

WPNR 2014(7004) Het toedoen ten onder (I)

Publicatie	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Aflevering	145 afl. 7004
Paginnummers	106-115
Publicatiedatum	01 februari 2014
Auteurs	Mw. mr. M.E.C. Lok, Advocaat te Amsterdam. (www.bakermckenzie.com/marjonlok)

Het toedoen ten onder (I)

Koot Beheer/Mr. Tideman q.q.¹: Hoge Raad komt terug op toedoen criterium en geeft ruim baan aan de verifieerbare vordering

Deuren en vensters

Boedelschulden zijn al jaren onderwerp van discussie. Zij geven onmiddellijk aanspraak op de boedel en hoeven niet ter verificatie te worden aangemeld. Dit betekent dat boedelcrediteuren een zeer sterke positie in het faillissement hebben, zeker ten opzichte van de concurrente crediteuren met verifieerbare vorderingen die vaak weinig of geen uitkering ontvangen. Vorderingen die ontstaan *na* faillissement en die geen boedelschuld zijn, werden geacht vaak helemaal niet verifieerbaar te zijn. De kwalificatie van een vordering is daarom van groot belang voor crediteuren. Het is echter deze kwalificatie die vaak voor problemen zorgt.

Hoewel er in de wet een aantal concrete voorbeelden van boedelschulden staat², wordt dit begrip nergens gedefinieerd. We zijn dus aangewezen op de uitleg door de Hoge Raad. Tot voor kort stond de deur naar de boedelschulden wagenwijd open. Iedere verplichting die ontstond ten gevolge van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling - ofwel toedoen - werd al gauw aangemerkt als boedelschuld. Sinds de uitspraak van april dit jaar, staat deze deur kennelijk nog slechts op een kier. Het venster is daarentegen echter ruim opengezet voor verifieerbare vorderingen. Maar hoe duidelijk zijn de door de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* geformuleerde criteria eigenlijk en kunnen crediteuren hier nog wel mee uit de voeten?

I. Boedelschulden

Het fixatiebeginsel en vorderingen in faillissement

In tegenstelling tot vele andere jurisdicties², kent de faillissementsprocedure in Nederland terugwerkende kracht.³ Het faillissement werkt ex art. 23 Fw terug tot 00.00 uur van de dag waarop de faillietverklaring is uitgesproken. Op dat moment verliest de schuldenaar de beschikkings- en beheersbevoegdheid en wordt de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk. Het geheel aan schuldeisers wordt gefixeerd. Hier spreekt men over het fixatiebeginsel; een belangrijk uitgangspunt in het faillissementsrecht.⁴

Alle vorderingen die zien op voldoening van een vóór 00.00 uur van de dag waarop de faillietverklaring is uitgesproken ontstane verbintenis, moeten ter verificatie bij de curator worden ingediend ex art. 26 Fw. Dit zijn de verifieerbare vorderingen.

Art. 24 Fw bepaalt dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die *na* faillissement zijn ontstaan, behalve indien en voor zover de boedel ten gevolge daarvan is gebaat. Art. 24 Fw bevat een uitwerking van het fixatiebeginsel. De verwijzing naar "*schuldenaar*" impliceert dat dit artikel niet ziet op door de curator aangegane verbintenissen. Als er geen sprake is van een bate, wordt de boedel niet gebonden. De uit de verbintenis voortvloeiende vorderingen kunnen dan niet ter verificatie worden ingediend ex art. 26 Fw en de crediteur zal geen aanspraak hebben op betaling uit of nakoming door de boedel ex art. 24 Fw. Als er wel sprake is van een bate voor de boedel, worden de schulden die hieruit voortvloeien als boedelschuld aangemerkt.⁵ "*Gebaat*" wil zeggen dat het in

het faillissement vallende vermogen moet zijn vergroot.⁶ De boedel is alleen aansprakelijk tot het bedrag van het voordeel, dus voor maximaal het bedrag van de vermogensuitbreiding.

In afwijking van het voorgaande, ging men er voorheen van uit dat een verbintenis ontstaan *na* faillissement, toch aanspraak kan geven op betaling *of* verificatie indien:

(1) er een wettelijke grondslag is voor betaling (bijvoorbeeld boedelvorderingen ex art. 39 en 40 Fw) *of* verificatie (bijvoorbeeld concurrente vorderingen ex art. 37a Fw) *of*

(2) de vordering het gevolg was van een handeling verricht door de curator ten behoeve van de boedel: het *toedocriterium*.

De mogelijkheid tot verificatie van vorderingen na faillissement lijkt sterk te zijn opgerekt in *Koot Beheer/Tideman q.q.*, zoals in dit artikel zal worden besproken. Op het in punt 2 genoemde toedocriterium is de Hoge Raad in ditzelfde arrest naar eigen zeggen zelfs teruggekomen. Hiervoor in de plaats gekomen zijn drie - later in dit artikel te bespreken - criteria.

Art. 37 en 37a Fw vormen belangrijke uitzonderingen op het (voormalige) uitgangspunt dat vorderingen die zijn ontstaan *na* faillissement geen verifieerbare vorderingen opleveren. Uit art. 37 Fw volgt dat als en voor zover de curator verklaart dat hij de overeenkomst gestand doet, de verbintenissen uit de overeenkomst boedelschulden opleveren.⁷ Uit art. 37a Fw volgt dat vorderingen verifieerbaar zijn indien zij zijn ontstaan (1) uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een pre-faillissementsovereenkomst, of (2) strekken tot schadevergoeding bij een tekortschieten ter zake van een pre-faillissementsvordering. Dit artikel vindt ook toepassing als de ontbinding, vernietiging of het tekortschieten *na* de faillietverklaring heeft plaatsgevonden. Huur- en arbeidsovereenkomsten nemen een bijzondere positie in.⁸

De huur respectievelijk het loon en met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden zijn vanaf de dag der faillietverklaring boedelschulden.

Toedocriterium: The Rise

Uit het voorgaande blijkt hoe het moment en de wijze van het ontstaan van een vordering relevant kunnen zijn voor de kwalificatie daarvan. Boedelschulden werden echter niet alleen op grond van de wet, zoals bij art. 39 en 40 Fw, aangenomen, maar ook indien de vorderingen het gevolg waren van een "*toedoen*" door de curator. Dit criterium is in jurisprudentie ontwikkeld.

