

WPNR 2014(7005) Het toedoen ten onder (II, slot)

Publicatie	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Aflevering	145 afl. 7005
Paginnummers	133-143
Publicatiedatum	08 februari 2014
Auteurs	Mw. mr. M.E.C. Lok , Advocaat te Amsterdam. (www.bakermckenzie.com/marjonlok)

Het toedoen ten onder (II, slot)

II. Vloedgolf verifieerbare vorderingen aan de horizon?

De verifieerbare vordering: het nieuwe criterium

Koot Beheer/Tideman q.q. is niet alleen een opmerkelijk arrest vanwege de nieuwe boedelschuldcriteria, maar ook vanwege de overwegingen omtrent het karakter van de vordering die voorheen boedelschuld was.

De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.7.2.:

“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, behoren tot bedoelde vorderingen op de schuldenaar, ook als ze 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).”¹

De Hoge Raad rept niet van enige beperking. Het gaat kennelijk om *alle* vorderingen die voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding en die geen boedelschuld zijn. Gelet op het feit dat de criteria voor boedelschulden in ditzelfde arrest ogenschijnlijk verscherpt zijn, heeft dit laatste vereiste een verminderde betekenis. Moeten we dit vrijwel ongeclausuleerde criterium daadwerkelijk zo breed opvatten als de tekst doet vermoeden? Dit vraagt om een nadere beschouwing. Daarbij is het zinvol om eerst een kader te scheppen door middel van een bespreking van de gevolgen van faillissement voor de (wederkerige) overeenkomst.

Gevolgen faillissement voor de wederkerige overeenkomst

Een faillissement oefent niet de minste invloed uit op het bestaan van een wederkerige overeenkomst en de rechten en verplichtingen van partijen die hieruit voortvloeien.² Het uitspreken van een faillissement leidt niet automatisch tot een ontbinding.² Dit betekent dat de curator ook niet zo maar bevoegd is om overeenkomsten te beëindigen als hiertoe geen mogelijkheid wordt geboden door wet of overeenkomst.

Toch heeft de curator *wel* het recht om niet na te komen als dit in het belang van de boedel is. Het recht op wanprestatie van de curator reikt ver. Ook mag een wederpartij de rechten uit een (duur)overeenkomst niet blijven uitoefenen alsof er geen faillissement is. Dit volgt uit het *Nebula*-arrest.³ Als van de curator verlangd zou kunnen worden dat hij voortgezet gebruik duldt, zou deze wederpartij in feite bevoegd zijn het faillissement te negeren. Dat mag alleen als hiervoor een wettelijke grondslag bestaat.

Bij wederkerige overeenkomsten die door beide partijen nog niet volledig zijn nagekomen ten tijde van de faillietverklaring, mag de wederpartij de curator op grond van art. 37 Fw vragen of hij de overeenkomst zal nakomen.⁴ Dit zal de wederpartij doen als hij duidelijkheid wenst en geldt blijkens *Koot Beheer/ Tideman q.q.* ook voor duurovereenkomsten. De curator staat dan voor een keuze: (1) nakoming: dan is de boedel gebonden en moet de curator zekerheid verschaffen ex art. 37 lid 2 BW, of (2) overeenkomst niet voortzetten (of niet tijdig reageren): dan verliest hij het recht om nakoming te vorderen. De wederpartij heeft dan rechtszekerheid en kan besluiten

maatregelen te treffen. Bij wanprestatie van de curator, zal de wederpartij vaak geheel of gedeeltelijk ontbinden en/of een vordering tot vergoeding van (aanvullende) schade indienen ter verificatie ex art. 37a Fw.

Het zal in alle gevallen moeilijk zijn voor de curator om de wederpartij te verplichten om na te komen. De wederpartij zal veelal beschikken over een opschortingsrecht ex art. 6:262 BW of de onzekerheidsexceptie ex art. 6:263 BW. De wederpartij hoeft overigens niet per se de route van art. 37 Fw te bewandelen.⁵ Hij kan ook ontbinden zonder gebruik van deze redelijke termijn, bijvoorbeeld op grond van art. 6:265 BW jo. 6:40 sub c BW jo. 6:83 sub c BW. Overeenkomsten bevatten bovendien vaak een contractuele ontbindingsgrond in geval van faillissement.^{6,7} Er zou mogelijk ook kunnen worden gekozen voor een vordering tot nakoming, maar art. 37 Fw bepaalt niet wat de juridische gevolgen hiervan zijn.⁸ De nakomingsvordering is ook niet genoemd in art. 37a Fw.

Motivering van de Hoge Raad getoetst

De Hoge Raad oordeelt in *Koot Beheer/Tideman q.q.* dat de betreffende vorderingen concurrente, voor verificatie vatbare vorderingen zijn. Dat zij zijn ontstaan *na* faillissement, maakt volgens de Hoge Raad niets uit. De Hoge Raad motiveert zijn oordeel met een verwijzing naar art. 37, 37a Fw en de op art. 37 Fw gegeven toelichting (Van der Feltz I, p. 409). Dit doet de vraag rijzen: volstaat deze verwijzing?

Art. 37 Fw ziet niet op kwalificatie van vorderingen

Art. 37 Fw bevat geen bepaling op grond waarvan vorderingen verifieerbaar zijn. Het artikel geeft (i) de wederpartij de mogelijkheid om de curator een termijn te stellen, en (ii) de curator de mogelijkheid om te kiezen de overeenkomst al dan niet gestand te doen. Art. 37 Fw is ingekleed als een vervaltermijn.⁹

Uit dit artikel wordt afgeleid dat als de curator de overeenkomst gestand doet, de verplichtingen hieruit tot boedelschulden verworden. Doet hij de overeenkomst niet gestand, dan bepaalt het artikel slechts dat de curator het recht nakoming te vorderen verliest. Het artikel heeft geen betrekking op de kwalificatie van vorderingen die uit het niet gestand doen ontstaan. Daarvoor is juist art. 37a Fw in het leven geroepen.

Toelichting art. 37 Fw niet toereikend

De toelichting bij art. 37 Fw biedt geen ander inzicht.¹⁰ De nadruk in de toelichting ligt op het wegnemen van de onzekerheid waarmee de wederpartij op het moment van faillietverklaring wordt geconfronteerd. In dit verband wordt alleen verwezen naar het keuzerecht¹¹ van de curator: (i) nakomen of (ii) niet nakomen en zich daarmee blootstellen aan een (concurrente) ontbindings- of schadevergoedingsactie. Uit deze verwijzing naar een schadevergoedingsactie valt niet af te leiden dat daarmee ook het recht van de wederpartij op een concurrente verifieerbare vordering vaststaat. Er is ook geen aanleiding om dit uit de enkele verwijzing naar rechtszekerheid en billijkheid af te leiden.

Het ontstaan van vorderingen *na* faillissement speelde ten tijde van het opstellen van de toelichting nauwelijks een rol, want in het oorspronkelijke art. 37 Fw werd nog uitgegaan van *ipso jure* ontbinding met terugwerkende kracht.¹² De vorderingen ontstonden daarom *voor* faillissement. De criteria voor het ontstaansmoment waren bovendien toentertijd niet gelijk aan de huidige criteria.¹³ Een vordering kan al ontstaan op basis van het enkel bestaan van een rechtsverhouding. Er kwam een eind aan de automatische ontbinding met de invoering van art. 6:265-278 BW e.a.¹⁴ De ongedaanmakingsvordering en de vordering tot (vervangende) schadevergoeding ontstaan tegenwoordig daarom *na* de faillietverklaring.¹⁵ Om die reden is art. 37a Fw in het leven geroepen.

