



De verificatie van na faillissement ontstane vorderingen

*Een aanbeveling aan het adres van de Hoge Raad tot inperking van het
na Koot Beheer/Tideman q.q. herziene
faillissementsschuld criterium*

Masterscriptie Rechtsgeleerdheid

accent Privaatrecht

Niels van Buiten (S372793)

Tilburg, 27 mei 2014

Te verdedigen ten overstaan van de Examencommissie van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van
de Universiteit van Tilburg:

Begeleider:	Prof. Mr. R.D. Vriesendorp
Tweede lezer:	mr. M.W.T. Kampers

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
1.1 Aanleiding voor dit onderzoek.....	3
1.2 Onderzoeksvraag	4
1.3 Onderzoeksmethode	4
1.4 Aanpak	5
2. Het juridisch kader van schuldqualificatie in faillissement	6
2.1 Het intreden van het faillissement.....	6
2.2 Drie typen schulden in faillissement.....	7
2.3 Wederkerige overeenkomsten in faillissement.....	8
3. Koot Beheer / Tideman q.q.: een verademing?	10
3.1 Kritiek op en alternatieve benaderingen voor het toedoenbeginsel	10
3.2 Het arrest Koot Beheer	12
3.3 Het nieuwe faillissementsschuld criterium.....	13
4. Commentaar op de herziening van de Hoge Raad	15
4.1 Onbevoegde opzegging van een overeenkomst: boedelschuld?	15
4.2 Het nieuwe faillissementsschuld criterium.....	16
4.3 De mogelijke knelpunten van de ongeclausuleerde definitie van het nieuwe faillissementsschuld criterium	18
4.4 Wettelijke opzeggingsbevoegdheid voor de curator?	19
4.5 Wat zou er moeten veranderen?.....	20
5. Hoe kan verdere jurisprudentie de in de doctrine aangehaalde knelpunten verhelpen?	22
5.1 Waar moet de inperking aan voldoen om de knelpunten van het faillissementsschuld criterium te verhelpen, althans verzachten?.....	22
5.2 Het fixatiebeginsel	23
5.3 Het voorstel in context.....	24
6. Tot slot	30
6.1 De onderzoeksvraag.....	30
6.2 Conclusie	30
6.3 Aanbeveling.....	32
7. Literatuurlijst	33

1. Inleiding

1.1 Aanleiding voor dit onderzoek

Op 19 april 2013 is er een einde gekomen aan een ruim twee decennia lang gebezigd criterium voor de kwalificatie van boedelschulden, dat door curatoren en rechtswetenschappers als een blok aan het been werd ervaren. Door toepassing van dit criterium, dat door de Hoge Raad in 1991 werd geïntroduceerd, verwerden verplichtingen tot boedelschuld omdat deze waren ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling. Hiermee trachtte de Hoge Raad een onduidelijkheid weg te nemen die vloeit voort uit het feit dat de Faillissementswet geen omschrijving van het boedelschuldbegrip bevat, waardoor de omvang van dit begrip uit de context van die wet en de bijbehorende wetsgeschiedenis moest worden afgeleid. Dat de Hoge Raad zich hierover moest uitlaten was onvermijdelijk, de manier waarop hij dat deed werd echter met veel onbegrip ontvangen. In het arrest *De Ranitz q.q. / Ontvanger*¹ uit 1991 werd het gehekelde toedoenbeginsel geïntroduceerd, dat ertoe leidde dat door de schuldenaar c.q. failliet ontvangen investeringspremies in het faillissement als boedelschuld werden aangemerkt. Die premies waren door de schuldenaar ontvangen voor de aanschaf van bepaalde goederen, met als voorwaarde dat deze premies zouden moeten worden terugbetaald wanneer de betreffende goederen binnen een bepaalde termijn zouden worden verkocht. De onderbouwing die de Hoge Raad hanteerde om de betreffende vordering tot boedelvordering te verheffen, was het feit dat de goederen binnen die termijn door de curator te gelde werden gemaakt. Derhalve waren die vorderingen door zijn toedoen opeisbaar geworden. Dat de curator geen enkele invloed had op het aangaan van de latente schuld door de inmiddels failliete onderneming en de opeisbaarheid slechts het gevolg was van de uitoefening van zijn taak als curator, werd als irrelevant beschouwd. In nog een tweetal andere arresten van de Hoge Raad² werd de kritiek die hierop was ontstaan, simpelweg terzijde geschoven. Pas na meer dan twee decennia kwam de Hoge Raad in 2013 terug op zijn oordeel omtrent dit criterium en schrapte het. Dit werd met open armen ontvangen, maar toch ontstond er een stroom aan nieuwe kritiek. Deze kritiek kwam niet zozeer voort uit het nieuwe boedelschuld criterium, maar eerder uit het feit dat de Hoge Raad bij het wijzen van dit arrest de kans greep om ook het faillissementsschuld criterium opnieuw in te richten. Dat de vorderingen die onder het oude criterium tot een boedelschuld zouden zijn verheven nu ter verificatie kunnen worden ingediend, wordt vanwege de breuk met het fixatiebeginsel die daardoor wordt veroorzaakt al enigszins met gemengde gevoelens ontvangen. Strikt juridisch beschouwd zijn deze vorderingen pas ten tijde van het faillissement ontstaan doordat de curator de onderliggende overeenkomsten opzegt, waardoor deze slechts als boedelvordering of niet-verifieerbare vordering zouden mogen worden gekwalificeerd. Daarmee ligt het ontstaansmoment van de vordering na het fixatiemoment. Toch lijkt men ermee te kunnen leven dat dergelijke vorderingen nu ter verificatie kunnen worden ingediend, omdat het onbillijk wordt geacht dat deze voorheen als boedelvordering bestempelde vorderingen door het verlaten van

¹ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991, 305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

² HR 12 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1136, NJ 1994, 229 (*Frima q.q./Blankers-Van Gennip*); HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170, NJ 2004, 617 (*Van Galen q.q./Circle Plastics*).

het toedoen criterium ineens niet-verifieerbaar zouden zijn.³ Dit te meer nu de betreffende vorderingen, op de opeisbaarheid na, eigenlijk reeds vóór faillissement volledig waren gevormd. Echter, het gewijzigde criterium ziet niet slechts op dit type vorderingen. Het is namelijk zo ruim geformuleerd dat *elke* vordering die na faillissement is ontstaan en geen boedelschuld is maar wel voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, ter verificatie kan worden ingediend. Dit wordt in de literatuur met onbegrip ontvangen. Deze formulering geeft namelijk vrij baan voor de verificatie van vorderingen die zien op de voldoening van een schuld die volledig is ontstaan na het ingaan van het faillissement. Dit is per definitie strijdig met het fixatiebeginsel, want de afwikkeling van het faillissement is bedoeld als collectief verhaalsmiddel voor de al ten tijde van het faillissement bestaande schulden, waarbij in beginsel alle activa en passiva van een onderneming per datum faillissement worden gefixeerd. Bovendien creëert dit criterium de mogelijkheid voor een beperkt aantal schuldeisers om hun positie in het faillissement te versterken en het aantal vorderingen dat zij ter verificatie kunnen indienen te vergroten, ten nadele van de overige schuldeisers wier vorderingen ten tijde van het faillissement al opeisbaar waren.

Reeds toen het toedoen criterium nog werd toegepast, maar ook nadat het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.⁴ is geweest, werd geopperd om de kwalificatie van vorderingen als faillissementsvordering niet langer afhankelijk te maken van het moment dat een vordering opeisbaar wordt, maar afhankelijk van de vraag of de materiële verschuldigdheid van die vordering al dan niet in overwegende mate vóór de faillietverklaring is ontstaan.⁵ Interessant is de vraag of een dergelijke inperking van het nieuwe, door de Hoge Raad geformuleerde faillissementsschuld criterium tot een billijke oplossing leidt en de gerechtvaardigde belangen van alle concurrente schuldeisers beter behartigt.

1.2 Onderzoeksvraag

Om te onderzoeken of een inperking op basis van materiële verschuldigdheid daadwerkelijk de gewenste effecten teweeg brengt, zal in dit schrijven de volgende onderzoeksvraag als rode draad worden gehanteerd:

Wat is het effect van een beperking op basis van materiële verschuldigdheid op de strijdigheid met de paritas creditorum, die is ontstaan na de herziening van het faillissementsschuld criterium door de Hoge Raad in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.?

1.3 Onderzoeksmethode

De beantwoording van de onderzoeksvraag is verricht op basis van een literatuuronderzoek, waarbij ten eerste de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. zijn ontleed. Daarna

³ Zie bijvoorbeeld: Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 15.

⁴ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

⁵ Boekraad 1997, p. 76. Verder: Van Galen 1996a & Van Galen 1996b. Ook: Voorontwerp Insolventiewet.

is de literaire kritiek die na dit arrest is verschenen, grondig geanalyseerd. Daaruit is een veelvoud van problemen geëxtraheerd die mogelijkerwijze zouden kunnen optreden, waardoor de paritas creditorum en de daarmee samenhangende gerechtvaardigde belangen van (overige) concurrente schuldeisers in gevaar kunnen komen. Door toepassing van het als toevoeging geopperde criterium van materiële verschuldigdheid is gekeken of de problemen die worden voorzien, kunnen worden voorkomen. Dit alles heeft geleid tot de conclusie en een aanbeveling.

1.4 Aanpak

Om de beantwoording van de onderzoeksvraag stapsgewijs aan te kunnen pakken, zal in hoofdstuk 2 eerst kort het juridisch kader worden weergegeven van het effect dat het faillissement heeft op overeenkomsten en vorderingen. Daarna zal in hoofdstuk 3 een uitzetting volgen van het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. en de kritiek die de Hoge Raad ertoe heeft bewogen tot de uitspraak in dit arrest te komen. Vervolgens zal in hoofdstuk 4 de kritiek uit de literatuur in kaart worden gebracht omtrent de herijking van het faillissementsschuld criterium en de mogelijke negatieve gevolgen die dit met zich brengt. In het daarop volgende hoofdstuk 5 zal mijn voorstel tot inperking en de daarvoor toe te passen methode worden onderzocht, waarin ook de verwachte effecten van deze inperking op basis van materiële verschuldigdheid zullen worden getoond. Er zal worden afgesloten met een conclusie van het geheel, waarbij tevens een aanbeveling zal worden gedaan aan het adres van de Hoge Raad.

2. Het juridisch kader van schuldqualificatie in faillissement

Om een goed beeld te krijgen van de oorsprong van de problematiek die in dit schrijven wordt behandeld, zal in dit hoofdstuk een beschrijving volgen van het wettelijk kader omtrent de verschillende schulden die voorkomen in de afwikkeling van een faillissement. De noodzaak hiertoe volgt uit het feit dat de Faillissementswet geen duidelijke afbakening geeft van deze verschillende typen schulden. Vooral het gebrek aan een algemene definitie van het boedelschuldbegrip is problematisch gebleken. Hierdoor had de Hoge Raad de taak om in een reeks van arresten en op basis van het stelsel van de wet duidelijkheid te scheppen over de kaders van dit begrip. Om de motivering van het oordeel van de Hoge Raad omtrent het faillissementsschuld criterium uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. te kunnen plaatsen, zal in dit hoofdstuk een uitwerking volgen van relevante wetsbepalingen. Een deel van deze informatie zal reeds bekend zijn bij de lezer, maar wordt vanwege de samenhang met andere bepalingen toch (kort) vermeld. Dit om te zorgen dat er een compleet en nauwkeurig beeld ontstaat.

2.1 Het intreden van het faillissement

De afwikkeling van een faillissement is gericht op het beheer en vereffening van de boedel van de schuldenaar ten bate van zijn schuldeisers.⁶ Wanneer een onderneming in financiële mogelijkheden geraakt, zal er in nagenoeg alle gevallen sprake zijn van een veelheid van schuldeisers. Voordat het faillissement is uitgesproken, kunnen al deze schuldeisers afzonderlijk dwangmiddelen toepassen om hun vorderingen te laten voldoen.⁷ Echter, als het faillissement intreedt, vervalt deze mogelijkheid.⁸ Het faillissement vormt namelijk een beslag op het vermogen van de failliet ten behoeve van de concursus van schuldeisers.⁹ Krachtens art. 20 Faillissementswet (Fw) omvat het faillissement van de schuldenaar het gehele vermogen dat hij op het moment van de faillietverklaring bezit alsmede datgene wat hij na faillissement nog verwerft, waarbij er fixatie plaatsvindt op het begin van de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken.¹⁰ De rechtbank die het faillissement uitspreekt, stelt tegelijkertijd een curator aan. Deze curator is belast met het beheer en vereffening van de boedel en zal na het te gelde maken van alle boedelbestanddelen en het verzamelen van alle vorderingen, over gaan tot uitdeling. Dit gebeurt echter pas na voldoening van de kosten van executie en van de overige boedelschulden. Daarna worden de faillissementsschuldeisers voldaan naar evenredigheid van hun vorderingen, behoudens door de wet erkende redenen van voorrang.¹¹ De curator krijgt hierdoor te maken met drie typen vorderingen in faillissement; faillissementsvorderingen, boedelvorderingen en niet-verifieerbare vorderingen. Zoals net al is aangegeven, is de afbakening van deze verschillende typen vorderingen bijzonder problematisch gebleken en heeft het tot veel jurisprudentiële perikelen geleid.

