld de kansen op succes van de procedure voor aannemingsbedrijven in ge-

vaar brengen. Ook het pandrecht op schuldvorderingen blijft buiten schot (art. 32).

Uiteraard wordt het beginsel van de continuïteit van de overeenkomsten bevestigd. Niettegenstaande enige andersluidende contractuele bepaling maakt de aanvraag of toekenning van een gerechtelijke reorganisatie geen einde aan de lopende overeenkomsten (art. 35, par. 1). Ook wordt het ontbindingsrecht aan banden gelegd. De wanprestatie van de schuldenaar maakt geen grond uit voor de beëindiging van de overeenkomst in zoverre de schuldenaar deze wanprestatie ongedaan maakt binnen een termijn van vijftien dagen na hiervoor in gebreke te zijn gesteld door de schuldeiser. Wordt de overeenkomst voortgezet dan gelden de verbintenissen die daaruit ontstaan als 'nieuwe' schulden die niet onder het moratorium vallen en die in geval van een later faillissement zullen gelden als boedelschulden (art. 37).

De niet-uitvoeringsexceptie en andere opschortingrechten (retentierecht) komen niet in het gedrang. Deze vaststelling en de volledige vrijheid om verder betalingen te verrichten, stelt de debiteur bloot aan misbruiken door bepaalde schuldeiser. In de meeste andere rechtstelsels wordt voor deze problematiek een passend antwoord gegeven.<sup>13</sup>

Een belangrijk nieuw instrument ter versterking van het reorganiserend vermogen van de procedure is de mogelijkheid voor de debiteur om te beslissen om een lopende overeenkomst niet langer uit te voeren. Deze bepaling moet de debiteur de mogelijkheid bieden om zich te ontdoen van onrendabele of verlieslatende overeenkomsten.<sup>14</sup> De schadevergoeding die hieruit ontstaat, is dan een schuld 'in de opschorting'. Ook deze mogelijkheid sluit aan bij wat geldt in andere rechtstelsels en bij wat wordt voorgesteld in het voorontwerp Insolventiewet (art. 3.4.8).<sup>15</sup> Daar kan, met het oog op de voortzetting van de onderneming, de overeenkomst worden gewijzigd of geheel of gedeeltelijk worden ontbonden met het oog op de voortzetting van de onderneming.

12. Zie over deze problematiek vanuit rechtsvergelijkend oogpunt: S. Kortmann, 'First Come, First Served' in: W.J. Zwalm en E. Koops, *The Past and Future of Money*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 155-168.

13. In Frankrijk noopte de problematiek van nutsbedrijven die leveranties stopzetten door gebruik

te maken van hun zgn. '*privilege du robinet*' tot een wetgevend ingrijpen. Indien de bewindvoerder beslist tot de voortzetting van de overeenkomst, kan de medecontractant de *exceptio non adimpleti contractus* niet inroepen voor wanprestaties uit het verleden (art. L. 622-13, al. 4 *Code comm*). Een gelijkaardige bepa-

ling is terug te vinden in art. 3.4.2 lid 1 Voorontwerp Insolventiewet.

14. Arbeidsovereenkomsten worden echter uitgesloten (art. 35, par. 2 lid 3).

15. T.T. van Zanten, 'Wederkerige overeenkomsten in het Voorontwerp', *TvI* 2008, 12, p. 58-71.



## 5. Minnelijk akkoord

Een eerste mogelijke optie is het onder gerechtelijke supervisie en het onder bescherming van het moratorium onderhandelen van een ‘minnelijk akkoord’ (art. 43). Dit akkoord kan worden gesloten met ‘al zijn schuldeisers of met twee of meer onder hen’. De aangestelde gerechtsmandataris kan als bemiddelaar optreden. Indien een akkoord wordt bereikt wordt dit vastgesteld door de rechtbank en wordt dit vonnis gepubliceerd. Het akkoord bindt enkel de partijen. Betalingen of andere handelingen in uitvoering van het akkoord kunnen niet worden aangevochten in een later faillissement op grond van de art. 17, onder 2° en art. 18 Fw<sup>16</sup>, behoudens in geval van bedrog. De wettelijke regeling is summier te noemen.<sup>17</sup> Het akkoord blijft geheel onderworpen aan het contractenrecht. Dit onderstelt bijgevolg de toestemming van al de betrokkenen. Er is geen mogelijkheid om over een recalitrante minderheid van schuldeisers heen te stappen. De rol van de rechtbank blijft beperkt. Enkel kan een uitstel van betaling worden opgelegd overeenkomstig art. 1244 BW dat de rechter toestaat om respijttermijnen te verlenen aan debiteuren te goeder trouw.

