

75. Pleidooi voor een wettelijke regeling voor de afwikkeling van boedelschulden

MR. J.H.M. VAN DE WIEL

In maart 2022 sloot het consultatietraject over de discussienota inzake het insolventierecht. In die beleidsnota vraagt de minister of er een meerwaarde wordt gezien in een wettelijke regeling voor boedelschulden. Behoeftte aan een procedure voor de afwikkeling van boedelschulden is er inderdaad, zo blijkt uit verschillende consultatiereacties en de discussies die al sinds de jaren negentig in de literatuur over dit onderwerp worden gevoerd. In deze bijdrage wordt besproken op welke bezwaren het ontbreken van een regeling in de praktijk stuit. Daarnaast wordt verkend hoe een wettelijke regeling er op hoofdlijnen uit zou kunnen zien.

Inleiding

Op 15 maart 2022 sloot de consultatie over de discussienota van het ministerie van Justitie en Veiligheid over het insolventierecht, het Consultatiedocument insolventierecht. Het onderwerp boedelschulden wordt daarin maar summier behandeld. Wel legt de minister de vraag voor of behoefte bestaat aan een wettelijke regeling voor boedelschulden. In verschillende reacties wordt die vraag beantwoord met een duidelijke ‘ja’.¹

De roep om een boedelschuldenregeling is niet nieuw. Al in de jaren negentig van de vorige eeuw ontspoon zich een discussie in de literatuur over het gebrek aan regels omtrent rangorde en moment van betaling van boedelschulden.² Die discussie richtte zich met name op de negatieve boedel, ofwel de boedel waarin onvoldoende actief beschikbaar is om alle boedelschuldeisers geheel te voldoen. Toen al werd het merendeel van de faillissementen afgewikkeld

zonder dat er enige uitkering op faillissementsschulden kon worden gedaan.³

Ruim 25 jaar later is het onderwerp nog even actueel.⁴ Aan regels ontbreekt het nog steeds, terwijl het aantal verplichtingen dat als boedelschuld kwalificeert alleen maar toeneemt. Sinds de Hoge Raad in 2013 in het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*⁵ een nieuw boedelschuldencriterium introduceerde, wordt in de literatuur en rechtspraak volop gediscussieerd over de vraag welke verplichtingen volgens dit systeem nog meer boedelschuld zijn. Stapje voor stapje, arrest voor arrest, kristalliseert het boedelschuldenvraagstuk verder uit. In 2021 konden er weer twee ‘nieuwe’ boedelschulden aan het lijstje worden toegevoegd: de bestuursrechtelijke last tot naleving van milieuwetgeving ten aanzien van een tot de boedel behorende inrichting, en de wettelijke en contractuele verdragingsrente over boedelschulden.⁶

1 De auteur was betrokken bij het opstellen van de consultatiereactie namens INSOLAD. De consultatiereacties zijn terug te vinden op: <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie/reacties>. In enkele reacties wordt ook gepleit voor een wettelijke regeling omtrent de kwalificatie van boedelschulden. Dat onderwerp wordt in dit artikel buiten beschouwing gelaten.

2 G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997; R.J. van Galen, ‘De rangorde onder boedelschulden in faillissement’, *WPNR* 1997/6266, p. 255-257; *WPNR* 1997/6267, p. 275-279; E.W.J.H. de Liagre Böhl, ‘Toekomstig insolventierecht; mijn korte verlanglijstje’, *Tvl* 2000, p. 10; F.M.J. Verstijlen, ‘Waarom kan de curator niet failliet?’, *WPNR* 1997/6275, p. 417-419.

3 In 1995 werd in totaal 92,2% van de in dat jaar beëindigde faillissementen opgeheven ex art. 16 Fw. In 1994 was in 67% van het totaal in dat jaar geëindigde faillissementen zelfs sprake van een negatieve boedel. Zie: G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 182-183.

4 J.R. van Faassen & F.A. van Tilburg, ‘De boedelschuldeiser in het faillissementsproces’, in: *De curator en het Faillissementsproces(recht)*, *Insolad Jaarboek 2020*, Ph.W. Schreurs e.a. (red.), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 261-286; M.J.M. Franken, *Het insolventiepassief (Recht & Praktijk, nr. InsR13)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 7.9; B. Wessels, *Insolventierecht: Vereffening van de boedel (Wessels Insolventierecht nr. VII)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 7182b-e; T.T. van Zanten, ‘De verplichting tot betaling van boedelschulden en de verschuldigdheid van rente in geval van een boedelfaillissement’, *Tvl* 2020/729.

5 HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

6 HR 4 juni 2021, «JOR» 2021/250, m.nt. Wessels (*Gemeente Ridderkerk/Heijnen q.q.*); HR 24 december 2021, *NJ* 2022/49, m.nt. Verstijlen (*PaperlinX*).

De boedelschuldenlast in een concreet faillissement kan dus substantieel zijn. De curator zal die schulden vanwege de hiervoor genoemde beslissing van de Hoge Raad zo snel mogelijk willen betalen om te voorkomen dat het actief opgaat aan daarover verschuldigde rente en bovendien aan negatieve rente, die op dit moment door de banken wordt geheven boven een bepaald saldo. Regels voor de betaling van boedelschulden en inspraak door boedelschuldeisers zijn er in de Faillissementswet echter niet te vinden. In dit artikel wordt verkend op welke bezwaren dat in de praktijk stuit en hoe een wettelijke regeling er in hoofdlijnen uit zou kunnen zien. Daarvoor is het relevant om eerst de aard en systematiek van boedelaanspraken nog eens op een rij te zetten.