⁶ Vriesendorp 2013, p. 136.

⁷ Behoudens een eventueel toegepaste surseance van betaling en andere formele eisen voor beslag.

⁸ Overigens geldt dit niet voor zekerheidsgerechtigden zoals pand- en hypotheekhouders, zo blijkt uit art. 57 Fw.

⁹ Art. 3:276 BW. Zie ook: Van der Feltz I 1994, p. 7. Verder: Van Hees 2004, p. 291.

¹⁰ De zogenaamde '00.00 uur-regel'.

¹¹ Art. 3:277 lid 1 BW.

2.2 Drie typen schulden in faillissement

In de vorige paragraaf is reed aangegeven, dat het door de fixatie van de boedel niet langer geoorloofd is voor schuldeisers om individueel dwangmiddelen in te zetten in een poging de schuldenaar tot betaling te bewegen.¹² Dit zou namelijk tot gevolg hebben dat de gelijkheid der crediteuren - *de paritas creditorum* - wordt doorbroken, terwijl dit juist een van de grondbeginselen is van het faillissement. Om die reden worden op de dag van de faillietverklaring in beginsel alle vorderingen van de schuldeisers gefixeerd. Faillissementsschulden zijn alle schulden die zien op voldoening van verbintenissen die voor datum faillissement zijn ontstaan en kunnen blijkens art. 26 Fw slechts ter verificatie worden ingediend.¹³ Uit art. 24 Fw volgt, dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar, voor zover deze ná datum faillissement zijn ontstaan en de boedel daar niet bij is gebaat.¹⁴ In principe kunnen dus slechts die vorderingen ter verificatie worden ingediend, die ten tijde van het faillissement reeds bestonden. Op deze regel zijn enkele wettelijke uitzonderingen, zoals art. 37a Fw, waaruit volgt dat vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortkoming in de nakoming van een vóór datum faillissement op de schuldenaar verkregen vordering, ter verificatie kunnen worden ingediend.¹⁵

Boedelschulden zijn die schulden, die noodzakelijkerwijs zijn gemaakt in het kader van de afwikkeling van het faillissement en derhalve een directe vordering op de boedel opleveren.¹⁶ De vorderingen van deze categorie schuldeisers worden met voorrang boven de faillissementsschulden voldaan uit de boedel en hoeven niet ter verificatie te worden ingediend.¹⁷ De laatste categorie, de niet-verifieerbare schulden, zijn die schulden die noch een faillissementsschuld, noch een boedelschuld zijn en derhalve niet meedelen bij de afwikkeling van het faillissement.¹⁸ De boedel is voor dit type schulden niet aansprakelijk.¹⁹ Gezien de voorrang die verbonden is aan boedelvorderingen, is het voor een schuldeiser gunstig als zijn vordering als boedelschuld wordt gekwalificeerd. Uit cijfers van het CBS komt naar voren, dat een concurrente schuldeiser in 2008 gemiddeld ongeveer 5,5% van zijn vordering voldaan zag, terwijl dit voor een boedelschuldeiser op ongeveer 76,3% ligt.²⁰ Hieruit blijkt de noodzaak voor een goede afbakening van het begrip boedelschuld, daar men wil voorkomen dat de *paritas creditorum* geweld wordt aangedaan door 'onrechtvaardige' kwalificatie. Zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken,

¹² De positie van separatisten wordt in dit schrijven buiten beschouwing gelaten vanwege de irrelevantie voor het onderwerp.

¹³ Lok 2014a, onder 'Deuren en vensters'.

¹⁴ Zie verder: Conclusie A-G Keus bij HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170, NJ 2004, 617 (*Van Galen q.q./Circle Plastics*), r.o. 2.2. Zie ook: Conclusie A.G. Wissink bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 2.2.

¹⁵ Conclusie A.G. Wissink bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 2.2.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld: Boekraad 1997, p. 31.

¹⁷ Van Galen 1996a, p. 393.

¹⁸ Van Galen 1996a, p. 394.

¹⁹ Conclusie A-G Keus bij HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170, NJ 2004, 617 (*Van Galen q.q./Circle Plastics*), r.o. 2.2. Zie ook: Conclusie A.G. Wissink bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 2.2.

²⁰ *Faillissementen; afwikkelingen, financieel naar benadeling, 1992-2010*, Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen 14 maart 2014, zie <http://statline.cbs.nl/StatWeb>.

heeft de Hoge Raad er goed aan gedaan het toedoen criterium te schrappen, omdat de literaire kritiek op dit criterium expliciet dan wel impliciet zag op het feit dat sprake was van een dergelijke ongerechtvaardigde kwalificatie. Bepaalde schuldeisers verkregen via dit gebrekkige boedelschuld criterium een betere positie in faillissement dan hun medecrediteuren, terwijl daar geen goed goede grond voor was. Nu lijkt het er echter op, dat dit voorts geldt voor concurrente schuldeisers onderling. Om deze aanname toe te kunnen lichten, zal eerst het effect van het faillissement op wederkerige overeenkomsten inzichtelijk moeten worden gemaakt.

2.3 Wederkerige overeenkomsten in faillissement

Een van de belangrijke uitgangspunten van de Faillissementswet is dat wederkerige overeenkomsten in beginsel niet geraakt worden door het faillissement van een van de contractspartijen.²¹ De verbintenissen die voor faillissement over en weer golden bestaan na de faillietverklaring ook, zij het dat nu de curator de rechten en plichten van de onderneming op zich heeft genomen. Dit betekent overigens niet dat de curator de positie van de schuldenaar bij de overeenkomst overneemt.²² Dit levert de wederpartij van een failliete onderneming veel onzekerheid op; zal de curator de verplichtingen van de onderneming jegens hem nakomen? Er kleeft derhalve een nuance aan de stelregel dat een overeenkomst niet wordt geraakt door het faillissement van een der partijen; het bestaan van de overeenkomst en de inhoud van de verbintenissen veranderen niet, maar de uitvoering van de overeenkomst wordt wél door het faillissement geraakt.²³ De wet biedt hier echter uitkomst, omdat het onbillijk zou zijn een dergelijke schuldeiser te lang in het ongewisse te laten. Art. 37 Fw biedt een schuldeiser de mogelijkheid om de curator schriftelijk een redelijke termijn te stellen, waarbinnen hij moet verklaren een overeenkomst al dan niet gestand te doen. Laat hij zulks na of verklaart hij de overeenkomst niet gestand te doen, dan vervalt voor de curator het recht de wederpartij te kunnen verplichten na te komen. De curator heeft hier dus een keuze al dan niet gestand te doen, wat betekent dat een curator ervoor kan kiezen de verbintenissen die uit die overeenkomst voortvloeien niet na te komen.²⁴ Wanneer de curator ervoor kiest de overeenkomst niet gestand te doen, biedt art. 37a Fw de schuldeiser de mogelijkheid om een concurrente vordering tot schadevergoeding bij de curator in te dienen. Ook kan de schuldeiser vorderingen ter verificatie indienen, die hij heeft verkregen uit hoofde van een door de curator verrichte ontbinding of vernietiging van een vóór datum faillissement met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Over de gevolgen van *opzegging* van een overeenkomst wordt in dit artikel echter met geen woord gerept. Daarvoor zal in principe moeten worden teruggegrepen op de hoofdregel dat wanneer de vordering na faillietverklaring is ontstaan, deze niet kan worden geverifieerd.²⁵ Is een vordering na faillissement ontstaan, dan kan het in beginsel slechts gaan om een

²¹ Van der Feltz I 1994, p. 409. Zie ook: HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.6.1.

²² Vriesendorp 2013, p. 270.

²³ Vriesendorp 2013, p. 269-270. Ook: Van Zanten 2012, p. 43.

²⁴ Van Zanten 2012, § 4.5. Zie ook: Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

²⁵ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

niet-verifieerbare vordering of een boedelschuld.²⁶ In de jurisprudentie en in de literatuur is echter gebleken dat het bepalen van het ontstaansmoment van een vordering en de daarmee samenhangende kwalificatie als problematisch wordt ervaren. Dit zal in het volgende hoofdstuk bij de bespreking van het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. nog blijken.

²⁶ Van Mierlo 2004, onder 1. Zie ook: Vogels 2004, onder 3.

3. Koot Beheer / Tideman q.q.: een verademing?

Op 19 april 2013 was het zover, de Hoge Raad ging om. Het baanbrekende arrest Koot Beheer/Tideman q.q. deed de wereld van het insolventierecht op haar grondvesten schudden²⁷ en het *frappez toujours*²⁸ in de doctrine bleek te hebben gewerkt. Het toedoen criterium behoort sindsdien tot het verleden nadat de Hoge Raad in dit arrest besloot een andere weg in te slaan wat betreft de kwalificatie van vorderingen die ontstaan door de opzegging van een overeenkomst door de curator. Niet langer verwordt een schuld tot boedelvordering enkel om het feit dat een verplichting voortvloeit uit een door de curator verrichte rechtshandeling ten behoeve van de boedel. Hiermee haalt de Hoge Raad een streep door zijn eigen overwegingen in het drieluik van toedoen-arresten, te weten *De Ranitz q.q./Ontvanger*²⁹, *Frima/Blankers-Van Gennip*³⁰ en *Circle Plastics*³¹. In deze arresten had de Hoge Raad namelijk geoordeeld, dat respectievelijk een desinvesteringsverplichting, een affinancieringsverplichting en een ontruimingsverplichting alle drie een boedelvordering opleverden, enkel om het feit dat deze gepaard gingen met de opzegging van overeenkomsten door de curator daags na de faillietverklaring. Zulk toedoen kan na de koerswijziging in Koot Beheer/Tideman q.q. echter niet meer een boedelschuld opleveren, in ieder geval niet wanneer het handelen van de curator slechts het (rechtmatig) opzeggen betreft.³² Hoe de Hoge Raad hiertoe is gekomen en welke gevolgen dit heeft voor de kwalificatie van vorderingen, zal hieronder worden uitgewerkt. Eerst zal echter kort de kritiek worden geschetst, die de Hoge Raad tot de herziening heeft doen bewegen.

3.1 Kritiek op en alternatieve benaderingen voor het toedoenbeginsel

Het door de Hoge Raad geïntroduceerde toedoenbeginsel bleef niet onopgemerkt in de faillissementswereld. Een stroom van kritiek ontpopte zich, nu men het onbegrijpelijk vond dat de curator werd opgezadeld met een forse toename van het aantal boedelschulden, terwijl het ontstaan van die schulden feitelijk buiten zijn macht lag. Van Hees concludeerde reeds in 1994, vlak nadat het arrest *Frima q.q./Blanker-Van Gennip*³³ werd gewezen, dat curatoren spoedig het opmaken van een uitdelingslijst zouden verleren als de Hoge Raad de in dat arrest uitgezette lijn zou behouden.³⁴ Hij meent dat uit de faillissementsgedachte voortvloeit, dat het faillissement een uitwinning zou moeten zijn van het gehele daarvoor vatbare vermogen van de schuldenaar ten behoeve van al zijn schuldeisers en niet slechts enkele. Een al te ruime boedelschuld kwalificatie is met die gedachte niet te verenigen, zo concludeert hij.³⁵ Deze mening wordt in een tweedelige publicatie door Van Galen³⁶ gedeeld, maar

²⁷ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 1.

²⁸ Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 1.

²⁹ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991, 305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

³⁰ HR 12 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1136, NJ 1994, 229 (*Frima q.q./Blankers-Van Gennip*).

³¹ HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170, NJ 2004, 617 (*Van Galen q.q./Circle Plastics*).

³² HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

³³ HR 12 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1136, NJ 1994, 229 (*Frima q.q./Blankers-Van Gennip*).

³⁴ Van Hees 1994, p. 40.

³⁵ Van Hees 1994, p. 38.