Een aan de fiscus verschuldigde desinvesteringbetaling ten gevolge van een vervreemding van bedrijfsmiddelen door de curator werd, bijvoorbeeld, als boedelschuld aangemerkt in *De Ranitz q.q./ Ontvanger*.⁹ Vóór faillissement had de schuldenaar gebruik gemaakt van een fiscale faciliteit, waardoor er een aftrek vennootschapsbelasting kon worden genoten. Als de goederen binnen een bepaalde termijn vervreemd zouden worden, zou een deel van de overdrachtsprijs als desinvesteringbetaling worden aangemerkt en als vennootschapsbelasting verschuldigd worden. De curator verkocht de goederen binnen die termijn, waardoor - automatisch -belasting verschuldigd werd: een boedelschuld volgens de Hoge Raad.

Ook de verplichting tot affinanciering van pensioenafspraken werd in *Frima q.q./Blankers* gezien als een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling en was een boedelschuld.¹⁰ Het betrof hier een afspraak over een aanspraak van de werknemer op pensioen gerelateerd aan eindloon. Bij een loonsverhoging moest de opbouw in de voorliggende periode worden aangevuld. Bij ontslag ontstond de verplichting tot affinanciering. De curator heeft de werknemer ontslagen en de hierdoor ontstane verplichting werd door de Hoge Raad als boedelschuld aangemerkt. De Hoge Raad achtte het niet van belang dat de verplichting al vast lag in een reeds bestaande rechtsverhouding.

In *LISV/Wilderink q.q.*¹¹ oordeelde de Hoge Raad dat de uitkering voor niet-genoten vakantiedagen van een door de curator ontslagen werknemer ex art. 40 Fw als boedelschuld kwalificeerde, ook al had die uitkering betrekking op vóór de faillissementsdatum opgebouwde vakantiedagen.¹² Dit kon als "loon" worden gekwalificeerd.

Een uitspraak van de Hoge Raad in 2004, *Circle Plastics*¹³, bevestigde de in de hiervoor genoemde arresten uitgezette lijn. Het toedocriterium bracht mee dat “*een verplichting die is ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling als boedelschuld*” moet worden aangemerkt. Met het toedocriterium werd het ontstaansmoment van de betreffende verplichting derhalve centraal gesteld en direct gekoppeld aan de handeling van de curator. Dus: toen de curator overging tot opzegging van de huurovereenkomst in *Circle Plastics*, werd de toen ontstane -wettelijke en contractuele - verplichting van de curator om het terrein te ontruimen van verontreinigd plastic en de daarvoor in de plaats tredende schadevergoeding, als boedelschuld gekwalificeerd. Het feit dat deze verplichtingen mede hun grondslag vonden in een al vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding was volgens de Hoge Raad niet relevant.¹⁴ Advocaat-Generaal Keus verwijst in zijn conclusie bij dit arrest naar de rechtszekerheid die door dit toedocriterium gediend werd. Hij waarschuwt dat als er bij die situaties geen sprake zou zijn van een boedelschuld, er dan sprake zal moeten zijn van niet-verifieerbare vorderingen. Het gaat immers om vorderingen die *na* faillissement zijn ontstaan.

Kritiek op het toedocriterium

Op grond van het zeer breed geformuleerde toedocriterium, kon geredeneerd worden dat vrijwel iedere vordering die het gevolg was van een rechtshandeling van de curator moest worden beschouwd als een boedelschuld. Alle crediteuren die een beroep wilden doen op een boedelschuld voor vorderingen ontstaan na faillissement, leunden daarom zwaar op *Circle Plastics*.

De arresten *De Ranitz q.q./Ontvanger* en *Frima q.q./Blankers* en na 2004 *Circle Plastics* waren aan zware kritiek onderhevig. Ik verwijs naar de conclusie van Advocaat-Generaal Wissink bij *Koot Beheer/Tideman q.q.* waarin een uitgebreide samenvatting van de kritiek op het toedocriterium en de reacties op deze kritiek van verschillende auteurs wordt weergegeven. De meningen liepen uiteen, maar de consensus leek wel te zijn dat het toedocriterium te verstrekkend was. Door het toedocriterium werden schulden boedelschulden, terwijl zij dat volgens de strekking van het begrip boedelschuld niet zouden moeten zijn. Art. 37a Fw e.a. zou ook de ruimte bieden om vorderingen na faillissement als verifieerbare vorderingen te kwalificeren als zij uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeien. Er zou immers geen materieel verschil zijn met de verklaring van de curator dat hij (andere) wederkerige overeenkomsten niet gestand wenst te doen. Dit zou bijvoorbeeld tot gevolg kunnen hebben dat alle vorderingen uit de huurovereenkomst behalve de huur zelf, ter verificatie kunnen worden ingediend ex art. 37a Fw.

Het ontstaansmoment van de vordering zou volgens sommigen anders benaderd moeten worden. Er zou bijvoorbeeld moeten worden gekeken naar (i) de materiële verschuldigdheid en omvang van de schuld en (ii) de mate waarin deze bepaald zijn door rechtsfeiten van vóór faillissementsdatum. Er bestonden bezwaren tegen het oordeel dat geen rekening werd gehouden met het feit dat de betreffende verplichtingen (mede) hun grondslag vonden in een al vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding. Deze feiten kunnen een doorslaggevende rol spelen bij het ontstaan van de vordering, terwijl de curator hier in de praktijk nauwelijks invloed op kan uitoefenen. Verplichtingen zouden alleen boedelschulden moeten zijn als zij voortvloeien uit de wet, door de curator zelf zijn aangegaan of gestand zijn gedaan, of als het toedoen niet behoort tot een behoorlijke of welbewuste taakuitoefening van de curator. Relevant werd geacht dat de schulden ook schulden van de curator in zijn hoedanigheid zijn; en dus geen schulden van de gefailleerde. Veelal werd geconcludeerd dat boedelschulden niet slechts een nevengevolg mogen zijn van een handeling van de curator. Er zou pas sprake van een boedelschuld zijn als de rechtshandeling van de curator zich op dat rechtsgevolg had gericht.

Ook de gevolgen van toepassing van het toedocriterium waren volgens vele auteurs onwenselijk. Het gedrag van de curator zou op onwenselijke wijze kunnen worden beïnvloed. Juist omdat de huurprijs een boedelschuld oplevert na faillissementsdatum ex art. 39 Fw, heeft de curator meestal belang bij een spoedige opzegging. Ten gevolge van de brede toepassing van het toedocriterium, zou de curator mogelijk willen wachten totdat de verhuurder opzegt. Zo hoeft de curator zelf geen rechtshandeling te verrichten en voorkomt hij dat allerlei verplichtingen uit de huurovereenkomst (naast de huur) tot boedelschuld verworden ten gevolge van de opzegging. De belangenafweging die een curator moet maken kan zo volledig op zijn kant worden gezet. Pre-faillissementsafspraken tussen partijen kunnen hierbij een rol spelen omdat partijen (deels) in de hand hebben wat de aan opzegging gekoppelde verplichtingen zijn. Dit zou weer niet stroken met arresten zoals *Aukema q.q./Uni-Invest*¹⁵ en ook niet met art. 37 Fw, dat de curator juist een recht op wanprestatie geeft.