De boedelschuld als onmiddellijke aanspraak

Hoewel het niet uit de Faillissementswet zelf volgt, geven boedelvorderingen volgens de Memorie van Toelichting uit 1896 een onmiddellijke aanspraak jegens de boedel.⁷ Dat betekent dat de boedelschuldeiser zijn vordering niet ter verificatie hoeft in te dienen. De curator is in beginsel verplicht de boedelschuld te betalen zodra deze volgens de algemene verbintenisrechtelijke regels opeisbaar is.⁸ Voor boedelschulden ontbreekt daarom een bepaling zoals art. 33 Fw, dat de executie van tot de boedel behorend vermogen uitsluit voor faillissementsschulden. Weigert de curator betaling, dan kan de boedelschuldeiser incassomaatregelen nemen. Hij kan bijvoorbeeld beslag leggen op het saldo van de faillissementsrekening of op andere zaken die tot de boedel behoren.

Op dit principe valt in beginsel weinig af te dingen, zeker waar het gaat om de boedelschulden die direct verband houden met het beheer en de afwikkeling van het actief, zoals salaris en kosten van de curator en de door hem inschakelde derden. De onmiddellijke aanspraak ligt echter niet meer voor de hand wanneer de boedel (mogelijk) ontoereikend is om alle boedelschulden te voldoen. Er ontstaat dan ook tussen de boedelschuldeisers een concursus. Tenzij vaststaat dat iedereen volledig kan worden betaald, ontbreekt de rechtvaardiging voor individuele verhaalsacties. Het belang van het collectief komt dan in beeld.

Inperking van de onmiddellijke aanspraak

In een viertal arresten heeft de Hoge Raad nuanceringen aangebracht op het principe van de boedelvordering als onmiddellijke aanspraak. In 1990 oordeelde hij in *De*

Ranitz q.q./Ontvanger dat boedelschuldeisers in het geval van een negatieve boedel pondspondsgewijs moeten worden betaald, behoudens de wettelijke voorrangregels. Uit het arrest is verder af te leiden dat in lijn met art. 3:277 BW uit de opbrengst eerst de kosten van vereffening moeten worden voldaan, waarna de netto-opbrengst resteert ter verdeling onder de schuldeisers. Onder de vereffeningkosten vallen in elk geval het salaris en de verschotten van de curator.⁹

Een tweede nuancering kwam in 2003 met het *Procall*-arrest.¹⁰ Daarin onderschrijft de Hoge Raad de stelling van A-G Verkade dat boedelschulden niet steeds onmiddellijk moeten worden voldaan, omdat de curator pas tot volledige betaling over kan gaan, indien en zodra hij kan overzien dat er ruimte is voor integrale betaling. Vervolgens werd met het arrest *CZ/Scholtes q.q.* uit 2014 duidelijk dat de boedelvordering moet worden afgewezen wanneer vaststaat dat de boedel onvoldoende actief heeft, maar dat beslissend is wat de toestand van de boedel is op het tijdstip dat de slotuitdeling plaatsvindt.¹¹ Het (voorlopig) sluitstuk volgde in het *Paperlinx*-arrest uit december 2021.¹² Daarin overwoog de Hoge Raad onder verwijzing naar *CZ/Scholtes q.q.* dat indien onzeker is of de boedel ten tijde van de slotuitdeling voldoende middelen zal hebben om, met inachtneming van de tussen de vorderingen mogelijk geldende onderlinge rangorde, een boedelvordering geheel te voldoen, dat grond is om de betaling van die vordering geheel of gedeeltelijk uit te stellen. Deze regels hebben volgens de Hoge Raad tot doel de gelijkheid van boedelschuldeisers en een eventueel daarvan afwijkende onderlinge rangorde van hun vorderingen te waarborgen.

Dat er geen regels zijn voor de afwikkeling van boedelschulden heeft zijn nadelen, zowel voor de curator als voor de schuldeisers in het faillissement

Het uitgangspunt van de onmiddellijke aanspraak is dus niet absoluut. Een boedelschuldeiser zal soms moeten wachten tot het eind van het faillissement en kan zijn aanspraak vaak niet onmiddellijk innen. Indien de boedel vervolgens inderdaad blijkt negatief te zijn, zal hij bovendien hoger gerangschikte boedelschuldeisers voor zich moeten dulden en wordt hij soms niet (volledig) betaald. Volgens Van Zanten is de curator wel gehouden om boedelschulden alvast zo veel mogelijk te voldoen, desnoods

7 G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz I 1896 (Onderneming en Recht nr. 2-1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 384.

8 F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 174.

9 HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305, m.nt. Van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*) en HR 5 februari 2016, «JOR» 2016/83, m.nt. Kortmann (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

10 HR 13 juni 2003, «JOR» 2003/209, m.nt. Kortmann en Steneker (*Procall*), r.o. 4.

11 HR 31 oktober 2014, «JOR» 2015/55, m.nt. Boekraad (*CZ/Scholtes q.q.*), r.o. 3.4.2.

12 HR 24 december 2021, *NJ* 2022/49, m.nt. Verstijlen (*Paperlinx*), r.o. 3.2.5 en 3.2.6.

gedeeltelijk.¹³ De Praktijkregels van INSOLAD schrijven in art. 6.4 eveneens spoedige betaling voor, tenzij de stand van de boedel zodanig is dat twijfel bestaat of alle vorderingen van boedelcrediteuren kunnen worden voldaan.

