

dat ook te realiseren en heeft de vierde auditvraag inmiddels aangepast, zo blijkt uit haar website. De debiteur wordt niet langer gevraagd of hij formeel en onherroepelijk de factuur aanvaardt, maar of hij van plan is de factuur te betwisten. Dat is in ieder geval een stap in de goede richting.

prof. mr. B.A. Schuijling

## 42

### Curator blijft ontvankelijk in Peeters/Gatzen-vordering na schikkingen met overige schuldeisers

Rechtbank Noord-Holland zp Alkmaar  
4 september 2019, rolnr. HA ZA 18-516,  
ECLI:NL:RBNHO:2019:7773  
(mr. Blokland, mr. Thijs, mr. Wouters)  
Noot mr. F. Ortiz Aldana

**Peeters/Gatzen-vordering. Ontvankelijkheid curator. Opbrengst vordering zou uitsluitend nog strekken ter voldoening van salaris curator. Omstandigheid dat derde met overige schuldeisers schikking heeft getroffen, brengt geen niet-ontvankelijkheid van curator mee. Causaal verband. Schade. Verwijzing naar HR 14 januari 1983, NJ 1983/597 (Peeters q.q./Gatzen).**

[BW art. 6:162; Fw art. 68]

Tot het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering (in de zin van HR 14 januari 1983, NJ 1983/597 (Peeters q.q./Gatzen) is de curator uit hoofde van de hem in art. 68 lid 1 Fw gegeven opdracht bevoegd op te treden indien door een derde onrechtmatig is gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde en ten gevolge van dat onrechtmatig handelen de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld. Indien een curator een dergelijke vordering tegen een derde instelt, zal hij derhalve voldoende feiten en omstandigheden dienen te stellen die tot de conclusie leiden dat zich een dergelijke situatie voordoet. In het vonnis van 21 november 2012 heeft de rechtbank reeds vast-

gesteld dat de curator een Peeters/Gatzen-vordering toekomt. De omstandigheid dat gedaagden in de daaropvolgende periode met schuldeisers buiten de boedel om een regeling hebben getroffen brengt niet met zich dat de curator daardoor is beroofd van zijn Peeters/Gatzen-vordering. Ook niet indien – zoals hier het geval – de curator in zijn hoedanigheid van boedelcrediteur uitsluitend nog procedeert voor de voldoening van zijn eigen salaris en strikt genomen niet meer ten behoeve van “de gezamenlijke (preferente en concurrente) schuldeisers” die ten tijde van het wijzen van het vonnis in 2012 nog een vordering ter verificatie hadden ingediend. De onderhavige schadestaatsprocedure vloeit immers rechtstreeks voort uit voornoemde procedure. De grondslag van de vordering van de curator heeft als gevolg van de sindsdien buiten de boedel om getroffen regelingen geen wijziging ondergaan. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat de curator ontvankelijk is in zijn vorderingen.

Gedaagden hebben aangevoerd dat zij op basis van het vonnis slechts aansprakelijk zijn voor de door de gezamenlijke crediteuren geleden schade en niet voor het gehele boedeltekort. Nu er geen crediteuren meer zijn, dienen de vorderingen reeds daarom afgewezen te worden, aldus gedaagden. Daarin kunnen gedaagden niet worden gevolgd. Op zichzelf is juist dat gedaagden slechts aansprakelijk zijn voor de door de gezamenlijke crediteuren geleden schade, maar gedaagden gaan er ten onrechte aan voorbij dat de opbrengst van de door de curator ingestelde Peeters/Gatzen-vordering in de boedel zal vloeien in de vorm van een toename van het te verdelen boedelactief. De boedel omvat als zodanig alle rechten en plichten van de failliet, ook die met betrekking tot de voldoening van de boedelcrediteuren met inbegrip van het salaris van de curator. Het betoog van gedaagden dat er geen crediteuren meer zijn omdat met alle crediteuren een regeling is getroffen, mist dan ook feitelijke grondslag. Voorts is het zo dat boedelschulden ingevolge art. 182 Fw uit de boedel worden voldaan vóór alle ter verificatie ingediende vorderingen. Dit betekent dat de curator zijn salaris uit het boedelactief, waaronder de opbrengst van de onderhavige Peeters/Gatzen-vordering, kan voldoen, voordat de overige ter verificatie ingediende vorderingen worden voldaan. Met de getroffen regelingen is de Peeters/Gatzen-vordering van de curator dus nog niet (geheel) voldaan. Uit het voorgaande volgt dat

het betoog van gedaagden dat er geen causaal verband bestaat tussen de door de rechtbank als onrechtmatig gekwalificeerde betalingen en de door de curator gestelde schade moet worden gepasseerd. Het causaal verband bij de Peters/Gatzen-vordering ziet op de schade die de gezamenlijke schuldeisers hebben geleden als gevolg van benadeling van de boedel. Dat verband is in het vonnis van 21 november 2012 al vastgesteld. De uiteindelijke verdeling van het boedelactief heeft daar niets mee van doen.