Een al te makkelijke aanvaarding van boedelschulden zou de concurrente crediteuren bovendien ernstig benadelen, terwijl juist deze crediteuren al met “*the short straw*” worden geconfronteerd. Ten gevolge van de brede toepassing van het toedocriterium ging het uitzicht op betaling van de concurrente crediteuren hollend achteruit. Er zouden teveel boedelschulden ontstaan, terwijl er juist terughoudendheid hieromtrent moet worden betracht.

Toedocriterium: The Fall

In de zaak *Koot Beheer/Tideman q.q.* van april dit jaar, laat de Hoge Raad weten acht te hebben geslagen op de kritiek en is hij teruggekomen op het toedocriterium, althans zo wordt dat in het arrest vermeld.

Het arrest toont wat gelijkenissen met *Circle Plastics*. Ook in deze zaak gaat het om beëindiging van de huur door de curator ex art. 39 Fw. In *Circle Plastics* ging het echter om de ontruimingsverplichting. In *Koot Beheer/Tideman q.q.* had de curator het gehuurde al ontruimd en leeg opgeleverd maar bleek er schade te zijn aan het gehuurde pand. Op grond van art. 7:224 BW en de huurovereenkomst was de huurder verplicht om de schade bij het einde van de huurovereenkomst te herstellen, althans vergoeden. De schade had weliswaar plaatsgevonden gedurende de huur en dus voorafgaand aan het faillissement, maar de verplichting tot vergoeding ontstond (ook) toen de curator de huurovereenkomst heeft opgezegd. De verhuurder argumenteerde daarom in lijn met *Circle Plastics*, dat de schadevordering een boedelschuld betrof.

De Hoge Raad komt tot een andere conclusie. Hoewel de verplichting tot het vergoeden van de schade ontstond ten gevolge van de opzegging door de curator, heeft de verhuurder toch (slechts) een concurrente schuld jegens de debiteur. Deze concurrente vordering volgt uit de huurovereenkomst zelf. Het enkele feit dat er een rechtshandeling door de curator had plaatsgevonden - de opzegging - is onvoldoende grondslag om aan te nemen dat de verplichting om het gehuurde in de oorspronkelijke staat te brengen een boedelschuld is.

De Hoge Raad oordeelt in r.o. 3.5:

“Dat de schadevergoedingsvordering van de verhuurder in een geval zoals hier aan de orde een boedelschuld oplevert, is (a) niet te verenigen met de regels die de Faillissementswet in art. 37 e.v. kent met betrekking tot wederkerige overeenkomsten, en komt (b) in strijd met hetgeen uit die wet volgt omtrent het ontstaan van boedelschulden”.

In het stelsel van de wet en de - in dit artikel nog te bespreken - belangenafweging bij art. 39 en 40 Fw, past niet dat als de curator een huur- of arbeidsovereenkomst beëindigt op grond van de door de Faillissementswet aan de curator gegeven bevoegdheid, er ook nog een schadevergoedingsvordering als boedelschuld kan worden gemaakt, enkel omdat de curator door zijn toedoen de overeenkomst heeft beëindigd. Als de curator besluit de huur- of arbeidsovereenkomst op grond van art. 39 respectievelijk 40 Fw te beëindigen, dan zal er in beginsel slechts een boedelschuld ontstaan met betrekking tot de huur, loon en premieschulden over de beperkte opzegtermijn genoemd in die artikelen.

Enige andere uitkomst zou volgens de Hoge Raad in strijd zijn met de gelijkheid der schuldeisers ex art. 26 en 108 Fw en zou simpelweg niet passen in het systeem van de wet.¹⁶ Het zou ten onrechte een uitzondering vormen op de regel dat de curator mag wanpresteren onder bestaande wederkerige overeenkomsten ex art. 37 Fw. Een dergelijke wanprestatie leidt, aldus de Hoge Raad, volgens art. 37 Fw jo. 37a Fw en behoudens voorrang, slechts tot een concurrente vordering die ter verificatie moet worden ingediend. Daarmee is afstand gedaan van het toedocriterium.

De Hoge Raad heeft meteen de gelegenheid genomen om drie criteria te formuleren op grond waarvan boedelschulden wel kunnen worden aangenomen. Van boedelschulden is sprake als aan één of meer van de volgende alternatieve voorwaarden is voldaan.¹⁷

Boedelschulden ontstaan:

ingevolge de wet

Denk bijvoorbeeld aan huur, loon en met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden ex art. 39 en 40

Fw, de schuld ter hoogte van de bate voor de boedel ex art. 24 Fw en bijzondere bepalingen zoals art. 17 Wet griffierechten burgerlijke zaken.¹⁸

omdat de curator schulden is aangaan in zijn hoedanigheid

Denk bijvoorbeeld aan de kosten van een taxateur, accountant of veilingbureau ingeschakeld door de curator, maar ook aan overeenkomsten die hij uitdrukkelijk of stilzwijgend aangaat of gestand doet. Dit kan zich al voordoen als de curator zijn wederpartij op nakoming aanspreekt.

dit volgt uit handelen van de curator in strijd met verplichtingen of verbintenissen door hem na te leven in zijn hoedanigheid

Denk bijvoorbeeld aan het door de curator niet naleven van milieuvorschriften¹⁹, maar ook aan het door de curator onbevoegd opzeggen van (duur)overeenkomsten.

De Hoge Raad licht het bovenstaande toe door te vermelden dat onder het *aangaan van een schuld* door de curator in deze zin is te verstaan dat de curator deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht. De Hoge Raad verwijst daarbij naar art. 3:33 en 3:35 BW. Het eerste artikel ziet op het vereiste van een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Het tweede artikel sluit een beroep op het ontbreken van die wil uit als er sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen.