³⁶ Van Galen 1996a & Van Galen 1996b.

bovendien hekelt Van Galen de redenering van de Hoge Raad dat de betreffende vorderingen pas zouden ontstaan door de opzegging door de curator. In zijn ogen is bijvoorbeeld de affinancieringsverplichting uit het arrest *Frima q.q./Blankers van Gennip* niet pas bij opzegging van de arbeidsovereenkomst opeisbaar, terwijl in dit arrest werd geoordeeld dat de verplichting tot affinanciering van pensioenaanspraken een boedelvordering opleverde vanwege het feit dat de curator de arbeidsovereenkomst opzegde. Een vordering waarvan alleen het tijdstip van opeisbaar worden nog niet vaststaat of slechts kan worden beïnvloed door het overlijden van de schuldeiser, is niet een toekomstige vordering, zo stelt hij.³⁷ Volgens hem is de beslissende factor of een vordering al dan niet een faillissementsvordering is, de mate waarin de vordering reeds voor het faillissement is bepaald. Wanneer de omvang van de vordering en diens materiële verschuldigdheid in overwegende mate zijn bepaald door rechtsfeiten die vóór faillissement hebben plaatsgevonden, dan moet de vordering ter verificatie in te dienen zijn.³⁸ Boekraad sluit zich hierbij aan en acht het van belang te bepalen of een bepaalde schuld is toe te rekenen aan de afwikkeling van de boedel. Hij meent dat het vooral niet zo mag zijn, dat het opeisbaar worden van de vordering slechts een bijgevolg is van het handelen van de curator in de afwikkeling van de boedel.³⁹ Ook de Commissie Insolventiewet, die in 2007 onder leiding van Kortmann met een Voorontwerp⁴⁰ kwam voor een omvangrijke herziening van de Faillissementswet, behandelde de problemen rondom de kwalificatie van boedelschulden. Met dit Voorontwerp deed de Commissie ook een voorstel tot herziening van het kader rondom boedelschulden, zowel om deze te verduidelijken als om het aantal te beperken. Hiertoe heeft de Commissie een tiental categorieën geformuleerd waarvan hij meende dat de daaronder vallende vorderingen als boedelvordering dienden te worden gekwalificeerd, waarbij de laatste categorie een restcategorie was. In deze laatste categorie werd niet langer gekeken naar het toedoen van de curator, maar naar het toerekenen van schulden aan de boedel. Hierbij zou een dóór of ná de faillietverklaring ontstane vordering al dan niet als boedelvordering worden gekwalificeerd wanneer de materiële verschuldigdheid van die vordering in overwegende mate was bepaald door rechtsfeiten van vóór of ná de faillietverklaring. In het eerste geval zou daarbij sprake zijn van een faillissementsvordering.⁴¹ Hiermee heeft deze constructie wat weg van de wijze waarop Boekraad voorstelde de boedelschuldproblematiek aan te pakken.⁴² Deze constructie op basis van materiële verschuldigdheid zal later in dit schrijven worden getoetst. Hierbij zal worden gekeken of een dergelijk criterium daadwerkelijk de oplossing is voor de problematiek die is ontstaan door de open herformulering van het faillissementsschuld criterium in het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*

De besproken kritiek in deze paragraaf heeft in combinatie met de overige in de literatuur geuite kritiek⁴³ geleid tot de ommezwaai die de Hoge Raad in het arrest *Koot Beheer* heeft gemaakt. Het

³⁷ Van Galen 1996b, p. 414. Zie ook: Wessels 2001, p. 52-53.

³⁸ Van Galen 1996b, p. 415. Zie ook: Verstijlen 2008, onder 4.2.

³⁹ Boekraad 1997, p. 76.

⁴⁰ Voorontwerp Insolventiewet.

⁴¹ Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 13, 110 en 113. Zie ook: HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 2.11.1.

⁴² Zie ook: Noot Boekraad bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 11.

⁴³ Zie bijvoorbeeld: Wessels 2001. Of: Van Eeghen 1999.

bekritiseerde toedoen criterium heeft de Hoge Raad achter zich gelaten, wat wordt toegejuicht. Het nieuwe faillissementsschuld criterium kan echter op minder bijval rekenen. Hieronder zal inzichtelijk worden gemaakt, hoe Neerlands hoogste rechter tot dit nieuwe criterium is gekomen.

3.2 Het arrest Koot Beheer

In het geschil dat aanleiding gaf tot de genoemde herziening, speelde de vraag of een herstelverplichting van schade aan het eigendom van een verhuurder, welke vordering opeisbaar werd bij opzegging van de huurovereenkomst door de curator, als boedelvordering moest worden gekwalificeerd. Onder het tot dan toe vigerende toedoen criterium zou dit waarschijnlijk het geval zijn geweest, nu de curator ten behoeve van de boedel de huurovereenkomst opzegde en door het verrichten van die handeling de verplichting tot herstel opeisbaar werd. De Hoge Raad neemt echter expliciet afstand van het drietal boedelschuldarresten⁴⁴ dat hij in het verleden heeft gewezen.⁴⁵ Hij meent namelijk dat het kwalificeren van dergelijke vorderingen tot boedelvordering in strijd is met hetgeen uit de wet volgt omtrent het ontstaan van boedelvorderingen.⁴⁶ Dit onderbouwt hij door uit te weiden over het stelsel rondom wederkerige overeenkomsten in faillissement, waaruit volgt dat een dergelijke overeenkomst in beginsel niet wordt geraakt door de faillietverklaring van een der betrokken partijen. De curator kan echter besluiten een dergelijke overeenkomst niet gestand te doen, zo valt af te leiden uit art. 37 Fw. De uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenissen leveren in dat geval slechts een concurrente vordering op, net als bij een vordering op basis van tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst nadat de curator blijkt heeft gegeven de overeenkomst niet gestand te zullen doen.⁴⁷ Niet gestand doen door de curator levert dus in beginsel steeds een concurrente vordering op, zo meent de Hoge Raad.⁴⁸ Uitzonderingen op deze hoofdregel zijn de vorderingen die voortvloeien uit artt. 39 en 40 Fw, die ontstaan bij opzegging van huur- en arbeidsovereenkomsten. Om redenen van billijkheid is bepaald dat de vorderingen die zien op de periode na faillietverklaring en die betrekking hebben op de huur, het loon of de daarmee samenhangende premieschulden als boedelvordering dienen te worden aangemerkt.⁴⁹ Met dit stelsel is volgens de Hoge Raad niet verenigbaar dat de schadevergoedingsverplichting die in het onderhavige geval voortvloeit uit de opzegging van de huur, als boedelvordering wordt gekwalificeerd enkel om het feit dat deze opeisbaar is geworden door de rechtshandeling van de curator ten behoeve van de boedel. Hij meent namelijk dat een dergelijke uitzondering strijdig is met het principe van de gelijkheid van schuldeisers, nu de hoofdregel immers

⁴⁴ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991, 305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*); HR 12 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1136, NJ 1994, 229 (*Frima q.q./Blankers-Van Gennip*); HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170, NTBR 2004/74, m.nt. A.A.J. Smelt (*Circle Plastics*), p. 404-407.

⁴⁵ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.8.

⁴⁶ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.5.

⁴⁷ Art. 37a Fw.

⁴⁸ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.6.1.

⁴⁹ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.6.2.

luit dat een concurrente vordering resteert in het geval dat de curator een overeenkomst van vóór datum faillissement niet gestand doet.⁵⁰

Om dit principe algemeen toepasbaar te maken voor vergelijkbare gevallen, heeft de Hoge Raad in het arrest zijn boedelschuld criterium anders ingekleed. Hij komt tot de conclusie dat het stelsel van de Faillissementswet slechts in boedelschulden resulteert, wanneer schulden *“een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel, hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.”*⁵¹ Daaraan voegt hij toe, dat de vraag of de curator een schuld is aangegaan, moet worden beantwoord aan de hand van een toetsing aan de artt. 3:33 en 35 BW, om te beoordelen of zijn wil op het ontstaan van die schuld was gericht. Daarnaast merkt de Hoge Raad op, dat het uitgangspunt van de wet dat het intreden van het faillissement geen invloed heeft op wederkerige overeenkomsten, ertoe leidt dat een curator een overeenkomst slechts mag opzeggen wanneer de wet of die overeenkomst hem daartoe machtigt. Zegt hij een overeenkomst zonder een dergelijke machtiging op, dan handelt hij in strijd met een in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis/verplichting, wat resulteert in een boedelvordering voor de schuldeiser. Dit is echter ook het geval wanneer in de overeenkomst een beding is opgenomen dat stelt dat een curator de overeenkomst mag opzeggen *mits* er betaling van een schadevergoeding of schadeloosstelling plaatsvindt.⁵² Nu hiervan in casu echter geen sprake is en slechts een pure vordering op de schuldenaar resteert, is deze vordering geen boedelschuld, zo oordeelt de Hoge Raad.

3.3 Het nieuwe faillissementsschuld criterium

Bij de herziening van het boedelschuld criterium bleef het in dit arrest echter niet. De Hoge Raad nam de gelegenheid te baat om ook het faillissementsschuld criterium onder handen te nemen, waarbij hij - al dan niet bewust - buiten zijn bevoegdheden is getreden, zo wordt althans in de literatuur verdedigd.⁵³ Allereerst merkt de Hoge Raad op, in mijn ogen ten overvloede en weinig vernieuwend, dat vorderingen die een boedelschuld opleveren, onderscheiden moeten worden van vorderingen op de schuldenaar, voor wie het faillissement eigenlijk ten bate zou moeten komen.⁵⁴ Deze conclusie is juist, het faillissement is bedoeld als collectief verhaalsmiddel ten bate van alle schuldeisers.⁵⁵ Dat er met de afwikkeling van een faillissement kosten gemoeid zijn en dergelijke kosten eerst worden voldaan

⁵⁰ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.6.3.

⁵¹ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.1.

⁵² HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.3.

⁵³ Hier zal in hoofdstuk 4 uitvoerig op worden ingegaan.

⁵⁴ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.2.

⁵⁵ Zie hoofdstuk 2.

voordat uitdeling aan de faillissementsschuldeisers plaatsvindt, lijkt mij logisch.⁵⁶ De Hoge Raad heeft er in het licht van de genoemde scheiding tussen boedel- en faillissementsschulden dan ook goed aan gedaan het toedocriterium te schrappen, nu de vorderingen die op basis van deze technisch-juridische constructie als boedelschuld werden bestempeld, in mijn ogen niet tot de kosten van de afwikkeling behoren. De Hoge Raad lijkt zich dat nu ook te hebben gerealiseerd en is daar dan ook van teruggekomen. Dat de Hoge Raad uit *coulance* de schuldeisers die voorheen door toepassing van dit criterium een vordering op de boedel zouden hebben gehad niet met lege wil laten staan, is mijns inziens te begrijpen en bovendien te verantwoorden.⁵⁷ De herijking van het faillissementsschuld-criterium reikt echter een stuk verder. De Hoge Raad overweegt namelijk, dat vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding en die op basis van het nieuw geformuleerde boedelschuld-criterium geen boedelschuld opleveren, behoren tot de vorderingen op de schuldenaar.⁵⁸ Dat is ook het geval wanneer deze vorderingen pas ontstaan tijdens het faillissement, zo meent hij met een verwijzing naar art. 37a Fw, art. 37 Fw en bijbehorende toelichting⁵⁹ te kunnen concluderen.⁶⁰ Hier worden in de literatuur echter de nodige vraagtekens bij gezet, zo zal in het volgende hoofdstuk blijken.

⁵⁶ Zie ook: Noot Boekraad bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 2.

⁵⁷ Zie hoofdstuk 5.

⁵⁸ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.2.

⁵⁹ Van der Feltz I 1994, p. 409.

⁶⁰ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.2.

4. Commentaar op de herziening van de Hoge Raad

Jarenlang hebben tal van rechtsgeleerden kritiek geuit op het door de Hoge Raad gehanteerde toedoen-criterium, zoals hierboven reeds uiteen is gezet. De herziening van dit criterium werd dan ook, zoals in het vorige hoofdstuk al is gebleken, met open armen ontvangen. Toch bestaan er meerdere punten van kritiek op de manier waarop de Hoge Raad de grens tussen boedelschulden, verifieerbare en niet-verifieerbare schulden heeft verlegd. Hieronder zal een analyse volgen van het commentaar van verschillende juristen op de herijking van de Hoge Raad. Het is gebleken, dat de herziene formulering van het boedelschuld criterium met relatief weinig weerstand wordt ontvangen,⁶¹ maar dat het nieuwe, haast ongelimiteerde faillissementsschuld criterium en de wijze waarop de Hoge Raad uit de bepalingen van de Faillissementswet de fundering hiervan stelt af te kunnen leiden, niet wordt begrepen. Daarnaast wordt verwacht, dat dit laatste voor een (nieuw) scala van problemen zal zorgen. De Hoge Raad zal in een reeks van aanvullende rechtspraak de grenzen moeten verfijnen en zijn redenering moeten toelichten, zo zijn de verwachtingen.

