

Verifieerbare vorderingen, de stand van zaken na Credit Suisse/Jongepier q.q.

*Mr. D.D. Nijkamp en mr. M.C.J. Jonckers **

1 Inleiding

De afgelopen jaren heeft de Hoge Raad verschillende arresten gewezen over de invloed van het faillissement op wederkerige overeenkomsten, het fixatiebeginsel en de kwalificatie van vorderingen als boedelvordering, verifieerbare vordering of niet-verifieerbare vordering.¹ In het arrest van 23 maart 2018² (hierna: Credit Suisse/Jongepier q.q.) verduidelijkt de Hoge Raad ter beantwoording van enkele prejudiciële vragen wanneer vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van het faillissement reeds bestaande rechtsverhouding voor verificatie in aanmerking komen. Bij de beantwoording van deze vraag maakt de Hoge Raad een afweging van twee uitgangspunten. Aan de ene kant het uitgangspunt dat het faillissement in beginsel geen invloed heeft op bestaande overeenkomsten, waardoor verplichtingen die voortvloeien uit bestaande overeenkomsten in beginsel niet gewijzigd worden door faillissement. Aan de andere kant weegt het fixatiebeginsel mee, op grond waarvan de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt bij het intreden van het faillissement.

Uit dit arrest volgt onder meer dat, in tegenstelling tot wat eerder leek te volgen uit Koot Beheer/Tideman q.q., niet *alle* vorderingen die voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding geverifieerd kunnen worden. Volgens de Hoge Raad is verificatie van dergelijke vorderingen alleen mogelijk indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals deze ten tijde van de faillietverklaring bestond. De Hoge Raad beperkt zich niet tot het beantwoorden van de gestelde prejudiciële vragen, maar doet ook een poging om de praktijk enkele handvatten te verschaffen door zijn overwegingen bij wijze van voorbeeld op een aantal typen vorderingen toe te passen.

In deze bijdrage bespreken wij allereerst de feiten die aanleiding gaven tot de prejudiciële procedure (par. 2). Vervolgens schetsen we aan de hand van eerdere rechtspraak de stand van zaken tot aan het arrest Credit Suisse/Jongepier q.q. (par. 3). In paragraaf 4 onderzoeken wij hoe die status quo door Credit Suisse/Jongepier q.q. is gewijzigd, en tot slot bespreken wij in hoeverre dit beantwoordt aan de in de literatuur geuite kritiek op Koot Beheer/Tideman q.q. (par. 5). In paragraaf 6 sluiten wij af met een conclusie.

2 De feiten die aanleiding gaven tot de prejudiciële procedure

De prejudiciële procedure is een uitvloeisel van een renvooi-procedure in het faillissement van OSX Leasing Group B.V. (hierna: OSX). Het faillissement van OSX is op 15 juli 2015 uitgesproken, nadat haar eerder op 28 april 2015 surseance van betaling was verleend.

De feitelijke situatie die aan het hier besproken arrest ten grondslag ligt, is als volgt. Credit Suisse Brazil (Bahamas) Limited (hierna: Credit Suisse) heeft twee kredieten verstrekt aan OSX. Beide overeenkomsten bevatten een bepaling op grond waarvan OSX bij een 'Event of Default' verplicht is de advocaatkosten te vergoeden die Credit Suisse moet maken als gevolg van het Event of Default.³ Voor datum surseance was er al sprake van een 'default'.

3. Volgens overweging 4.4 uit de conclusie van A-G Timmerman bij Credit Suisse/Jongepier q.q. luidt de relevante bepaling als volgt: 'Payment of expenses, etc. (a) The Borrower hereby agrees to: (i) pay all reasonable out-of-pocket costs and expenses of the Administrative Agent and the Collateral Agent in connection with any amendment, waiver or consent relating to this Agreement and the other Credit Documents requested by either Credit Party and, after the occurrence of an Event of Default, each of the Lenders in connection with the enforcement of this Agreement and the other Credit Documents and the documents and instruments referred to herein and therein or in connection with any refinancing or restructuring of the credit arrangements provided under this Agreement in the nature of a "work-out" or pursuant to any insolvency or bankruptcy proceedings (including, in each case without limitation, the reasonable fees and disbursements of counsel and consultants for the Administrative Agent and the Collateral Agent and, after the occurrence of an Event of Default, counsel for each of the Lenders (...)).'