Opmerkingen 1e en 2e criterium

Het eerste en tweede criterium lijken niet erg opvallend. Zij zouden ook vóór *Koot Beheer/Tideman q.q.* hebben geleid tot boedelschulden. Het eerste criterium "ingevolge de wet" spreekt voor zich. De hiervoor besproken art. 39 en 40 Fw zijn voorbeelden bij uitstek. Het tweede criterium is ook bekend. Als een curator een accountant inschakelt, zullen de kosten boedelschuld zijn. Als hij een overeenkomst gestand doet, bijvoorbeeld na een verzoek ex art. 37 Fw, zullen de verplichtingen uit deze overeenkomst eveneens tot boedelschuld worden.

Opvallend is wel de verwijzing van de Hoge Raad naar art. 3:33 en 3:35 BW. Hierdoor wordt er een iets andere invulling gegeven aan de criteria voor boedelschuld ten opzichte van het oude toedocriterium.²⁰

Het is kennelijk bedoeld als een beperking ten opzichte van het oude criterium, waarbij een schuld ontstaan door een rechtshandeling van de curator voldoende was. De verwijzing naar deze artikelen wordt enkel gedaan ten aanzien van "*het aangaan van een schuld door de curator*". Een op het creëren van een schuld gerichte wil van de curator is kennelijk alleen voorbehouden aan het tweede - en niet het derde - criterium. Schulden mogen dus niet min of meer per ongeluk als neveneffect - bijvoorbeeld door enkele opzegging - zijn aangegaan. Er zou dus kunnen worden gesteld dat de affinancieringsverplichting in *Frima q.q./Blankers-Van Gennip* en de desinvesteringsverplichting in *De Ranitz q.q./Ontvanger* - afgezien van de wets- en structuurwijziging waardoor deze situaties zich sowieso niet meer voordoen - onder dit huidige criterium niet meer tot een boedelschuld zouden leiden.

Op het eerste gezicht zal de wil van de curator bij het aangaan van nieuwe rechtshandelingen vrijwel altijd bestaan. De verwijzing naar art. 3:33 en 3:35 BW ligt dan niet voor de hand. Dit zou mogelijk anders kunnen zijn bij het stilzwijgend gestand doen van overeenkomsten, waarbij mogelijk niet zo duidelijk sprake is van een gerichte wil. Hierin voorziet dan (enkel) de verwijzing naar art. 3:35 BW. Deze verwijzing heeft tot gevolg dat de curator ook gebonden is als hij door zijn verklaringen of gedragingen gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt. Dat sluit aan op bestaande jurisprudentie zoals *TenneT/EnergyXS*.²¹

Dat de curator een op het aangaan van een schuld gerichte wil moet hebben, lijkt echter op een fictie te berusten. Uiteraard zal de *wil* van de curator nooit echt zijn gericht op het aangaan van een schuld. De curator zal de door hem ingeschakelde accountant niet *willen* betalen, net zo min als hij de desinvesteringsbetaling zal willen voldoen. Hij zal er niet op uit zijn om de kosten te dragen; het is meer een noodzakelijk kwaad. Als hij de accountant inschakelt of als hij een overeenkomst gestand doet, neemt hij voor lief dat daar bepaalde kosten aan zijn gebonden. Dit zal hij bij zijn belangenafweging voorafgaand aan zijn keuze omtrent zijn handelswijze al hebben meegenomen.²² De wil van de curator moet daarom kennelijk niet alleen zien op het aangaan van de schuld maar op de meer omvattende rechtsverhouding waarmee de schuld onlosmakelijk is verbonden. Het criterium lijkt daarom eerder een mate van

doelbewust handelen van de curator te impliceren. Om maar weer het niet toepasselijke maar wel alom bekende begrip uit de kast te trekken: een soort voorwaardelijk opzet.

Een en ander zal bij het stilzwijgend gestand doen van bestaande overeenkomsten uiteraard veel minder snel duidelijk zijn. Ook al is de 'echte' wil van de curator dus niet gericht op het aangaan van de schuld of de rechtsverhouding, kan deze toch worden aangenomen op grond van de wilsvertrouwensleer. Dit zal vrij feitelijk moeten worden ingevuld, maar de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer kunnen wellicht geplaatst worden in het kader van de taakuitoefening van de curator ex art. 68 Fw.²³

In het licht van het bovenstaande kan worden gesteld dat er bij de opzegging in *Frima q.q./Blankers-Van Gennip* en zeker bij de verkoop van activa in *De Ranitz q.q./Ontvanger* eveneens een welbewuste keuze is gemaakt, waarbij de kosten ook voor lief zijn genomen. Is dan het enige relevante onderscheid dat in die zaken de rechtsverhouding al helemaal was geconcretiseerd vóór faillissement? Maakt het uit dat de schuld zijn oorsprong alleen vindt in het handelen van de curator in zijn hoedanigheid en niet in dat van de schuldenaar? Dit onderscheid lijkt mij niet vanzelfsprekend. De curator zal bij het aangaan van de voornoemde overeenkomst met de accountant, evengoed weinig te zeggen hebben over de kosten die tegenover de werkzaamheden staan. Dat geldt nog veel meer bij het gestand doen van bestaande overeenkomsten. Dit zal niet veel verschillen met de aan verkoop van activa gekoppelde verplichting van de curator om de desinvesteringsbetaling te voldoen. Keuzevrijheid van de curator ten aanzien van *alleen* de schuld is altijd beperkt, omdat dit onderdeel zal uitmaken van een meer omvattende rechtsverhouding die de curator meent aan te moeten gaan.

Overigens blijft de vraag in hoeverre de curator ook ten aanzien van deze nieuwe rechtsverhoudingen of het gestand doen van bestaande overeenkomsten echt keuzevrijheid heeft. Zijn taakuitoefening bestaat - heel kort door de bocht - uit beheer en vereffening. Hij moet dit doen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers met inachtneming van de maatschappelijke belangen. Met deze taakomschrijving in het achterhoofd zijn de mogelijkheden feitelijk vrij beperkt. De keuze om in een bepaalde zaak een taxateur in te schakelen zal - in verband met de vereffening - mogelijk even noodzakelijk zijn als de verkoop van activa. Wat maakt het dan nog uit dat de curator ten aanzien van de eerste keuze een factuur zal moeten voldoen en ten aanzien van de tweede (in het verleden) een desinvesteringsbetaling?

De schulden die ontstaan ten gevolge van een opzegging van bestaande rechtsverhoudingen, kunnen niettemin kennelijk niet onder (het eerste of) het tweede criterium worden geschaard. Voor de gevolgen van bestaande rechtsverhoudingen resteert dan alleen nog potentieel het derde criterium. Ware dit anders, dan zou gesteld kunnen worden dat door opzegging van de huur- of arbeidsovereenkomst, de curator ook doelbewust het "noodzakelijke kwaad" van de ontruimingsverplichting, de affinanciering of zelfs de herstelverplichting heeft geaccepteerd. Zou deze lijn worden gevolgd dan zou er helemaal niet zijn teruggekomen van het toedoen criterium.²⁴ Dat is volgens de Hoge Raad wel het geval. Wat de rol en strekking van art. 3:33 en 3:35 BW in de praktijk zal zijn, zal de Hoge Raad in toekomstige arresten moeten verduidelijken.