De schuldeiser kreeg door de wetswijziging een keuzevrijheid bij niet-nakoming, ook als deze nietnakoming door de curator geschiedt. Dit betekent echter niet dat de wetgever voor ogen had dat de schuldeiser bij iedere keuzemogelijkheid gelijke (verifieerbare) rechten zou krijgen. Dat volgt niet uit de wetsgeschiedenis en volgt ook niet noodzakelijk uit het stelsel van de Faillissementswet, dat ook andere ongelijkheden kent. De tekst van art. 37a Fw impliceert zelfs dat hier uitdrukkelijk niet voor is gekozen. De toelichting sluit een en ander weliswaar niet uit, maar zou dat in het licht van art. 26 en 24 Fw ook niet hoeven te doen.

Art. 37a Fw: uitzondering op het fixatiebeginsel

In art. 37a Fw staat dat de wederpartij van de gefailleerde als concurrent schuldeiser in het faillissement kan opkomen voor vorderingen die zij:

1. uit hoofde van *ontbinding*¹⁶ of *vernietiging* van een vóór de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of
2. die strekken tot *schadevergoeding* ter zake van tekortschieten in de nakoming van *een vóór de faillietverklaring* op deze verkregen vordering.

Art. 37a Fw laat in bepaalde - en dus beperkte -omstandigheden toe dat vorderingen als concurrente verifieerbare schulden worden aangemerkt, ondanks het feit dat zij *na* faillissementsdatum zijn ontstaan en dus normaal gesproken niet verifieerbaar zouden zijn. Dit artikel is speciaal in het leven geroepen met het oog op de voornoemde wijziging van art. 37 Fw zodat de daarin bedoelde vorderingen *wel* verifieerbaar werden ondanks het gebrek aan terugwerkende kracht.¹⁷ Art. 37a Fw vormt daarmee een uitzondering op het fixatiebeginsel, en moet mijns inziens juist daarom limitatief worden geïnterpreteerd.¹⁸ Een bevestiging hiervan kan worden gelezen in de memorie van toelichting bij art. 37a Fw, waarin staat dat er als concurrent schuldeiser in het faillissement kan worden opgekomen "*voor de daarin [lees: art. 37a Fw] omschreven vorderingen*".¹⁹ Als er een inbreuk op het fixatiebeginsel wordt gemaakt, moet daar mijns inziens een basis voor zijn. Die lijkt echter te ontbreken. Ook de verwijzing naar art. 37a Fw kan niet dienen ter motivering van het oordeel van de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.*

De wetgever heeft met voornoemd punt 2 een regeling willen opnemen voor schadevergoeding ter zake van wanprestatie in het algemeen, ook als het een tekortkoming van de curator na faillissement betreft. Aanvullende en (omzetting nakoming in) vervangende schadevergoeding zijn daarom voor verificatie vatbaar²⁰ De wetgever heeft echter gekozen voor de toevoeging "*van een vóór de faillietverklaring op deze verkregen vordering*" en bijvoorbeeld niet voor een met art. 53 Fw vergelijkbare tekst: vorderingen die "*zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht*". Dit is geen verschrijving van de wetgever. De wetgever heeft hierdoor bewust uitgesloten dat vorderingen die *na* faillissement zijn ontstaan - en die niet onder de categorie vorderingen uit hoofde van ontbinding of vernietiging vallen - verifieerbaar zijn. Deze beperking lijkt nu geen betekenis meer te hebben in het licht van het thans door de Hoge Raad gebruikte criterium. Onder dit breed geformuleerde criterium vallen namelijk ook de vorderingen die zien op wanprestatie van vorderingen ontstaan *na* faillissement.

De voornoemde beperking in tijd geldt overigens niet ten aanzien van de in punt 1 genoemde vorderingen. Deze laatst genoemde vorderingen hoeven niet te zijn verkregen voor faillissement. Hier geldt echter wel de beperking dat het moet gaan om vorderingen die voortvloeien uit ontbinding of vernietiging van bestaande overeenkomsten. Hoewel gesteld zou kunnen worden dat er geen grond is om ontbinding anders te behandelen dan beëindiging op andere wijze²¹, heeft de wetgever niet gekozen voor de term "opzegging" of een algemene verwijzing naar "beëindiging". Ook vorderingen tot nakoming worden hier niet genoemd.²² Ook deze beperking is echter niet door de Hoge Raad toegepast in *Koot Beheer/Tideman q.q.* Op grond van het door de Hoge Raad gehanteerde criterium zouden ook andere beëindigingsgronden tot verifieerbare vorderingen kunnen leiden. Van Zanten verwijst in zijn proefschrift naar onevenwichtigheid.²³ Bij opzegging van een duurovereenkomst door de wederpartij bestaat geen voor verificatie vatbare vordering ex art. 37a Fw, terwijl er bij opzegging door de curator een boedelschuld zou ontstaan op basis van het toedocriterium. Dat toedoen leidt echter blijkens *Koot Beheer/Tideman q.q.* op zichzelf niet meer tot een boedelschuld, waardoor gesteld kan worden dat ook de onevenwichtigheid is komen te ontvallen.

Als vorderingen die ontstaan uit het op andere wijze eindigen van het contract op dezelfde wijze moeten worden behandeld als vorderingen uit ontbinding²⁴ of vernietiging, dan had het voor de hand gelegen dat de wetgever dit in de tekst had opgenomen, of op zijn minst in de toelichting had vermeld. Andere vorderingen dan uit ontbinding of vernietiging kunnen naar mijn mening niet onder (het eerste deel van) art. 37a Fw worden geschaard. Uiteraard betekent het enkele feit dat iets niet genoemd is in de wet niet dat dit daarom is uitgesloten. Het lijkt mij echter niet juist om het artikel toch toepassing te laten vinden ten aanzien van onderwerpen waarin het nooit heeft beoogd te voorzien. De wetsgeschiedenis bij het nieuwe 37 Fw geeft daartoe geen aanleiding. Het is bovendien in strijd met het fixatiebeginsel en de tekst van art. 37a Fw, terwijl niet aannemelijk is dat de daarin genoemde beperkingen berusten op een misvatting. Dat een andere tekst thans meer wenselijk voorkomt is heel goed te beredeneren maar is tevens een discussie voor de wetgever.²⁵

De Hoge Raad zou met het onderhavige arrest dus de beperkingen genoemd in art. 37a Fw hebben opgeheven. Het is mij daarom niet duidelijk hoe het oordeel van de Hoge Raad kan worden ondersteund of gemotiveerd door een verwijzing naar art. 37a Fw. De uitspraak is juist in strijd met dit artikel.

In het Voorontwerp Insolventiewet is in het kader van wederkerige overeenkomsten gekozen voor “*een vordering die de wederpartij uit hoofde van beëindiging van een vóór de insolventverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen*”. Hieronder zou volgens de toelichting ontbinding, vernietiging, opzegging en nietigverklaring vallen.²⁶ Dit sluit aan op *Koot Beheer/ Tideman q.q.*

Het latere Wetsvoorstel Wijziging Faillissementswet Commissie INSOLAD van 13 december 2012 stelt voor de automatische ontbinding weer in te voeren als de curator verklaart de overeenkomst niet gestand te zullen doen of niet tijdig reageert. Het eerste lid van art. 37a Fw blijft volgens dit wetsvoorstel ongewijzigd. Opzegging en beëindiging worden niet genoemd, maar dat is gelet op de automatische ontbinding ook niet meer van belang. Er wordt een tweede lid voorgesteld op grond waarvan een vordering van de wederpartij *tot nakoming* van een vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst kan worden geverifieerd tot ten hoogste het bedrag van de schadevergoeding waarop zij aanspraak zou hebben *indien* de overeenkomst wegens een tekortkoming van de schuldenaar zou zijn ontbonden.

Een omvangrijke herziening lijkt echter voorlopig van de baan.²⁷ Voorrang op korte termijn wordt gegeven aan het bestrijden van faillissementsfraude en het creëren van een wettelijk basis voor de stille bewindvoerder.

Staat art. 24 Fw in de weg aan verificatie?