* Mr. D.D. Nijkamp en mr. M.C.J. Jonckers zijn advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (Koot Beheer/Tideman q.q.); HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula); HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (Berzona).

2. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/Jongepier q.q.).

Op basis van de desbetreffende artikelen heeft Credit Suisse de door haar gemaakte advocaatkosten ter verificatie ingediend. Een deel van de ingediende vorderingen werd door de curator van OSX betwist. Het betreft onder meer de vorderingen die verband houden met de kosten ter zake van rechtsbijstand na datum surseance. In de renvooiprocedure vordert Credit Suisse erkenning van deze vorderingen.

Partijen hebben op twee punten discussie. In de eerste plaats betwist de curator de vorderingen die zijn ontstaan gedurende de surseanceperiode. Hij stelt zich op het standpunt dat het fixatiebeginsel ook al zijn werking heeft gedurende de surseanceperiode en verwijst ter zake naar art. 228 en 249 Faillissementswet (Fw). Credit Suisse meent echter dat het fixatiebeginsel zich niet verzet tegen de verificatie van vorderingen ontstaan gedurende de surseanceperiode. In de tweede plaats verschillen partijen van mening over de betekenis die moet worden toegekend aan r.o. 3.7.2 uit Koot Beheer/Tideman q.q.,⁴ waarover hierna meer.

In de renvooiprocedure komt de rechtbank tot het oordeel dat partijen van mening verschillen over enkele principiële kwesties van het insolventierecht en formuleert een vijftal prejudiciële vragen. In de kern komen deze neer op het volgende: in hoeverre komen vorderingen die na datum surseance of faillietverklaring voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding voor verificatie in aanmerking en op welk moment en voor welk bedrag worden zij geverifieerd?

3 Koot Beheer/Tideman q.q. en Berzona

Voordat wij ingaan op de – uitvoerige – beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad, volgt hieronder eerst een korte uiteenzetting van twee arresten die aan het onderhavige arrest vooraf zijn gegaan. De in deze arresten door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregels worden in het arrest Credit Suisse/Jongepier q.q. verduidelijkt.

3.1 Koot Beheer/Tideman q.q. – een nieuw criterium voor verifieerbare vorderingen

In het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. heeft de Hoge Raad in r.o. 3.7.2 het volgende overwogen over verifieerbare vorderingen:

‘Vorderingen die een boedelschuld opleveren, moeten worden onderscheiden van vorderingen op de schuldenaar, met het oog op de voldoening waarvan vereffening van de boedel plaatsvindt. 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 artikel 37 en 37a Fw en de op artikel 37 Fw gegeven toelichting (Van der Feltz I, p. 409).’

Kortom, vorderingen die voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding en die geen boedelschuld zijn, kwalificeren volgens de Hoge Raad als verifieerbare vorderingen. Tot dit arrest was de in de literatuur heersende opvatting dat slechts vorderingen die hun ontstaansmoment hebben vóór aanvang van de dag van faillietverklaring ter verificatie kunnen worden ingediend.⁵ Van verbintenissen die ontstaan na aanvang van de dag van faillietverklaring werd aangenomen dat deze niet geverifieerd kunnen worden.⁶ De hiervoor geciteerde rechtsoverweging uit Koot Beheer/Tideman q.q. betrof een aanzienlijke verruiming ten opzichte van deze in de literatuur heersende opvatting.

Het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. is in de literatuur veel besproken⁷ en de ruime formulering ten aanzien van verifieerbare vorderingen heeft tot de nodige kritiek geleid. Wij bespreken hierna enkele kritieken.