Ter vaststelling van de schade dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de vermogenspositie zoals die nu is en de vermogenspositie zoals die zou zijn wanneer de onrechtmatige onttrekkingen niet zouden hebben plaatsgevonden. Uit het vonnis van de rechtbank van 21 november 2012 volgt dat de onrechtmatige onttrekkingen ten laste van failliet een bedrag van € 103.560 belopen. Dat betekent dat zonder de onrechtmatige onttrekkingen het bedrag van € 103.560 nog beschikbaar zou zijn voor de boedelcrediteur en dat deze daarom schade lijdt tot maximaal het bedrag van de onttrekking. De schade ten gevolge van de onrechtmatige onttrekkingen wordt dan ook vastgesteld op een bedrag van (maximaal) € 103.560. Het boedelactief zou aldus hebben bestaan uit het schadebedrag ad € 103.560 plus het gerealiseerde vrije actief ad € 18.284,02. Ingevolge het wettelijk systeem van art. 182 Fw dienen uit het gerealiseerde boedelactief eerst de boedelvorderingen te worden voldaan. Nu zich in het onderhavige geval de bijzondere situatie voordoet dat louter de boedelvordering salaris curator resteert, zal de schade worden vastgesteld op een bedrag gelijk aan het door de rechtbank bij beschikking(en) ex art. 71 Fw tot en met de beëindiging van het faillissement van failliet vast te stellen salaris verminderd met het gerealiseerd boedelactief van € 18.284,02 tot een maximum van € 103.560.

Mr. M.V. Vermeij te Alkmaar, in zijn hoedanigheid van (opvolgend) curator in het faillissement van Danzo BV,  
eiser,  
advocaat: mr. M.A. Le Belle,  
tegen

1. W&IN Noordwest Beheer BV te Heerhugowaard,  
2. X,  
gedaagden,  
advocaat: mr. E.A. de Boer.

(...; red.)

## 2. De feiten

2.1. Bij vonnis van 21 september 2010 heeft de (toenmalige) rechtbank Alkmaar de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Danzo B.V. (hierna: Danzo) in staat van faillissement verklaard onder gelijktijdige benoeming van een curator.

2.2. W&IN was tot aan het faillissement bestuurder en enig aandeelhouder van Danzo.

2.3. [gedaagde sub 2] is middellijk bestuurder van W&IN.

2.4. Bij vonnis van 21 november 2012 van de rechtbank Alkmaar (126077/HA ZA 11-52), gewezen tussen de toenmalige curator en W&IN c.s. (hierna: het vonnis) heeft de rechtbank:

A. onder meer de navolgende feiten vastgesteld:

“2.12. Op 13 september 2010 heeft Danzo de volgende bedragen aan Noordwest overgemaakt € 3.370,=, € 24.990,=, € 25.000,= en € 50.000,=.

2.13. Op 20 september 2010 is tijdens de aandeelhoudersvergaderingen van Danzo en Carein besloten dat de faillissementen van de respectieve vennootschappen zullen worden aangevraagd.

2.14. Op 21 september 2010 zijn na eigen aangifte de faillissementen uitgesproken van Danzo en Carein.”

B. onder meer het navolgende overwogen:

“4.36. Uit hetgeen is overwogen onder 4.28 tot en met 4.35 volgt dat Noordwest en [gedaagde 2] zich met de onder 2.11 en 2.12 vermelde betalingen schuldig hebben gemaakt aan selectieve betaling in de aanloop naar een faillissement. Noordwest en [gedaagde 2] hebben, door de beperkte middelen die er nog waren aan Noordwest over te maken in plaats van de faillissementen af te wachten, het effect van de faillissementen – een eerlijke verdeling van wat er nog is onder de schuldeisers – ondergraven. Daarin ligt het onrechtmatig handelen van de bestuurders tegenover de boedel, en daarin ligt het ernstig verwijt dat de bestuurders kan worden gemaakt. De rechtbank rekent de bestuurders ook aan dat ze, zoals ze ter zitting hebben erkend, niet hebben overwogen om het geld terug te storten.

(...)”