## 6. Collectief akkoord

Een tweede mogelijk doel van de procedure is de reorganisatie door middel van een ‘collectief akkoord’ (art. 44). Dit beantwoordt in grote lijnen aan de vroegere akkoordprocedure, maar enigszins vereenvoudigd. Er zijn eveneens twee periodes: die van de opschorting, die de periode beoogt tijdens welke de schuldenaar probeert een oplossing voor zijn problemen te vinden en hij een reorganisatieplan opmaakt, en daarna die van de uitvoering van het plan. De maximale duurtijd voor de uitvoering van het plan wordt van twee jaar op vijf jaar gebracht (art. 52). Het reorganisatieplan wordt geacht goedgekeurd te zijn door de schuldeisers wanneer de meerderheid van hen, die met hun onbetwiste of provisioneel aanvaarde schuldvorderingen de helft van alle in hoofdsom verschuldigde bedragen vertegenwoordigen, voor stemmen. Met de schuldeisers die niet aan de stemming deelna-

men en hun schuldvorderingen wordt geen rekening gehouden voor de berekening van de meerderheden. Het plan bepaalt de rechten van de schuldeisers. Het kan voorzien in een omzetting van de schuldvorderingen in aandelen, alsook in een gedifferentieerde behandeling van de schuldeisers volgens categorieën van schuldvorderingen, onder meer op grond van de omvang en de aard ervan. De homologatie door de rechtbank van het reorganisatieplan maakt het bindend voor alle schuldeisers. De homologatie ziet enkel op de naleving van de pleegvormen en op de openbare orde. Indien de debiteur het plan niet nakomt, kan iedere schuldeiser bij dagvaarding, de intrekking van het reorganisatieplan vorderen.

De separatisten en de ‘schuldeiser-eigenaar’ blijven in beginsel buiten het plan. Het plan kan er echter in voorzien dat de rechten van deze schuldeisers worden opgeschort voor een periode van maximaal 24 maanden op voorwaarde dat de rente op de vorderingen wordt voldaan. Opvallend is dat de fiscus (bevoorrecht schuldeiser) die onder het gerechtelijk akkoord ook over een dergelijke uitzonderingspositie beschikte, thans wordt gereduceerd tot de positie van ‘schuldeiser in de opschorting’. Ook dit sluit aan bij de internationale trend van het afbouwen van de rechten van fiscale en sociale schuldeisers in insolventieprocedures.<sup>18</sup>

## 7. Overdracht van onderneming

Een derde optie is de ‘overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag’. De wet onderscheidt twee soorten overdracht: de vrijwillige overdracht en de gedwongen overdracht. In beginsel wordt de overdracht van onderneming gevraagd door de debiteur zelf in het verzoekschrift of in een latere fase van de procedure. Het uitsluitend initiatiefrecht van de debiteur wordt hier echter doorbroken. De overdracht kan ook gevorderd worden door het Openbaar Ministerie, een schuldeiser of een belanghebbende potentiële overnemer. De achterliggende gedachte is dat uit onderzoek gebleken is dat er voor het bestuur van de onderneming weinig incentives zijn om tijdig over te gaan tot de overdracht en men uit eigenbelang liever aanstuurt op

16. Het gaat om de niet tegenwerpelijke van betalingen wegens niet vervallen schulden en alle betalingen anders dan in geld (art. 17, onder 2°) en de niet tegenwerpelijke van elke andere betaling of handeling in de verdachte periode met kennis van de staking van betaling. (art.

18).

17. Zie en vgl. met het ‘akkoord buiten insolventie’ in het Voorontwerp Insolventiewet (art. 7.1.1 e.v.) en de Franse *procédure de conciliation* (art. L.611-1 e.v. *Code comm.*).

18. Zie o.m.: B. Morgan, ‘Should the Sovereign be paid first? A Com-

parative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy’, *American Bankruptcy Law Journal* 2000, p. 461-507 en rechtsvergelijkend: P. Coussement, ‘De beschermde positie van de fiscus en RSZ in geval van insolventie’, *Liber amicorum E. Wymeersch*, 2008, p. 259-281.

een herstelplan ook al heeft dit slechts geringe slaagkansen.<sup>19</sup>

Anders dan onder het gerechtelijk akkoord het geval was, wordt de overdracht thans grondig geregeld (eigendomsoverdracht, verkoop, verdeling, zuivering).

Een belangrijke innovatie is de oplossing die wordt gegeven aan de sociaalrechtelijke gevolgen van een dergelijke overdracht. Het principe van de continuïteit van de arbeidsovereenkomst wordt gehandhaafd, maar flexibiliteit wordt mogelijk gemaakt door middel van collectieve onderhandelingen (art. 61). Dat het hier gaat om een compromis blijkt uit het feit dat de wettelijke regeling enkel als overgangsregeling is bedoeld die slechts van kracht blijft totdat in de Nationale Arbeidsraad ter zake een collectieve arbeidsovereenkomst wordt aangenomen.

### 8. Buitengerechtelijk akkoord

De behoefte aan de mogelijkheid tot een informele benadering werd ook door de Belgische wetgever onderkend.<sup>20</sup> De schuldenaar kan aan 'al zijn schuldeisers of aan twee of meer onder hen' een 'minnelijk akkoord' ('*accord amiable*') voorstellen met het oog op de gezondmaking van zijn financiële toestand of de reorganisatie van zijn onderneming (art. 15). Dit sluit ook aan bij ontwikkelingen in de buurlanden. Weerom is in vergelijking hiermee de Belgische regeling erg summier te noemen. De partijen bepalen vrij de inhoud van dit akkoord, dat de derden niet bindt.