In de praktijk betaalt de curator direct de verplichtingen uit overeenkomsten die hij in zijn hoedanigheid aangaat, zoals de kosten van een taxateur. Met betaling van de andere boedelschulden zal de curator evenwel vaak wachten tot (over)duidelijk is dat de boedelschulden – inclusief eventuele toekomstige boedelverplichtingen zoals zijn salaris, de kosten van een procedure of een extern adviseur – volledig kunnen worden betaald. De curator zal er immers altijd voor moeten waken dat hij niet in de situatie komt dat hij een later bekend geworden boedelschuldeiser niet meer kan betalen vanwege een eerder verrichte betaling op boedelschulden. Onder omstandigheden kan dat tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid leiden.¹⁴

Geen richtlijnen voor betaling, verdeling en inspraak

In nagenoeg ieder faillissement breekt echter uiteindelijk het moment aan dat de curator, voor zover mogelijk, tot betaling van de boedelverplichtingen overgaat. Behoudens de hiervoor besproken handvatten die *De Ranitz q.q./Ontvanger* hem biedt omtrent de in acht te nemen rangorde, geven wet en rechtspraak geen richtlijnen omtrent betaling, verdeling en inspraak.

Waarom niet alle boedelschuldeisers tegelijkertijd geheel of gedeeltelijk betalen na toepassing van een (tussentijdse) vorm van vaststelling of verificatie, dus ook bij een uiteindelijk positieve boedel?

Strikt genomen, hoeft de curator de rechter-commissaris of rechtbank niet eens bij het betaalproces van de boedelschulden te betrekken. Uitzonderingen hierop betreffen het salaris van de curator, dat krachtens art. 71 Fw door de rechtbank wordt vastgesteld, en de kosten van deskundigen en hulpkrachten. Art. 6.7 van de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling schrijft voor dat de curator voor het aangaan van dergelijke verplichtingen toestemming aan de rechter-commissaris vraagt, en dat de gegeven toestemming mede betrekking heeft op het

betalen van de facturen. Daarnaast is er lokaal beleid van rechtbanken. De auteur is er mee bekend dat in elk geval in één arrondissement het beleid is dat de curator uitgaande betalingen van de faillissementsrekening ter goedkeuring voorlegt aan de rechter-commissaris. Op grond van de wet is er behoudens het voorgaande echter geen rol voor de rechter-commissaris weggelegd bij de afwikkeling van boedelschulden.

Bezwaren tegen gebrek aan regels voor andere schulden dan afwikkelingskosten

Dat er geen regels zijn voor de afwikkeling van boedelschulden heeft zijn nadelen, zowel voor de curator als voor de schuldeisers in het faillissement. Die nadelen uit zich vooral bij de negatieve boedel, maar komen in mindere mate ook terug bij de boedels waaruit wel alle boedelschulden kunnen worden voldaan. De bezwaren doen zich verder hoofdzakelijk voor bij *andere* boedelschulden dan die zijn opgekomen uit hoofde van door de curator gesloten overeenkomsten. Over laatstgenoemde verplichtingen bestaat overeenstemming dat de curator deze direct moet kunnen betalen, omdat anders niemand meer zaken wil doen met de boedel.¹⁵ Zoals hiervoor is toegelicht, is het aangaan van dergelijke verplichtingen bovendien onderworpen aan rechterlijk toezicht. De hierna besproken bezwaren over gebrek aan transparantie en inspraak spelen bij dit soort verplichtingen daarom niet. De nadelen van het ontbreken van regels betreffen dus vooral de andere boedelschulden, zoals de ontruimingsschuld, huur-, salaris- en milieuverplichtingen, niet-genoten vakantiedagen en schadevorderingen wegens een door de curator in zijn hoedanigheid gepleegde onrechtmatige daad.

Voor *boedelschuldeisers* is het meest in het oog springende bezwaar dat zij op dit moment geen enkele inspraak hebben in de acceptatie en uitbetaling van boedelschulden. De route van art. 69 Fw staat voor hen niet open.¹⁶ Het idee is dat zij die inspraak vanwege hun onmiddellijke aanspraak niet nodig hebben. Feit is echter dat het al dan niet accepteren door de curator van een boedelschuld bij een negatieve boedel bepalend is voor wat de andere boedelschuldeisers ontvangen. Bij een positieve boedel zijn het met name de *faillissementscrediteuren* die een belang hebben. In theorie kunnen zij zich wél op grond van art. 69 Fw tegen de betaling van een boedelschuld verzetten, maar dan zullen zij tijdig op de hoogte moeten raken van het voornemen van de curator om tot betaling over te gaan. Voor informatie daarover zijn zij in beginsel aangewezen op het faillissementsverslag, dat ze dan zelf met enige regelmaat zouden moeten raadplegen. Echter, het faillissements-

13 T.T. van Zanten, 'De verplichting tot betaling van boedelschulden en de verschuldigdheid van rente in geval van een boedelfaillissement', *Tvl* 2020/729; Conclusie A-G De Bock voor HR 24 december 2021, *NJ* 2022/49 (*PaperlinX*), nr. 4.10.

14 J.R. van Faassen & F.A. van Tilburg, 'De boedelschuldeiser in het faillissementsproces', in: *De curator en het Faillissementsproces(recht)*, *Insolad Jaarboek 2020*, Ph.W. Schreurs e.a. (red.), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 275.

15 G.A.J. Boekraad, 'Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden', *Tvl* 2020/38.

16 Een voorstel om het toepassingsbereik van art. 69 Fw uit te breiden tot boedelschuldeisers in het concept wetsvoorstel Modernisering faillissementsprocedure heeft het daadwerkelijke wetsvoorstel niet gehaald. Zie: B. Wessels, *Insolventierecht: Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 4230a.

verslag geeft altijd informatie achteraf; de boedelschuld is mogelijk al betaald. Inspraak is dus beperkt en in de meeste gevallen afwezig. Dat inspraak in deze gevallen juist voor de hand ligt, volgt wel uit de wél geregelde concursus tussen beslagleggers (art. 480 e.v. Rv) en faillissementscrediteuren. Daarin kunnen crediteuren de vorderingen van anderen betwisten.