Zo betoogt J.J. van Hees dat de Hoge Raad met Koot Beheer/Tideman q.q. zijn rechtsvormende taak wat al te ruim heeft opgevat, nu de Hoge Raad met dit arrest afwijkt van de in art. 24 Fw neergelegde regel dat verbintenissen ontstaan na de faillietverklaring niet ter verificatie kunnen worden ingediend, tenzij de boedel daarbij is gebaat.⁸ Anderzijds juicht hij de verruiming toe, omdat er geen goede rechtvaardiging bestaat voor het aan schuldeisers onthouden van de mogelijkheid zich te verhalen op het vermogen van hun schuldenaar.

Van Zanten en Van Andel menen dat de verificatie van alle vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en geen boedelschuld opleveren, waaronder vorderingen tot nakoming van een overeenkomst die de curator niet gestand

4. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, JOR 2013/224 m.nt. G.A.J. Boekraad, NJ 2013/291 m.nt. Verstijlen (Koot Beheer/Tideman q.q.).

5. Zie onder meer F.M.J. Verstijlen in NJ 2018/290 en M.P. Verdonk, Over de herijking van het fixatiebeginsel voor faillissementsschulden, NTHR 2018, afl. 4, p. 204.

6. Er bestond overigens al wel discussie over de vraag of de verifieerbaarheid van vorderingen die ontstaan na faillietverklaring uit een daarvoor bestaande rechtsverhouding beperkt was tot de in de wet genoemde uitzonderingen (zoals art. 37a Fw), of dat deze bepalingen er juist op duiden dat ook andere schulden verifieerbaar zouden kunnen zijn. Zie bijv. G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel (Serie Onderneming en Recht, deel 9), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 22, R.J. van Galen, Drie typen schulden bij faillissement, WPNR 1996/6225 en 1996/6226, p. 394-395 en 416 en T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht (Recht en Praktijk. Insolventierecht, InsR 3), Deventer: Kluwer 2012, p. 24.

7. Onder meer vanwege het feit dat de Hoge Raad in dit arrest een nieuw boedelschuld criterium heeft geformuleerd, hetgeen in deze bijdrage buiten beschouwing blijft. Wij verwijzen voor een bespreking van het boedelschuld criterium o.a. naar A. van Hees, Omszwingingen van de Hoge Raad omtrent boedelvorderingen, TvI 2014/28, W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden, TvI 2013/26, F.M.J. Verstijlen, Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas, NJB 2013/1930 en Boekraad 2013.

8. J.J. van Hees, Verifieerbare vorderingen en ander ongerief, FIP 2014/81, p. 64.

heeft gedaan, een brug te ver is.⁹ Hiermee wijkt de Hoge Raad volgens hen af van de koers die hij sinds 1980 met het Solleveld-arrest heeft ingezet.¹⁰ In dit arrest – dat overigens niet over verificatie van vorderingen ging, maar over cessie – heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een vordering die nog moet *ontstaan* ten tijde van de cessie, voldoende bepaald is indien de vordering haar onmiddellijke grondslag heeft in een op dat moment reeds bestaande rechtsverhouding. Tot dit arrest werd aangenomen dat een vordering die haar onmiddellijke grondslag had in een reeds bestaande rechtsverhouding, kwalificeerde als een *bestaande* vordering. Dergelijke vorderingen konden onder het oude regime dan ook worden geverifieerd. Nu vorderingen die hun grondslag hebben in een reeds bestaande rechtsverhouding sinds het Solleveld-arrest als toekomstige vorderingen worden gekwalificeerd, menen Van Zanten en Van Andel dat onder andere art. 24 Fw zich tegen de verificatie van dergelijke vorderingen verzet.

Boekraad merkt op dat het aantal niet-verifieerbare vorderingen door dit arrest kleiner is dan gedacht, omdat kennelijk alle vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, verifieerbare vorderingen zijn.¹¹ Hij bepleit een grens te stellen: een schuldeiser heeft alleen de mogelijkheid om zijn vordering ter verificatie in te dienen indien die vordering vóór een bepaalde uiterste datum (bijvoorbeeld de dag van de verificatievergadering) is ontstaan.¹²