4.1 Onbevoegde opzegging van een overeenkomst: boedelschuld?

In zijn overwegingen in het Koot Beheer-arrest merkt de Hoge Raad op, dat uit het uitgangspunt van de Faillissementswet dat wederkerige overeenkomsten niet door het faillissement wordt geraakt, volgt dat de curator niet bevoegd is om overeenkomsten op te zeggen, tenzij de wet of de overeenkomst hem daartoe bevoegd maakt. Daaruit zou volgen, dat de vordering tot schadevergoeding die voortvloeit uit een onbevoegde opzegging, als boedelschuld zou kwalificeren onder het derde deelcriterium, aangezien de curator op dat moment handelt in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting of verbintenis.⁶² De Hoge Raad kan met deze gevolgtrekking echter niet op veel bijval rekenen, nu in twijfel wordt getrokken of onbevoegde opzegging daadwerkelijk leidt tot een verplichting de schade te vergoeden. Eerder zou dit leiden tot het voortbestaan van de overeenkomst tot het moment dat de wederpartij de overeenkomst beëindigt of dat de overeenkomst op een andere grondslag wordt getermineerd.⁶³ Schadeplichtigheid ontstaat slechts op het moment dat één der partijen niet langer conform de contractuele bepalingen handelt, iets wat de curator bij het beheer en de vereffening van de boedel continu doet.⁶⁴ Slechts in het geval dat de curator een overeenkomst gestand doet, kunnen de vorderingen die daaruit voortvloeien als boedelschuld worden aangemerkt, zo luidt de hoofdregel.⁶⁵ Doet hij dit niet, dan resteert op grond van art. 37a Fw slechts een concurrente

⁶¹ Zie onder andere: Van An del & Van Zanten 2013, onder 5; Lok 2014a; Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, NJ 2013, 291 (Koot Beheer/Tideman q.q.); Tekstra 2013.

⁶² HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.3. Zie ook: Vriesendorp 2013, p. 288.

⁶³ Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 13. Zie ook: Lok 2014a, onder 'Opmerkingen over het derde criterium'. Verder: Van An del & Van Zanten 2013, onder 5.

⁶⁴ Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 13.

⁶⁵ Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 5 en 13.

vordering voor de schuldeiser. Verstijlen ziet niet in waarom de Hoge Raad desalniettemin oordeelde, dat zulks bij onbevoegde opzegging wel het geval zou zijn, ook niet in het geval dat in het contract een verbintenis tot niet-opzegging of tot schadevergoeding is opgenomen.⁶⁶ Lok constateert, dat de Hoge Raad zich bij zijn oordeel dat een door de curator verrichte onbevoegde opzegging resulteert in een boedelschuld, niet heeft beperkt tot uit de wet voortvloeiende verplichtingen tot schadevergoeding of schadeloosstelling. Zij meent dat een dergelijke beperking wellicht op zijn plaats zou zijn geweest, nu contractuele verplichtingen vaak door partijen vóór datum faillissement – en dus buiten de macht van de curator om – zijn gemaakt, terwijl deze verplichting krachtens het arrest wel op de curator in zijn hoedanigheid rust.⁶⁷ Dit lijkt nu juist tegen de hoofdregel van het arrest in te druisen. De oplossing hiervoor lijkt vooralsnog simpel; de curator kan in plaats van tot opzegging over te gaan, gewoonweg niet nakomen c.q. wanpresteren.⁶⁸ Het enige nadeel hiervan is dat dit in voorkomend geval leidt tot oplopende concurrente vorderingen.⁶⁹ Dit gaat ten koste van de verhaalsmogelijkheden van de overige concurrente schuldeisers, en zou daarmee, net als de verderop te bespreken ná faillissement ontstane concurrente vorderingen, een inbreuk op de paritas creditorum kunnen veroorzaken. Enige verduidelijking van de gewraakte passage in toekomstige jurisprudentie lijkt daarmee op zijn plaats.⁷⁰

4.2 Het nieuwe faillissementsschuld criterium

Zoals uit de vorige paragraaf is gebleken, zou de overweging van de Hoge Raad dat onbevoegde opzegging tot boedelvorderingen leidt, er impliciet voor kunnen zorgen dat er een stroom van verifieerbare vorderingen ontstaat doordat curatoren ervoor kiezen overeenkomsten niet op te zeggen om daarmee het ontstaan van boedelvorderingen te vermijden. Een nog veel grote stroom van verifieerbare vorderingen wordt verwacht naar aanleiding van het nieuwe faillissementsschuld criterium voor vorderingen die na faillissement zijn ontstaan.⁷¹ Wanneer vorderingen voortvloeien uit een ten tijde van het faillissement reeds bestaande rechtsverhouding, maar geen boedelvordering opleveren op basis van het nieuwe boedelschuld criterium, kunnen zij namelijk ter verificatie worden ingediend. De Hoge Raad overwoog namelijk dat:

Vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren op een van de hiervoor in 3.7.1 vermelde gronden [de boedelschuld criteria, NVB], behoren tot bedoelde vorderingen op de schuldenaar, ook als ze

⁶⁶ Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 13.

⁶⁷ Zie ook: Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 14.

⁶⁸ Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 14.

⁶⁹ Lok 2014a, onder 'Opmerkingen over het derde criterium'.

⁷⁰ Zie ook: Lok 2014a, onder 'Opmerkingen over het derde criterium'.

⁷¹ Lok 2014b. Zie ook: Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

*pas tijdens het faillissement ontstaan, zoals onder meer blijkt uit art. 37 en 37a Fw en de op art. 37 Fw gegeven toelichting (Van der Feltz I, p. 409).*⁷²

Verstijlen vind deze geste van de Hoge Raad in beginsel alleszins billijk, nu hij van mening is dat het niet fair zou zijn dat zij die onder het oude criterium een vordering op de boedel hadden gehad, onder het nieuwe criterium met lege handen zouden komen te staan.⁷³ Echter, de overweging resulteert in het feit, dat *alle* vorderingen die voortvloeien uit een voor datum faillissement reeds bestaande rechtsverhoudingen verifieerbaar worden, niet slechts die vorderingen die ten tijde van het faillissement reeds bestonden. Dit zal waarschijnlijk leiden tot een wildgroei aan nieuwe concurrente vorderingen die voorheen noch verifieerbaar, noch boedelschuld waren, zo vreest men.⁷⁴ Dat terwijl juist in beginsel en op basis van het fixatiebeginsel geldt, dat vorderingen die ná faillissementsdatum ontstaan niet ter verificatie kunnen worden ingediend. Op deze hoofdregel zijn slechts een limitatief aantal uitzonderingen in de Faillissementswet te vinden, zoals art. 37a Fw.⁷⁵ Uit deze bepaling volgt, dat vorderingen tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór datum faillissement verkregen vordering, ter verificatie kunnen worden ingediend. Daarnaast kunnen vorderingen die de wederpartij uit hoofde van *ontbinding* of *vernietiging* van een vóór datum faillissement met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, ook ter verificatie worden ingediend. Over vorderingen op de schuldenaar die door de wederpartij zijn verkregen op basis van *opzegging*, wordt echter niet gerept. Voor art. 37 Fw geldt hetzelfde, waarin overigens überhaupt niets wordt gesteld over de kwalificatie van schulden. Ook de toelichting van art. 37a Fw biedt weinig soelaas.⁷⁶ Toch onderbouwt de Hoge Raad het hiervoor geciteerde met een verwijzing naar deze artikelen. Dit wordt in de noot en in de literatuur wisselend ontvangen. Van An del en Van Zanten menen dat er geen goede grond is opzegging anders te behandelen dan ontbinding, vernietiging of enige andere wijze van beëindiging en menen bovendien dat zulks uit het systeem van art. 37 en 37a Fw is af te leiden. Wel menen zij, dat een wijziging van art. 37a Fw dan in de rede ligt.⁷⁷ In het artikel van Lok komt de redenering van de Hoge Raad omtrent de verruiming van de verifieerbaarheid van dit type vorderingen er minder genadig vanaf. Zij stelt dat art. 37a Fw een uitzondering is op de strikte leer van het fixatiebeginsel. De bepalingen die daaruit voortvloeien, moeten restrictief worden opgevat. Opzegging wordt niet genoemd in deze - volgens haar limitatieve - opsomming van ontbinding en vernietiging. Had de wetgever bedoeld om dit artikel ook van toepassing te laten zijn op vorderingen uit opzegging, dan had hij dit wel expliciet genoemd, zo stelt zij.⁷⁸ Tegen deze stelling kan worden ingebracht, dat de wetgever de noodzaak hiertoe de afgelopen twee decennia niet heeft gehad, nu in deze periode het toedoenbeginsel vigerende rechtspraak was en wat de opzegging van dit type

⁷² HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.2.

⁷³ Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 15.

⁷⁴ Lok 2014b. Zie ook: Van An del & Van Zanten 2013, onder 4.

⁷⁵ Van An del & Van Zanten 2013, onder 4.

⁷⁶ Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 15.

⁷⁷ Van An del & Van Zanten 2013, onder 4.

⁷⁸ Lok 2014b, onder 'Motivering van de Hoge Raad getoetst'.

vorderingen betreft, in boedelschulden resulteerde. Onder het nieuwe boedelschuld criterium zou zonder de overweging omtrent de verificatie van dit type schulden, een niet-verifieerbare vordering resteren. Het oordeel van Verstijnen dat het wat onbillijk zou zijn de betreffende schuldeisers ineens met lege handen zou staan, is mijns inziens dan ook totaal niet onbegrijpelijk, ook niet wanneer dit wat ten koste gaat van de hardheid van het fixatiebeginsel.⁷⁹ Daarbij bedenke men, dat er jarenlang geroepen is het toedoenbeginsel te schrappen, nu er geen goede grond was dergelijke uit opzegging voorvloeiende vorderingen met voorrang, ten koste van de boedel en *dus* ten koste van de gezamenlijke faillissementsschuldeisers te voldoen. Daarbij lijkt het overschakelen naar een concurrente vordering als troostprijs in ieder geval een stap in de goede richting. Echter, dit nieuwe criterium ziet niet slechts op vorderingen die door het oude toedoen criterium tot boedelschuld zouden zijn geworden, maar heeft een veel groter bereik.

4.3 De mogelijke knelpunten van de ongeclausuleerde definitie van het nieuwe faillissementsschuld criterium

In deze paragraaf zal een uiteenzetting volgen van de problemen die worden voorzien in verband met de herdefiniëring van het nieuwe faillissementsschuld criterium. Deze problemen vloeien voort uit het feit dat de definitie die de Hoge Raad omtrent de kwalificatie van dit type schulden heeft geformuleerd nu zo is vormgegeven, dat ook vorderingen die voorheen als niet-verifieerbaar zouden zijn bestempeld, nu wél ter verificatie kunnen worden ingediend.

Met de uitspraak van de Hoge Raad inzake Koot Beheer is een doorn in het oog van mening rechtswetenschapper verwijderd. Een technisch-juridische constructie is weggenomen die slechts tot doel had om schulden te kunnen verifiëren die buiten de macht van de curator om ontstonden. Men lijkt te kunnen leven met het feit, dat de schulden die voorheen door toepassing van dit toedoen criterium tot boedelschuld werden verheven, nu door coulance van de Hoge Raad ter verificatie kunnen worden ingediend, terwijl ze strikt juridisch gezien niet-verifieerbaar zouden zijn geweest. Een blik in de glazen bol legt echter een spectrum aan potentiële problemen bloot die voortvloeit uit het nieuwe, maar vooral erg ruime toepasbare faillissementsschuld criterium. Op basis van het nieuwe criterium zouden namelijk ook vorderingen ter verificatie kunnen worden ingediend, die ontstaan als gevolg van het door blijven presteren van de wederpartij ondanks dat het faillissement is ingetreden. Veelal zal dit gebeuren vanuit onwetendheid over het faillissement. Echter, in gevallen dat de boedel welgevuld is, zou dit ook door crediteuren kunnen worden gedaan om hun positie binnen faillissement te versterken.⁸⁰ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een vordering tot nakoming nadat de curator reeds heeft aangegeven niet te zullen nakomen.⁸¹ Zo zouden problemen kunnen ontstaan met verbintenissen uit

⁷⁹ Zie hoofdstuk 5 voor de onderbouwing van deze opvatting.