Opmerkingen over het derde criterium

Het derde criterium roept (nog) meer vragen op. Een boedelschuld ontstaat bij handelen van de curator in strijd met verplichtingen of verbintenissen door hem na te leven in zijn hoedanigheid. De Hoge Raad heeft ervoor gekozen om de verwijzing naar art. 3:33 en 3:35 BW niet voor dit criterium te doen laten gelden. Op het eerste gezicht, lijkt dit criterium zo breed, dat zij - zeker in combinatie met de eerste twee criteria - op dezelfde wijze zou kunnen worden uitgelegd als het oude toedoen criterium. Nu de Hoge Raad heeft laten weten juist terug te willen komen op het toedoen criterium, mag het derde criterium kennelijk niet zo worden uitgelegd. Waarin zit dan de beperking?

Enerzijds is er geen sprake meer van een positieve formulering. Het gaat niet langer om het verrichten van een rechtshandeling, maar om het in strijd handelen met verplichtingen en verbintenissen.

Anderzijds wordt er, net als bij het tweede criterium, gebruik gemaakt van de toevoeging "*in zijn hoedanigheid van curator*".

Onder het oude toedocriterium ontstonden boedelschulden als de curator een rechtshandeling verrichtte, ten gevolge waarvan er verplichtingen ontstonden. Ook als die voortvloeiden uit bestaande rechtsverhoudingen. Denk aan de ontruimingsverplichting en de affinancieringsverplichting.

De verplichting om schade te herstellen zou hier vermoedelijk ook onder zijn gevallen. Deze verplichtingen zijn allen het gevolg van opzegging door de curator. Als de curator vervolgens in strijd handelt met deze verplichtingen, dan werd ook de schadevergoedingsvordering geacht een boedelschuld te zijn. Er is dan sprake van een schuld die voortvloeit uit het handelen van de curator in strijd met verplichtingen of verbintenissen: ergo het nieuwe derde criterium.

Blijkens de tekst van de Hoge Raad in *Koot Beheer/ Tideman q.q.* hoeft de curator overigens niet eens *in strijd met* de verplichting of verbintenis te hebben gehandeld en kan de verbintenis of verplichting *zelf* ook gelden als grondslag voor de boedelschuld. De Hoge Raad concludeert immers dat de ontruimingsverplichting boedelschuld kan zijn. De ommekeer van positieve naar negatieve formulering vormt kennelijk geen verschil ten opzichte van het oude toedocriterium.

Het feit dat de curator moet hebben gehandeld in zijn *hoedanigheid* van curator zal dus doorslaggevend moeten zijn. Een helder onderscheid biedt dit vereiste niet. Een curator handelt bij zijn taakuitoefening toch altijd in zijn hoedanigheid, tenzij hij *pro se* handelt? Wanneer er sprake is van een handelen in hoedanigheid wordt door de Hoge Raad in het midden gelaten. Wel verwijst de Hoge Raad bij wijze van voorbeeld naar (1) het *Circle Plastics* arrest, en (2) onbevoegde opzegging.

1. *Circle Plastics* en de hoedanigheid van de curator

De Hoge Raad oordeelde dat de in *Circle Plastics* geldende omstandigheden ook onder de huidige criteria tot een boedelschuld kunnen leiden. Hoe verschilt deze zaak dan van *Koot Beheer/Tideman q.q.*, waar dit niet het geval was? De ontruimingsverplichting en de herstelverplichting tonen op eerste gezicht vooral gelijkenissen. Beide verplichtingen hebben zowel een wettelijke als een contractuele basis en beide verplichtingen vloeien voort uit ten tijde van de faillissementsuitspraak bestaande rechtsverhoudingen. In beide situaties geldt - net als bijvoorbeeld bij *Frima/Blankers-Van Gennep* - dat vóór de faillietverklaring een rechtsverhouding bestond waarin besloten lag dat opzegging door de curator tot de betreffende verplichting zou leiden. Beide verplichtingen worden ingeroepen jegens de curator die op zijn beurt ten aanzien van beide verplichtingen niet de minste invloed heeft kunnen uitoefenen. Hij wordt geconfronteerd met beide situaties na zijn benoeming. Beide verplichtingen kunnen bekend zijn geweest bij de curator en hebben daarom invloed kunnen uitoefenen op de belangenafweging van de curator bij de vraag of hij de overeenkomst laat voortduren of niet. Eén - de ontruimingsvordering - is echter een boedelschuld, want dat betreft een verplichting van de curator in zijn hoedanigheid. De ander - de herstelverplichting - is dat niet, want daar gaat het slechts om het recht op wanprestatie van de curator ex. art. 37 jo. 37a Fw.

Het verschil zit hem in het feit dat de verhuurder in *Circle Plastics* tevens een vordering vanuit het eigendomsrecht heeft ex art. 5:2 en 3:296 BW. De Hoge Raad oordeelde in r.o. 3.8 dat op grond van het recht van de verhuurder op het gehuurde, de verhuurder aan de *curator* kan vragen om het onroerend goed te ontruimen. De goederen die toebehoren aan de boedel storen het eigendomsrecht van de verhuurder door op het perceel aanwezig te zijn (*actio negatoria*).²⁵ Het eigendom is een exclusief recht en de eigenaar heeft in beginsel het recht om anderen van ieder gebruik van zijn zaak uit te sluiten. Hierdoor rust er een ontruimingsverplichting op de curator zelf.²⁶ Het maakte daarbij kennelijk niet uit dat het ging om een nalaten van de curator.²⁷ Het verschil met *Koot Beheer/Tideman q.q.* is dat er geen zakelijke actie tot herstel van schade aan eigendom bestaat, terwijl deze wel bestaat voor ontruiming.