Steneker en Tekstra zouden niet willen aannemen dat een schuldeiser altijd (volledig) vorderingen voortvloeiend uit een duurovereenkomst ter verificatie kan indienen. Dit zou beperkt moeten zijn tot het bedrag dat de schuldeiser op grond van art. 37a Fw had kunnen indienen bij ontbinding van de overeenkomst.¹³ Een ruimere mogelijkheid zou volgens hen tot de situatie kunnen leiden waarbij de wederpartij van gefailleerde enerzijds haar vorderingen uit een duurovereenkomst die niet kan worden beëindigd onbeperkt ter verificatie kan blijven indienen, terwijl zij anderzijds haar wederprestatie kan opschorten, omdat zij haar vordering niet (geheel) volaan zal krijgen. Steneker en Tekstra suggereren voor de afbakening tussen verifieerbare vorderingen en niet-verifieerbare vorderingen eenzelfde soort criterium als voor de afbakening tussen boedelvorderingen en verifieerbare vorderingen: postfaillissementsvorderingen zijn alleen boedelvorderingen als de boedel is gebaat (art. 24 Fw), andere postfaillissementsvorderingen zijn alleen verifieerbaar als zij op grond van art. 37a Fw verifieerbaar zijn of zouden zijn.

9. Van Andel & Van Zanten 2013.

10. HR 24 oktober 1980, NJ 1981/265 m.nt. W.M. Kleijn. Zie ook HR 26 maart 1982, NJ 1982/615 m.nt. W.M. Kleijn (SOS/ABN); HR 30 januari 1987, NJ 1987/530 m.nt. W.C.L. van der Grinten (WUH/Emmerig q.q.).

11. Zie o.a. Boekraad 2013, nr. 11 en 14.

12. Boekraad 2013, nr. 18.

13. A. Steneker & A.J. Tekstra, De boedelschuldenlijst (III, slot), FIP 2016/50.

3.2 Berzona – actief wanpresteren mag niet

Een tweede belangrijk arrest in de aanloop naar Credit Suisse/Jongepier q.q. is Berzona.¹⁴ In dit arrest verduidelijkt de Hoge Raad de reikwijdte van de bevoegdheid van de curator om overeenkomsten niet gestand te doen in een zaak die uiteindelijk ging om de vraag of een vordering tot het verschaffen van huurgenot kan kwalificeren als steunvordering bij een faillissementsaanvraag.

Aan Berzona ging echter nog een ander in dit kader relevant arrest vooraf. In 2006 had de Hoge Raad in het Nebula-arrest¹⁵ overwogen dat hoewel een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van een van de contractanten, de wederpartij van gefailleerde haar rechten uit een duurovereenkomst niet kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement is. Dat zou immers leiden tot een onaanvaardbare doorbreking van de *paritas creditorum*. De Hoge Raad oordeelde expliciet dat een wederpartij niet zonder meer van de curator kan verlangen dat hij een verplichting tot dulden blijft nakomen, omdat een wederpartij daarmee in feite bevoegd is het faillissement te negeren. Voor dat laatste is, in de woorden van de Hoge Raad, slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Uit dit arrest werd wel in algemene zin afgeleid dat het de curator vrijstond om te wanpresteren.¹⁶

In Berzona verduidelijkt de Hoge Raad een en ander door te overwegen dat de curator in beginsel (1) de bevoegdheid heeft om overeenkomsten niet gestand te doen en (2) de mogelijkheid heeft om verbintenissen niet na te komen. De Hoge Raad vervolgt – onder verwijzing naar Koot Beheer/Tideman q.q. – dat als de curator van dit recht gebruik maakt, de wederpartij de uit die verbintenissen voortvloeiende vorderingen ter verificatie kan indienen.

Deze bevoegdheid om niet na te komen wordt door de Hoge Raad echter beperkt tot het ‘passief’ niet nakomen. De curator is niet verplicht om betalingen te verrichten, zaken af te geven of rechten te vestigen. De Hoge Raad lijkt¹⁷ derhalve de in Nebula ingezette koers te nuanceren door te overwegen dat de curator niet bevoegd is om ‘actief’ niet na te komen als de wet of de overeenkomst deze mogelijkheid niet biedt. Dit betekent dat de curator bijvoorbeeld niet over mag gaan tot ontruiming of opseising van een door de gefailleerde aan een derde verhuurde onroerende zaak. Dat zou immers – aldus de Hoge Raad – in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op wederkerige overeenkomsten in faillissement.