Ook voor de curator stuit de huidige situatie soms op bezwaren, die juist ook spelen bij positieve boedels. Hij zit in een lastige spagaat. Aan de ene kant wordt van hem verwacht dat hij niet onnodig wacht met de betaling van boedelschulden. Zeker nu duidelijk is dat de rente over boedelschulden zelf ook een onmiddellijke aanspraak jegens de boedel geeft, leidt wachten er simpelweg toe dat aan andere (boedel)schuldeisers minder kan worden uitgekeerd.¹⁷ De negatieve rente over het saldo op de boedelrekening is, op het moment van schrijven van dit artikel, ook een factor die snelle betaling wenselijk maakt. Aan de andere kant moet de curator oog hebben voor de belangen van andere, soms onbekende boedelschuldeisers en voor de toekomstige verplichtingen die uit de boedel moeten worden voldaan. Reeds gedane betalingen kan hij niet terugvorderen.¹⁸ Een curator zal daarom eerder te laat dan te vroeg tot betaling overgaan. Ook bij positieve boedels, omdat het vaak geruime tijd duurt voordat voldoende zeker is dat hiervan sprake is.

Een tweede bezwaar voor de curator hangt samen met het gebrek aan inspraak door schuldeisers en betrokkenheid van de rechter-commissaris. Vanwege de onmiddellijke aanspraak heeft de curator feitelijk natuurlijk geen keus of hij al dan niet betaalt, maar toch zou het ook de curator enig comfort kunnen geven als de betaling het resultaat is van een transparante procedure waarin alle belanghebbenden hebben kunnen participeren. Het gaat vaak om behoorlijke bedragen.

Daarnaast kan de curator het zelf natuurlijk ook oneens zijn met een bij hem kenbaar gemaakte boedelvordering. Indien hij de vordering weigert te betalen, is de boedelschuldeiser de meest gereede partij om in een procedure onderbouwing te geven van zijn vordering en toewijzing daarvan te vorderen. De curator mist echter de middelen om de schuldeiser tot actie te dwingen als hij stil blijft zitten. Zo kan de bijzondere situatie ontstaan dat de curator degene is die een procedure moet starten om aan dergelijke onzekerheden een einde te maken, opdat hij verder kan met de afwikkeling van de boedel.

17 De – zeer theoretische – uitzondering op die regel is de situatie waarin alle boedelschulden dezelfde rang en hetzelfde rentepercentage hebben en al voordat de rente ging lopen duidelijk was dat de faillissements-schuldeisers niet konden worden betaald. In dat geval blijven de boedelschuldeisers immers in dezelfde verhouding in het actief delen.

18 A.A.J. Smelt, 'Ongerechtvaardigde verrijking van boedelschuldeisers?', *NTBR* 2017/6; B. Wessels, *Insolventierecht: Vereffening van de boedel (Wessels Insolventierecht nr. VII)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 7181.

Een laatste knelpunt houdt verband met het uitoefenen van verhaal voor de boedelvordering. Ook hiervoor is niets geregeld. Als een boedelschuldeiser verhaal probeert te nemen op een (mogelijk) ontoereikende boedel, zal de curator, ook in het geval hij de boedelvordering op zichzelf wel accepteert, daarom altijd kosten moeten maken om zich tegen executie te verzetten.

Tussenconclusie: een regeling is wenselijk

Doordat de afwikkeling van soms substantiële boedelschulden niet is geregeld, ontbreekt het dus aan transparantie, inspraak en (rechts)zekerheid. Alle betrokkenen bij het faillissement zouden dan ook gebaat zijn bij een wettelijke regeling voor de afwikkeling van andere boedelschulden dan de beheer- en afwikkelingskosten. Dat een regeling wenselijk is, is ook de eensluidende conclusie in de literatuur en wordt blijkens de eerder genoemde consultatiereacties tevens ondersteund door de praktijk. De potentiële nadelen lijken bovendien te overzien. Hierbij kan met name worden gedacht aan (beperkte) extra boedelkosten en extra werk voor de rechterlijke macht. De curator moet nu echter ook al kosten maken om de vorderingen te beoordelen, deze in elk geval voor zichzelf op een soort uitdelingslijst te zetten en, zeker bij een negatieve boedel, met boedelcrediteuren te communiceren over hun rang, de verwachte uitkering en het moment van betaling.

Een vervolgvraag is hoe een regeling eruit zou moeten zien. In de literatuur is hier al enige aandacht aan besteed.¹⁹ Als voorbeeld voor een regeling zouden de reeds bestaande procedures van vereenvoudigde afwikkeling en de verificatie van vorderingen kunnen dienen. Beide bevatten nuttige elementen die zich, in combinatie, goed lenen voor overeenkomstige toepassing op boedelschulden. Vanwege de bijzondere aard van de boedelverplichting kunnen de regelingen echter niet één op één worden overgenomen. Hierna volgen enkele overwegingen en gedachten over die bijzonderheden en worden de mogelijke uitgangspunten van een boedelschuldenregeling verkend. Een regeling zou bijvoorbeeld direct na art. 16 Fw – over opheffing van het faillissement zonder betaling van faillissementsschulden – kunnen worden opgenomen.

Vaststelling van vorderingen bij alleen de negatieve of ook de positieve boedel?