C. en onder andere het navolgende beslist:  
“in conventie

5.1. verklaart voor recht dat Noordwest en [gedaagde 2] hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door hen gepleegde onrechtmatige daad inhoudende

dende onbehoorlijk bestuur in Danzo en Carein, bestaande uit de selectieve betalingen vermeld onder 2.11 en 2.12 in dit vonnis in de aanloop naar de respectieve faillissementen, en veroordeelt Noordwest en [gedaagde 2] hoofdelijk, des dat de één betalende de ander zal zijn bevrijd, tot voldoening van de schade die eiser hierdoor heeft geleden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

5.2. veroordeelt Noordwest en [gedaagde 2] hoofdelijk, des dat de één betalende de ander zal zijn gekwet, om aan de curator te betalen het bedrag van € 65.000,- aan voorschot op het bedrag nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, zoals vermeld onder 5.1.

(...)

#### *in reconventie*

5.7. veroordeelt de curator tot betaling van het bedrag van € 3.706,97 (zegge: drieduizend zeventien honderd en zes euro en zevenennegentig eurocent) aan Noordwest.”

2.5. Tegen het vonnis is geen hoger beroep ingesteld.

2.6. Bij beschikking van 22 mei 2013 van deze rechtbank is mr. Vermeij q.q. als opvolgend curator aangesteld (hierna: de curator).

2.7. In 2017 heeft W&IN buiten de boedel en de curator om, een schikking getroffen met het UWV als schuldeiser in het faillissement van Danzo. UWV heeft haar ter verificatie ingediende vordering daarop ingetrokken.

2.8. Begin 2018 heeft W&IN, dan wel [gedaagde sub 2], buiten de boedel en de curator om, een schikking getroffen met de resterende schuldeisers in het faillissement van Danzo. De betreffende schuldeisers hebben daarop hun ter verificatie ingediende vorderingen ingetrokken.

2.9. Per e-mail van 21 oktober 2018 heeft W&IN haar ter verificatie ingediende vordering ingetrokken. Daarmee zijn alle ter verificatie ingediende vorderingen ingetrokken.

2.10. Bij beschikking van deze rechtbank van 15 juni 2018 heeft de rechtbank het navolgende beslist:

“stelt het eerste voorschot (100%) op het salaris van de curator over de periode 21-09-2010 t/m 31-05-2018 vast op € 52.934,87 inclusief btw en inclusief verschotten, en brengt dit bedrag ten laste van de gefailleerde.”

### *3. Het geschil*

3.1. De curator vordert – samengevat en na vermeerdering van eis – dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis:

A. *primair* W&IN en [gedaagde sub 2] hoofdelijk veroordeelt tot betaling van de door de rechtbank tot en met de beëindiging van het faillissement van Danzo vast te stellen salarisbeschikkingen inclusief verschotten en exclusief BTW en verminderd met het gerealiseerd boedelactief van € 18.284,02;

B. *subsidiair* W&IN en [gedaagde sub 2] hoofdelijk veroordeelt tot betaling van een bedrag van € 35.830,38 althans een bedrag aan schadevergoeding dat de rechtbank redelijk voorkomt;

C. W&IN en [gedaagde sub 2] hoofdelijk veroordeelt in de (na)kosten van het geding.

3.2. Sterk samengevat heeft de curator aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat de rechtbank in haar vonnis van 21 november 2012 heeft vastgesteld dat W&IN en [gedaagde sub 2] hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de boedel geleden schade uit hoofde van een onrechtmatige daad (selectieve betalingen). Als gevolg van de onder 2.4 sub A genoemde selectieve betalingen (in totaal € 103.560,00) is het gerealiseerde boedelactief in het faillissement van Danzo ad € 18.284,02 niet toereikend om het salaris van de curator te voldoen. Ondanks pogingen daartoe, zijn partijen er niet in geslaagd een minnelijke regeling te treffen. Reden waarom de curator zich genoodzaakt heeft gezien tot het betekenen van de onderhavige schadestaat om de schade van de overgebleven boedelcrediteur vergoed te krijgen.

3.3. W&IN voert verweer, hetgeen voor zover van belang hierna in de beoordeling aan de orde zal komen.

### *4. De beoordeling*

#### *4.1. Ontvankelijkheid*

W&IN c.s. hebben als meest verstrekkende verweer gevoerd dat de curator in zijn vorderingen niet ontvankelijk dient te worden verklaard. In essentie hebben W&IN c.s. aan dit verweer ten grondslag gelegd dat inmiddels met alle schuldeisers in het faillissement van Danzo een regeling is getroffen en alle ter verificatie ingediende vorderingen zijn ingetrokken. De curator komt in de onderhavige schadestaat slechts nog op voor de betaling van zijn eigen salaris en niet meer voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Anders dan de curator stelt, komt hem daarom ook geen zogenaamde Peeters/Gatzen-vordering (meer) toe en dient hij in zijn vorderingen niet ontvankelijk te worden verklaard, aldus W&IN c.s.