De vordering van een wederpartij (huurder) op de schuldenaar (verhuurder) tot het verschaffen van huurgenot levert dan ook

14. HR 11 juli 2014, JOR 2015/175, NJ 2014/407 (Berzona).

15. HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula).

16. Zie bijv. de annotatie van R.D. Vriesendorp in AA 2007, p. 56.

17. Wij zeggen bewust ‘lijkt’, nu de Hoge Raad zelf expliciet overweegt dat in Nebula geen ander oordeel besloten heeft gelegen.

geen verifieerbare vordering op, omdat de curator – in beginsel – niet bevoegd is actief het huurgenot te beëindigen als de huurovereenkomst nog loopt.¹⁸ Indien de curator deze verplichting niet nakomt, levert dat een boedelschuld op. De vordering tot het verschaffen van huurgenot kwalificeert dan ook niet als steunvordering.

3.3 De balans na Koot Beheer/Tideman q.q. en Berzona

Na deze arresten lijkt de stand van zaken ten aanzien van de verificatie van vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van het faillissement reeds bestaande rechtsverhouding als volgt te zijn. In beginsel komen *alle* vorderingen die voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding en die geen boedelvordering opleveren voor verificatie in aanmerking. Dat geldt ook voor de vordering tot schadevergoeding als gevolg van een ‘passief wanpresteren’ door de curator. Verder is de curator niet bevoegd om verbintenissen ‘actief’ niet na te komen.

Dat brengt ons bij Credit Suisse/Jongepier q.q.

4 De beantwoording van de prejudiciële vragen

4.1 Een inleidend college

Voordat de Hoge Raad ingaat op de beantwoording van de vragen, geeft hij vanaf r.o. 3.5.1 college over twee belangrijke uitgangspunten in het faillissement die van invloed zijn op de vraag in hoeverre verbintenissen die voortvloeien uit wederkerige overeenkomsten in faillissement voor verificatie in aanmerking komen.

Het *eerste* uitgangspunt volgt uit de memorie van toelichting bij de Fw uit 1896. De wetgever overwoog daarin dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten en dat dit betekent dat een faillissement niet leidt

tot een wijziging van daaruit voortvloeiende verbintenissen.¹⁹ Dit uitgangspunt ligt ten grondslag aan art. 37 t/m 40 Fw.

Het *tweede* uitgangspunt betreft het fixatiebeginsel, ‘dat inhoudt dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderd wordt’.²⁰ De Hoge Raad benadrukt in r.o. 3.5.1 van het onderhavige arrest dat het fixatiebeginsel onder meer zijn uitdrukking vindt in het eerder aangehaalde art. 24 Fw.

Vervolgens overweegt de Hoge Raad over de stand van zaken na Koot Beheer/Tideman q.q. en Berzona ten aanzien van bestaande verbintenissen het volgende:

- De curator heeft de bevoegdheid overeenkomsten niet gestand te doen en de daaruit voortvloeiende verbintenissen ‘passief’ niet na te komen (r.o. 3.5.2), waarna de wederpartij de vordering ter verificatie kan indienen.²¹
- De curator is niet bevoegd een door de schuldenaar voor het faillissement verrichte prestatie ‘actief’ ongedaan te maken of een voortdurende prestatie, voor zover deze bestaat uit een dulden of nalaten, te beëindigen.

Dit brengt ons naar de kern van het arrest van de Hoge Raad. In r.o. 3.5.4 geeft de Hoge Raad een nadere invulling aan de overweging uit r.o. 3.7.2 in Koot Beheer/Tideman q.q., waarin hij oordeelde dat (alle) vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld zijn, ter verificatie kunnen worden ingediend. De Hoge Raad overweegt (nogmaals) dat het faillissement geen verandering brengt in bestaande wederkerige overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende verbintenissen, maar dat het verifiëren van vorderingen niet in strijd mag komen met het fixatiebeginsel. Het fixatiebeginsel staat er echter niet zonder meer aan in de weg dat ook vorderingen uit een bestaande overeenkomst die tijdens het faillissement ontstaan voor verificatie in aanmerking komen. Het fixatiebeginsel brengt *wel* mee dat ‘verificatie van dergelijke nieuwe vorderingen uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeisers zoals die bij het intreden van het faillissement bestond’.²²