⁸⁰ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

⁸¹ Noot Boekraad bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 17; Lok 2014b, onder 'Verifieerbaar ten koste van wat?'. Verder: Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4. Ook: Van Hees 2014, p. 64.

duurovereenkomsten,⁸² zoals in het geval van bewaarneming of aanneming van werk,⁸³ maar ook met vorderingen uit bruikleen- en kredietovereenkomsten.⁸⁴ Echter, ook wanneer de boedel slechts gedeeltelijke uitbetaling aan concurrente schuldeisers mogelijk maakt, kunnen zich situaties voordoen waarin het voor de schuldeiser voordelig is te blijven presteren. Denk hierbij bijvoorbeeld aan garantiebepalingen voor toekomstige eigenschappen van een krachtens een koopovereenkomst overgedragen goed.⁸⁵ Of wat te denken van doorlopende verzekeringen en licenties?⁸⁶ Verder lijken contractuele aansporingsboetes, die louter tot doel hebben de schuldenaar tot nakoming te bewegen, ook ter verificatie te kunnen worden ingediend.⁸⁷ Alle uit bovenstaande rechtsverhoudingen voortvloeiende vorderingen zouden, zo het nu lijkt, ter verificatie kunnen worden ingediend zolang de Hoge Raad niet tot verdere inperking overgaat. Dit terwijl het fixatiebeginsel, zoals bijvoorbeeld vastgelegd in art. 24 Fw, stelt dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die ná de faillietverklaring zijn ontstaan, tenzij deze daarbij is gebaat. Dit laat weinig ruimte over voor alternatieve interpretatie. Realistisch gezien zal dit slechts in een relatief klein aantal faillissementen daadwerkelijk een probleem vormen, nu het tegenwoordig redelijk uitzonderlijk is dat in een faillissement aan uitdeling aan concurrente schuldeisers wordt toegekomen.⁸⁸ Echter, in het geval dat een dergelijke uitzondering zich voordoet en een boedel rijkelijk is gevuld, of dat er op zijn minst aan uitdeling aan concurrente schuldeisers kan worden toegekomen, gaat de opbouw van ná de faillietverklaring ontstane concurrente vorderingen ten koste van de overige concurrente schuldeisers. Daarnaast lijkt het door de Hoge Raad geformuleerde criterium in te druisen tegen de bepalingen uit de Faillissementswet. Inperking is dan ook gewenst.⁸⁹

4.4 Wettelijke opzeggingsbevoegdheid voor de curator?

Dat de nieuwe formulering van de Hoge Raad rondom de kwalificatie van na de faillietverklaring ontstane schulden zowel tot strijdigheid met de strekking van de Faillissementswet zou kunnen leiden als tot een 'overload' aan verifieerbare vorderingen, wordt in de literatuur breed erkend.⁹⁰ Door

⁸² Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4. Zie ook: Lok 2014b, onder 'Verifieerbaar ten koste van wat?'. Verder: Noot Boekraad bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 17. Ook: Van Hees 2014, p. 64.

⁸³ Lok 2014b, onder 'Verifieerbaar ten koste van wat?'.
⁸⁴ Lok 2014b, onder 'Verifieerbaar ten koste van wat?'.
⁸⁵ Lok 2014b, onder 'Verifieerbaar ten koste van wat?'. Daarbij wordt verwezen naar: Toelichting Voorontwerp Insolventiewet.

⁸⁶ Noot Boekraad bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 17; Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4. Ook: Van Hees 2014, p. 64.

⁸⁷ Noot Boekraad bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 16; Lok 2014b, onder 'Verifieerbaar ten koste van wat?'. Verder: Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

⁸⁸ Zie hoofdstuk 2.

⁸⁹ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 6; Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 15. Impliciet ook: Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*). Verder: Lok 2014b.

⁹⁰ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 6; Lok 2013b. Ook: Van Hees 2014, p. 64.

meerdere schrijvers is dan ook een oproep aan de wetgever gedaan de Faillissementswet, die dateert uit het einde van de 19^e eeuw,⁹¹ aan de huidige omstandigheden op de financiële markt aan te passen, in het bijzonder wat betreft de geschetste problematiek uit dit schrijven.⁹² Een wettelijke opzegbevoegdheid zou een schuldeiser die via een vordering tot nakoming of een aansporingsboete zijn positie binnen het faillissement wil versterken, ondanks dat de curator heeft aangegeven niet te zullen nakomen, de wind uit de zeilen nemen.⁹³ Een dergelijke opzegbevoegdheid kan daarbij eventueel beperkt blijven tot rechtsverhoudingen waaruit na faillissement nog vorderingen op de boedel kunnen voortvloeien en waarvoor 'in ruil' een schadevergoeding ter verificatie kan worden ingediend.⁹⁴ Door de Commissie INSOLAD is in 2012 een ander voorstel gedaan, namelijk herinvoering⁹⁵ van de automatische ontbinding in het geval dat de curator expliciet dan wel impliciet aangeeft een overeenkomst niet gestand te zullen doen.⁹⁶ Deze geopperde ideeën ten spijt, lijken dergelijke veranderingen (nog) niet in zicht, nu de focus van de wetgever inzake herziening van de Faillissementswet op andere onderwerpen is gericht.⁹⁷ Misschien dat het 'frappez toujours', dat in het geval van de roep tot het schrappen van het toedoen criterium nog bleek te hebben gewerkt,⁹⁸ ook in deze kwestie effect sorteert. Totdat dit gebeurt - mocht het er ooit van komen - zal de Hoge Raad wellicht in toekomstige rechtspraak het oordeel omtrent het faillissementsschuld criterium wat moeten bijschaven, zo wordt in de literatuur wel verdedigd.⁹⁹

4.5 Wat zou er moeten veranderen?

Uit de hiervoor gemaakt analyse volgt dat de Hoge Raad lijkt te zijn doorgeschoten in de herdefiniëring van het faillissementsschuld criterium. Nu dit criterium niet alleen van toepassing is op vorderingen als die uit de toedoenarresten, maar op alle vorderingen die geen boedelschuld zijn en voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, lijkt dit alles behalve te rijmen met het fixatiebeginsel. Het ongewenste gevolg hiervan is, dat de mate van verhaal van overige concurrente schuldeisers in voorkomend geval wordt beperkt. Het is dan ook onrechtvaardig ten opzichte van die schuldeisers dat de Hoge Raad het faillissementsschuld criterium zo breed toepasbaar heeft opgesteld. Daarnaast is dit vanuit juridisch oogpunt moeilijk verklaarbaar. Bij een eventuele inperking dient het fixatiebeginsel beter gewaarborgd te zijn, net als de gerechtvaardigde belangen van de 'normale'

⁹¹ Uiteraard is er in het afgelopen millennium wel gesleuteld aan de Faillissementswet, de grondgedachte en de hoofdlijn van de wet is echter gebaseerd op de omstandigheden van het toenmalige handelsverkeer en niet toegesneden op de huidige realiteit.

⁹² Van Hees 2014, p. 65. Verder: Lok 2014b, onder 'Motivering van de Hoge Raad getoetst'. Ook: Van Andel & Van Zanten, onder 4.

⁹³ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4; Zie ook: Van Hees 2014, p. 65.

⁹⁴ Van Hees 2014, p. 65.

⁹⁵ Onder de regeling van art. 37 (oud) Fw gold dit ook.

⁹⁶ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

⁹⁷ Kamerstukken II, 2012/13, 29 911, 74. Zie ook: Van Hees 2014, p. 65. Verder: Lok 2014b, onder 'Motivering van de Hoge Raad getoetst'.

⁹⁸ Noot Verstijlen bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 1.

⁹⁹ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 6. Verder: Lok 2014b, onder 'Tot slot'.

concurrente schuldeisers wier vorderingen ten tijde van het intreden van het faillissement al opeisbaar waren. In de vorige paragraaf is echter al vast komen te staan dat men niet te veel hoop moeten hebben dat de wetgever tot een dergelijke inperking overgaat. Het is waarschijnlijker dat de Hoge Raad deze ongerijmdheden zal moeten verhelpen. Het is op zich ook niet vreemd dat hijzelf het probleem moet verhelpen waarvoor hij in de doctrine zo wordt bekritiseerd.

5. Hoe kan verdere jurisprudentie de in de doctrine aangehaalde knelpunten verhelpen?

In het vorige hoofdstuk is een weergave gemaakt van de kritiek en de kanttekeningen die zijn geplaatst bij de uitspraak in het geschil rond het faillissement van Koot Beheer en de wijze waarop de Hoge Raad de kans greep om tot herziening van het vraagstuk rond de kwalificatie van schulden over te gaan. Op het schrappen van het toedoenbeginsel wordt zeer positief gereageerd, op het verifieerbaar maken van de vorderingen die op basis van dit beginsel voorheen een boedelschuld waren, gematigd positief. Op het breed opgezette faillissementsschuld criterium wordt ronduit kritisch gereageerd. Veel bleek er nog onduidelijk, veel problemen worden verwacht. Echter, oplossingen voor die problemen worden eigenlijk niet of nauwelijks aangedragen. In dit hoofdstuk zal worden gekeken of het in stand laten van de herijking van het faillissementsschuld criterium in combinatie met een aanvullende begrenzing op basis van materiële verschuldigheid het gewenste effect sorteert. Eerst zal echter worden aangegeven wat een te implementeren inperking teweeg moet brengen om de geschetste problematiek rondom de geschade gerechtvaardigde belangen van concurrente schuldeisers en de breuk met het fixatiebeginsel te herstellen, althans verzachten.

5.1 Waar moet de inperking aan voldoen om de knelpunten van het faillissementsschuld criterium te verhelpen, althans verzachten?

Het faillissement dient als gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers, waarbij de vorderingen van schuldeisers al naar gelang hun rang binnen het faillissement evenredig uit de boedel worden voldaan.¹⁰⁰ Als hoofdregel geldt, dat bij het intreden van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokken schuldeisers onveranderlijk wordt.¹⁰¹ Op dit beginsel zijn slechts enkele, wettelijk geregelde uitzonderingen mogelijk. Op basis van die onveranderlijke vorderingen wordt vervolgens evenredig aan de concurrente schuldeisers uitgekeerd. Na bestudering van het oordeel van de Hoge Raad uit - en de kritiek op - het arrest Koot Beheer, blijkt een nieuwe uitzondering op het fixatiebeginsel te zijn gemaakt die strijdig is met de uit de Faillissementswet voortvloeiende wettelijke bepalingen omtrent dit beginsel. De Hoge Raad lijkt hiermee buiten zijn boekje te zijn gegaan.¹⁰² Deze bevoegdheidsoverschrijding, maar vooral ook de nadelige effecten die hieruit voortvloeien, zouden wellicht door middel van inperking in toekomstige jurisprudentie kunnen worden verholpen, althans ingeperkt. Bij een dergelijke begrenzing van de werking van het blijkens de geluiden uit de literatuur te breed georiënteerde faillissementsschuld criterium, zal de Hoge Raad erop moeten toezien dat door middel van die nuance de gerechtvaardigde belangen van alle schuldeisers evenredig worden gewaarborgd. Voor de schuldeisers die voorheen onder het toedoen criterium een onmiddellijke aanspraak op de boedel zouden hebben gehad, resteert na de uitspraak in het arrest Koot Beheer een verifieerbare vordering. Dit vloeit blijkens de bespreking in dit stuk niet geheel voort uit het stelsel van de Faillissementswet, maar lijkt zoals

¹⁰⁰ Van der Feltz I 1994, p. 339. Zie ook: Van Hees 2004, onder 1.

¹⁰¹ HR 21 december 1909, W. 8957, (Op den Ende/De Haan Hugenholtz q.q.).

¹⁰² Van Andel & Van Zanten 2013, onder 6. Verder: Lok 2014b, onder 'Tot slot'.

eerder al is geconstateerd, door analoge toepassing van art. 37a Fw en op basis van redelijkheid en billijkheid in de literatuur te worden geaccepteerd. Dat crediteuren hun positie binnen de concursus creditorum ná faillissement en ten koste van andere crediteuren kunnen versterken door een veelvoud aan nieuwe verifieerbare vorderingen, wordt echter als bijzonder onwenselijk ervaren. Dit vooral, nu blijkt dat dit met behulp van vóór het faillissement gemaakte afspraken met de schuldenaar kan worden bewerkstelligd.¹⁰³ Een in toekomstige jurisprudentie te verwoorden nuancering op het recentelijk nieuw vormgegeven faillissementsschuld criterium zal deze onwenselijke mogelijkheid derhalve moeten uitschakelen en de strijdigheid met het fixatiebeginsel moeten opheffen.