Een belangrijke innovatie is dat de uitvoering van het akkoord niet kan worden aangetast in een later faillissement, behoudens in geval van bedrog (onder meer Pauliana). Art. 17, onder 2° en art. 18 Fw worden uitgeschakeld.<sup>21</sup> Er is geen enkele rechterlijke tussenkomst. Ook is er weinig transparantie. Het akkoord dient enkel te worden neergelegd ter griffie. Derden worden slechts van het bestaan ervan verwittigd en kunnen er slechts kennis van nemen met de uitdrukkelijke toestemming van de schuldenaar.

### 9. Besluit

De Wet Continuïteit Ondernemingen is een aanzienlijke verbetering ten opzichte van het vroegere gerechtelijk akkoord. De nieuwe regeling wordt gekenmerkt door een flexibele en pragmatische aanpak, door een economische veeleer dan een juridische benadering. Belangrijke innovaties zijn de zogenoemde 'portaalbenadering' van de procedure, de ruimte die geschapen wordt voor buitengerechtelijke reorganisaties en de regeling voor de overdracht van de onderneming.

Een schaduwzijde is de beperkte omkadering van de procedure, hetgeen misbruiken mogelijk maakt. Verder biedt de wet onvoldoende garanties dat schuldeisers op een faire manier zullen worden behandeld. Is het inderdaad juist dat in saneringsprocedures de strikte gelijkheid van schuldeisers niet kan worden gehandhaafd, dan geldt toch de voorwaarde van een billijke behandeling.<sup>22</sup>

19. Verslag, *Parl.St. Kamer*, 2008/09, nr. 52-160/005, 85.

20. Aan die behoefte beantwoordt de benoeming van de 'stille bewindvoerder' in het Voorontwerp Insolventiewet (art. 7.2.1 e.v.).

21. Zie noot 16.

22. A. Boot, 'Bankruptcy law and economics', *Comparative and international perspectives on bankruptcy law reform in the Netherlands*, 2001, 48. Zie ook: *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law* 2005, 11-12. In die zin bepaalt

de Franse wetgever dat de rechtbank bij de goedkeuring van het plan erop moet toezien dat 'les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés' (art. L. 626-31 *Code comm.*).

## Reactie op L.J. van Eeghen, 'De samenloop van vorderingen onder de Beklamel-norm', *TvI* 2009, 3

### De beperkte strekking van Beklamel: van te onderscheiden normen en niet-samenvallende schade<sup>1</sup>

17

Van Eeghen is een van de meest innovatieve auteurs op het grensvlak tussen insolventierecht en aansprakelijkheidsrecht. Dat is een te prijzen eigenschap, maar er kleeft ook een gevaar aan, althans waar het de juridische discipline betreft. Het risico bestaat dat een juridische werkelijkheid wordt gecreëerd, die is 'losgezongen' van het bestaande systeem. De bijdrage van Van Eeghen in *TvI* 2009, 3 is illustratief voor diens innovatief vermogen én het daaraan verbonden gevaar.

Van Eeghen constateert in zijn bijdrage een probleem bij de samenloop van vorderingen in situaties waarin een bestuurder verplichtingen aangaat nadat hij weet of moet weten dat de onderneming, kort gezegd, feitelijk insolvent is. Degenen met wie hij contracteert en die dus onvoldaan blijven (hierna: 'de nieuwe schuldeisers'), kunnen hem dan aanspreken uit onrechtmatige daad, op grond van de lijn van rechtspraak die is ingezet met het bekende arrest *Beklamel*.<sup>2</sup> Maar een dergelijke handelwijze kan ook schade veroorzaken voor de gezamenlijke schuldeisers, ongeacht of hun vorderingen dateren van vóór of na de aan de bestuurder verweten gedraging: elke schuldeiser ziet zijn (kans op een) uitkering verminderen door de vergroting van het passief. Dit kan aanleiding zijn voor een door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers ingestelde vordering.<sup>3</sup> Maar omdat de vordering van de curator volgens de rechtspraak van de Hoge Raad niet exclusief is,<sup>4</sup> kunnen ook individuele schuldeisers de bestuurder op die grond aanspreken.

Kortom, een potentiële wirwar van procedures die met elkaar interfereren omdat de uitkomst van één procedure van invloed is op de uitkomst van de andere. Indien bijvoorbeeld de curator erin slaagt een bedrag voor de boedel

te incasseren, komt dit in mindering op de schade van de schuldeisers, oude en nieuwe. De kracht van Van Eeghens bijdrage is dat hij deze wirwar van procedures en samenloop wil omzeilen door in één beweging ieders schade te herstellen. Dit zou moeten geschieden door (i) een speciaal vormgegeven, exclusieve vordering van de curator; (ii) onder toekenning van een (voorwaardelijke) boedelschuld aan de nieuwe schuldeisers.<sup>5</sup> Vordering (i) heeft de strekking het actief te herstellen zoals dat op het ijkmoment was, het moment waarop de bestuurder wist of moest weten van de 'feitelijke insolventie'; met voet boedelschuld (ii) wordt het passief hersteld – de nieuwe schuldeisers verdwijnen uit de gezamenlijkheid van (faillissements)schuldeisers – maar ook draagt zij bij aan het herstel van het actief doordat de boedel wordt 'afgeroomd' voor het voordeel dat de prestaties van de nieuwe schuldeisers hebben gebracht.