Dit sluit aardig aan op de bestaande jurisprudentie. In *Smit/Van Hees q.q.* is ook geoordeeld dat de verhuurder uit hoofde van zijn (eigendoms)recht op het gehuurde het recht had om het gehuurde leeg en ontruimd opgeleverd te krijgen en dus kon verlangen dat de curator tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijderd.²⁸ Er werd in die zaak geoordeeld dat dit een verplichting van de curator betrof in zijn *hoedanigheid* en daarom een boedelschuld betrof. Dit geldt derhalve alleen als de verhuurder zich op haar eigendom had beroepen. Indien de verhuurder uit *Circle Plastics* zich thans op de contractuele of wettelijke ontruimingsplicht uit hoofde van de huurovereenkomst - in plaats van uit hoofde van eigendom - zou beroepen, dan zou ook die vordering op grond van *Koot Beheer/Tideman q.q.* slechts als verifieerbare vordering worden aangemerkt.²⁹

De hoedanigheid van de curator wordt aldus ook aanwezig geacht bij goederenrechtelijke acties die tegen de curator zelf kunnen worden ingeroepen. Wanneer is er nu nog meer sprake van een handelen in hoedanigheid? Uit het arrest blijkt niet dat de Hoge Raad zich heeft willen beperken tot goederenrechtelijke vorderingen. Een schending van milieunormen zal bijvoorbeeld ook worden beschouwd als het schenden van een verplichting door de curator in zijn hoedanigheid.³⁰ Een onrechtmatige daad van de curator kan eveneens boedelschuld zijn. Als de curator in *Koot Beheer/Tideman q.q.* had getracht de schade te herstellen en de helft van het gebouw stort vervolgens in, dan zou dit vanzelfsprekend ook tot een boedelschuld leiden. Maar waar wordt de grens getrokken als het om bestaande rechtsverhoudingen gaat?

De verplichting om op basis van de huurovereenkomst dan wel art. 7:224 BW de schade bij einde van de huur te herstellen of vergoeden, is volgens de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* een verbintenis van de schuldenaar die voortvloeit uit de huurovereenkomst en die bij einde huur ontstaat of opeisbaar wordt. Zij betreft geen boedelschuld omdat niet wordt voldaan aan één van de drie criteria. Dan zegt de Hoge Raad:

“Dat is slechts anders indien de schade is ontstaan door een handelen van de curator, welk geval zich hier blijkt de stellingen van partijen niet voordoet.”

Dit is verwarrend. Opzegging is wel degelijk een (rechts)handeling van de curator. Dat de vordering *ontstaat* bij einde huur overweegt de Hoge Raad in diezelfde alinea. De Hoge Raad lijkt zichzelf tegen te spreken met een verwijzing naar het oude toedocriterium. Ongetwijfeld wordt hier bedoeld op handelen in hoedanigheid, maar een verduidelijking ontbreekt.

Volgens Verstijnen zouden de verplichting tot het doen van een desinvesteringsbetaling en de affinancieringsverplichting nu niet meer tot een boedelschuld kunnen leiden omdat hun ontstaan “*slechts een ‘technisch-juridische’ constructie [was] teneinde te bewerkstelligen dat in het verleden toegekende WIR-premies werden terugbetaald respectievelijk opgebouwde pensioenrechten werden gewaarborgd.*”³¹ Het feit dat dit al vóór faillissement zodanig was geconstrueerd dat de vorderingen slechts door de opzegging van de curator werden geëffectueerd, zou dus meebrengen dat er geen sprake was van een boedelschuld. Dit standpunt past in het onderhavige arrest. Ook in *Koot Beheer/Tideman q.q.* werd de curator geconfronteerd met een “geërfde” herstelverplichting. De curator heeft - anders dan de opzegging - geen rol gespeeld bij het ontstaan van de vordering. Wederom geldt dan de vraag: is dan het enige onderscheid dat de rechtsverhouding al helemaal was geconcretiseerd vóór faillissement? Zoals hiervoor vermeld, vind ik dit onderscheid niet vanzelfsprekend.

2. Onbevoegde opzegging en de hoedanigheid van de curator

In r.o. 3.7.3 staat:

“Zegt de curator onbevoegd een overeenkomst op, dan is de verplichting tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade een boedelschuld, omdat hij dan in strijd handelt met een door hem na te leven verbintenis. Daarmee valt op een lijn te stellen het geval dat de curator wel bevoegd is tot opzegging van een overeenkomst, maar alleen tegen betaling van een schadevergoeding of schadeloosstelling in verband met die beëindiging.”

Als de curator niet bevoegd is tot opzegging op grond van wet of overeenkomst, dan eindigt de overeenkomst simpelweg niet.³² De opzegging heeft geen rechtsgevolg. De schade wordt gekwalificeerd als boedelschuld. Dit geldt ook in gevallen waarbij de bevoegdheid tot opzegging is gekoppeld aan een verplichting tot betaling van schadevergoeding of een schadeloosstelling. In dat laatste geval is kennelijk ook sprake van een boedelschuld. Als geen wettelijke opzegbevoegdheid bestaat, is de curator dus aan deze voorwaarden gebonden. Het faillissement oefent immers geen invloed uit op de rechten en plichten uit de overeenkomst.

De Hoge Raad gaat er kennelijk vanuit dat bij dergelijke contractuele voorwaarden, er geen recht op wanprestatie is ex art. 37 Fw. De Hoge Raad oordeelt bovendien dat deze verplichting wel op de curator in zijn *hoedanigheid* rust, ondanks het feit dat een en ander volledig contractueel kan worden vastgelegd door partijen voorafgaand aan het faillissement. De Hoge Raad beperkt de boedelschuld niet tot *uit de wet* voortvloeiende verplichtingen tot

schadevergoeding of schadeloosstelling. Hoewel dat zich in faillissement situaties beperkt zou voordoen, zou een dergelijke beperking in het licht van het arrest niet ondenkbaar zijn geweest.

Zonder deze beperking, kan een door partijen vastgelegd contractueel beding tot boedelschuld worden, terwijl ditzelfde beding slechts een verifieerbare vordering, of zelfs een niet-verifieerbare vordering zou hebben opgeleverd als dit als "gewoon" beding en niet als voorwaarde voor de opzeggingsbevoegdheid zou zijn geformuleerd. Het verschil zit enkel in het voorwaardelijke karakter van de contractuele bevoegdheid om op te zeggen. Hier kunnen contractspartijen wel heel eenvoudig op inspelen. De in *Koot Beheer/Tideman q.q.* aangevoerde redenen om geen boedelschuld aan te nemen lijken hier ook van toepassing. Het oordeel lijkt dan ook niet te rijmen met de overige overwegingen van het arrest. Zekerheidshalve zal de curator bij een dergelijke voorwaardelijke opzegging mogelijk moeten kiezen voor niet-nakoming in plaats van opzegging. De curator zal dan mogelijk wel geconfronteerd worden met oplopende concurrente vorderingen. Hierover later meer.