De boedelvordering geeft een onmiddellijke aanspraak. Het invoeren van een regeling die een vorm van vaststelling of verificatie van die aanspraak vereist, doet onmiskenbaar afbreuk aan dat principe. Tegelijkertijd is in de praktijk het merendeel van de boedels negatief.²⁰ De literatuur is dan

19 Zie voetnoot 4.

20 Volgens de laatste bekende cijfers bedroeg het percentage 'opheffers' ex art. 16 Fw 73% van alle in 2015 beëindigde faillissementen. Zie: Rapport 'Faillissementen, oorzaken en schulden 2015', Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2016.

ook eensgezind als het gaat om een regeling voor negatieve boedels. Voor de schuldeiser van de positieve boedel is een wettelijke regeling in theorie veel ingrijpender. Maar ook dat valt in de praktijk mee. Het is zelden zo dat al bij aanvang van het faillissement zonder meer duidelijk is dat de boedel toereikend zal zijn om alle boedelschulden te betalen. Eerst zal duidelijk moeten worden wat het actief is, of dat al dan niet bezwaard is en welke boedelcrediteuren er zijn. In de literatuur wordt in dit verband veel gewezen op de preferente vordering van het UWV. Het UWV doet er vaak enkele maanden over om die vordering te berekenen. Daarnaast zal de curator voorzichtig willen zijn bij de inschatting van toekomstige kosten. Volgens de hiervoor besproken rechtspraak kan ook de schuldeiser van een positieve boedel zijn aanspraak dus meestal niet onmiddellijk, in de eerste fase van het faillissement, te gelde maken en zal hij geregeld enige tijd moeten wachten.

Het ligt voor de hand om de beheer- en afwikkelingskosten buiten het bereik van een wettelijke verificatieregeling te laten

Waarom dan niet alle boedelschuldeisers tegelijkertijd geheel of gedeeltelijk betalen na toepassing van een (tussentijdse) vorm van vaststelling of verificatie? Dus ook bij een (uiteindelijk) positieve boedel en natuurlijk pas indien en zodra de boedel dat toelaat? Daarvoor is nodig dat de curator een individuele executie van een boedelaanspraak kan tegenhouden, bijvoorbeeld door ook voor boedelschulden te bepalen dat deze alleen door aanmelding bij de curator kunnen worden ingesteld, vergelijkbaar met art. 26 Fw. De boedelschuldeiser levert daarmee weliswaar zijn onmiddellijke aanspraak in, maar daar staan verschillende voordelen tegenover. Voor de schuldeisers van de negatieve boedel zitten die voordelen met name in de inspraak die dan wettelijk zou kunnen worden geregeld. Bij een positieve boedel zit het voordeel voor de schuldeiser er meer in dat de verwachting is dat de curator hem sneller zal kunnen betalen als een regeling voorziet in een *bar date*. Het verlies van de onmiddellijke aanspraak kan bovendien worden gecompenseerd met waarborgen om onnodig talmen door de curator te voorkomen.

Waarborgen voor snelle uitdeling

Bij dergelijke waarborgen kan in de eerste plaats worden gedacht aan het invoeren van een vergelijkbare bepaling als art. 179 Fw, zoals al eens is geopperd door Van Zanten.²¹ Volgens art. 179 Fw beveelt de rechter-commissaris een uitdeling aan de faillissementsschuldeisers ‘zo dikwijls er voldoende gerede penningen aanwezig zijn’. Met een derge-

lijke bepaling voor boedelschulden zou dus als uitgangspunt worden vastgelegd dat er (gedeeltelijk) wordt betaald zodra de boedel de middelen daarvoor heeft. Het maakt bovendien tussentijdse uitdelingen mogelijk. Wessels oppert als werkbare regel voor de praktijk het saldo van de ‘gerede penningen’ te stellen op een bepaald percentage, bijvoorbeeld 10%, of als er méér boedel is, een hoger percentage.²²

Als daarnaast het toepassingsbereik van art. 69 Fw naar boedelschuldeisers wordt uitgebreid, opent dat de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op het moment van betaling. Boedelschuldeisers zouden zich in voorkomend geval tot de rechter-commissaris kunnen wenden met het verzoek om een bevel tot uitdeling te geven. De vraag zou kunnen opkomen of de art. 69 Fw-procedure zich wel voor een dergelijk verzoek leent. Is het niet een persoonlijk recht dat de boedelschuldeiser daarmee geldend probeert te maken, in welk geval hij niet-ontvankelijk is? Om misverstanden te voorkomen zou met zoveel woorden kunnen worden bevestigd, al dan niet in een memorie van toelichting, dat een boedelschuldeiser een dergelijk verzoek kan doen. Uiteraard dient hierbij beoordelingsvrijheid aan de curator te worden overgelaten. Hij zal moeten beoordelen of een tussentijdse uitdeling daadwerkelijk mogelijk is en zal daarbij ook rekening moeten kunnen houden met nog toekomstige boedelverplichtingen zonder dat hij de exacte omvang van toekomstige verplichtingen uitvoerig hoeft te onderbouwen.

Tot slot zou kunnen worden overwogen om een extra paragraaf voor de boedelverplichtingen toe te voegen in het standaardmodel van Recofa voor faillissementsverslagen, waarin de curator toelicht wat de stand van de boedel is en of een uitdeling al mogelijk is. Dat dwingt de curator om regelmatig te bezien of betaling al mogelijk is en draagt bij aan de informatievoorziening van crediteuren.

Invoering van een bar date

Het loslaten van het principe voor de onmiddellijke aanspraak zou ook de weg vrij maken voor invoering van een bar date, ofwel een uiterste indieningsdatum voor boedelvorderingen. Die datum zou aan de bekende potentiële boedelcrediteuren kunnen worden gecommuniceerd en in het insolventieregister kunnen worden gepubliceerd. Een bar date zou de curator de mogelijkheid geven om sneller inzicht te krijgen in de schuldenlast. Lang niet alle boedelschulden gaat hij immers zelf aan, in welk geval de curator natuurlijk geacht kan worden die te kennen. Een ander belangrijk voordeel van een bar date is dat het de curator zekerheid biedt dat hij tot betaling over kan gaan zonder het risico te lopen dat hij persoonlijk aansprakelijk is als er zich later nog een boedelcrediteur meldt die hij niet meer kan betalen. Die situatie kan zich uiteraard nog steeds voordoen, maar dan zal hij de crediteur in beginsel

21 T.T. van Zanten, ‘De verplichting tot betaling van boedelschulden en de verschuldigheid van rente in geval van een boedelfaillissement’, *TvI* 2020/729.