Vorderingen tot voldoening van een vóór de faillietverklaring ontstane verbintenis moet ter verificatie worden ingediend ex art. 26 Fw. Vorderingen die ontstaan *na* faillissement en niet onder art. 37a Fw vallen, kunnen niet tegen de boedel worden ingeroepen tenzij er sprake is van een bate voor de boedel. In dit laatste geval is er sprake van een boedelschuld. Dit volgt uit art. 24 Fw en is een uitwerking van het fixatiebeginsel. Als het ontstaan van de vordering na faillissement volledig is te herleiden naar een door de schuldenaar *voor* faillissement aangegane rechtsverhouding, dan zou gesteld kunnen worden dat dit schulden van de schuldenaar betreffen.²⁸ De vorderingen uit *Koot Beheer/Tideman q.q.* zouden dan derhalve niet-verifieerbare vorderingen moeten zijn. De boedel is hiervoor niet aansprakelijk. Deze vorderingen betreffen namelijk (i) vorderingen ontstaan na faillissement, (ii) geen boedelschuld, en (iii) geen bate voor de boedel. Zij zijn - zoals hiervoor besproken - bovendien niet verifieerbaar op grond van art. 37a Fw.

De Hoge Raad heeft in *Koot Beheer/Tideman q.q.* echter geoordeeld dat er sprake is van verifieerbare vorderingen. Hieruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad een strikte uitleg geeft aan art. 24 Fw. Waar art. 24 Fw verwijst naar “verbintenissen van de schuldenaar” wordt kennelijk uitdrukkelijk niet op de curator gedoeld. Slechts verbintenissen van de schuldenaar zelf ontstaan *na* faillissement zouden daarom worden beperkt door dit artikel. Ook al komen deze vordering direct voort uit pre-faillissementsrechtsverhoudingen en heeft de schuldenaar het ontstaan van die verbintenissen en de daarvoor benodigde opzegging na faillissement niet in de hand. Dit komt wat vreemd over, maar is niet helemaal uit de lucht gegrepen als bedacht wordt dat de oorspronkelijke tekst van art. 24 Fw sprak over verbintenissen door de schuldenaar *aangegaan*. Er is voor de huidige tekst gekozen om ervoor zorg te dragen dat ook verbintenissen uit de wet onder het artikel zouden vallen.²⁹

Gedeeltelijke tegemoetkoming aan de kritiek

De Hoge Raad heeft ook ten aanzien van de verifieerbare vordering acht geslagen op de kritiek in de literatuur. Ik verwijs in dit verband naar de conclusie van de advocaat-generaal Wissink en de daarin genoemde verwijzingen. Velen waren van mening dat er bij het verificatievraagstuk, rekening moest worden gehouden met de materiële verschuldigheid en omvang van de schuld en de mate waarin deze bepaald werden door rechtsfeiten van vóór faillissementsdatum. De Hoge Raad is meer dan tegemoetgekomen aan deze kritiek. De Hoge Raad verwijst niet naar materiële verschuldigheid of het moment waarop de omvang van de schuld is vast komen te staan. De vorderingen hoeven slechts voort te vloeien: “*uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar*”.

Er zijn in het verleden stemmen opgegaan om het ontstaansmoment van vorderingen aan te passen.³⁰

Hoewel blijkens het onderhavige arrest de Hoge Raad niet vies is van het terugkomen op een eerder oordeel, heeft hij dat op dit punt niet gedaan. De Hoge Raad heeft in *Koot Beheer/Tideman q.q.* bevestigd dat de vordering is ontstaan met de opzegging door de curator, dus na faillissementsdatum (r.o.

3.7.4).³¹ De discussie omtrent het ontstaansmoment was overigens al gevoerd voor - en afgewezen door -de Hoge Raad in *Circle Plastics*.³² Een in het oog springend nadeel van het verschuiven van het ontstaansmoment zou zijn dat er in faillissement een ander ontstaansmoment zou gelden dan voor verbintenissen buiten het faillissement.³³

Verifieerbaar ten koste van wat?

Wellicht vond de Hoge Raad het onbillijk om van boedelschulden ineens om te gaan naar niet verifieerbare vorderingen, maar dat lijkt juridisch niet zuiver en schept bovendien veel rechtsonzekerheid. Het fixatiebeginsel boet hoe dan ook sterk in aan betekenis. Bovendien betwijfel ik of het huidige criterium tot een meer billijke uitkomst leidt.

De curator zal ten gevolg van dit arrest met “nieuwe” concurrente vorderingen worden geconfronteerd, buiten de grenzen van art. 37a en art. 24 Fw om. Art. 37 Fw brengt mee dat als de wederpartij zelf niet beëindigt en er geen contractueel of wettelijk opzegrecht voor de curator bestaat, de overeenkomst blijft bestaan. Dit betekent dat de rechten en plichten die normaal gesproken uit deze overeenkomst zouden ontstaan, ook blijven ontstaan na faillissement.

Problemen zouden zich dan kunnen voordoen bij alle overeenkomsten die toekomstige verplichtingen behelzen. Een voorbeeld bij uitstek vormen de duurovereenkomsten zoals bewaarneming, aanneming van werk, verzekering, bruikleen, krediet en licentieovereenkomsten. Ook overeenkomsten die niet als duurovereenkomst kunnen worden gekwalificeerd maar die wel toekomstige verplichtingen bevatten, kunnen tot rechtsonzekerheid leiden. Denk bijvoorbeeld aan koopovereenkomsten met garanties voor toekomstige eigenschappen van het verkochte.³⁴

Een vordering tot nakoming wordt niet in art. 37a Fw genoemd en zou daarom als niet verifieerbaar kunnen worden beschouwd. Een vordering tot nakoming valt echter wel onder het ongeclausuleerde criterium van de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* De wederpartij bij duurovereenkomsten zou daarom ook een verifieerbare vordering tot nakoming kunnen instellen ten aanzien van verplichtingen die (lang) na faillissement blijven ontstaan.³⁵

Zoals besproken, hoeft de curator deze verplichtingen niet na te komen. Echter, nieuw ontstane vorderingen zullen voor verificatie vatbaar zijn want (1) zij zijn geen boedelschuld en (2) zij vloeien voort uit een bestaande rechtsverhouding. Uiteraard moet de wederpartij dan wel blijven nakomen - anders kan de curator ontbinden ex art. 6:265 BW - maar er zijn veel gevallen denkbaar waarbij het presteren de wederpartij weinig moeite of geld zal kosten: denk bijvoorbeeld het in de lucht houden van een website, of het in stand houden van verzekerings- en leaseovereenkomsten.³⁶ Het kan de moeite lonen als er voldoende boedel beschikbaar lijkt te zijn voor betaling aan concurrente schuldeisers. Deze verifieerbare schulden - en dus de te ontvangen (pro rata) uitkering loopt dan potentieel oneindig op en is slechts begrenst door de boedel.³⁷ Dit is onwenselijk, want hierdoor zal de schuldeiser zijn positie verbeteren ten koste van de overige concurrente schuldeisers. Bovendien zou dit betekenen dat, ondanks het recht en de keuze van de curator om niet na te komen, schuldeisers toch in het faillissement mogen opkomen met aan nakoming gerelateerde vorderingen.

Naast de hoofdverbintenissen, kan ook worden gedacht aan de contractuele boete. Dit is weliswaar geen boedelschuld, maar kan wel contractueel tot een zeer hoog oplopende verifieerbare schuld leiden als zij is gekoppeld aan niet-nakoming. De Hoge Raad noemt immers geen einddatum tot wanneer vorderingen kunnen worden ingediend in het faillissement. Contractuele boetes zullen geen bate meebrengen voor de boedel. Zij betreffen geen vordering uit ontbinding of vernietiging maar juist uit nakoming. Zij betreffen ook geen vordering tot schadevergoeding en zijn bovendien niet voor faillietverklaring op de schuldenaar verkregen. Er zou daarom kunnen worden geconcludeerd dat de boetes niet verifieerbaar zijn.³⁸ Toch kan op grond van het thans gehanteerde criterium voor verifieerbare schulden worden gesteld dat tijdens het faillissement opeisbaar geworden contractuele boetes³⁹ gewoon ter verificatie kunnen worden ingediend. Hiermee kan de curator - hoewel gerechtigd tot wanprestatie - ook feitelijk gedwongen worden tot nakoming.⁴⁰ De door de Hoge Raad gebruikte formulering laat

volgens Boekraad zelfs toe dat strafrechtelijke of mededingingsrechtelijke boetes betreffende een vóór de faillietverklaring gepleegd delict, die na de faillietverklaring wordt opgelegd, een faillissementsvordering zal zijn.⁴¹ De strikte uitleg van art. 24 Fw kan hier mogelijk wel parten spelen.