Het lijkt erop dat Van Eeghen van mening is dat zijn systeem ten minste aansluit bij ons huidige systeem – op p. 19 werpt hij alternatieve systemen tegen dat deze daar *niet* bij aansluiten – maar ik meen dat het juist een voorbeeld is van een systeem dat is 'losgezongen' van het systeem van ons positieve recht.

Van Eeghens oplossing scharniert rond het schadebegrip. Het herstel van ieders schade – gezamenlijke, oude en nieuwe schuldeisers – geschiedt door het vermogen van de gefailleerde te herstellen, met terugwerkende kracht te fixeren. Het probleem daaraan is dat schade in ons systeem alleen in (causaal) verband kan worden gezien met de normschending die in een bepaalde gedraging ligt besloten. Die norm – veelal de zorgvuldigheidsnorm – wordt geformuleerd met het oog op het betrokken belang dat dreigt te worden geschaad.<sup>6</sup> De schending van verschillende normen kan leiden tot verschillende schades van verschillende betrokkenen, ook waar de onderscheidene normschendingen liggen besloten in hetzelfde feitencomplex, in dezelfde gedraging. Dat doet zich hier voor. Van Eeghen gooit verschillende normen die verschillende belangen van verschillende betrokkenen beogen te beschermen en die dus verschillende schades tot gevolg hebben, op één hoop. Hij stelt bijvoorbeeld dat 'alle gevolgen voor het te vinden verhaal voor de Beklamel-vordering in verband met het aangaan

1. Gelieve dit artikel aan te halen als: F.M.J. Verstijlen, 'De beperkte strekking van Beklamel: van te onderscheiden normen en niet-samenvallende schade. Reactie op *TvI* 2009, 3', *TvI* 2009, 17, p. 97. Frank Verstijlen is lid van de redactie van deze uitgave.

2. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286.

3. Óf de curator bij vergroting van het passief een vordering ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kan instellen, is overigens onderwerp van debat.

4. Zie HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 (*Sobi/Hurks*) en HR 21

december 2001, *NJ* 2005, 95 (*Lunderstädt/De Kok*).

5. Zie voor de uitwerking van het een en het ander met name p. 16-18 van Van Eeghens bijdrage.

6. Vgl. HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 (*Shell/Staat*).

of voortzetten van “nieuwe” verplichtingen [...] zich per definitie één op één vastzetten in het verhaalsvermogen van de onderneming’.<sup>7</sup> Maar dat is niet zo. Bij die ene handeling – het aangaan van nieuwe verplichtingen – zijn verschillende belangen, van verschillende partijen en daarmee verschillende normen en verschillende schades betrokken. Wat betreft de Beklamel-jurisprudentie gaat het om het belang van (potentiële) wederpartijen; de norm strekt ertoe te voorkomen dat een wederpartij wordt opgezadeld met een vordering die van de aanvang af onverhaalbaar is. Wat betreft de gezamenlijke schuldeisers is een andere norm aan de orde: die norm strekt ertoe te voorkomen dat het verhaal van de schuldeisers wordt uitgehouden. In de rechtspraak van de Hoge Raad ging dat tot dusver bijna steeds om de vermindering van actief.<sup>8</sup> Denkbaar is dat het verhaal wordt uitgehouden door een vergroting van het passief. Die norm is van geheel andere aard dan de eerste.

Gaat het er bij ‘Beklamel’ om dat iemand tot schuldeiser wordt gemaakt door (bijvoorbeeld) een bestuurder op een moment dat deze laatste weet dat die vordering niet zal kunnen worden voldaan of verhaald; bij de tweede norm gaat het erom dat de verhaalsmogelijkheden voor iemand die al – *n’importe* hoe – tot schuldeiser is geworden, worden verkleind.

Van Eeghen doet een poging om de beide normen ‘om te katten’ tot één norm: ‘de verlieslatende en verhaalsinsolvente onderneming dient het voortschrijdende verhaalsrisico na feitelijke insolventie niet langer te verplaatsen naar haar crediteuren (oud en nieuw)’.<sup>9</sup> Dat klopt niet. Allereerst: van *wie* wordt dat verhaalsrisico verplaatst naar de crediteuren? Toch niet van de schuldenaar. En hoezo wordt verhaalsrisico *verplaatst* naar de oude crediteuren? Zij – of beter: de gezamenlijke schuldeisers – lopen uit de aard der zaak altijd al het verhaalsrisico. Zij moeten immers verhaal vinden op het vermogen van de schuldenaar. Waar het om gaat is dat de schuldenaar c.q. de bestuurder – binnen zekere grenzen; ik laat de nuances maar even voor wat ze zijn – geen handelingen mag verrichten waarvan hij weet of moet weten dat die de verhaalsmo-

gelijkheden van de schuldeisers zullen schaden. (Een ‘verhaalsrisico’ voor de gezamenlijke schuldeisers scheppen, mag best.) Wat betreft de nieuwe schuldeisers klopt Van Eeghens overkoepelende norm eigenlijk ook niet: het probleem is niet dat er ‘verhaalsrisico’ wordt verplaatst, maar dat de nieuwe schuldeisers een vordering in de maag krijgen gesplitst waarvoor nooit verhaalsmogelijkheden hebben bestaan.