22 B. Wessels, *Insolventierecht: Vereffening van de boedel (Wessels Insolventierecht nr. VII)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 7182e.

kunnen verwijzen naar die bar date. Een regeling zou dit risico dus kunnen opheffen. De verwachting is dat een bar date hierdoor ten goede zou komen aan de snelheid waarmee de curator over kan gaan tot (een eerste) betaling en dat hiermee dus ook het belang van de boedelschuldeisers is gediend. Waar de curator voorzichtigheidshalve nu ook bij positieve boedels vaak lang wacht met betaling, zal die noodzaak er met een bar date minder zijn. Daarnaast kan een belangrijk positief neveneffect zijn, dat faillissementen sneller worden afgewikkeld.

Een bar date is de Faillissementswet niet vreemd. Voor faillissementsschulden is deze vastgelegd in art. 127 Fw. In dat geval ligt een uiterste indieningsdatum voor de hand. Ook al kunnen toekomstige faillissementsvorderingen sinds *Koot Beheer/Tideman q.q.* worden geverifieerd als deze uit bestaande rechtsverhoudingen voortvloeien, en is de schuldenlast dus niet meer gefixeerd per faillissementsdatum, toch breekt er in ieder faillissement wel een moment aan waarop er geen nieuwe faillissementsschulden meer bij komen.

Voor boedelschulden ligt dat anders. Het merendeel ervan zal weliswaar in een vroeg stadium van het faillissement ontstaan of bekend zijn, zoals de ontruimingsschuld en de huur-, salaris- en milieuverplichtingen. Feit is echter dat boedelschulden nog tot het eind van het faillissement kunnen opkomen. Het gaat dan hoofdzakelijk om de kosten die worden gemaakt om de boedel af te wikkelen: het salaris van de curator, kosten van derden en bijvoorbeeld proceskosten waarin de curator wordt veroordeeld. Bij de afwikkeling kunnen ook andere (soms onbedoelde) schulden ontstaan, zoals een schuld vanwege een door de curator in zijn hoedanigheid gepleegde onrechtmatige daad. Ook dergelijke schulden zullen meestal in de beginfase ontstaan, bij het te gelde maken van activa. Voor het geval zij later in het faillissement ontstaan, lijkt het niet redelijk om de schuldeisers van dergelijke vorderingen door de invoering van een bar date feitelijk hun vordering te ontnemen. Bij de invulling van een bar date is het wenselijk om met deze beide typen gevallen rekening te houden. Op welke wijze dat zou kunnen wordt hierna besproken.

Een geheel aparte categorie betreft de rente op boedelschulden. Als na een verificatiemoment niet direct tot (algehele) betaling wordt overgegaan, loopt de rente over het onbetaalde deel door. Hoe moet hiermee worden omgegaan in het kader van één of meer bar dates? Dit onderwerp verdient een aparte beschouwing, die niet past binnen het bestek van dit artikel.

Later opgekomen boedelvorderingen

Voorop staat dat de curator bij voorkeur pas overgaat tot een (eerste) betaling als hij een voldoende idee heeft van de boedelschuldenlast en dus in staat is om alle potentiële boedelcrediteuren te informeren over de indieningsdatum. Omdat boedelschulden echter ook nog op een later

moment kunnen ontstaan, kan het eigenlijk niet anders dan dat voorzien wordt in de mogelijkheid van meerdere verificatiemomenten. Als er maar één verificatiemoment zou zijn, zal de curator vaak alsnog tot het eind van het faillissement wachten met verifiëren. Dat is geen goede oplossing voor positieve boedels, maar ook niet voor negatieve boedels waarin wel iets kan worden uitgekeerd op boedelschulden. Een systeem van meerdere verificatiemomenten maakt het, ook in die laatste situatie, mogelijk dat juist alvast tussentijdse uitkeringen kunnen worden gedaan, bijvoorbeeld op de preferente schulden.

De verwachting is dat een bar date ten goede zou komen aan de snelheid waarmee de curator over kan gaan tot (een eerste) betaling aan boedelschuldeisers

Er zijn twee typen bar dates denkbaar. Overwogen kan worden om de bar date een echte uiterste termijn te laten zijn voor *op dat moment* reeds bestaande schulden. Op die manier worden schuldeisers ertoe bewogen om daadwerkelijk hun vordering kenbaar te maken. Een ‘echte’ uiterste datum, gekoppeld aan verificatie, strookt ook met het faillissementsrecht in de ons omringende landen, zo motiveerde de minister het invoeren van de ‘harde’ bar date in art. 127 Fw in 2019.²³ Een tweede mogelijkheid is om bij een opvolgend verificatiemoment ook schulden aan te kunnen melden die al bestonden ten tijde van een eerder verificatiemoment. Een eventueel financieel nadeel voor de niet oplettende boedelschuldeiser komt dan voor zijn rekening. Dit heeft voor- en nadelen. Een voorbeeld van een situatie waarin dit nuttig zou kunnen zijn, is wanneer het UWV haar vordering nog niet heeft berekend, maar sprake is van een overduidelijk positieve boedel zodat de curator al weet dat er voldoende ruimte in de boedel is om de vordering van het UWV later te betalen. Hij kan dan vast een eerste verificatiemoment hebben en huurschulden met een hoge contractuele rente betalen. Een nadeel is dat dit de onzekerheid over de uiteindelijke boedelschuldenlast niet opheft.