4.2. De rechtbank stelt bij de beoordeling het navolgende voorop. Tot het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering (in de zin van het arrest van de Hoge Raad van 14 januari 1983 in de zaak Peeters q.q./Gatzen (NJ 1983,597), is de curator uit hoofde van de hem in art. 68 lid 1 Fw gegeven opdracht bevoegd op te treden indien door een derde onrechtmatig is gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde en ten gevolge van dat onrechtmatig handelen de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld. Indien een curator een dergelijke vordering tegen een derde instelt, zal hij derhalve voldoende feiten en omstandigheden dienen te stellen die tot de conclusie leiden dat zich een dergelijke situatie voordoet.

4.3. In het vonnis van 21 november 2012 (r.o.2.4) heeft de rechtbank reeds vastgesteld dat de curator een Peeters/Gatzen-vordering toekomt. Anders dan W&IN c.s. aanvoeren, brengt de omstandigheid dat W&IN c.s. in de daaropvolgende periode met schuldeisers buiten de boedel om een regeling heeft getroffen niet met zich dat daardoor de curator is beroofd van zijn Peeters/Gatzen-vordering. Ook niet indien – zoals hier het geval – de curator in zijn hoedanigheid van boedelcrediteur uitsluitend nog procedeert voor de voldoening van zijn eigen salaris en strikt genomen niet meer ten behoeve van “de gezamenlijke (preferente en concurrente) schuldeisers” die ten tijde van het wijzen van het vonnis in 2012 nog een vordering ter verificatie hadden ingediend. De onderhavige schadestaatsprocedure vloeit immers rechtstreeks voort uit voornoemde procedure. De grondslag van de vordering van de curator heeft als gevolg van de sindsdien buiten de boedel om getroffen regelingen geen wijziging ondergaan. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat de curator ontvankelijk is in zijn vorderingen. Het verweer van W&IN c.s. zal in zoverre worden gepasseerd.

#### 4.4. Aansprakelijkheid voor boedeltekort? Causaal verband?

W&IN c.s. hebben verder aangevoerd dat zij op basis van het vonnis slechts aansprakelijk zijn voor de door de gezamenlijke crediteuren geleden schade en niet voor het gehele boedeltekort. Nu er

geen crediteuren meer zijn, dienen de vorderingen reeds daarom afgewezen te worden, aldus W&IN c.s.

4.5. Daarin kunnen W&IN c.s. niet worden gevolgd. Op zichzelf is juist dat W&IN c.s. slechts aansprakelijk zijn voor de door de gezamenlijke crediteuren geleden schade, maar W&IN c.s. gaan er ten onrechte aan voorbij dat de opbrengst van de door de curator ingestelde Peeters/Gatzen-vordering in de boedel zal vloeien in de vorm van een toename van het te verdelen boedelactief. De boedel omvat als zodanig alle rechten en plichten van de failliet, ook die met betrekking tot de voldoening van de boedelcrediteuren met inbegrip van het salaris van de curator. Het betoog van W&IN c.s. dat er geen crediteuren meer zijn, omdat met alle crediteuren een regeling is getroffen mist dan ook feitelijke grondslag. Voorts is het zo dat boedelschulden ingevolge artikel 182 Fw uit de boedel worden voldaan vóór alle ter verificatie ingediende vorderingen. Dit betekent dat de curator zijn salaris uit het boedelactief, waaronder de opbrengst van de onderhavige Peeters/Gatzen-vordering kan voldoen, voordat de overige ter verificatie ingediende vorderingen worden voldaan. Met de getroffen regelingen is de Peeters/Gatzen-vordering van de curator dus nog niet (geheel) voldaan.

4.6. Uit het voorgaande volgt dat het betoog van W&IN c.s. dat er geen causaal verband bestaat tussen de door de rechtbank als onrechtmatig gekwalificeerde betalingen en de door de curator gestelde schade moet worden gepasseerd. Het causaal verband bij de Peeters/Gatzen-vordering ziet op de schade die de gezamenlijke schuldeisers hebben geleden als gevolg van benadeling van de boedel. Dat verband is in het vonnis van 21 november 2012 al vastgesteld (r.o. 4.32). De uiteindelijke verdeling van het boedelactief heeft daar niets mee van doen.

#### 4.7. Schade

Ter vaststelling van de schade dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de vermogenspositie zoals die nu is en de vermogenspositie zoals die zou zijn wanneer de onrechtmatige onttrekkingen niet zouden hebben plaatsgevonden. Uit het vonnis van de rechtbank van 21 november 2012 volgt dat de onrechtmatige onttrekkingen ten laste van Danzo een bedrag van € 103.560,-- belopen. Dat betekent dat zonder de onrechtmatige onttrekkingen het bedrag van € 103.560,-- nog

beschikbaar zou zijn voor de boedelcrediteur en dat deze daarom schade leidt tot maximaal het bedrag van de onttrekking. De rechtbank stelt de schade ten gevolge van de onrechtmatige onttrekkingen dan ook vast op een bedrag van (maximaal) € 103.560,--.