De Hoge Raad legt vervolgens uit wanneer er sprake is van vorderingen die reeds besloten lagen in de rechtspositie ten tijde van het faillissement. Daarvan is volgens de Hoge Raad sprake als de nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die de schuldeiser op grond van die rechtspositie al had. Het voorgaande is niet alleen van toepassing op overeenkomsten, maar geldt ook voor andere rechtsverhou-

18. Deze bijdrage leent zich niet voor de kritieken die in de literatuur verschenen zijn naar aanleiding van Berzona en het feit dat de overwegingen van de Hoge Raad tegenstrijdig leken te zijn aan zijn oordeel in HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula). Hierdoor ontstond twijfel over de conclusies die verbonden konden worden aan Berzona. Wij verwijzen daarvoor onder meer naar T.T. van Zanten, Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!, TvI 2014/36, F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407, A.W. Jongbloed, Berzona en Nebula: een storm in een glas water?, TvCu 2014, afl. 1, p. 23-25, J.K. Six-Hummel, Raakvlakken tussen faillissement en huur, TvI 2015/15 en C.J.A. van Engelen, Analogische rechtsvorming: Nebula, Berzona en het lot van een licentie van een failliete licentiegever, AA 2015, afl. 5, p. 405-412. Voor een uitvoerige uiteenzetting en analyse van de gevolgen van Credit Suisse/Jongepier q.q. op de Nebula/Berzona-discussie verwijzen wij naar M.P. Verdonk, Over de herijking van het fixatiebeginsel voor faillissementsschulden. Een analyse van HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/Jongepier q.q.), NTHR 2018, afl. 4, p. 197-209 en R.M. Wibier, Berzona is geen vergissing, wat nu?, MvV 2018, afl. 12, p. 379-382.

19. 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. 409.

20. R.o. 3.5.1. Zie ook HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0106, NJ 1988/340 en Van der Feltz II, p. 126.

21. De Hoge Raad onderscheidt hier twee opties: (1) de verbintenis wordt al dan niet via art. 133 Fw op grond van art. 26 Fw ter verificatie ingediend of (2) de overeenkomst wordt ontbonden en de vordering wegens het tekortschieten in de nakoming wordt op grond van art. 37a Fw ter verificatie ingediend.

22. R.o. 3.5.4.

dingen, zoals een vóór faillissement gepleegde onrechtmatige daad van de schuldenaar.²³ De kernoverwegingen worden door de Hoge Raad afgesloten met de mededeling dat hij in Koot Beheer/Tideman q.q. niet heeft bedoeld in andere zin te oordelen, maar dat de desbetreffende rechtsoverweging uit dat arrest wel te ruim was geformuleerd.

4.2 Duurovereenkomsten

Waar leidt het voorgaande nu toe? Wanneer kan een verplichting worden geverifieerd? Wanneer is er al dan niet sprake van een 'uitbreiding van bestaande aanspraken'?

De Hoge Raad realiseert zich dat de kernoverwegingen enigszins abstract van aard zijn en vervolgt ten behoeve van de praktijk met een toelichting voor verschillende categorieën duurovereenkomsten, die in tabel 1 schematisch is weergegeven.

Hoewel de Hoge Raad met de door hem gemaakte onderverdeling tegemoetkomt aan de praktijk, zal de toekomst moeten uitwijzen of de onderverdeling helder genoeg en ook wenselijk is. Met name de laatste twee categorieën zullen ons inziens in de toekomst tot onwenselijke situaties kunnen leiden.