Een interessante vraag is ook in hoeverre de wederpartij zichzelf - buiten de curator om - nu kan voldoen.⁴² Bijvoorbeeld bij schuldeisers die zekerheidsrechten hebben op grond waarvan nakoming van na faillissement ontstane verplichtingen kan worden afgedwongen. Hierover bestond onduidelijkheid. Uit art. 23 Fw zou kunnen volgen dat vorderingen die ontstaan na faillissement, niet ten laste van de boedel kunnen worden gebracht, waardoor zij ook niet met voorrang kunnen worden verhaald op tot zekerheid verbonden goed.⁴³ De zekerheidsgerechtigde kan zijn zekerheidsrechten dan alleen uitoefenen ten aanzien van de ten tijde van de faillietverklaring bestaande vordering. Er wordt echter ook gesteld dat pand- en hypotheekhouders vorderingen die ontstaan na de faillietverklaring uit een vóór de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, toch kunnen verhalen op de opbrengst van het betreffende goed. Voorwaarde is dan slechts dat het zekerheidsrecht is gevestigd tot zekerheid van deze vorderingen. Dit zou volgen uit art. 132 lid 2 Fw jo. art. 483e Rv.⁴⁴ Kortom, de meningen zijn verdeeld.

Met *Koot Beheer/Tideman q.q.* lijkt de rechtsonzekerheid hieromtrent ten einde te zijn gekomen, maar wellicht niet op een door curatoren gewenste wijze. Uit het arrest lijkt te volgen dat al deze vorderingen verifieerbaar zijn. De Hoge Raad verwijst zelfs uitdrukkelijk naar duurovereenkomsten. Een logische gevolgtrekking is dat de wederpartij zichzelf mag voldoen door middel van zijn zekerheidsrechten. Zou dit niet zo zijn, dan zou er een ongefundeerd onderscheid worden gemaakt tussen verifieerbare vorderingen ontstaan vóór en na faillissement. Dat ligt niet voor de hand, aangezien de Hoge Raad bij zijn beslissing juist (1) oordeelt dat het feit dat de vorderingen zijn ontstaan na faillissement niets uitmaakt, en (2) voor de verifieerbaarheid van vorderingen ontstaan na faillissement, een verband legt met de ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding.

Met het "nieuwe" art. 37 Fw zou de zoektocht naar goederenrechtelijke of fiduciaire constructies zijn verholpen.⁴⁵ Dat lijkt met het huidige oordeel weer ongedaan te zijn gemaakt, nu partijen alsnog door middel van goederenrechtelijke constructies zullen trachten om hun recht op nakoming van na faillissement ontstane verbintenissen veilig te stellen. Dat zal niet in het belang zijn van de concurrente schuldeisers die juist door dit arrest beschermd zouden worden tegen de uitdijende boedelschuld. De formulering van de Hoge Raad beperkt zich - in tegenstelling tot art. 37 en 37a Fw - niet tot verbintenissenrechtelijke vorderingen maar zou ook goederenrechtelijke aanspraken kunnen behelzen.⁴⁶

Het lijkt er op dat nu niet alleen partijen verifieerbare vorderingen verkrijgen die daar op basis van wet en billijkheid geen recht op zouden hebben, maar ook dat de hoogte van de vordering van te voren contractueel te manipuleren is. Het is dus nog maar sterk de vraag in hoeverre dit nieuwe criterium voor verifieerbare vorderingen ook het belang van de gezamenlijke schuldeisers tegemoetkomt en een billijke uitkering waarborgt.

In het licht van het wetsvoorstel voor een nieuwe insolventiewet gaan er stemmen op om af te stappen van de focus op het belang van de concurrente schuldeisers.⁴⁷ De overwegingen zijn vooral praktisch van aard: de concurrente schuldeisers ontvangen in verreweg de meeste faillissementen niets of zeer weinig. Het zou dan vanzelfsprekend zijn dat de focus meer bij bijvoorbeeld de zekerheidsgerechtigden komt te liggen. Zo ver zijn wij echter nog niet, zeker nu een omvangrijke herziening van de baan lijkt.⁴⁸ Curatoren kunnen voorlopig niet om het belang van de concurrente schuldeisers heen.

Gevolgen voor Aukema q.q./ Uni-Invest en Papierfabrieken Van Gelder

Op grond van *Koot Beheer/Tideman q.q.* kan worden geredeneerd dat de Hoge Raad is teruggekomen van *Aukema q.q./ Uni-Invest en Papierfabrieken Van Gelder*.⁴⁹ Onder het nieuwe criterium zouden de vorderingen die in deze arresten zijn aangemerkt als niet-verifieerbaar, toch voor verificatie in aanmerking komen. Het maakt dan niet meer uit door wie en op welke grondslag de overeenkomst wordt opgezegd. Uit *X/Romania Beheer*, gewezen op 15 november 2013, blijkt echter dat de Hoge Raad dit niet voor ogen heeft gehad.⁵⁰ Een beding waarbij de huurder zich heeft verplicht tot vergoeding van de schade die de verhuurder lijdt door een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van de huurder, is nog steeds niet-verifieerbaar. De Hoge Raad verwijst in dit arrest echter niet naar *Koot Beheer/Tideman q.q.*, waardoor niet duidelijk wordt hoe deze arresten zich tot elkaar verhouden. Een beschouwing is op zijn plaats.

Aan opzegging ex art. 39 Fw is voor verhuurder het voordeel verbonden dat de huurschuld vanaf faillissementsdatum boedelschuld is. Daarom "heeft de wetgever 'niet de minste' reden gezien aan de verhuurder 'ook nog een recht op schadevergoeding te geven'".⁵¹ De Hoge Raad heeft in *Aukema q.q./Uni-Invest* geoordeeld dat een contractueel beding waaruit volgt dat bij vroegtijdige beëindiging van de huurovereenkomst gedeerde huur moet worden vergoed, geen effect sorteert in faillissement bij een opzegging ex art. 39 Fw.⁵² Dit zou de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging doorkruisen.⁵³ Een vordering op basis van een dergelijk beding is bij opzegging ex art. 39 Fw geen boedelschuld en betreft een niet-verifieerbare vordering.

Het feit dat de verhuurder geen recht op schadevergoeding heeft bij een beëindiging ex art. 39 Fw, staat niet in de weg aan een contractueel beding (i) op grond waarvan kan worden ontbonden bij faillissement en (ii) dat een recht op schadevergoeding verbindt aan deze contractuele ontbinding. De schadevergoeding is dan verifieerbaar ex art. 37a Fw. Er wordt derhalve een onderscheid gemaakt tussen (i) enerzijds opzegging ex art. 39 Fw, waarbij een beding tot het vooraf bepalen van schadevergoeding bij opzegging in faillissement niet is toegestaan, en (ii) anderzijds beëindiging op grond van een contractuele opzeggingsgrond, waarbij (de belangenafweging van) art. 39 Fw zich niet verzet tegen een contractuele schadevergoedingsregel.