4.8. Het boedelactief zou aldus hebben bestaan uit het schadebedrag ad € 103.560,-- plus het gerealiseerde vrije actief ad € 18.284,02. Ingevolge het wettelijk systeem van artikel 182 Fw zoals hierboven onder 4.5 geschetst dienen uit het gerealiseerde boedelactief eerst de boedelvorderingen te worden voldaan. Nu zich in het onderhavige geval de bijzondere situatie voordoet dat louter de boedelvordering salaris curator resteert, zal de rechtbank de schade vaststellen op een bedrag gelijk aan het door de rechtbank bij beschikking(en) ex artikel 71 van de Faillissementswet tot en met de beëindiging van het faillissement van Danzo vast te stellen salaris verminderd met het gerealiseerd boedelactief van € 18.284,02 tot een maximum van € 103.560,--.

4.9. Aan het verweer van W&IN c.s. ten aanzien van de hoogte van het salaris gaat de rechtbank voorbij. Het verweer strekt er in essentie toe dat de faillissementskosten door toedoen van de curator nodeloos hoog zijn opgelopen. De rechtbank heeft echter reeds bij beschikking van 15 juni 2018 een voorschot op het salaris van de curator vastgesteld (2.10). Gelet op het inmiddels onherroepelijke karakter van die vaststelling, kan deze niet bij wijze van verweer door voormalig bestuurders van de failliet in de onderhavige schadestaatprocedure opnieuw ter discussie worden gesteld. Of en zo ja in welke mate de curator aanspraak kan maken op een hoger salaris dan het reeds toegekende voorschot, behoeft in deze procedure evenmin beantwoording. Daargelaten dat de vordering van de curator daar ook niet op gericht is, heeft te gelden dat de vaststelling van het salaris plaatsvindt in een afzonderlijke procedure op de voet van het bepaalde in artikel 71 van de Faillissementswet.

4.10. Voor matiging ex artikel 6:109 BW is naar het oordeel van de rechtbank evenmin plaats. In het licht van het hetgeen hiervoor is overwogen hebben W&IN en [gedaagde sub 2] onvoldoende gesteld om de conclusie te kunnen trekken dat vergoeding van de schade aan de boedelcrediteur tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.

#### 4.11. Verrekening

W&IN c.s. hebben bij wijze van verweer nog aangevoerd dat zij bij een veroordeling tot betaling van het salaris van de curator aan de boedel, hun vordering op de curator van € 3.706,97 uit hoofde van het vonnis (r.o. 2.4) daarmee wensen te verrekenen. De rechtbank wijst het verweer af en overweegt in dit verband als volgt. Bij de beantwoording van de vraag of W&IN c.s. een bevoegdheid tot verrekening toekomt, neemt de rechtbank het bepaalde in artikel 6:127 BW tot uitgangspunt. Op grond van het derde lid van deze bepaling bestaat de bevoegdheid tot verrekening niet ten aanzien van een vordering en een schuld die in van elkaar gescheiden vermogens vallen. Dat is hier het geval. De opbrengst van een Peeters/Gatzen-vordering komt weliswaar aan de boedel toe, maar een dergelijke vordering is naar zijn aard geen boedelvordering nu deze vordering door de curator slechts namens de gezamenlijke schuldeisers kan worden ingesteld. Dit terwijl de vordering waarmee W&IN wenst te verrekenen haar oorsprong vindt in een onterechte overboeking door de curator ten laste van een bankrekening die tot het vermogen van W&IN behoorde naar de faillissementsrekening van Danzo, en die dienengevolge wél als boedelvordering kwalificeert.

4.12. Hetgeen de rechtbank hiervoor heeft overwogen, leidt tot slotsom dat de primaire vordering onder 3.1A voor toewijzing vatbaar is als na te melden. Gelet erop dat de rechtbank in het vonnis heeft geoordeeld dat W&IN c.s. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door hen gepleegde onrechtmatige daad en de daaruit voortvloeiende schade, zullen de hierna volgende veroordelingen ook hoofdelijk uitgesproken worden.

#### 4.13. Proceskosten

W&IN c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de curator worden begroot op:  
(...; red.)