Van Eeghens overkoepelende norm vertroebelt dat het wezenlijk verschillende normen betreft. Het *kan zo* zijn dat in eenzelfde feitencomplex de schending van beide normen besloten ligt, maar dat is niet *per se* zo. De bestuurder van een insolvente rechtspersoon die activa ter waarde van €1000 koopt, wetende dat de koopprijs niet zal kunnen worden voldaan, overtreedt de Beklamel-norm en maakt zich aansprakelijk voor de schade die de verkoper dientengevolge lijdt. Maar hij schendt geen norm tegenover de gezamenlijke schuldeisers: hun verhaalsmogelijkheden verbeteren juist. Dat is eigenlijk niet anders indien het een verlieslatende onderneming betreft die ten onrechte wordt voortgezet. De aansprakelijkheid die daaruit jegens de gezamenlijke schuldeisers kan voortvloeien, zit niet in transacties als de genoemde koop van activa ter waarde van €1000 – waar ook dan de gezamenlijke schuldeisers baat bij hebben – maar veeleer in het gegeven dat die activa in de verdere bedrijfsvoering voor de gezamenlijke schuldeisers verloren gaan, bijvoorbeeld doordat ze onder het zekerheidsverband van de bank worden gebracht of uit de opbrengst slechts bepaalde schuldeisers worden voldaan.

Terug naar de schade. De verschillende betrokken normen leiden, zoals gezegd, tot verschillende schades. Waar de normschending is gelegen in het uithollen van het verhaal, zet die schade, zoals Van Eeghen het uitdrukt, zich inderdaad vast in het vermogen van de schuldenaar. Dat is immers hetgeen waarop de schuldeisers verhaal kunnen nemen (art. 3:276 BW). Waar de normschending is gelegen in het aangaan van schulden, wetende of moerende weten dat deze niet zullen kunnen worden voldaan en dat geen verhaal zal worden geboden voor de ontstane schade, is

7. P. 18. Van belang is dat Van Eeghen met ‘de Beklamel-vordering’ niet uitsluitend doelt op de vordering ten behoeve van nieuwe schuldeisers maar dat die ook strekt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Waar ik hierna refereer aan ‘Beklamel’, beperk ik mij – zoals meer gebruikelijk – tot de aan-

sprakelijkheid tegenover nieuwe schuldeisers, met wie de bestuurder heeft gecontracteerd terwijl hij wist of moest weten dat de rechtspersoon niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de schade.

8. Met enige goede wil kan men HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End q.q.*) aanwij-

zen als een geval waar aansprakelijkheid voor een vergroting van het passief aan de orde was. Zie daarover onder meer mijn bespreking van Rb. Utrecht 15 september 1998, *NJkort* 1999, 85 (*Meijer q.q./Kakisina*), *TvI* 1999, 10, p. 189-191.

9. P. 18.

dat niet, althans niet noodzakelijkerwijs, het geval. Die schade bestaat eruit dat enerzijds wordt gepresteerd terwijl daartegenover anderzijds slechts een onverhaalbare vordering staat. Die schade 'zet' zich niet 'vast' in het vermogen van de schuldenaar want dat vermogen blijft (nagenoeg) ongewijzigd: voor de vordering van de nieuwe schuldeiser is van de aanvang af geen (of onvoldoende) verhaal.<sup>10</sup>

Evenmin hoeft die schade samen te vallen met de hoogte van de oorspronkelijke vordering c.q. het daaraan verbonden verhaalsrecht. Vaak zal dat wel zo zijn: er wordt een prestatie geleverd en een vordering verkregen die min of meer overeenkomt met de waarde van die prestatie, welke vordering onvoldaan blijft. Met de betaling van een bedrag ter hoogte van die vordering is dan veelal de schade vergoed (behoudens renteverlies, waarover hieronder meer). Hetzelfde geldt indien het vermogen van de schuldenaar op een zodanig niveau wordt gebracht dat hij wel de vordering kan voldoen, althans daar voldoende voor verhaal biedt. Maar de Beklamel-norm is niet beperkt tot geldvorderingen. Bij andersoortige vorderingen is veel minder waarschijnlijk dat de schade min of meer gelijk is aan de hoogte van de primaire vordering. De omstandigheid dat de schuldeiser de bedongen prestatie niet ontvangt, leidt dan gemakkelijk tot gevolgschade, die niet over het vermogen van de schuldenaar loopt maar zich rechtstreeks in het vermogen van de wederpartij realiseert. Daar maakt ook Van Eeghen melding van, maar enigszins terloops en omfloerst: 'Het zal hier bij de Beklamel-norm dus niet gaan over gevolgschade, ook al kan die in individuele gevallen onder bijzondere omstandigheden wel relevant zijn.'<sup>11</sup>