De uitspraak sloot aan op het eerdere *Papierfabrieken Van Gelder* arrest over de opzegging van een arbeidsovereenkomst.⁵⁴ Ook hier werd geoordeeld dat de in - het met art. 39 Fw vergelijkbare - art. 40 Fw besloten belangenafweging niet mag worden doorbroken door contractuele afspraken van vóór de faillissementsdatum.⁵⁵ De zaak betrof een vóór faillietverklaring gesloten overeenkomst met de strekking om ook na de faillietverklaring een (nadeels)-vergoeding aan de werknemer toe te kennen. Het is met het op de belangenafweging berustende stelsel van de wet niet verenigbaar dat het resultaat van die afweging kan worden doorbroken door een door partijen voor faillissement gesloten overeenkomst met de strekking om ook na ontslag ex art. 40 Fw geleden nadeel toe te kennen. De kennelijke onredelijkheid van dat ontslag is immers nooit komen vast te staan. Ook zou zo niet worden vastgesteld of het in het contract opgenomen bedrag overeenkomt met de vergoeding die de rechter op grond van de wet zou hebben vastgesteld. Een dergelijke financiële aanspraak kon volgens de Hoge Raad niet aan de boedel worden tegengeworpen. Uit een dergelijke overeenkomst kan én geen boedelschuld én geen voor verificatie vatbare schuld ontstaan.

Op grond van voornoemde arresten zou ook in *Koot Beheer/Tideman q.q.* moeten worden geconcludeerd dat er én geen boedelschuld én geen voor verificatie vatbare schuld is. De vordering ontstond immers ten gevolge van een opzegging ex art. 39 Fw en was volledig gebaseerd op een contractuele regeling van voor faillissement waaruit volgt dat bij beëindiging van de huurovereenkomst herstelkosten moeten worden vergoed. Niettemin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat hier sprake was van een verifieerbare vordering. Dit oordeel laat zich derhalve niet verenigen met de eerder genoemde arresten. In *Koot Beheer/Tideman q.q.* ging het niet om een contractueel beding op grond waarvan de gedeerde huur alsnog werd betaald, maar om herstel van schade. Volgens Van Andel en Van Zanten betekent dit dat deze vordering geheel los stond van een compensatie van huur en dus van de belangenafweging van art. 39 Fw, zodat de in *Aukema q.q./Uni-Invest* gebruikte redenering hier niet opging.⁵⁶ Het huidige oordeel zou in dit verband dus niets afdoen aan deze eerdere beslissingen. Ik kan mij niet helemaal vinden in deze redenering.

De aan art. 39 en 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging is naar mijn mening niet beperkt tot gemis aan huur of loon, maar betreft schadevergoeding in bredere zin. De opzegging ex art. 39 en 40 Fw is in beginsel regelmatig en verplicht daarom niet tot een aanvullende schadevergoeding - in welke vorm dan ook - naast de door de wet erkende boedelvordering.⁵⁷ Ook de wetgever zag niet de minste reden om ook nog een recht op schadevergoeding te geven. In de genoemde arresten wordt geen beperking opgelegd ten aanzien van het type schadevergoeding.

In *Papierfabrieken Van Gelder* staat bovendien dat in art. 40 Fw besloten ligt dat vorderingen die na de faillietverklaring uit de arbeidsovereenkomst zijn ontstaan, (i) slechts - binnen de grenzen van art. 40 Fw - boedelschulden kunnen opleveren, maar (ii) niet voor verificatie in het faillissement in aanmerking komen. Dit zou anders zijn als de vorderingen zijn ontstaan vóór faillissement. Het uitgangspunt is dus dat vorderingen ontstaan uit de arbeidsovereenkomst na de faillietverklaring - van welke aard dan ook - niet verifieerbaar zijn. Zij kunnen mogelijk een boedelschuld opleveren, maar dan alleen als dat is toegestaan binnen de grenzen van art. 40 Fw. Uit het arrest volgt niet dat in het kader van verifieerbaarheid een onderscheid moet worden gemaakt tussen vorderingen die wel en niet zien op gedeerde loon.

In r.o. 3.5.2 van *Aukema q.q./Uni-Invest* verwijst de Hoge Raad weliswaar naar *huurvorderingen*, maar dit betreft een concrete toepassing van de feiten in die zaak op de meer algemene regel die hij formuleert in r.o. 3.5.1: het voorkomen van boedelschulden “*ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen*”. Gelet op het toen geldende toedoen criterium, zouden alle schadevergoedingsvorderingen tot boedelschulden kunnen leiden indien ontstaan na faillissement en door toedoen (opzegging) van de curator. De genoemde arresten staken hier een stokje voor. De vorderingen zijn alleen boedelschulden indien genoemd in art. 39 en 40 Fw. Vielen zij hier niet onder, dan zijn zij niet verifieerbaar. Het door Van Andel en Van Zanten gesuggereerde uitgangspunt dat *Aukema q.q./Uni-Invest* en *Papierfabrieken Van Gelder* slechts toepassing vinden bij vorderingen die strekten ter compensatie van het gemis aan loon, respectievelijk huurpenningen, lees ik niet terug in de arresten. Dit volgt ook niet uit *X/Romania Beheer*, waarin eveneens gesproken wordt over “*voorkoming van het oplopen van schulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen*”, hetgeen veel meer kan omvatten dan alleen de misgelopen huur.⁵⁸

Ook de schadevergoedingsvordering in *Koot Beheer/Tideman q.q.* raakte direct aan de belangenafweging die aan art. 39 en 40 Fw ten grondslag ligt. Dit blijkt ook uit het feit dat de Hoge Raad de voornoemde belangenafweging bij art. 39 Fw gebruikt om te onderbouwen dat er in *Koot Beheer/Tideman q.q.* geen sprake is van een boedelschuld. Hieruit volgt dat ook de Hoge Raad van oordeel is dat een vordering tot herstel van schade deze belangenafweging kan doorkruisen, ook al is hier geen sprake van een vordering tot compensatie van gedeerde huur. In het stelsel van de wet zou volgens de Hoge Raad niet passen dat indien de curator in het belang van de boedel de huur beëindigt, “*de schadevergoedingsverplichting die in verband met de huurbeëindiging ontstaat*”, een boedelschuld is door enkel toedoen (opzegging) van de curator. Ook hier wordt door de Hoge Raad gesproken van een meer algemene schadevergoedingsverplichting, niet beperkt tot loon of huurvorderingen.

De vordering in *Koot Beheer/Tideman q.q.* is dus (mede) op basis van de in *Aukema q.q./Uni-Invest* genoemde belangenafweging geen boedelschuld. Als deze lijn zou worden doorgetrokken, dan zou de herstellvordering in *Koot Beheer/Tideman q.q.* ook niet verifieerbaar zijn. De Hoge Raad oordeelt echter dat dit een concurrente verifieerbare vordering betreft. De conclusie zou daarom kunnen worden getrokken dat de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* afstand heeft gedaan van *Aukema q.q./Uni-Invest* en *Papierfabrieken Van Gelder*. In beide gevallen ging het immers ook om na datum faillietverklaring ontstane verplichtingen die geen boedelschuld zijn en die hun grondslag vinden in een vóór faillissementsdatum aangegane rechtsverhouding. De Hoge Raad heeft in *Koot Beheer/Tideman q.q.* geen uitzondering gemaakt voor de situaties die speelden in *Aukema q.q./Uni-Invest* en *Papierfabrieken Van Gelder*.

Met Van Andel en Van Zanten was ik het eens dat het vermoedelijk niet de bedoeling van de Hoge Raad zal zijn geweest om terug te komen op *Aukema q.q./Uni-Invest* en *Papierfabrieken Van Gelder*. Dat is ook gebleken in *X/Romania Beheer B.V.* Hierin wordt de regeling van *Aukema q.q./Uni-Invest* door de Hoge Raad bevestigd. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.3.3:

“Het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest* moet dan ook aldus worden verstaan dat dit beding in het geval van opzegging op de voet van art. 39 Fw alleen geen effect sorteert jegens de boedel.”