### 5. De beslissing

De rechtbank

5.1. veroordeelt W&IN en [gedaagde sub 2] hoofdelijk tot betaling van een bedrag gelijk aan de door de rechtbank tot en met de beëindiging van het faillissement van Danzo vast te stellen salarisbeschikkingen inclusief verschotten en exclusief BTW en verminderd met het gerealiseerd boedel-

actief van € 18.284,02 tot een maximum van € 103.560,--;

5.2. veroordeelt W&IN en [gedaagde sub 2] hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, in de proceskosten (...; red.);

5.4. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

## NOOT

1. Sommige casusposities kun je bijna niet verzinnen. Deze zaak is daar een goed voorbeeld van. De vraag die centraal staat, is of de curator nog bevoegd c.q. ontvankelijk is een Peeters/Gatzen-vordering (HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597) in te stellen wanneer de derde die bij verhaalsbenadeling betrokken was, met alle pre-faillissementsschuldeisers heeft geschikt, en er derhalve slechts nog boedelschuldeisers resteren. De curator is in dit geval de enige boedelschuldeiser. Daarnaast speelt de vraag welke schadevergoeding de curator nog kan vorderen, voor zover hij bevoegd c.q. ontvankelijk is.

2. W&IN Noordwest Beheer BV ("W&IN") is bestuurder en enig aandeelhouder is van Danzo BV. Gedaagde sub 2 is bestuurder van een Stak die alle aandelen in W&IN houdt, en is dus middellijk de enige bestuurder van Danzo. In een (inmiddels onherroepelijk) vonnis van 21 november 2012 heeft de Rechtbank Alkmaar vastgesteld dat Danzo in de laatste week voor haar faillietverklaring in verschillende tranches in totaal € 103.560 aan W&IN heeft overgemaakt. De rechtbank overwoog dat W&IN en gedaagde sub 2 hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad wegens selectieve betalingen. Deze vordering valt als Peeters/Gatzen-vordering te kwalificeren en kan dus door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers worden ingesteld. Vgl. HR 23 mei 2014, «JOR» 2014/229, m.nt. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*).

3. Lang na het wijzen van dit vonnis treft W&IN in 2017 en 2018 buiten de boedel om schikkingen met alle resterende pre-faillissementsschuldeisers in het faillissement van Danzo, waarop zij hun vorderingen hebben ingetrokken. Daarna stond alleen het salaris van de curator nog open, dat kwalificeert als boedelschuld. W&IN stelt zich in deze schadestaatprocedure, die het vervolg is op de eerdere procedure tussen partijen, op het standpunt dat de curator alsnog niet-ontvankelijk

moet worden verklaard. Dit omdat hij niet meer voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers opkomt, maar slechts voor de betaling zijn eigen salaris (r.o. 4.1). In het vonnis uit 2012 is echter al vastgesteld dat de curator bevoegd is de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen. De grondslag van deze rechtsvordering van de curator wijzigt niet door de buiten de boedel om getroffen schikkingen met pre-faillissementsschuldeisers, ook niet indien de curator in zijn hoedanigheid van boedelcrediteur uitsluitend nog procedeert voor de voldoening van zijn eigen salaris, aldus de Rechtbank Noord-Holland (r.o. 4.3).

4. Voor dat oordeel is steun te vinden in vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Uit HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174 (*Nimox/Van den End q.q.*) blijkt dat de curator inderdaad bevoegd blijft de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen indien de schuldeisers die ten tijde van de benadelingshandeling bestonden, daarna zijn voldaan zodat in feite alleen schuldeisers van na de benadelingshandeling (in casu de curator zelf) worden geraakt door de vermogensvermindering bij de schuldenaar. Vgl. HR 23 december 1949, *NJ* 1950/462, waarin hetzelfde is bepaald voor de faillissementspauliana. Uit HR 14 januari 2011, «JOR» 2011/343, m.nt. Biemans (*Butterman q.q./Rabobank*) kan bovendien a contrario worden afgeleid dat de bestemming van de opbrengst, niet bepalend is voor de vraag of de curator bevoegd is om de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen.

5. De literatuur sluit in meerderheid hierbij aan. Daarin zijn meerdere stromingen te vinden die, toegepast op deze casus, tot dezelfde uitkomst leiden. Volgens Maeijer, in zijn *NJ*-noot bij *Nimox/Van den End q.q.*, is de curator bevoegd op te treden ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers die op het moment van faillietverklaring bestaan. Daarbij is voor de bevoegdheid van de curator niet relevant of na dat moment nog schuldeisers zijn voldaan. Kortmann, Faber en Vermunt zijn van mening dat ook indien de vorderingen van bepaalde schuldeisers worden voldaan, waardoor deze niet langer in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld, de curator bevoegd blijft de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen, wanneer het verhaalsvermogen van de schuldenaar is verminderd, waarvan in beginsel alle schuldeisers nadeel kunnen ondervinden, zonder dat ieder van de schuldeisers ook daad-

werkelijk benadeeld hoeft te zijn. Zie S.C.J.J. Kortmann & N.S.G.J. Vermunt, *AAe* 2006, p. 734; en S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, in: *De curator, een octopus* (1996), p. 162 e.v. In gelijke zin Vriesendorp, 'Notarissen/Curatoren THB', *AAe* 1997, p. 813. Van Schilfgaarde lijkt zich hierbij te hebben aangesloten, zoals blijkt uit zijn noot bij HR 16 september 2005, *NJ* 2006/311 (*De Bont/Bannenbergh q.q.*).