Ik zie niet in waarom de Beklamel-norm niet op die schade zou zien, noch waarom die schade slechts 'onder bijzondere omstandigheden' relevant zou zijn. Als een bestuurder een machine verkoopt, wetende of moettende weten dat de rechtspersoon die machine niet zal kunnen leveren en geen verhaal zal bieden

voor de door deze wanprestatie ontstane schade, kan de bestuurder op zijn vingers uittellen dat de koper een schade kan lijden die de waarde van de machine overtreft: omzetverlies, winstderving, reputatieschade, kosten verbonden aan de aanschaf van de machine bij een derde etcetera. Waarom zou de bestuurder niet voor die schade aansprakelijk zijn?<sup>12</sup> Het komt mij voor dat dit niet een bijkomend of terloops punt is maar juist de kern van Van Eeghens methodiek raakt. De schade die het gevolg is van de tegenover potentiële wederpartijen c.q. nieuwe schuldeisers geldende norm, wordt niet *per se* goedgeemaakt door het vermogen van de schuldenaar te herstellen, met terugwerkende kracht te fixeren. Dat blijkt uit het voorbeeld van zojuist, maar eigenlijk geldt het ook voor geldvorderingen, omdat de schade die bestaat uit het renteverlies evenmin 'over het vermogen van de schuldenaar loopt'. Ook dat is een schadepost die zich rechtstreeks in het vermogen van de gelaedeerde realiseert en, door de werking van art. 128 Fw, niet via het faillissement geldend kan worden gemaakt.<sup>13</sup>

Ook in ander opzicht spoort Van Eeghens systeem niet met het systeem van het positieve recht inzake de verhouding tussen normschending en schade. Overtreding van de norm die de gezamenlijke schuldeisers beoogt te beschermen, leidt tot een collectieve schade, hetgeen medebrengt dat de bestuurder zich niet kan beroepen op verweren die zijn geënt op de positie van individuele schuldeisers.<sup>14</sup> Het doet er bijvoorbeeld niet toe of een schuldeiser zijn vordering vóór of na de benadelende (rechts)handeling heeft verkregen of voor minder dan de nominale waarde heeft gekocht.<sup>15</sup>

Dat alles is anders in Beklamel-situaties. Daar bestaat de schade niet uit het verminderde verhaal, maar zit het probleem erin dat de wederpartij wordt opgezadeld met een vordering zonder verhaal; dat is geen collectieve maar individuele schade, ook waar iedereen die vanaf een bepaalde datum met de rechtspersoon heeft gecontracteerd daarmee wordt gecon-

10. De enkele omstandigheid dat de schuldenaar een schuld aan de gelaedeerde wederpartij heeft, is natuurlijk niet voldoende om te zeggen dat de schade zich 'vastzet' in het vermogen van die schuldenaar. Dan zou immers elke schade die het gevolg is van een, al dan niet door tussenkomst van de bestuurder, veroorzaakte onrechtmatige daad of wanprestatie zich 'vastzetten' in het vermogen van de schuldenaar, ook bijvoorbeeld de schade die ontstaat doordat de bestuur-

der q.q. bewust een ondeugdelijk product levert of een werknemer een verkeersongeval veroorzaakt.

11. P. 14.

12. Vgl. HR 14 november 1997, *NJ* 1993, 301 (*Henkel/JMG Holding*), waar deze schadepost aan de orde was (maar uiteindelijk überhaupt geen aansprakelijkheid werd aangenomen). Het punt in Van Eeghens noot 4 dat in dit arrest wordt gesproken over schade ten gevolge van 'de' in plaats van 'die' wanprestatie is te genuanceerd voor mij.

13. Dit is overigens ook een – weinig onderkend – probleem dat kleeft aan de aansprakelijkheid tegenover de gezamenlijke schuldeisers wegens het uithollen van de verhaalsmogelijkheden.

14. Vgl. HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 (*Notarissen THB II*).

15. Zie HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (*Nimox/Van den End q.q.*) resp. HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 (*Notarissen THB II*).

fronteerd. Hier kan de bestuurder wel degelijk verweren voeren die aan de individuele positie van de betrokken partijen zijn ontleend. Hij kan bijvoorbeeld aanvoeren dat een bepaalde wederpartij eigen schuld treft omdat hij wist van de deplorabele toestand van de rechtspersoon. Ook hieruit blijkt van het verschillende karakter van de beide soorten normen en schade: hier worden geen verhaalsmogelijkheden beschermd of hersteld; die verhaalsmogelijkheden voor de oorspronkelijke vordering blijven hetzelfde (in de regel: nihil). Dáár doet eigen schuld van de schuldeiser niet aan af. Maar de schade die ontstond doordat hij tot schuldeiser is gemaakt, kan hij slechts beperkt vorderen.

Ook hier blijkt dat het 'herstellen' van het vermogen van de schuldenaar voor deze laatste groep van schuldeisers geen optie is. Het vorderen van het verdwenen actief en het toekennen van een boedelschuld aan de nieuwe schuldeisers, brengt de situatie niet in evenwicht maar bevoordeelt die nieuwe schuldeiser met eigen schuld.