En in r.o. 3.3.4:

“De opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw laat de rechtsgeldigheid van het hier bedoelde contractuele beding dus onverlet, maar de daaruit resulterende vordering komt niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder.”

Bij situaties die vallen onder *Aukema q.q./Uni-Invest*, sorteren de contractuele schadevergoedingen dus geen effect jegens de boedel.⁵⁹ De Hoge Raad bevestigd ook dat het gevolg van niet inroepbaarheid van het schadevergoedingsbeding het resultaat heeft dat de betreffende vordering niet verifieerbaar is. Kortom, *Koot Beheer/Tideman q.q.* vindt in die situaties - wat deze situaties dan ook zijn - geen toepassing. De regeling zou in de betreffende zaak echter niet opgaan, omdat *Aukema q.q./Uni-Invest* slechts betrekking heeft op de verhouding tussen verhuurder en boedel.⁶⁰ In *X/Romania Beheer B.V.* ging het niet om de inroepbaarheid van een schadevergoedingsbeding jegens de boedel, maar jegens de gefailleerde huurder zelf en jegens de derde die zich garant had gesteld voor nakoming van de vordering van de verhuurder.

Advocaat-generaal Rank-Berenschot schrijft in haar conclusie bij *X/Romania Beheer* dat uit *Koot Beheer/ Tideman q.q.* volgt dat “in het midden kan blijven of men de aan het beding te ontlenen vordering tot schadevergoeding dient te kwalificeren als een ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst ontstane vordering onder opschortende voorwaarde, dan wel als een vordering die eerst ontstaat door toedoen van (de opzegging door) de curator”. De A-G bepleit in haar conclusie vooral de geldigheid van het beding, waarbij ik mij kan aansluiten. De A-G stelt voorts dat uit *Koot Beheer/Tideman q.q.* zou volgen dat de vordering tot vergoeding van leegstandschade in beide gevallen in beginsel moet worden aangemerkt als een verifieerbare vordering. Vervolgens overweegt de A-G echter:

“Waar de onverenigbaarheid van het beding met de wettelijke regeling berust op het doel de boedel te beschermen, volstaat het naar mijn mening om aan de vordering haar verifieerbaarheid te ontzeggen.”

Er is derhalve volgens de A-G geen sprake van een verifieerbare vordering en toepassing van *Koot Beheer/Tideman q.q.* als (1) er sprake is van een beding (2) dat onverenigbaar is met een wettelijke regeling, (3) dat gericht op bescherming van de boedel. Zoals uit het voorgaande blijkt, zou dit evengoed kunnen gelden voor de vorderingen uit *Koot Beheer/Tideman q.q.*

Handhaving van de in *Aukema q.q./ Uni-Invest* en *Papierfabrieken Van Gelder* genoemde regels kan eigenlijk alleen als de door Van Andel en Van Zanten genoemde uitzondering/beperking toch wordt gehanteerd: voor zover de vorderingen zien op hetgeen waarvoor de wet een concrete vervanging biedt in de vorm van een (beperkte) boedelschuld (dus huur, loon, premieschulden), geldt een uitzondering op de meer algemene regel van *Koot Beheer/Tideman q.q.* en is er sprake van een niet-verifieerbare vordering. Deze beperking lijkt mij praktisch maar, gelet op het voorgaande, niet juist. Het is wel zo dat er in de betreffende zaken van dergelijke schulden sprake was, maar dat brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat de regeling daartoe is beperkt. Dat is mijns inziens ook niet zo. Er wordt dan een kunstmatig onderscheid gebruikt dat niet direct

uit de arresten voortvloeit. Dit onderscheid wordt niet gemaakt door de Hoge Raad in *Koot Beheer/ Tideman q.q.* en ook niet in *X / Romania Beheer B.V.* Met de beperking van boedelschulden in *Koot Beheer/Tideman q.q.*, zal in andere situaties dan bij gedeerde huur en misgelopen loon, mogelijk niet snel sprake meer zijn van een beding dat (de belangenafweging van) art. 39 Fw of art. 40 Fw doorkruist. *Koot Beheer/Tideman q.q.* kan in die zin wel worden gezien als een (achteraf opgelegde) beperking op voornoemde arresten. Het is jammer dat de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* en *X / Romania Beheer B.V.* niet de gelegenheid heeft gegrepen om duidelijkheid te verschaffen.

III. Tot slot

Tot *Koot Beheer/Tideman q.q.* werd het ontstaansmoment van de vordering doorslaggevend geacht voor de kwalificatie van verifieerbare, niet verifieerbare en boedelvorderingen.⁶¹ Door het arrest zijn de grenzen tussen deze type vorderingen opnieuw bepaald.

De invulling van de “nieuwe” criteria voor de boedelschuld laten ruimte voor uitleg en lijken niet allen even goed te passen in het bestaande wettelijk stelsel. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede. Het feit dat de Hoge Raad heeft gesteld te zijn teruggekomen van het toedoen criterium, zal echter op zich al zijn gevolgen hebben voor de praktijk. In de lagere rechtspraak werd een brede uitleg gegeven aan het toedoen criterium. De redelijke verwachting is dat de afstand die de Hoge Raad van het criterium heeft genomen tot gevolg zal hebben dat veel minder vorderingen zullen worden gekwalificeerd als boedelschuld. Dit betekent dat “would-be” boedelcrediteuren nu veelal voor een dichte deur komen te staan.

Deze rechtsontwikkeling benadrukt het belang voor crediteuren om zich vanaf het begin van de rechtsverhouding contractueel zo veel mogelijk zeker te stellen en tevens om zo snel mogelijk stappen te ondernemen als wederpartijen tekenen tonen van financiële moeilijkheden. Bij overeenkomsten ten aanzien waarvan geen wettelijke opzegbevoegdheden gelden, kan de opzegbevoegdheid contractueel onderhevig worden gemaakt aan een verplichting tot schadevergoeding/schadeloosstelling. De hieruit voortvloeiende vordering is volgens de Hoge Raad een boedelschuld. Het is aannemelijk dat dit recht in jurisprudentie nader zal worden beperkt.

Tegenover de (beoogde) beperking van de boedelschuld staat dat de crediteuren steeds vaker ook de vorderingen die na faillissement zijn ontstaan ter verificatie kunnen indienen. Als er sprake is van een bestaande rechtsverhouding, zal er al snel sprake zijn van een verifieerbare vordering. Art. 37 Fw biedt de curator de mogelijkheid om niet na te komen. Op het eerste gezicht is er sprake van strijd met het doel en de strekking van dit artikel indien crediteuren alsnog nakoming kunnen afdwingen en/of nieuwe aanspraken jegens de boedel kunnen laten gelden, terwijl de curator voor wanprestatie heeft gekozen. Art. 37a Fw moet mijns inziens ook limitatief worden opgevat en behoort niet te zien op vorderingen tot nakoming.⁶² Aannemelijk is dat de Hoge Raad niet heeft bedoeld om in strijd met bovenstaande artikelen en vaststaande jurisprudentie als *Aukema q.q./ Uni-Invest* te oordelen. Mogelijk zal het criterium daarom binnen de hiervoor geschetste wettelijke kaders moeten worden toegepast. Gelet op het feit dat *Koot Beheer/Tideman q.q.* een verifieerbare vordering opleverde, zijn deze wettelijke kaders kennelijk wel rekbaar. De grenzen zullen uit toekomstige jurisprudentie moeten blijken. Vooralsnog zijn we geconfronteerd met een vrijwel grenzeloos criterium voor verifieerbare vorderingen.

Met een potentiële vloedgolf aan verifieerbare vorderingen, zullen de niet-verifieerbare vorderingen sterk afnemen. Het uitkeringspercentage zal mogelijk - al zij het in beperkte mate - gemanipuleerd kunnen worden, waardoor sommige crediteuren kunnen ervaren dat hun uitkeringspercentage afneemt. Contractspartijen zullen naar aanleiding van dit arrest ongetwijfeld trachten hun positie contractueel strategisch te verbeteren door bijvoorbeeld (i) zekerheidsrechten bij duurovereenkomsten dusdanig in te kleden dat ook na faillissement nakoming kan worden afgedwongen en/of (ii) contractuele boetes voor niet-nakoming in duurovereenkomsten op te nemen.