6. Verstijlen en Van Andel benaderen de vraag of de curator bevoegd is een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen meer vanuit de *Schutznorm* (art. 6:163 BW). Volgens hen is de aansprakelijkheid bij de Peeters/Gatzen-vordering gebaseerd op de schending van een zorgvuldigheidsnorm die beoogt de verhaalsbelangen van de gezamenlijke schuldeisers te beschermen. Zie o.m. W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen VBR, Kluwer 2006 en F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 54. In gelijke zin o.a. Wessels, *Insolventierecht IV* 2015/4192. Deze benadering leidt echter niet tot een andere uitkomst. De in casu met de selectieve betalingen door W&IN geschonden norm – schuldeisers mogen niet ongelijk worden behandeld in een situatie van materiële insolventie – strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelden – de gezamenlijke schuldeisers van Danzo – die hebben geleden. Voor het vaststellen van de bevoegdheid c.q. ontvankelijkheid van de curator maakt het ook bij deze benadering dus niet uit of nadien nog een deel van die schuldeisers is voldaan.

7. Welke schade kan de curator dan nog vorderen, als alle pre-faillissementsschuldeisers al zijn voldaan? W&IN stelt dat zij op basis van het vonnis uit 2012 slechts aansprakelijk is voor de door de gezamenlijke schuldeisers geleden schade en niet voor het boedeltekort, en dat de gezamenlijke schuldeisers geen schade meer lijden, omdat met hen schikkingen zijn getroffen (r.o. 4.4). De Peeters/Gatzen-vordering dient inderdaad niet tot vergoeding van het boedeltekort, maar tot herstel van de verhaalsvermindering zoals die door de onrechtmatige gedraging heeft plaatsgevonden, oftewel tot reconstructie van de boedel. Zie o.a. A-G Verkade, Conclusie bij HR 24 april 2009, «JOR» 2010/22, m.nt. NEDF (*Dekker q.q./Lutèce*), punt 4.50 en F.M.J. Verstijlen, *De faillissements-*

*curator* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 51.

8. De geleden schade is niet per se gelijk aan de optelsom van de door de pre-faillissements-schuldeisers ingediende vorderingen, zodat volvoering van al die vorderingen niet steeds tot opheffing van het nadeel leidt. De bevoegdheid van de curator is gebaseerd op het verhaalsnadeel dat de gezamenlijke crediteuren lijden, althans de norm die jegens hen is geschonden. Daarmee is de link gelegd met de schade die de curator ten behoeve van hen kan vorderen. Die schade correspondeert met de vermogensvermindering zoals die bij de schuldenaar heeft plaatsgevonden, in dit geval door de selectieve betalingen. Daarbij is de positie van de individuele schuldeisers niet van belang. Zie o.a. F.M.J. Verstijlen, WPNR 2002/6502, p. 619-620 en Kortmann en Faber, t.a.p., p. 163 en 165.

9. Door de schikkingen met alle pre-faillissementsschuldeisers, ondervindt slechts de curator nog nadeel van de vermogensvermindering bij Danzo. De vraag is dus eigenlijk of de curator met de Peeters/Gatzen-vordering ook vergoeding kan vorderen van het door boedelschuldeisers geleden verhaalsnadeel. In dit kader zou een parallel kunnen worden getrokken met de faillissementspauliana. Daarvan wordt aangenomen dat die ook kan worden ingesteld wanneer de opbrengst uitsluitend toekomt aan één boedelschuldeiser. Zie Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, par. 304. In gelijke zin A. van Hees in zijn noot onder Rb. Arnhem 25 juni 2003, «JOR» 2003/218 en Van Koppen, *Sdu Commentaar Insolventierecht*, art. 42 Fw, aant. C.2.3. Anders: Wessels, *Insolventierecht III*, 2015/3080. Kortmann en Faber achten het in het geval van de Peeters/Gatzen-vordering "niet ondenkbaar" dat de curator in een concreet geval nog slechts optreedt voor één schuldeiser, of zelfs voor één boedelschuldeiser. Zie Kortmann en Faber, t.a.p., p. 167. Dat het geval niet "niet ondenkbaar" is, blijkt wel uit deze casus.