Wellicht is het denkbaar dat de genoemde punten in Van Eeghens systeem worden verwerkt, door bij een nieuwe schuldeiser die gevolgschade lijdt, niet alleen uit te gaan van de

oorspronkelijke verplichting maar ook van de vordering uit wanprestatie (bijvoorbeeld door deze, ook waar de wanprestatie en/of de schade, eerst gedurende het faillissement intreden, in het exploitatieverlies te begrijpen, welk verlies een post vormt in de vordering die Van Eeghen de curator wil toekennen) en hem ook daarvoor een boedelschuld te geven; door in weerwil van art. 128 Fw de curator ook door nieuwe schuldeisers geleden renteverlies te laten vorderen; en door de nieuwe schuldeiser met eigen schuld maar voor een deel een boedelschuld toe te kennen. Maar dan wordt het een heel ander systeem dan Van Eeghen thans schetst; zonder de voordelen die hem kennelijk voor ogen stonden.<sup>16</sup>

In wezen wordt dan op de curator de last gelegd om bij alle nieuwe schuldeisers ieders op individuele basis bepaalde schade met de bestuurder af te handelen, alsmede de door de bestuurder tegen hen individueel in stelling gebrachte verweren.

En dan blijft gelden dat Van Eeghens systeem, aangepast of niet, niet strookt met ons huidige systeem van het insolventierecht en aansprakelijkheidsrecht.

Prof. mr. F.M.J. Verstijlen

16. Ik moet zeggen dat ik ook vraagtekens heb bij de voordelen (in termen van werkbaarheid) van Van Eeghens niet aangepaste systeem, met name waar de nieuwe

schuldeisers voor (een deel van?) hun vordering een voorwaardelijke boedelschuld krijgen toegekend; en ten aanzien van de vraag hoe die boedelschuld

zich gedraagt in een boedelfaillissement. Zie p. 16 i.h.b. noot 21, waar de uitwerking van het een en het ander wordt 'geparkeerd'.

### Naschrift: De feitelijk beperkte en samenvallende schade<sup>1</sup>

18

Verstijlen betoogt dat geen 'overkoepelende norm,' maar twee 'wezenlijk verschillende normen' gehanteerd moeten worden. Wij beogen beide te voorzien in het ongedaan maken van zowel de nieuwe verplichtingen als het herstel van het verhaalsvermogen. Daar zit het verschil niet in.<sup>2</sup> Het verschil zit hem in een gevolgtrekking door Verstijlen. Omdat zijn twee normen 'verschillende belangen van verschillende betrokkenen beogen te beschermen' zouden die 'dus' op verschillende, niet samenvallende, schades zien. Verstijlen meent 'dus' dat er helemaal geen samenloopdilemma bestaat. Met de vraag of die gevolgtrekking juist

is raken we de kern van de zaak. Mijn feitelijke analyse laat immers zien dat er als gevolg van het aangaan van nieuwe rechten en verplichtingen wel samenvallende schade ontstaat. De verlieslatende onderneming die nieuwe verplichtingen aangaat laat zowel nieuwe vorderingen ontstaan als het eigen vermogen verminderen. Het door de nieuwe rechten en verplichtingen te verkrijgen actief, of ruimer de daarmee te realiseren opbrengsten, zullen in geval van verliezen minder zijn dan de daarmee gemoeide kosten, het nieuwe passief. Me dunkt dat dit effect ook relevant is onder 'zijn' norm die er toe strekt 'te voorkomen dat het verhaal van de [gezamenlijke] schuldeisers wordt uitgehold.' Per saldo is, zo heb ik in mijn artikel<sup>3</sup> laten zien, de schade ook be-

1. Gelieve dit artikel aan te halen als: L.J. van Eeghen, 'Naschrift: De feitelijk beperkte en samenvallende schade', *TvI* 2009, 18, p. 100. L.J. van Eeghen is advocaat bij Höcker Advocaten te Amsterdam.

2. Dat wil zeggen, Verstijlen en ik blijven van mening verschillen

over de omstandigheden waaronder er ook aansprakelijkheid kan bestaan voor gevolgschade van nieuwe verplichtingen (zie mijn artikel noot 4 en Verstijlen noot 11). Zijn visie heeft geen betekenis als er geen sprake is van (toe te rekenen) gevolgschade. Is die er wel dan meen ik dat mijn ana-

lyse nog steeds licht werpt op de vraag hoe om te gaan met die eventuele vermeerdering van passief.

3. Par. 2.2 en 2.6.

perkt tot het verlies.<sup>4</sup> De vordering ter hoogte van de verliezen volstaat om het verhaalsvermogen ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren te herstellen (voor zover het over nadeel door nieuwe verplichtingen gaat). Indirect kunnen daardoor zowel het verhaalsvermogen van oude crediteuren worden hersteld als de nieuwe verplichtingen voor de nieuwe crediteuren als boedelschuld ongedaan gemaakt worden.