Afwikkelingskosten uitzonderen van regeling

Hiervoor werden reeds de afwikkelingskosten genoemd. Deze kosten komen nog tot het eind van het faillissement op. Het ligt daarom voor de hand om deze categorie boedelschulden buiten het bereik van een wettelijke verificatieregeling te laten. Een andere reden om deze kosten uit te zonderen van een regeling is hiervoor reeds besproken en houdt ermee verband dat algemeen is geaccepteerd, en uitgangspunt is in de al eerder genoemde Praktijkregels van INSOLAD, dat de curator de kosten van door hem ingeschakelde partijen of voor afgenomen goederen en diensten

²³ *Kamerstukken II 2016/17, 34740, nr. 3, p. 33.*

zo snel mogelijk en bij voorrang voldoet. De curator moet deze partijen kunnen betalen, omdat anders niemand meer zaken wil doen met de curator.

Over de dogmatische grondslag van die betaling bij voorrang boven alle andere boedelschulden wordt (wél) gediscussieerd.²⁴ Een *juridische* grondslag zou in elk geval in een regeling kunnen worden gegeven door expliciet op te nemen dat deze kosten bij voorrang en zonder verificatie kunnen worden voldaan. Dat heeft als aanvullend voordeel dat bij nagenoeg lege boedels, waarin zelfs het salaris van de curator niet volledig kan worden betaald, geen verificatieproces nodig is. In de regeling zal moeten worden afgebakend welke schulden onder de uitzondering vallen en welke niet. Naast het salaris van de curator kan worden gedacht aan alle schulden die de curator in zijn hoedanigheid aangaat, ofwel de tweede categorie boedelschulden uit *Koot Bebeer/Tideman q.q.* Daaronder zou dan waarschijnlijk ook een proceskostenveroordeling vallen, die vooralsnog vaak als concurrente boedelschuld wordt beschouwd die niet direct hoeft te worden betaald, maar bijvoorbeeld ook de te stellen zekerheid in geval van gestanddoening ex art. 37 Fw en schulden die ontstaan bij voortzetting van de onderneming. Deze schulden hebben gemeen dat ze eigenlijk direct moeten kunnen worden betaald. Van Tilburg en Van Faassen bespreken in dit verband nog de vraag hoe met de betaling van dwangcrediteuren moet worden omgegaan.²⁵

Door deze kosten uit te zonderen van een regeling zullen ook andere voorzieningen uit de boedelschuldenregeling – zoals de eventuele mogelijkheid van betwisting door andere boedelschuldeisers en de verplichte aanmelding en de onmogelijkheid om beslag te leggen – niet van toepassing zijn. De rechtvaardiging daarvoor kan erin worden gevonden dat de rechter-commissaris of de rechtbank bij het ontstaan van deze kosten betrokken is. Het salaris van de curator wordt door de rechtbank vastgesteld en voor het inschakelen van derden, het voortzetten van de onderneming en het voeren van een procedure is goedkeuring van de rechter-commissaris vereist.²⁶

Bestaande regelingen: betwisting door crediteuren en verifiëren of vereenvoudigde uitdelingslijst

Voor de verdere invulling van een regeling kan worden gekeken naar de twee bestaande uitdelingsprocedures die de Faillissementswet kent. De nieuwste, de procedure van de vereenvoudigde afwikkeling is in 2002 ingevoerd in art. 137a Fw e.v. voor de (gedeeltelijke) betaling van prefe-

rente faillissementsschulden indien er onvoldoende actief is om concurrente crediteuren te betalen. De procedure is bedoeld als kostenbesparend alternatief voor de verificatieprocedure. De regeling houdt kort gezegd in dat de curator een uitdelingslijst opmaakt, deponereert en crediteuren daarover informeert, waarna er gedurende tien dagen verzet kan worden ingesteld. De vereenvoudigde afwikkeling mist een aantal elementen die wel in de verificatieprocedure zijn geregeld. Zo ontbreekt een *bar date* en een expliciete grondslag voor tussentijdse uitdeling.²⁷ Zoals hiervoor is besproken, lijkt het nuttig om deze onderwerpen wel te regelen in een boedelschuldenprocedure. Daarnaast is de betwisting door crediteuren anders geregeld.

Dat de mogelijkheid van betwisting door andere crediteuren wenselijk is, lijkt niet ter discussie te staan. Vraagpunten zijn welke betwistingsprocedure het meest passend is en voor wie die mogelijkheid moet openstaan. Overwogen kan worden om naast de boedelschuldeisers ook alle faillissementsschuldeisers de mogelijkheid van betwisting te bieden, maar daaraan de voorwaarde te verbinden dat zij een eigen belang moeten hebben. Als de betwisting er niet toe kan leiden dat zij alsnog iets krijgen uitgekeerd, is het in lijn met art. 3:303 BW dat zij dat recht niet kunnen uitoefenen.

De bestaande betwistingsprocedures verschillen. De mogelijkheid van renvooi staat bij een vereenvoudigde afwikkeling wel open voor de curator, maar niet voor schuldeisers. Schuldeisers kunnen andere vorderingen uitsluitend betwisten door verzet in te stellen tegen de uitdelingslijst. Omdat niet geregeld is dat de curator tussentijds alvast tot uitbetaling aan de niet-betwiste crediteuren over kan gaan, kan een verzet tot vertraging leiden. Dat zou in een boedelschuldenregeling vrij eenvoudig kunnen worden opgelost door vast te leggen dat de curator wel vast kan betalen, met een reservering voor de betwiste vordering. De andere optie, renvooi tussen crediteuren, heeft eveneens voor- en nadelen. In de praktijk wil deze regeling nog wel eens onredelijk uitpakken door het betrekkelijke gemak waarmee een andere crediteur de vordering naar renvooi kan 'sturen'. Als de crediteur om wiens vordering het gaat niet aanwezig is op de verificatievergadering waarop de betwisting plaatsvindt – dat is niet ondenkbaar als zijn vordering wel door de curator is erkend – kan het hem zomaar gebeuren dat hij zijn door de curator wel erkende vordering kwijtraakt omdat hij niet tijdig in renvooi verschijnt. Er ligt een taak bij de curator om de betreffende crediteur te informeren, maar dat kan zo'n situatie niet altijd voorkomen. Dit zijn echter uitzonderingsgevallen.