Hierdoor zal ook het gedrag van curatoren een verandering ondergaan. Zij kunnen als voorheen kiezen op grond van art. 37 Fw en de *Nebula* nuancering om niet te presteren. Maar daar waar eerder sprake zou zijn geweest een niet verifieerbare schuld als vorderingen ontstonden na faillietverklaring, kan er nu wel sprake zijn van verifieerbare (en, behoudens voorrang, concurrente) schulden. Curatoren zullen bijvoorbeeld rekening moeten houden met het feit dat uit opzegging voortvloeiende vorderingen verifieerbare vorderingen kunnen opleveren. Toch zal opzegging mogelijk nodig zijn om te voorkomen dat (1) verifieerbare schulden, uit bijvoorbeeld duurovereenkomsten, verder oplopen en (2) nakoming van vorderingen ontstaan na faillissement wordt afgedwongen, door bijvoorbeeld zekerheidsrechten of *de facto* door een oplopende boete gekoppeld aan niet-nakoming door de curator. Hoewel de curator -wil hij een boedelschuld voorkomen - bedacht moet zijn op de aan de opzeggingsbevoegdheid gekoppelde voorwaarden, hoeft hij minder te vrezen voor de overige aan opzegging gekoppelde verbintenissen die in het verleden een boedelschuld zouden hebben opgeleverd. Kortom het speelveld is wat veranderd. Het toedocriterium is ten onder en de verifieerbare vordering is in opmars. Helaas zal er ongetwijfeld ook een aantal boedels ten onder gaan aan juridische procedures over de uitleg van de criteria voor beide begrippen.

Voetnoten

- 1 Verstijlen wijst er in zijn noot onder *NJ* 2013/291 op dat met faillietverklaring vermoedelijk wordt bedoeld: 0.00 uur van de dag van faillietverklaring.
- 2 S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, "Geschiedenis van de Faillissementswet", Heruitgave Van Der Feltz I, *Serie Onderneming en Recht* Deel 2-I, W.E.J. Tjeenk Willink - Zwolle 1994, p. 409.
- 2 Stb. 1986, 295. Zie ook W. Snijders, 'Het nieuwe artikel 37F, een belangrijke verandering', CJHB - Brunner-bundel, Deventer: Kluwer 1994, p. 357 t/m 360.
- 3 HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).
- 4 De curator mag de wederpartij ook een termijn stellen op grond van art. 6:88 BW. Zie MvT 16 593, S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, "Geschiedenis van de Faillissementswet", *Serie Onderneming en Recht* Deel 2-II, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle - 1995, p. 95.
- 5 De Hoge Raad oordeelt in r.o. 3.6.1.: "Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij deze ook ontbinden, na de weg van art. 37 lid 1 Fw te hebben gevolgd." Verstijlen concludeert terecht dat het niet de bedoeling

van de Hoge Raad kan zijn geweest om (directe) ontbinding op andere grondslagen uit te sluiten (*NJ* 2013/291).

- 6 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam, 16 maart 2006, *JOR* 2006/138: termijnstelling art. 37 Fw niet vereist.
- 7 Een beroep op een beding dat recht op nakoming doet vervallen bij faillissement kan onaanvaardbaar zijn: HR 12 april 2013, *JOR* 2013/193 (*Megapool*).
- 8 Het Gerechtshof Amsterdam gaat er kennelijk van uit dat dit kan. Zie Hof Amsterdam, 15 januari 2004, *JOR* 2004/89 (*Mondial/ Boddaert q.q.*).
- 9 MvT 19 528; Kortmann & Faber, “Geschiedenis van de Faillissementswet”, Deel 2-II p. 98.
- 10 Van der Feltz I, p. 409.
- 11 Dit keuzerecht van de curator volgt niet alleen uit art. 37 Fw, maar ook uit het beginsel dat faillissement geen invloed heeft op het bestaan van overeenkomsten en uit de *paritas creditorum* ex art. 26 Fw. Volgens Van Zanten volgt hieruit dat dit keuzerechten niet per se wordt begrensd door art. 37 Fw. Zie T.T. van Zanten, GS Faillissementswet, commentaar op art. 37 Fw, aant. 3.1.
- 12 Snijders, ‘*Het nieuwe artikel 37F, een belangrijke verandering*’, Brunner-bundel.
- 13 Zie Verstijlen in *NJ* 2013/291 en *NJB* 2013/1930.
- 14 MvT 16 593; Kortmann & Faber, “Geschiedenis van de Faillissementswet”, Deel 2-II, p. 94.
- 15 Vernietiging hield wel haar terugwerkende kracht na de wetswijziging maar is aan art. 37a Fw toegevoegd omdat dit o.m. kan worden ontzegd ex art. 3:53 BW.
- 16 De grond voor ontbinding is niet relevant. Een vordering gekoppeld aan vernietiging zal slechts plaatsvinden indien en voor zover de rechter de terugwerkende kracht heeft ontzegd. Zie ook T.T. Van Zanten, “*De Overeenkomst in het Insolventierecht*”, *Recht en Praktijk Insolventierecht*, (diss. Groningen) Deventer: Kluwer 2012, p. 199.
- 17 Zie ook Verstijlen in zijn noot bij *NJ* 2013/291 en Zie MvT, 16 593, nr. 3, p. 144; B. Wessels, ‘*Verificatie van Schuldvorderingen*’, *Insolventierecht*, Nr. V, nr. 5014.
- 18 Zie anders Boekraad, ‘Afwikkeling van de Faillissementsboedel’ diss., *Serie Onderneming en Recht*, deel 9, 1997, p. 22. Boekraad meent dat het niet de bedoeling van de wetgever was om art. 37a Fw limitatief te laten zijn. Zo nu ogenschijnlijk ook de Hoge Raad.
- 19 MvT 16 593; Kortmann & Faber, “Geschiedenis van de Faillissementswet”, Deel 2-II, p. 99.
- 20 MvT 16 593; Kortmann & Faber, “Geschiedenis van de Faillissementswet”, Deel 2-II, p. 99.
- 21 Zie bijvoorbeeld: Van Andel & Van Zanten, *TVI* 2013/26.
- 22 Dit ligt ook niet voor de hand want art. 37a Fw is juist bedoeld voor het geval dat de curator kiest voor niet- nakoming.
- 23 Van Zanten, “*De Overeenkomst in het Insolventierecht*”, (diss.), p. 198.
- 24

Er zouden vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de vraag of een aan de curator toekomende bijzondere bevoegdheid tot opzegging op één lijn kan worden gesteld met ontbinding. Daar waar de curator in zijn hoedanigheid in beginsel altijd het recht heeft om op te zeggen ex art. 39 Fw en 40 Fw in het belang van de boedel, heeft de curator in zijn hoedanigheid geen algemeen ontbindingsrecht. Daar is bij de wijziging van art. 37 Fw bewust voor gekozen.