Zoveel zijdelingse teleologische argumenten als Verstijlen ook opwerpt, op de kern van de zaak, de feitelijk samenvallende en beperkte schade gaat hij niet echt in. Hij stelt: de schade ten gevolge van het voortzetten van de onderneming, “zet” zich niet “vast” in het vermogen van de schuldenaar want dat vermogen blijft (nagenoeg) ongewijzigd: er is van de aanvang af geen (of onvoldoende) verhaal.’ Die onjuiste simplificatie zou wellicht het nut van het faillissementsrecht ter discussie kunnen stellen. Maar in werkelijkheid worden de verhaalsmogelijkheden voor de gezamenlijke (oude én nieuwe) crediteuren wel degelijk beïnvloed door de gevolgen van het aangaan van nieuwe rechten en verplichtingen. Kort gezegd<sup>5</sup> bestaan die praktisch uit: als nadeel de vermeerdering van passief door de nieuwe schulden; en als ‘voordeel’: de opbrengst dat wil zeggen de bijdragen aan het resultaat (of actief) van nieuwe leveranties. Door dat volledig te negeren verdwijnt ook het inzicht dat het saldo van het nadeel waarop de bestuurder in verband met nieuwe verplichtingen aangesproken zou moeten kunnen worden in de praktijk meestal beperkt is tot het exploitatieverlies. Het is dus maar de vraag of ik een ‘juridische werkelijkheid’ heb gecreëerd die is ‘losgezongen’ van het positieve recht, of dat Verstijlen in een eigen juridische werkelijkheid zweeft die geen contact meer maakt met de feitelijke werkelijkheid? Ons verschil van inzicht gaat immers in essentie al aan de juridische duiding vooraf.

Eerder vermeldde Verstijlen<sup>6</sup> al waarom hij meent dat zijn Beklamel-norm ‘er niet zozeer toe [strekt] de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers van de vennootschap te beschermen.’ De gezamenlijke crediteuren ‘kunnen door deze handelwijze juist gebaat zijn, omdat de door de wederpartij ge-

leverde prestatie hun verhaalsmogelijkheden vergroot.’ Zo scherp als zijn observatie was dat er voordeel kan optreden, zo onjuist is zijn conclusie dat de gezamenlijke crediteuren daarom geen belang bij bescherming tegen schade zouden hebben. Waar het om gaat is of de (nieuwe én oude<sup>7</sup>) *gezamenlijke* crediteuren door de nadelige en voordelige gevolgen per saldo nadeel ondervinden. Er is geen twijfel mogelijk dat zij nadeel ondervinden bij de vermindering van eigen vermogen door verliezen, als resultante van de nieuwe verplichtingen minus het voordeel (de door verkregen leveranties en voortzetting van de onderneming te realiseren opbrengst).<sup>8</sup> De relevantie van het voordeel is dus niet, zoals hij stelt, dat er daarom geen ongedaan te maken nadeel van gezamenlijke crediteuren zou zijn, maar dat de nadelige gevolgen (nieuw passief) door het voordeel beperkt worden tot de verliezen. Zijn feitelijk onjuiste inzicht ligt er kennelijk aan ten grondslag dat hij, enerzijds (vermoedelijk) de gezamenlijke crediteuren bij nadeel door verliezen in de kou wil laten staan, en anderzijds bestuurders per saldo niet alleen voor het werkelijke nadeel, het verlies, maar ook voor het tegelijkertijd veroorzaakte voordeel (tezamen: de verplichting) aansprakelijk wil houden. Volgens mijn analyse volstaat de vordering ter zake van verliezen om het nadeel per saldo ongedaan te kunnen maken. Ons verschil van inzicht heeft derhalve grote implicaties.

Vooralsnog blijf ik er bij dat mijn feitelijke analyse – hoe de vorderingen en het voor- en nadeel zich tot elkaar verhouden – een belangrijk nader inzicht geeft hoe de samenloopvraag samenhangend en logisch aanvaardbaar kan worden opgelost. Niemand minder dan Van Schilfgaarde had er in zijn noot<sup>9</sup> al op gewezen dat ‘niet alle problemen zijn opgelost.’ De ‘aan een schuldeiser rechtstreeks toekomstige vordering’ kan ‘toch ook, geheel of voor een deel – vanuit een andere gezichtshoek – als een vordering wegens benadeling in de verhaalsmogelijkheden, hoe ook gedefinieerd, [...] worden gezien.’ Deze ‘kwestie’ moet nog steeds ‘via de samenloopregels [...] worden opgelost.’

Mr. dr. L.J. van Eeghen

4. Voor te onderscheiden, en hier niet te behandelen, ‘betalingsnadeel’ zie mijn artikel (par. 1.1 en 2.3).  
5. Zie voor de betekenis van liquidatieverliezen mijn artikel (par. 2.1 en 2.4).  
6. F.M.J. Verstijlen, ‘De onrechtmatige daadvordering wegens benadeling van schuldeisers van een

failliet en schuldenaar: één voor allen of ieder voor zich?’, *Ondernemingsrecht* 2001, 4, p. 85.

7. Of, en in hoeverre, althans *oude* crediteuren bij uitkering per saldo voordeel of nadeel ondervinden is afhankelijk van de mate waarin het verhaalsactief relatief vermeerderd (denk aan diensten!) in verhouding tot de rela-

tieve vermeerdering van passief en de rangorde van dit passief.

8. Zie voor de juiste wijze van ongedaan maken van voor- en nadeel (waaronder ook het voordeel van Verstijlen) mijn artikel (par. 2.2 en 3.4).

9. HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311, par. 6.