10. Er valt wel wat voor te zeggen dat de curator met de Peeters/Gatzen-vordering ook de door één enkele boedelschuldeiser geleden verhaalschade kan vorderen. Boedelkosten zijn immers kosten van executie en vereffening en komen in het systeem van de Faillissementswet ten laste van het vermogen van de schuldenaar (zie HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*)), dat door de onrechtmatige gedra-

ging is verminderd. Die boedelkosten zijn gemaakt ten behoeve van de pre-faillissements-schuldeisers en maken daarmee onderdeel uit van de schade die door de gezamenlijke schuldeisers is geleden en zouden dus ook op dezelfde grondslag van de aansprakelijke partij moeten kunnen worden gevorderd. Dat is ook redelijk, indien de schuldeisers individueel hun vordering hadden ingesteld (vgl. HR 21 december 2001, «JOR» 2002/37 (*Lunderstadt/De Kok c.s.*)) zouden de daarmee samenhangende executiekosten immers ook voor rekening van de aansprakelijke partij zijn gekomen. De te vergoeden schade bij een Peeters/Gatzen-vordering strekt zich mijns inziens dus ook uit tot het door de boedelschuldeisers geleden verhaalsnadeel. Hiervoor is ook steun te vinden in het oordeel van de Hoge Raad dat de opbrengst van de Peeters/Gatzen-vordering in de boedel valt en overeenkomstig het systeem van de Faillissementswet pas na betaling van de boedelschuldeisers onder de pre-faillissementsschuldeisers wordt verdeeld. Zie HR 16 september 2005, «JOR» 2006/52, m.nt. SCJJK (*De Bont/Bannenberq q.q.*); HR 24 april 2009, «JOR» 2010/22, m.nt. NEDF (*Dekker q.q./Lutèce*), r.o. 3.4.4.2. Dat die boedelschulden pas na de benadelende handeling zijn ontstaan, vormt daarbij geen beletsel, gelet op het hiervoor al aangehaalde Nimox/Van den End q.q.-arrest. Pas wanneer het selectief betaalde bedrag is teruggekeerd in de boedel of alle schuldeisers (inclusief de boedelschuldeisers) zijn voldaan, ondervinden zij geen last meer van de vermogensvermindering die heeft plaatsgevonden door de onrechtmatige daad van de betrokken derde. De beslissing van de rechtbank op dit punt (r.o. 4.5) lijkt ook van de hiervoor weergegeven redenering uit te gaan. Vervolgens maakt de rechtbank een hypothetische vergelijking om de schade vast te stellen (r.o. 4.6) en lijkt daarmee aan te sluiten bij de wijze waarop bij de faillissementspauliana de benadeling dient te worden vastgesteld. Vgl. HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*). Daarbij mag de rechter, zoals uit voornoemd arrest volgt, uitgaan van de meest eenvoudige hypothese, door het simpelweg “wegdenken” van de selectieve betalingen. Zonder die selectieve betalingen zou er € 103.560 meer in de boedel hebben gezeten ten tijde van de faillietverklaring. Samen met het aanwezige vrije actief van € 18.284,02 zou het boedelactief dan € 121.844,02 hebben bedragen.

De rechtbank stelt de schade vervolgens vast op de hoogte van de openstaande boedelschuld (het salaris van de curator) en het nog vast te stellen salaris van de curator tot het einde van het faillissement, verminderd met het aanwezige vrije actief van € 18.284,02 tot een maximum van het bedrag van de selectieve betalingen van € 103.560.

11. Indien W&IN alsnog het maximum van € 103.560 moet vergoeden, terwijl zij ook vanwege de schikkingen al betalingen aan alle pre-faillissementsschuldeisers heeft verricht, dan betaalt zij uiteindelijk dus meer terug dan zij via de selectieve betalingen van Danzo heeft ontvangen.

mr. F. Ortiz Aldana  
advocaat bij Recoup Advocaten te Utrecht en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit

## 43

### **Verzekeraar moet aan commissarissen Imtech verweerkosten vergoeden tegen claims curatoren**

Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem  
9 september 2019, rolnr. KG ZA 19-565,  
ECLI:NL:RBNHO:2019:7634  
(mr. Schotman)  
Noot mr. A. Hendrikse

**Faillissement Imtech. Gelaagde aansprakelijkheidsverzekering commissarissen. Dekking van kosten van verweer voorafgaand aan een aansprakelijkstelling onder eerste excedentverzekering. De opstelling van de commissarissen tegen de claims van de curatoren is geen grond om op voorhand dekkingsaanspraak uit te sluiten.**

[BW art. 6:74]

*De verzekeraar is gehouden op de voet van de polis dekking te verlenen voor de up front kosten, tenzij de verzekeraar op voorhand feiten en omstandigheden stelt en, bij betwisting, aannemelijk maakt, op grond waarvan hoogstwaarschijnlijk is*