5.2 Het fixatiebeginsel

Het op de faillissementsdatum fixeren van de rechtsposities van betrokken op basis van het fixatiebeginsel geldt voor zowel de activa als de passiva van de failliet, wat inhoudt dat de schuldeiser in beginsel slechts in het faillissement kan opkomen voor vorderingen die op de faillissementsdatum reeds bestaan.¹⁰⁴ Er zijn slechts enkele (reeds besproken) wettelijke uitzonderingen zoals het bepaalde in art. 37a Fw. Echter, zoals Van Zanten het mooi verwoordt; het fixatiebeginsel is geen doel op zich, maar slechts een middel om tot voldoening van de schuldeisers conform ieders verhaalsrecht te komen.¹⁰⁵ Hieruit vloeit mijns inziens uiteindelijk ook het grootste bezwaar voort tegen de overweging van de Hoge Raad omtrent ter verificatie in te dienen vorderingen. Niet alleen zou een vordering moeten voortvloeien uit een ten tijde van het faillissement reeds bestaande rechtsverhouding, ook zo de betreffende schuld in grote mate moeten zijn gevormd door gebeurtenissen van vóór datum faillissement, waardoor het daadwerkelijk is toe te rekenen aan de periode vóór de faillietverklaring.¹⁰⁶ Vorderingen die ná faillissement zijn ontstaan en geen boedelschuld zijn, maar die wel voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, zouden mijns inziens nog een extra toets moeten doorstaan om ter verificatie te kunnen worden ingediend, namelijk:

Slechts die schulden die in overwegende mate hun vorm en omvang hebben verkregen vóór datum faillissement en in overwegende mate zijn ontstaan dóór het faillissement, zouden in aanmerking moeten komen voor verificatie.

Deze constructie heeft veel weg van de wijze waarop Boekraad en Van Galen in hun kritiek op het toedoenbeginsel meenden dat met het ontstaan van boedelschulden moest worden omgegaan, namelijk door te kwalificeren met toepassing van het materiële verschuldigdheidscriterium.¹⁰⁷ Ook de tiende categorie van het systeem rondom boedelschulden in het Voorontwerp Insolventiewet heeft hier veel van weg, maar er is eerder al geconcludeerd dat beide ideeën veel op elkaar lijken.¹⁰⁸ Deze wijze

¹⁰³ In het geval van de genoemde contractuele boetes.

¹⁰⁴ Van Zanten 2012, p. 19. Zie ook: Vriesendorp 2013, p. 286-287.

¹⁰⁵ Van Zanten 2012, p. 19.

¹⁰⁶ Zie ook: Noot Boekraad bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 11. Verder: Van Galen 1996b. Ook: Boekraad 1997, p. 76.

¹⁰⁷ Zie hoofdstuk 3.

¹⁰⁸ Zie hoofdstuk 3. Verder: Noot Boekraad bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 11. Boekraad 1997, p. 76. Ook: Toelichting Voorontwerp

van redeneren is in mijn ogen zeer goed toepasbaar op de problematiek die is ontstaan naar aanleiding van de overwegingen in het arrest Koot Beheer. Dat voor de gevallen die door deze toets komen het opeisbaar worden pas na datum faillissement plaatsvindt en dat het fixatiebeginsel daarmee objectief gezien lichtelijk geschonden wordt, is vervelend, maar ook overkomelijk. Uiteindelijk heiligt het doel de middelen en is een lichte strijdigheid met het fixatiebeginsel te accepteren wanneer het doel, de voldoening van de schuldeisers conform ieders verhaalsrecht, wordt behaald. Dat er na de herdefiniëring van het faillissementsschuld criterium ook vorderingen lijken te kunnen worden geverifieerd waarvan de vorm en omvang in overwegende mate ná faillissement zijn ontstaan, is in mijn ogen echter bezwaarlijk te accepteren. Dit wordt echter door toepassing van bovenstaande inperking voorkomen, zoals verderop zal blijken.

5.3 Het voorstel in context

Er zal in deze paragraaf een verduidelijking volgen om de uit het arrest Koot Beheer voortvloeiende problemen rond de *ter verificatie in te dienen vorderingen van ná datum faillissement* wat context te geven. Om het verwachte effect ervan bloot te leggen, zal het voorstel tot inperking zoals in de vorige paragraaf weergegeven, daarop worden toegepast. Hierbij zal een scheiding worden gemaakt tussen ná faillissement ontstane vorderingen die mijns inziens wél ter verificatie zouden moeten kunnen worden ingediend en vorderingen voor welke dit niet mogelijk zou moeten zijn.

5.3.1 Vorderingen die wél ter verificatie moeten kunnen worden ingediend

Het arrest Koot Beheer heeft een verschuiving in de schuld kwalificatie teweeg gebracht die door menig jurist wordt toegejuicht. Niet langer verwordt een vordering tot boedelvordering enkel om het feit dat een verplichting voortvloeit uit een de door de curator verrichte rechtshandeling ten behoeve van de boedel, want het toedoenbeginsel als technisch-juridische constructie om dit te bewerkstelligen is geschrapt. De vorderingen die in de toedoen-arresten speelden, te weten de desinvesteringsverplichting, de affinancieringsverplichting, maar ook de herstelverplichting die speelde in het Koot Beheer-arrest,¹⁰⁹ zullen nu geen boedelschuld meer opleveren.¹¹⁰ Dat deze schulden via het 'nieuwe' faillissementsschuld criterium nu ter verificatie kunnen worden ingediend, is impliciet al door de Hoge Raad aangegeven,¹¹¹ maar blijkt ook door toepassing van dit criterium. Het betreffen namelijk vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van het faillissement bestaande rechtsverhouding,

Insolventiewet, p. 13, 110 en 113. Daarnaast: HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 2.11.1.

¹⁰⁹ Deze vordering zou naar alle waarschijnlijkheid - in lijn met de toenmalige jurisprudentie - een boedelschuld zijn verworden, ware het niet dat het toedoenbeginsel in dit arrest juist is geschrapt.

¹¹⁰ De ontruimingsverplichting uit het arrest Circle Plastics doet dit nog wel, zij het op basis van een andere grondslag en deze zal derhalve in deze paragraaf buiten beschouwing blijven.

¹¹¹ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.4.

die pas na faillissement zijn ontstaan en die - uitdrukkelijk - geen boedelschuld meer opleveren.¹¹² Ook na de toepassing van de geopperde inperking behoudt de schuldeiser het recht deze vorderingen ter verificatie in te dienen. Voor de desinvesteringsverplichting geldt bijvoorbeeld, dat reeds bij het aangaan van de investeringsovereenkomst duidelijk was dat de investering moest worden geretourneerd, wanneer de betreffende goederen binnen een termijn van acht jaar zouden worden vervreemd.¹¹³ De hoogte van de verplichting stond daarbij vast, want de gehele investeringsbijdrage zou moeten worden terugbetaald. Had de schuldeiser de goederen vervreemd, dan had de Ontvanger een directe vordering op de schuldenaar gehad die van dezelfde grootte was. Het faillissement en de vervreemding door de curator, die beide plaatsvonden binnen de achtjaren-termijn, hadden in beginsel geen invloed op de vorm en de omvang van deze vordering. Van deze vordering kan dus worden gezegd, dat de materiële verschuldigdheid in overwegende mate door rechtsfeiten van vóór datum faillissement is bepaald en kan daarmee dus worden toegerekend aan de periode vóór faillissement. Dit geldt ook voor de affinancieringsverplichting, nu deze verplichting (in beginsel) is opgebouwd sinds het sluiten van de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer. De omvang van deze vordering is bepaald door het aantal jaren dat deze werknemer in dienst was. Nu de arbeidsovereenkomst de dag na de faillietverklaring al is opgezegd,¹¹⁴ heeft de opbouw van de pensioenaanspraken slechts plaatsgevonden in de periode voorafgaand aan het faillissement en is de opzegging van de onderliggende arbeidsovereenkomst het enige belangrijk rechtsfeit dat na de faillietverklaring heeft plaatsgevonden. Dit geldt ook voor de reeds besproken herstelverplichting uit het arrest Koot Beheer. In dit arrest is namelijk vast komen te staan dat de schade is ontstaan tijdens de looptijd van de huurovereenkomst en door toedoen van de gefailleerde.¹¹⁵ De herstelverplichting ontstond weliswaar pas op het moment van opzegging van de huurovereenkomst in faillissement en door de curator, maar de schade waarop die verplichting betrekking heeft en vooral ook de omvang van die verplichting, bestond echter al voor faillissement. Derhalve kan niet anders worden gezegd dan dat de materiële verschuldigdheid van de vordering in overwegende mate is bepaald door rechtsfeiten van vóór datum faillissement. Nu daarmee geldt dat de vordering kan worden toegerekend aan de periode vóór faillissement, moet mijns inziens ook voor dit type vorderingen de mogelijkheid tot verificatie openstaan. Uit de uitwerking van deze drie vorderingen uit de toedoen-arresten volgt, met toepassing van de inperking, dat zij ter verificatie kunnen worden ingediend. Dat is ook goed verdedigbaar. Wanneer de rechtsfeiten die in opeisbaarheid resulteerden bij wijze van spreken op de dag voor de faillietverklaring hadden plaatsgevonden, dan waren deze vorderingen na de faillietverklaring ook ter verificatie in te dienen geweest. Het feit dat deze rechtsfeiten na de faillietverklaring plaatsvonden, mag mijns inziens geen verschil maken, nu de periode na faillietverklaring - op de opzegging na - geen invloed heeft gehad op deze vorderingen. Het zou bijzonder onredelijk zijn dat een schuldeiser die reeds voor datum faillissement een latente vordering op de schuldenaar heeft, deze niet ter verificatie kan indienen, puur en alleen omdat deze vordering pas

¹¹² HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.8.

¹¹³ Zie Conclusie A-G Mok bij HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991, 305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*), onder 3.3.1.

¹¹⁴ HR 12 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1136, NJ 1994, 229 (*Frima q.q./Blankers-Van Gennip*), r.o. 3.1.

¹¹⁵ Zulks is door de verhuurder gesteld en niet door de curator betwist. Zie: HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.2.

daags na de faillietverklaring opeisbaar wordt door de opzegging van de overeenkomst door de curator. De schuldeiser die zelf geen invloed heeft gehad op het opeisbaar worden van de betreffende vordering en die er gerechtvaardigd op vertrouwt dat de schuldenaar zijn verbintenissen na zal komen, mag niet door het faillissement zijn recht op verhaal verliezen.

5.3.2 Vorderingen die niet ter verificatie moeten kunnen worden ingediend

Nu volgt de bespreking van vorderingen die mijns inziens niet verifieerbaar zouden moeten zijn. Vanwege het feit dat voor de in deze paragraaf te bespreken vorderingen geen rechtspraak beschikbaar is, zal in deze paragraaf gebruik worden gemaakt van een fictieve onderneming F die in faillissement verkeert. Eerst zal een vordering worden besproken die ontstaat op basis van doorleveren door de wederpartij ná faillissement. Daarna volgt de bespreking van een vordering op basis van een contractuele boete. Hierbij zal onder andere door gebruikmaking van het inperkingscriterium worden beargumenteerd, dat zulke vorderingen niet voor verificatie in aanmerking zouden moeten komen. Voor deze selectie is gekozen, omdat deze twee soorten vorderingen volgens de voorspellingen in de gebruikte literatuur het meest problematisch zijn.¹¹⁶ Dit valt af te leiden uit het feit dat deze vorderingen in zowel de publicatie van Van Andel en Van Zanten¹¹⁷, als in de artikelen van Lok¹¹⁸ en de noot van Boekraad¹¹⁹ bijzonder veel aandacht krijgen. De roep om inperking die deze schrijvers daarbij uiten, vloeit voort uit hun bespreking en mijn analyse van deze vorderingen. Bovendien dekt deze selectie de potentiële nadelige gevolgen van verschillende - in het vorige hoofdstuk besproken - typen vorderingen die ná faillissement kunnen ontstaan en daardoor in potentie ter verificatie kunnen worden ingediend onder het nieuwe faillissementsschuld-criterium.¹²⁰

Doorleveren na datum faillissement

De fictieve onderneming F heeft een duurovereenkomst met X gesloten, op basis waarvan F elke week een lading grondstoffen moet afnemen en waarvoor F zich in ruil heeft verbonden wekelijks een som geld aan X te betalen. Op het moment dat het faillissement van F intreedt, loopt deze overeenkomst gewoon door, nu het faillissement in beginsel geen invloed heeft op het bestaan van overeenkomsten.¹²¹ Wanneer na het faillissement een curator is aangesteld en deze de failliete onderneming F heeft bestudeerd, besluit hij de overeenkomst niet gestand te doen. Ondanks dat X op de hoogte is van zowel het faillissement als van de onwil van de curator om na te komen, besluit hij toch een lading goederen aan F te leveren, nu hij vermoedt dat de boedel van F genoeg waarde bevat om ook aan uitdeling aan concurrente schuldeisers toe te komen. Op basis van de formulering van te verifiëren vorderingen die in het arrest Koot Beheer is gegeven, kan X deze vordering ter verificatie indienen, nu

¹¹⁶ Zie voor de overige typen vorderingen paragraaf 4.3.