3. Conclusie hoedanigheid

Bij de hoedanigheid moet het gaan om verplichtingen/verbintenissen die zelfstandig op de curator rusten. Ik heb wat moeite met de constatering dat een verplichting of verbintenis *niet* op een curator zou rusten. Een duidelijke lijn komt niet naar voren in de jurisprudentie van de Hoge Raad en is er mijns inziens ook niet te trekken. Helemaal los van de gedragingen van de schuldenaar zal de vordering toch niet kunnen komen te staan, tenzij het gaat om volledig nieuwe rechtsverhoudingen. Er bestaan voorts maar twee smaken voor het handelen van de curator: in zijn hoedanigheid q.q. of *pro se*. Bij het opzeggen van huurovereenkomsten is er van het laatste geen sprake. De opzegging is juist een bevoegdheid die de curator in zijn hoedanigheid op grond van de wet toekomt.

Een praktische oplossing is de weg van Verstijlen volgen. Als de verplichting voortvloeit uit een bestaande 'technisch-juridische' constructie die het doel heeft om betaling te bewerkstelligen, en waarbij de curator verder geen rol heeft gehad anders dan die van trigger, kan er van een handelen in hoedanigheid geen sprake zijn. Als deze lijn wordt doorgetrokken naar de onbevoegde opzegging, zou dit betekenen dat door de partijen vastgelegde voorwaarden voor de bevoegdheid tot opzegging niet kunnen leiden tot een boedelschuld. Daar zou dan alleen sprake van kunnen zijn als de aan de opzeggingsbevoegdheid gekoppelde schadevergoeding of schadeloosstelling uit de wet zou voortvloeien. De Hoge Raad spreekt echter niet van een dergelijke beperking. Het is wel wat kwalijk dat we genoodzaakt zijn om de criteria zelf doelgericht en met goede wil uit te leggen. De jurisprudentie zal in de toekomst ongetwijfeld meer duidelijkheid (moeten) scheppen.

De boedelschuld: samenvattend

Goederenrechtelijke verplichtingen jegens eigenaren maar vermoedelijk ook jegens pand- en hypotheekhouders kunnen tegen een ieder worden ingeroepen; ook de curator. *De eigenaar-verhuurder die ontruiming vordert kan zijn vordering (ook) baseren op het eigendomsrecht ex art. 5:2 en 3:296 BW en jegens de curator inroepen ex art. 25 Fw.*³³

Deze verplichting rust op de curator in zijn hoedanigheid. Hierbij is niet relevant dat hij de situatie "erft" en dat hij de goederen niet zelf in het gehuurde heeft geplaatst. Dit uitgangspunt zal goederenrechtelijk vermoedelijk ook een bredere toepassing vinden.

Verbintenisrechtelijke verplichtingen voortvloeiende uit bestaande overeenkomsten gelden in beginsel slechts jegens de schuldenaar. Deze verplichtingen worden niet automatisch verplichtingen van de curator in zijn hoedanigheid. *De eigenaar-verhuurder die herstel vordert, vraagt om een schadevergoedingsactie ex art. 26 Fw. De betreffende verplichting is een nevengevolg van een al bestaande juridische constructie die slechts geëffectueerd wordt door een rechtshandeling van de curator. Hier is geen sprake van een verbintenis of verplichting die de curator moet naleven in zijn hoedanigheid. Er is dus geen sprake van een boedelschuld.*

Verbintenisrechtelijke verplichtingen kunnen wel tot een boedelschuld leiden.

Er kan sprake zijn van een boedelschuld indien de curator nieuwe rechtsverhoudingen aangaat of overeenkomsten - eventueel stilzwijgend - gestand doet. Het zal niet eenvoudig zijn om aan de bewijslast ten aanzien van het gerechtvaardigd vertrouwen ex art. 3:35 BW te voldoen.

Een boedelschuld kan worden aangenomen als er sprake is van een onjuist en/of onrechtmatig handelen door de curator, zoals bijvoorbeeld in geval van onbevoegde opzegging of onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW.

(Wordt vervolgd)

Voetnoten

- 1 Hoge Raad 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen.
- 2 Bijvoorbeeld: art. 39 en 40 Fw.
- 2 In Duitsland wordt bijvoorbeeld de datum en het tijdstip van faillissementsuitspraak op de uitspraak genoteerd en treden de gevolgen van het faillissement ook grotendeels in per dat tijdstip (Sec. 27 para. 2 nr. 3 Insolventiewet).
- 3 De Faillissementswet kent uitzonderingen op deze terugwerkende kracht; zie art. 212b Fw ten behoeve van (o.m krediet) instellingen als bedoeld in art. 212a (a) Fw.
- 4 Zie ook art. 20 Fw: het faillissement omvat het gehele vermogen ten tijde van de faillietverklaring en hetgeen gedurende het faillissement wordt verwerft; art. 23 Fw: over het moment waarop de schuldenaar de beschikking en beheer verliest over het vermogen; art. 33 Fw: ook vermogensbestanddelen die onderwerp zijn van executiemaatregelen die dan nog niet zijn voltooid, vallen in het vermogen (schuldeisers met zekerheidsrechten mogen echter - met een paar beperkingen - executeren alsof er geen faillissement); art. 35 Fw: betreffende nog niet voltooide leveringen en bij voorbaat geleverde toekomstige goederen en art. 53 en 54 Fw betreffende verrekening. Zie ook HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 (*Mulder q.q./CLBN*).
- 5 HR 12 mei 1992, *NJ* 1992, 630. Zie ook B. Wessels, "Gevolgen van faillietverklaring (1)", Wessels Insolventierecht nr. II, nr. 2256 e.v.
- 6 In tegenstelling tot de bedrijfseconomische betekenis van de term "vermogen", wordt in faillissement met deze term alleen bedoeld op de activazijde van de balans: de baten.
- 7 In de tekst van art. 37 Fw staat overigens alleen dat de tot nakoming bereid zijnde curator verplicht is zekerheid te stellen.
- 8 Art. 40 Fw is ook op agentuurovereenkomsten van toepassing als de principaal in staat van faillissement is verklaard. Art. 39 Fw ziet alleen op de situatie waarin de *huurder* in staat van faillissement is verklaard. Als de *verhuurder* failliet is verklaard, is de hoofdregel van art. 37 Fw van toepassing.
- 9 HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).
- 10 HR 12 november 1993, *NJ* 1994/229 (*Frima q.q./Blankers-Van Gennip*).
- 11 HR 3 december 1999, *NJ* 2000/53 (*LISV/Wilderink q.q.*).
- 12 Gelet op wetswijzigingen, zouden *De Ranitz q.q./Ontvanger* en *Frima q.q./Blankers-Van Gennip* zich tegenwoordig niet meer voordoen. De zaak *LISV/Wilderink q.q.* wordt door de Hoge Raad niet genoemd in *Koot Beheer/Tideman q.q.*, maar heeft vooral betrekking op het begrip van loon en niet het toedoen criterium. Van Andel en Van Zanten menen overigens dat vraagtekens moeten worden gezet bij het oordeel voor zover de uitspraak

betrekking heeft op vóór de faillissementsdatum opgebouwde vakantiedagen (W.J.M. Van Andel en T.T. Van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden. Beschouwingen naar aanleiding van HR 19 april 2013 inzake Koot Beheer/ Tideman q.q.', *TVI* 2013/26).