Een andere vraag waarvoor uit bestaande regelingen kan worden geput is hoe de vaststelling van vorderingen zou moeten plaatsvinden: door middel van een verificatieverga-

24 G.A.J. Boekraad, 'Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden', *Tvl* 2020/38.

25 J.R. van Faassen & F.A. van Tilburg, 'De boedelschuldeiser in het faillissementsproces', in: *De curator en het Faillissementsproces(recht)*, *Insolad Jaarboek 2020*, Ph.W. Schreurs e.a. (red.), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 282-283.

26 Achtereenvolgens op grond van art. 71 Fw, art. 6.7 Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling, art. 98 Fw en art. 68 lid 3 Fw.

27 Zie voor een uitgebreide vergelijking van de regelingen: R.J. van Galen, 'Vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 291.

dering of een uitdelingslijst. Op het punt van openbaarheid en kenbaarheid zijn er geen grote verschillen tussen deze procedures. De uitdelingslijst heeft op het eerste gezicht de charme van de eenvoud en lijkt daardoor minder kostbaar. Een verificatievergadering wordt in de praktijk echter steeds vaker pro forma gehouden. Daarnaast kunnen kostbare renvooi-procedures bij betwisting soms juist worden voorkomen door het overleg dat op de verificatievergadering ontstaat tussen rechter-commissaris, curator en crediteuren, waarbij de rechter-commissaris ingevolge art. 122 Fw ‘een schikking beproeft’. Het werk van de curator in verband met het beoordelen van vorderingen moet sowieso in beide procedures plaatsvinden. De voordelen van een verificatie-procedure, die waar mogelijk pro forma wordt afgedaan en waar wenselijk met een ‘echte’ verificatievergadering kan plaatsvinden, lijken op het eerste gezicht groter dan die van de procedure van de vereenvoudigde afwikkeling. Het ligt overigens voor de hand dat dit een aparte verificatie-procedure is, los van de verificatie van faillissementsschulden, maar dat de curator beide procedures wel kan combineren wanneer dat wenselijk is.

Tot slot kan in dit verband de vereenvoudigde behandeling van preferente schulden niet onvermeld blijven. Is het nuttig om, vergelijkbaar met de vereenvoudigde afwikkeling, een meer vereenvoudigde procedure te volgen voor preferente schulden? Verificatie en inspraak zijn in beginsel ook dan wenselijk. Naast het UWV en de Belastingdienst gaat het om soms aanzienlijke vorderingen, in omvang en aantal, wegens niet-genoten vakantiedagen van het personeel of salarisverplichtingen die buiten de loongarantieregeling vallen. Dit zou kunnen worden gerealiseerd door de mogelijkheid in te voeren van verificatie en een bar date voor alleen de preferente schulden.

Overige aspecten

Er zijn nog verschillende andere onderwerpen te noemen waarover in het kader van een boedelschuldenregeling kan

worden nagedacht. Uitvoerige bespreking daarvan gaat het bestek van dit artikel te buiten. Zijderveld wijst op de verlengingsgrond voor verjaring van art. 36 Fw, die ook op boedelschulden van toepassing zou moeten worden verklaard.²⁸ De eventuele mogelijkheid van inspraak van faillissementscrediteuren over de vraag of verschillende boedelschulden als bijzondere of algemene faillissementskosten worden aangemerkt, wordt door Franken aangesneden.²⁹ Denk verder bijvoorbeeld aan de discretionaire bevoegdheid van de curator om zelf vorderingen te verifiëren, die in 2019 is ingevoerd voor faillissementsschulden. Voor een discussie over dit onderwerp zou kunnen worden geput uit het consultatietraject Wet Modernisering Faillissementsprocedure, waarin onder andere door INSOLAD heel kritisch is gereageerd op deze wijziging.³⁰

Conclusie

Een wettelijke boedelschuldenregeling zou tegemoet komen aan verschillende bezwaren die zich in de praktijk voordoen bij de afwikkeling van boedelschulden die geen betrekking hebben op de directe kosten van beheer en afwikkeling. Boedelcrediteuren zouden daarmee iets inleveren, namelijk de absolute aanspraak, maar het is de vraag of zij die in de praktijk eigenlijk nog wel hebben. Dit nadeel zou bovendien opwegen tegen de voordelen van een regeling, juist ook voor boedelcrediteuren zelf. Vanwege de bijzondere aard van de boedelschuld zal voor een wettelijke regeling niet één van de bestaande regelingen ongewijzigd kunnen worden overgenomen. In dit artikel is verkend hoe de bijzonderheden zouden zijn in te passen in een wettelijke regeling. Hopelijk pakt de wetgever naar aanleiding van het consultatietraject de pen op.

Dit artikel is afgesloten op 21 maart 2022.

Over de auteur

Mr. J.H.M. (Juliette) van de Wiel

Advocaat bij DVDW Advocaten te Den Haag en curator.

28 Annotatie C.R. Zijderveld bij rb. Oost-Brabant 9 januari 2020, «JOR» 2020/127.

29 M.J.M. Franken, *Het insolventiepassief (Recht & Praktijk, nr. InsR13)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 7.9.

30 Zie <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringfw/reacties>