¹¹⁷ Van Andel & Van Zanten 2013. Zie - met name - hoofdstuk 4.

¹¹⁸ Lok 2014a & b. Zie met name: Lok 2014b, onder 'Verifieerbaar ten koste van wat?'

¹¹⁹ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, JOR 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

¹²⁰ Zie paragraaf 4.3.

¹²¹ Zie hoofdstuk 2.

deze geen boedelschuld is en daarnaast voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding. Doordat het een duurovereenkomst betreft, zou X meerdere malen kunnen leveren en is de opbouw van zijn vorderingen door deze 'truc' in principe slechts begrensd door de boedel.¹²² Het gevolg van dergelijk handelen is het ontstaan van vorderingen die bewust ná datum faillissement zijn ontstaan, terwijl de schuldeiser c.q. wederpartij wist van het faillissement en de onwil van de curator om de overeenkomst gestand te doen. Dergelijk handelen kan in potentie ten koste gaan van de mate van verhaal die de boedel nog te bieden heeft voor de overige concurrente schuldeisers. Wanneer de boedel namelijk niet genoeg waarde bevat om de concurrente schuldeisers volledig te voldoen, zal het boedelrestant evenredig over alle concurrente vorderingen worden voldaan, waarbij de (gedeeltelijke) voldoening van de vordering van X ten koste gaat van de voldoening van de vorderingen van de overige schuldeisers. Het feit dat de Hoge Raad deze mogelijkheid - al dan niet onbewust - heeft gecreëerd, strookt allerminst met het fixatiebeginsel noch met de beperkte uitzonderingen op dat beginsel. Het tegengaan van deze mogelijkheid lijkt mij dan ook gewenst, vooral in het geval dat de wederpartij bewust en met wetenschap van het faillissement is blijven doorleveren om zijn positie te versterken. Dit kan overigens ook het geval zijn indien de grootte van de boedel slechts beperkte uitbetaling aan concurrente crediteuren toelaat. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de vorderingen die ontstaan uit het blijven presteren in de vorm van het in de lucht houden van een website, maar ook het door laten lopen van verzekeringen in het geval dat de curator reeds heeft aangegeven de onderliggende overeenkomst niet gestand te willen doen.¹²³ De prestatie die de wederpartij hiervoor moet leveren is gering – althans, het is geen actieve prestatie¹²⁴ - en kan hem derhalve op eenvoudige wijze een substantieel grotere vordering opleveren. Echter, ook in het geval dat de schuldeiser zich niet bewust was van de onwil van de curator om de overeenkomst gestand te doen - of pretendeert zich hiervan niet bewust te zijn geweest - maar dit wél had moeten of kunnen zijn, valt er wat voor te zeggen dat de betreffende vorderingen niet ter verificatie kunnen worden ingediend. De wederpartij heeft krachtens art. 37 Fw uitdrukkelijk de mogelijkheid om de curator te vragen of hij de tussen de wederpartij en de failliet gesloten wederkerige overeenkomst al dan niet gestand zal doen. Verzuimt de wederpartij een dergelijk verzoek aan de curator voor te leggen of negeert hij het feit dat de curator heeft verklaard de overeenkomst niet gestand te willen doen, maar 'levert' hij toch, dan valt niet in te zien waarom een daaruit voortvloeiende vordering tot nakoming ter verificatie moet kunnen worden ingediend. Hierbij zou men een parallel kunnen trekken aan de gedachte van de beperking op basis van 'eigen schuld' bij de (buitencontractuele) onrechtmatige daad;¹²⁵ eenieder draagt de schade die hijzelf veroorzaakt en men heeft de plicht om de schade zoveel mogelijk te beperken. Weliswaar ontstaat er hier schade voor de schuldeiser doordat hij levert terwijl de verbintenis van de *schuldenaar* niet wordt nagekomen, echter, die schade is veroorzaakt door hemzelf. Een verzoek op basis van art. 37 Fw had hem op de hoogte kunnen brengen - of heeft hem op de hoogte gebracht - van het feit dat de curator de overeenkomst niet gestand wil doen. Mijns inziens rust er een plicht op een wederpartij om een

¹²² Lok 2014b, onder 'Verifieerbaar ten koste van wat?'.

¹²³ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4. Zie verder: Lok 2014b, onder 'Verifieerbaar ten koste van wat?'. Ook: Verstijlen 2014, p. 64. Verder: HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 17.

¹²⁴ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

¹²⁵ Art.6:101 en 6:162 BW.

dergelijk verzoek in te dienen, opdat hij de schade kan én moet beperken. Verzuimt hij zulks te doen, dan mag dit niet tot een verifieerbare vordering leiden, al helemaal niet nu dit leidt tot een beperking van de verhaalsmogelijkheden van overige crediteuren. Het zou wat al te gortig zijn dat de andere (concurrente) schuldeisers hiervan de lasten ondervinden.

Het is bovendien niet zo, dat de wederpartij na faillissement met lege handen staat. Hij kan krachtens art. 37a Fw alle vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortkoming in de nakoming van een *vóór* faillissement op de schuldenaar verkregen vordering, ter verificatie indienen. Daarnaast kan hij na wanprestatie van de curator, dus ná faillissement, de overeenkomst ontbinden en de vorderingen uit hoofde van die ontbinding ook ter verificatie indienen. Toepassing van het in dit hoofdstuk geformuleerde inperkingscriterium op een vordering uit doorlevering na faillissement, leidt dan ook terecht tot de conclusie dat dit type vorderingen niet-verifieerbaar is. De vordering ziet namelijk op voldoening van een schuld die is ontstaan na datum faillissement, aangezien de levering na faillissement plaatsvond. Weliswaar is de omvang van de vordering bepaald op basis van de contractuele afspraken tussen partijen, maar het ontstaan van de vordering is niet veroorzaakt door het faillissement. Het is het handelen van de wederpartij dat ervoor heeft gezorgd dat er een schuld ontstond. Dat daaruit een vordering tot nakoming voortvloeit die ten koste zou gaan van de verhaalsmogelijkheden van de overige concurrente schuldeisers, is mijns inziens onacceptabel, waardoor ik concludeer dat dit type vorderingen niet-verifieerbaar zou moeten zijn. Voor nakomingsvorderingen die ná faillissement worden ingesteld op basis van vorderingen die reeds opeisbaar waren *vóór* de faillissementsdatum, meen ik dat deze in beginsel wel moeten kunnen worden ingediend, nu de vorm en omvang van de onderliggende vorderingen reeds voor datum faillissement zijn bepaald. Dit blijkt nu eenmaal al uit het feit dat deze onderliggende vorderingen reeds opeisbaar zijn. Hierbij dient wel de kanttekening te worden geplaatst dat een dergelijke nakomingsvordering niet mag zien op voldoening van een hogere som dan die zou zijn uitgekeerd in het geval er een vervangende schadevergoedingsvordering zou worden ingediend. De wederpartij zou hierdoor namelijk in strijd komen met de door hem naar andere schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, zo is terecht in de literatuur betoogd.¹²⁶

Overigens geldt, dat een wederpartij überhaupt niet de rechten uit een overeenkomst mag blijven uitoefenen als ware het faillissement niet ingetreden.¹²⁷ Dit volgt uit het in 2006 gewezen arrest *Nebula* waarin de Hoge Raad oordeelde dat zulks het beginsel van gelijkheid van schuldeisers – de *paritas creditorum* - op onaanvaardbare wijze zou doorbreken.¹²⁸ Hieruit zou men reeds kunnen concluderen dat het indienen van vorderingen die voortvloeien uit het doorleveren na faillissement, niet ter verificatie kunnen worden ingediend. Echter, het inperkingscriterium als vangnet lijkt geen overbodige toevoeging, vooral gezien het feit dat er naast het net besproken type ongewenste vorderingen, ook nog andere vorderingen zijn die de verhaalsmogelijkheden van de overige concurrente crediteuren

¹²⁶ Zie ook: Van Zanten 2012, p. 212 en 27-30. Verder: Verstijlen 2006, p. 113.

¹²⁷ Lok 2014b, onder 'Gevolgen faillissement voor de wederkerige overeenkomst'.

¹²⁸ HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*), r.o. 3.5. Van Anel en Van Zanten concluderen hierbij overigens dat, hoewel in de literatuur anders is betoogd, de Hoge Raad in dit arrest een algemene regel heeft willen formuleren, nu in het arrest *Koot Beheer* expliciet (r.o. 3.6.1.) expliciet naar het *Nebula*-arrest wordt verwezen; Zie noot 14 bij: Van Anel en Van Zanten 2013.

ongerechtvaardigd kunnen verkleinen. Hiervan is de hierna te bespreken contractuele boete een voorbeeld.

Contractuele boetes

De contractuele boete is de laatste te bespreken categorie van vorderingen die mijns inziens niet verifieerbaar zouden moeten zijn. Bij deze categorie kan bijvoorbeeld worden gedacht aan aansporingsboetes die louter zien op het aansporen van de wederpartij tot nakoming van de verbintenissen uit de tussen partijen gesloten overeenkomst.¹²⁹ Op basis van het door de Hoge Raad geformuleerde faillissementsschuld criterium is dat type vordering ter verificatie in te dienen, nu een dergelijke, ná het faillissement ontstane vordering niet als boedelschuld kwalificeert en bovendien voortvloeit uit een op de faillissementsdatum reeds bestaande rechtsverhouding. Nu een dergelijke vordering niet ziet op het vergoeden van schade maar slechts op het onder druk zetten van de schuldenaar, zou het bijzonder vreemd zijn dat de voldoening van een dergelijk beding ten koste zou kunnen gaan van de verhaalsmogelijkheid van andere concurrente crediteuren. Mijns inziens is er voor 'derdenwerking' van een dergelijk contractueel beding geen rechtvaardiging te vinden.¹³⁰ Bovendien geldt dat de boete haar functie verliest in relatie tot de failliet, nu deze op basis van art. 23 Fw niet meer kan presteren.¹³¹ Bovendien is het onwenselijk dat de curator bij de keuze al dan niet een overeenkomst gestand te doen, onder druk kan worden gezet door de dreiging van het verbeuren van aansporingsboetes.¹³² Toepassing van het inperkingscriterium leidt ertoe dat een dergelijke vordering niet-verifieerbaar wordt bestempeld. Een dergelijke vordering is namelijk niet tijdens de gehele looptijd van de overeenkomst latent aanwezig, maar doet zich pas voor op het moment van niet-nakoming. Wanneer de vordering wordt ingesteld, ziet die vordering op de niet-nakoming die op dat moment plaatsvindt.¹³³ Wanneer de vordering tot betaling van een boete dus wordt ingesteld op het moment dat de onderneming failliet is, ziet deze vordering op het niet-nakomen ná faillietverklaring. Daarmee is de vordering in overwegende mate bepaald door rechtsfeiten die plaatsvonden ná datum faillissement en zal daarmee niet-verifieerbaar zijn, nu deze niet kan worden toegerekend aan de periode vóór faillissement.

¹²⁹ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

¹³⁰ Zie ook: Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

¹³¹ Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

¹³² Verstijlen 2006, p. 144. Zie ook: Van Zanten 2012, p. 386-387. Verder: Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4.

¹³³ HR 5 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB8998, NJ 1990, 325 (*Dubbeld/Laman*). Zie ook: Van Andel & Van Zanten 2013, onder 4. Verder: Noot Boekraad bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, JOR 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), onder 16.

6. Tot slot

6.1 De onderzoeksvraag

In dit schrijven is getracht een antwoord te vinden op de in de inleiding vermelde onderzoeksvraag, die luidt:

Wat is het effect van een beperking op basis van materiële verschuldigheid op de strijdigheid met de paritas creditorum, die is ontstaan na de herziening van het faillissementsschuld criterium door de Hoge Raad in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.?