- [13](#) HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/617 (*Circle Plastics*).
- [14](#) Zie ook Hof Den Bosch 30 november 2004, *NJF* 2005/136; Hof Den Bosch 29 november 2005, *JOR* 2006/136.
- [15](#) Anderen waren van mening dat *Circle Plastics* niet in strijd was met *Papierfabrieken Van Gelder* en *Aukema q.q./Uni-Invest*, juist omdat de ontruimingsverplichting een verplichting was die geheel los stond van de huur en de aan art. 39 (en 40) Fw ten grondslag liggende belangenafweging. Zie T.T. van Zanten en F.M.J. Verstijlen, 'Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder', *TVI* 2011/3, afl. 17, p. 88.
- [16](#) Het beginsel van de *paritas creditorum* lijkt hier belangrijker dan het fixatiebeginsel. Zie ook G.A.J. Boekraad onder *JOR* 2013/224.
- [17](#) R.o. 3.7.1.
- [18](#) Zie ook Van Andel & Van Zanten, *TVI* 2013/26.
- [19](#) Ook indien de met die wetgeving strijdige situatie dateert van vóór de faillietverklaring. Zie noot F.M.J. Verstijlen in *NJ* 2013/291 en verwijzing naar *ABRvS* 13 februari 2013, *AB* 2013/95 (*Dutch Infra Tech B.V.*) en *NJB* 2013/1930 inclusief verwijzing naar *ABRvS* 11 juli 1997, *AB* 1998/268 (*Alvat*), *ABRvS* 9 mei 2007, *AB* 2008/132 (*ADF*).
- [20](#) Zie ook noot Verstijlen onder *NJ* 2013/291.
- [21](#) HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011, 113 (*TenneT/EnergyXS*): "Indien echter blijkt dat de bewindvoerder welbewust, bijvoorbeeld met het oog op het streven de onderneming gaande te houden om deze te verkopen of anderszins voort te zetten, toelaat dat de schuldenaar nieuwe verplichtingen aangaat of dat uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeiende schulden blijven ontstaan hoewel dat op eenvoudige wijze kan worden voorkomen, zal sprake kunnen zijn van toestemming als hier bedoeld, ook al heeft de bewindvoerder zulks niet uitdrukkelijk laten blijken" Het arrest ziet echter niet op een uitleg in de zin van dit arrest.
- [22](#) Van Andel & Van Zanten, *TVI* 2013/26 en Verstijlen in zijn noot onder *NJ* 2013/291 verwijzen naar omzetbelasting. Boekraad zegt hierover in zijn noot onder *JOR* 2013/224: "De verplichting tot afdracht van BTW zal normaal gesproken een boedelschuld opleveren op grond van art. 24 Fw. De aan de koper van de activa in rekening gebrachte BTW zal doorgaans immers aan de boedel ten goede komen."
- [23](#) Zie D.M. van Geel en J.M. de Bruin "Huurvorderingen in faillissement anno 2013", *Tijdschrift voor huurrecht Bedrijfsruimte*, nr. 4, juli/augustus 2013.
- [24](#) Ook A-G Wissink zegt - onder verwijzing naar Six-Hummel - dat het van de omstandigheden van het geval zal afhangen of bij het einde van de huur het ontruimen dan wel het opleveren in goede staat (in verband met herstel) problematisch is. Er is zijns inziens geen reden om met het oog op de vraag of een schuld door toedoen van de curator is ontstaan te onderscheiden tussen

ontruimen en opleveren bij het einde van de huur. Beide zijn verplichtingen uit de wet.

- [25](#) A.A.J. Smelt, '*Goederen met een negatieve waarde in het vermogensrecht*' (diss. Groningen) Deventer: Kluwer 2006, p. 57 - 70. Zie ook Van Andel & Van Zanten, *TVI 2013/26*; en P. van Es. '*De actio negatoria : een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*', (diss. Leiden) Wolf Legal Publishers 2005, hfdstk 14.
- [26](#) Zie Wenk, *RI 2013/67*; *NJ 1983/478*; *NJ 1989/854*; *NJ 1995/720*; *NJ 2007/21*.
- [27](#) F.M.J. Verstijlen, "Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas", *NJB 2013/1930*.
- [28](#) HR 9 juni 2006, *NJ 2007/21* (*Smit/Van Hees q.q.*). J.K. Six-Hummel onder *WR 2013/66*: de plicht om zaken uit het gehuurde te verwijderen kan worden gebaseerd op HR 7 mei 1982, *NJ 1983/478* (*Trechsel/Laméris*), HR 4 november 1988, *NJ 1989/854* (*Schols-Pelzer/Heijnen*) en HR 14 oktober 1994, *NJ 1995/720* (*Staat/August de Meijer*).
- [29](#) Zie ook Six-Hummel *WR 2013/66*: verplichting het gehuurde bij het einde huur ter beschikking van de verhuurder te stellen (art. 7:224 lid 1 BW) en de verplichting op te leveren overeenkomstig beschrijving dan wel te bewijzen staat (art. 7:224 lid 2 BW) is één niet te splitsen verplichting (HR 27 november 1998, *NJ 1999/280* (*Van der Meer/Beter Wonen*)).
- [30](#) Van Andel en Van Zanten wijzen er in *TVI 2013/26* op dat -hoewel de afdeling geen bevoegdheid heeft om te bepalen wat als boedelschuld kan worden aangemerkt \ de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft bepaald dat de milieuverplichtingen op de curator zelf rusten.
- [31](#) Noot Verstijlen onder *NJ 2013/291*.
- [32](#) Noot Verstijlen onder *NJ 2013/291*.
- [33](#) Dergelijke vorderingen hoeven niet ter verificatie te worden ingediend.
-