- [25](#) Van Zanten, “*De Overeenkomst in het Insolventierecht*”, (diss.), p. 202: verwijst ook naar wetwijziging. Dit standpunt wordt herhaald in het artikel van Van Andel & Van Zanten, *TVI* 2013/26.
- [26](#) Kortmann & Faber 2007, p. 318 en Van Zanten, “*De Overeenkomst in het Insolventierecht*”, (diss.), p. 204.
- [27](#) Brief 27 juni 2013 aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, van de Minister van Veiligheid en Justitie, I.W. Opstelten, kenmerk 403309.
- [28](#) Volgens R.J. van Galen, ‘Drie typen schulden bij faillissement’, *WPNR* 6225 en 6226, 1996, kon art. 24 Fw ook gelden voor schulden waarvan het ontstaan is terug te herleiden naar een pre-faillissementsrechtsverhouding. Volgens A.J. Verdaas in GS Faillissementswet, art. 24, Verbintenissen, ontstaan na faillietverklaring, punt 2, is aannemelijk dat verbintenissen die voortvloeien uit een voor de aanvang van het faillissement reeds bestaande rechtsverhouding niet onder het bereik van art. 24 Fw vallen.
- [29](#) A.J. Verdaas, GS Faillissementswet, 1 Betekenis van het artikel bij: Faillissementswet, Art. 24, aant. 1. Ook verbintenissen ontstaan door onverschuldigde betaling door een derde vallen hieronder: HR 14 december 1984, *NJ* 1985/288.
- [30](#) Zie conclusie A-G Wissink bij *Koot Beheer/Tideman q.q.* Zie ook R.J. van Galen over het relatief ontstaanscriterium in ‘Drie typen schulden bij faillissement’ (I en II), *WPNR* 6225 en 6226, 1996.
- [31](#) Zie ook F.M.J. Verstijlen, “De verpanding van onderhanden werk”, *WPNR* 2013, 6963, p. 121 e.v. voor ontstaansmoment van de vordering en jurisprudentie hieromtrent.
- [32](#) Ten aanzien van *Circle Plastics* zou nog steeds de goederenrechtelijke vordering uit het eigendomsrecht bestaan op grond waarvan de boedelschuld kan worden aangenomen, waardoor het ontstaansmoment daar minder relevant is.
- [33](#) Zie conclusie A-G Wissink en art. 6:1 BW: verbintenissen kunnen slechts uit de wet ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit.
- [34](#) Zie Toelichting Commissie Kortmann bij Voorontwerp Insolventiewet.
- [35](#) Het oordeel in *Koot Beheer/Tideman q.q.* is volgens de Hoge Raad ook van toepassing op duurovereenkomsten.
- [36](#) Van Andel & Van Zanten noemen diverse andere voorbeelden in *TVI* 2013/26.
- [37](#) Uiteraard zal de schuldeiser hierdoor geen voorrang of separatistenpositie verwezenlijken - het gaat enkel om de verhouding tussen de concurrente schuldeisers.
- [38](#) Boetes die strekken tot schadevergoeding zijn wel voor verificatie vatbaar: HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406 (BabyXL).
- [39](#) Omdat de curator niet nakomt bijvoorbeeld.

- [40](#) Of een toename van het passief voor lief nemen.
- [41](#) G.A.J. Boekraad, *JOR* 2013/224.
- [42](#) Zie de toelichting bij art. 37Fw en 37a FW van Commissie INSOLAD bij het Wetsvoorstel Wijziging Faillissementswet van 13 december 2012.
- [43](#) A.I.M. van Mierlo, Asser 3-VI, 2010/91 met verwijzing naar HR 25 februari 1955, *NJ* 1955, 711 (*M.B./Rotterdamse Bank*).
- [44](#) S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, '*Pand, hypotheek en fixatiebeginseel*', in J.C. van Apeldoorn e.a., '*Onzekere zekerheid*', INSOLAD Jaarboek 2001, Deventer: Kluwer 2001, p. 139-153; A.J. Verdaas, '*Commentaar op Faillissementswet, art. 57 Fw*', onderdeel C.3.1.
- [45](#) Snijders, '*Het nieuwe artikel 37F, een belangrijke verandering*', Brunner-bundel, p. 360.
- [46](#) Zie Van Andel en Van Zanten, *TVI* 2013/26 voor de potentiële gevolgen voor de goederenrechtelijke rechtsverhouding.
- [47](#) Tijdens het congres Eyes on Insolvency stemde 70% van de aanwezigen "ja" op de stelling: "Curatoren behartigen niet per definitie de belangen van de concurrente crediteuren, maar de belangen van de crediteuren die een economisch belang hebben ("in the money" zijn), waaronder (vooral ook) separatisten". Zie ook het artikel van J.J. van Hees voor dit congres: "*Het faillissement is dood, lang leve het faillissement!*" van 18 april 2013.
- [48](#) Brief 27 juni 2013 aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, van de Minister van Veiligheid en Justitie, I.W. Opstelten kenmerk 403309.
- [49](#) HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114 (*Aukema q.q./Uni-Invest*); HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662 (*Papierfabrieken Van Gelder*).
- [50](#) HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244 (*X / Romania Beheer B.V.*)
- [51](#) *Aukema q.q./Uni-Invest*, r.o. 3.5.2
- [52](#) *Aukema q.q./Uni-Invest*, r.o. 3.5.1.: "De regeling van art. 39 Fw berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van boedelschulden ter zal van niet langer gewenste huurverhoudingen, en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs."
- [53](#) Er zijn uiteraard ook andere belangen denkbaar. Er is meer rechtszekerheid voor de verhuurder en vooral de werknemers dan zou zijn geboden door art. 37 Fw. Voor waarde behoud in het kader van een doorstart, kan het van belang zijn dat de curator in ieder geval drie maanden over het pand en zes weken over (inzet van) werknemers beschikt. Dit kan ook noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld bij de veilige ontmanteling van een gefailleerde chemische fabriek.
- [54](#) HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662 (*Papierfabrieken Van Gelder*): art. 40 Fw brengt mee dat werknemers op kortere termijn kunnen worden ontslagen dan uit overeenkomst of wettelijke opzegtermijnen voortvloeit. Deze regeling is getroffen ten einde te vermijden dat de boedelschulden krachtens art. 40 Fw tot een niet verantwoord geachte hoogte zouden oplopen. Het betreft een afweging van belangen tussen de werknemer en de faillissementscrediteuren.
- [55](#) Dit gaat niet op voor onvoorwaardelijke beëindigingsovereenkomsten op grond waarvan een reeds voor faillissement bestaande vordering ter verificatie had

kunnen worden ingediend (Hof Amsterdam 3 februari 2000, *JOR* 2000/63 (*Fokker 55+*)). Het moet dus gaan om een overeenkomst die is aangegaan toen er nog geen vooruitzicht bestond op beëindiging van de overeenkomst en dus een regeling bij voorbaat was. Partijen mogen bij voorbaat overeenkomen dat ontslag onredelijk is zonder een in faillissement bevoorrechte afvloeiingsregeling (HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 502 (*Nebig/Nolen*)), maar alleen voor zover de vorderingen zijn ontstaan in de periode vóór faillietverklaring.

- [56](#) Van Andel & Van Zanten, *TVI* 2013/26.
- [57](#) Een art. 40 Fw ontslag kan kennelijk onredelijk zijn ex art. 7:681 BW. In de regel is het dat niet dus er moeten bijzondere omstandigheden van toepassing zijn. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 6 april 2010, *RI* 2010/54; HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662 (*Papierfabrieken Van Gelder*) en HR 5 december 1975, *NJ* 1976/269 (*ASF/Hoek*).
- [58](#) Er was in deze zaak volgens de advocaat-generaal weliswaar sprake van leegstandschade, maar dit werd niet als vereiste voor toepassing van de regeling gesteld.
- [59](#) Dat geldt overigens ook voor de regresvordering van de garant staande derde. Deze derde komt dan mogelijk in de problemen, want hij zal nog wel gebonden zijn aan de garantie jegens de verhuurder. Een opzegging ex art. 39 Fw brengt hier echter in beginsel geen verandering in, tenzij dit uit de garantie zelf volgt.
- [60](#) R.o. 3.3.3.
- [61](#) Zie ook al. 2.4 van de conclusie van A-G Wissink bij Koot Beheer/Tideman q.q. en A.I.M. van Mierlo, 'Mag het ietsje minder zijn?', *TVI* 2004, 55.
- [62](#) Zie Hof Amsterdam, 15 januari 2004, *JOR* 2004/89 m.nt. noot van J.J. van Hees.
-