6.2 Conclusie

Uit het verrichte literatuuronderzoek is naar voren gekomen dat het schrappen van het toedoen criterium, dat centraal stond in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q., in de faillissementswereld met open armen werd ontvangen. De effecten van dit toedoen criterium werden namelijk gezien als strijdig met het beginsel van de gelijkheid der crediteuren, de paritas creditorum. Het opeisbaar worden van de vorderingen uit de toedoenarresten was slechts een bijgevolg van het handelen van de curator. Toch werden deze vorderingen door het toedoenbeginsel als boedelvordering aangemerkt, als waren het kosten voor de afwikkeling van het faillissement. Door deze technisch-juridische constructie ging de voldoening van deze vorderingen ten koste van de verhaalsmogelijkheden van de overige schuldeisers, terwijl hiervoor geen aanwijsbare reden was, zo luidde de kritiek in de literatuur. Het schrappen van het toedoenbeginsel werd dan ook toegejuicht. De Hoge Raad vond het echter kennelijk niet billijk om de schuldeisers die voorheen via dit criterium een vordering op de boedel zouden hebben gehad, nu met lege handen te laten staan. Daarom nam hij de gelegenheid te baat om ook het faillissementsschuld criterium onder handen te nemen. Op basis van dit criterium kunnen vorderingen die geen boedelschuld zijn, maar die wel voortvloeien uit een ten tijde van het faillissement reeds bestaande rechtsverhouding, ter verificatie worden ingediend. De vorderingen die in de toedoenarresten het onderwerp van geschil waren, zijn door deze herformulering nu aangemerkt als faillissementsvorderingen. Hoewel hier en daar een kritische noot bij deze geste van de Hoge Raad is geplaatst, zijn de geluiden over de verificatiemogelijkheid van deze vorderingen overwegend positief. Zelf ben ik van mening dat het is toe te juichen dat deze vorderingen nu als faillissementsvordering kunnen worden ingediend, aangezien het mijns inziens bijzonder onbillijk zou zijn dat deze vorderingen, waarvan slechts het opeisbaar worden een belangrijk rechtsfeit is dat na faillissement plaatsvond, als niet-verifieerbaar zouden worden bestempeld. In mijn ogen zijn het namelijk vorderingen op de schuldenaar en is de afwikkeling van de boedel derhalve óók bedoeld voor de rechthebbenden van deze vorderingen. Het herziene faillissementsschuld criterium is echter toepasbaar gebleken op veel meer vorderingen, nu in beginsel *alle* vorderingen die geen boedelschuld zijn, maar wel voortvloeien uit een ten tijde van het faillissement reeds bestaande rechtsverhouding, ter verificatie kunnen worden ingediend. In potentie herbergt dit de ongewenste consequentie, dat ook vorderingen die in overwegende mate door rechtsfeiten van ná de faillietverklaring zijn ontstaan, verifieerbaar zijn. Sterker nog, in de literatuur wordt betoogd dat het voor schuldeisers mogelijk is om de omvang van hun

vorderingen ná faillissement te beïnvloeden, wanneer de Hoge Raad niet over gaat tot verdere inperking van dit criterium. Schuldeisers zouden nu namelijk vorderingen kunnen laten verifiëren die zij verkrijgen uit het blijven presteren nadat het faillissement is ingetreden, zelfs wanneer de curator heeft aangegeven de overeenkomst niet gestand te willen doen. Daarnaast kunnen na faillissement contractuele boetes, die louter tot doel hebben de schuldenaar tot nakoming te bewegen, ook als concurrente vorderingen worden aangemerkt. Wanneer echter het faillissement van de schuldenaar is ingetreden, verliest een dergelijke boete zijn functie, aangezien de schuldenaar op dat moment niet meer kán nakomen. De mogelijkheid om deze beide typen vorderingen in te kunnen dienen is strijdig met de bepalingen uit de Faillissementswet en in het bijzonder met het fixatiebeginsel. Het intreden van het faillissement is het moment waarop de boedel van de failliet wordt gefixeerd. De boedel wordt vervolgens geliquideerd ter voldoening van de vorderingen op de schuldenaar die bestaan op het moment van faillietverklaring. Daarna worden de schuldeisers op basis van gelijkheid uit de boedel voldaan.¹³⁴ Daarbij past niet, dat sommige schuldeisers hun positie in faillissement kunnen versterken ten koste van andere schuldeisers. Het nieuwe faillissementsschuld criterium zou dit in potentie wel teweeg kunnen brengen, waardoor de gerechtvaardigde belangen van de overige concurrente schuldeisers worden geschaad. Uit dit onderzoek is echter gebleken dat er een oplossing is voor dit probleem. Die oplossing bewerkstelligt dat de toenmalige toedoenvorderingen nog altijd ter verificatie kunnen worden ingediend, maar dat de probleemgevallen, zoals de contractuele boete en een vordering op basis van doorleveren, niet-verifieerbaar worden geacht. Wanneer het wordt toegepast op het huidige faillissementsschuld criterium, lijkt het recentelijk nog door Boekraad¹³⁵ besproken materiële verschuldigdheids criterium als inperkingsmechanisme dit gewenste effect te bewerkstelligen. Het fixatiebeginsel wordt strikt juridisch gezien nog enigszins geschonden doordat de vorderingen als uit de toedoenarresten pas na faillissement - dus na het fixatiemoment - opeisbaar worden, maar toch ter verificatie kunnen worden ingediend. Echter, het fixatiebeginsel is geen doel op zich, maar slechts een middel om tot voldoening van de schuldeisers conform ieders verhaalsrecht te komen.¹³⁶ Nu slechts het opeisbaar worden van die vorderingen vlak na faillissement plaatsvindt en deze vorderingen kunnen worden toegerekend aan de periode vóór faillissement, zijn het vorderingen op de schuldenaar en moeten deze mijns inziens als faillissementsschulden worden gekwalificeerd. Een vordering op basis van doorleveren ná faillissement is echter toe te rekenen aan het handelen van de schuldeiser en dient derhalve niet verifieerbaar te zijn. Ook de contractuele aansporingsboete dient niet verifieerbaar te zijn, want een dergelijke boete verliest niet alleen zijn functie doordat de failliet niet meer kan nakomen, bovendien ziet het op de niet-nakoming die ná het faillissement plaatsvindt. Er kan derhalve worden geconcludeerd, dat het inperkingscriterium op basis van materiële verschuldigdheid een positief effect heeft op de strijdigheid met het fixatiebeginsel, die is ontstaan bij de herziening van het faillissementsschuld criterium door de Hoge Raad. Nog belangrijker, het neemt ook de strijdigheid met de gerechtvaardigde belangen van concurrente schuldeisers weg en herstelt de paritas creditorum, de gelijkheid der schuldeisers.

¹³⁴ Behoudens door de wet erkende redenen van voorrang.

¹³⁵ Noot Boekraad bij HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*). Zie verder: paragraaf 5.2.

¹³⁶ Van Zanten 2012, p. 19.

6.3 Aanbeveling

Uit het onderzoek in dit schrijven blijkt, dat de problemen rondom de in literatuur herkende knelpunten van het nieuwe faillissementsschuld criterium door toepassing van het inperkingscriterium kunnen worden tegengegaan. Hieruit vloeit dan ook mijn aan de Hoge Raad gerichte aanbeveling voort. Implementeer in toekomstige rechtspraak, als beperking op het nieuwe faillissementsschuld criterium, het inperkingscriterium op basis van materiële verschuldigdheid zoals dat hier is weergegeven:

Slechts die schulden die in overwegende mate hun vorm en omvang hebben verkregen vóór datum faillissement en in overwegende mate zijn ontstaan door het faillissement, zouden in aanmerking moeten komen voor verificatie.

Op deze wijze kunnen de vorderingen die voorheen door toepassing van het toedocriterium tot boedelschuld verwerden, alsnog ter verificatie worden ingediend, terwijl de in de literatuur erkende probleemgevallen buiten de deur worden gehouden. Het is te hopen dat de Hoge Raad deze oplossing, of een oplossing met een vergelijkbaar resultaat, zal toepassen. Het is een feit dat tegenwoordig in slechts weinig faillissementen nog aan uitdeling aan concurrente schuldeisers wordt toegekomen, maar dit zou na het schrappen van het toedocriterium enigszins kunnen toenemen. Hoe dan ook, in geen enkel faillissement mag het zo zijn dat de gerechtvaardigde belangen van overige schuldeisers kan worden geschaad doordat bepaalde crediteuren van de, door de Hoge Raad gecreëerde, mogelijkheid gebruik maken om hun eigen positie in faillissement te versterken. Deze mogelijkheid wordt hen echter ontnomen door het bovenstaande inperkingsmechanisme op basis van materiële verschuldigdheid.

Een tweede aanbeveling gaat uit naar de wetgever. Het feit dat er al decennia lang wordt geworsteld met de kwalificatie van schulden in faillissement, lijkt erop te wijzen dat de Faillissementswet niet is toegesneden op de problemen in de huidige faillissementswereld. Daarom sluit ik mij aan bij de roep om herziening van de Faillissementswet, zoals die door meerdere schrijvers in de onderzochte literatuur is geuit.¹³⁷ Of dit verzoek wordt ingewilligd, valt echter nog te bezien.

¹³⁷ Van Hees 2014, p. 65. Verder: Lok 2014b, onder 'Motivering van de Hoge Raad getoetst'. Ook: Van Aniel & Van Zanten, onder 4.

7. Literatuurlijst

Boeken

Boekraad 1997

G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel (diss)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van der Feltz I 1994

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz, I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Smelt 2006

A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht (diss.)*, Deventer: Kluwer 2006.

Vriesendorp 2013

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Wessels 2001

B. Wessels, *Vereffening van de boedel (Polak-Wessels Insolventierecht, deel VII)*, Deventer: Kluwer 2001.

Van Zanten 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (diss. Groningen)*, Deventer: Kluwer 2012.

Artikelen

Van Andel & Van Zanten 2013

J.M. van Andel & T.T. Van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden. Beschouwingen naar aanleiding van HR 19 april 2013 inzake Koot Beheer/Tideman q.q.', *Tvl* 2013/26.

Van Eeghen 1999

L.J. van Eeghen, 'Boedelverontreiniging', *Tvl* 1999/9.

Van Galen 1996a

R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement (I)', *WPNR* 1996/6225.

Van Galen 1996a

R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement (I)', *WPNR* 1996/6226.

Van Hees 1994

A. van Hees, 'Ontruimingsverplichting bij de opzegging van een huurovereenkomst door de curator van een failliete huurder boedelschuld?', *NbBW* 1994/4.

Van Hees 2004

J.J. van Hees, 'Schuldeisers en de afwikkeling van het faillissement: de curator onder invloed?', *TvI* 2004/58.

Van Hees 2014

J.J. van Hees, 'Verifieerbare vorderingen en ander ongerief', *FIP* 2014/2.

Huijzer 2001

M.W. Huijzer, 'Boekbespreking B. Wessels, Vereffening van de boedel (Polak-Wessels VII), Deventer: Kluwer 2001', *TvI* 2001/5.

Lok 2014a

M.E.C. Lok, 'Het toedoen ten onder (I)', *WPNR* 2014/7004.

Lok 2014b

M.E.C. Lok, 'Het toedoen ten onder (II)', *WPNR* 2014/7005.

Van Mierlo 2004

A.I.M. van Mierlo, 'Boedelschulden. Mag het ietsje minder zijn?', *TvI* 2004/55.

Schaink 2014

P.R.W. Schaink, 'De gevolgen van het arrest Koot/Tideman voor arbeidsrechtelijke casusposities', *TvI* 2014/2.

Tekstra 2013

A.J. Tekstra, 'Drie soorten boedelschulden in faillissement', *FIP* 2013/4.

Tideman & Nolten 2013

B.J. Tideman en R.P.R. Nolten, 'Vordering tot vergoeding van niet-genoten vakantiedagen van door de curator ontslagen werknemers: boedelschuld of toch niet?', *TvI* 2013/43.

Verstijlen 2000

F.M.J. Verstijlen, 'Kroniek van het faillissementsrecht', *NJB* 2000/31.

Verstijlen 2006

F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de*

overeenkomst binnen faillissement, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006.

Verstijlen & Smelt 2008

F.M.J. Verstijlen en A.A.J. Smelt, 'Boedelschulden in het voorontwerp Insolventiewet', *Tvl* 2008/15.

Vogels 2004

H.W. Vogels, 'Ontruimingsverplichting boedelschuld door toedoen curator', *Tvl* 2004, 64,

Publicaties

Faillissementscijfers CBS

Faillissementen; afwikkelingen, financieel naar benadeling, 1992-2010, Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen 14 maart 2014, zie <http://statline.cbs.nl/StatWeb>.

Toelichting Voorontwerp Insolventiewet

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), 'Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet', *Serie Onderneming en Recht deel 2-IV*, Deventer: Kluwer 2007.

Voorontwerp Insolventiewet

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet*, *Serie Onderneming en Recht deel 2-IV*, Deventer: Kluwer 2007.

Kamerstukken

Kamerstukken II, 2012/13, 29 911, 74.

Jurisprudentie

HR 31 december 1909, *W. 8957 (Op den Ende/De Haan Hugenholtz q.q.)*.

HR 5 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB8998, *NJ* 1990, 325 (*Dubbeld/Laman*).

HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ* 1991, 305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

HR 12 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1136, *NJ* 1994, 229 (*Frima q.q./Blankers-Van Gennip*).

HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170, *NTBR* 2004, 74, m.nt. A.A.J. Smelt (*Circle Plastics*), p. 404-407.

HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170, *NJ* 2004, 617 (*Van Galen q.q./Circle Plastics*).

HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*).

HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013, 224 m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).