Een voorbeeld. Een dienstverlener heeft de verplichting op zich genomen om gedurende een bepaalde periode de hosting van de website van bedrijf X te faciliteren. Daarnaast regelt de overeenkomst dat de dienstverlener ook andere diensten verricht. Zo zal de dienstverlener de website ontwikkelen en kan hij deze maandelijks updaten. X betaalt maandelijks een gefixeerd bedrag van enkele honderden euro's. Bedrijf X gaat gedurende de looptijd van de overeenkomst failliet en de overeenkomst heeft nog een looptijd van meer dan drie jaar. De overeenkomst met de dienstverlener bevat geen bevoegdheid tot tussentijdse opzegging. Er komt geen doorstart. Hoewel de curator de website niet meer gebruikt, komt de dienstverlener zijn verplichtingen na, en dat betekent dat de website 'in de lucht' blijft. Gedurende de eerste paar maanden na het faillissement wordt de website ook voorzien van een maandelijks update. De dienstverlener dient zijn vorderingen uit hoofde van de overeenkomst (de maandbedragen) tot het einde van de overeenkomst ter verificatie in. De situatie blijkt als volgt te zijn:

1. De gefailleerde onderneming heeft bij aanvang van het faillissement slechts een beperkt aantal concurrente crediteuren met relatief kleine vorderingen.
2. De curator heeft een (relatief) aanzienlijk boedelactief gerealiseerd, waardoor deze concurrente schuldeisers – voordat de na faillissement presterende wederpartij in beeld komt – een uitkering van 50% kunnen verwachten.
3. De (verifieerbare) vordering van de dienstverlener als gevolg van de na faillissement verrichte diensten is even hoog als die van alle andere concurrente schuldeisers tezamen.

23. R.o. 3.5.5.

Doordat de wederpartij haar verplichtingen blijft nakomen en haar vorderingen ter verificatie kan indienen, daalt het uitkeringspercentage van de concurrente schuldeisers met de helft, naar 25%. Hoewel in een groot deel van de faillissementen niet wordt toegekomen aan een uitdeling aan de concurrente schuldeisers en in de regel een wederpartij slechts haar verplichtingen zal nakomen indien zij de daartegenover staande prestatie verwacht te ontvangen,²⁴ is het dus wel degelijk denkbaar dat de overwegingen van de Hoge Raad tot voor de gezamenlijke schuldeisers onwenselijke situaties zullen leiden wanneer een schuldeiser ervoor kiest om na te komen.²⁵

In het arrest merkt de Hoge Raad overigens – vermoedelijk met het oog op de hierboven geschetste situatie – op dat curatoren overeenkomsten die niet in het belang van de boedel zijn, zo spoedig mogelijk als volgens de betrokken overeenkomst of de wet mogelijk is, dienen te beëindigen. De mogelijkheden hiertoe zijn echter beperkt als de overeenkomst daarin niet expliciet voorziet. De curator heeft immers geen algemene bevoegdheid overeenkomsten te beëindigen op grond van de wet.

Ook signaleren wij een tweede potentiële complicatie. Afhankelijk van de bewoordingen van de overeenkomst zal er discussie kunnen ontstaan over de omvang van de ingediende vordering. Het probleem zit hem in het feit dat X één vaste vergoeding verschuldigd is en de dienstverlener voor dat bedrag diverse diensten verricht, waaronder het updaten van de website. Het updaten van de website is in de gegeven casus een mogelijkheid, maar geen verplichting ('kan'). Daardoor lijkt dit deel van de vordering in de tweede variant van categorie d te vallen en dus geen verifieerbare vordering te zijn. Wat heeft dit voor gevolgen voor de ingediende vordering? Dient er een korting te worden toegepast op de maandelijks vergoeding? Als er een korting moet worden toegepast, is dat dan alleen voor de maanden waarin de onverplichte diensten daadwerkelijk verricht zijn (de eerste maanden na het faillissement), of geldt dit voor alle maanden? De Hoge Raad lijkt ruimte te bieden voor een aanpassing van de omvang van de vordering in het geval een vordering ontstaat of in omvang toeneemt als gevolg van handelingen (aan de zijde) van de schuldeiser, maar slechts voor zover dit kan worden aangemerkt als een uitbreiding van de aanspraken zoals die op het moment van faillietverklaring bestonden of besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser.²⁶

4.3 Schadevergoeding en contractuele schadevergoedingsbedingen

De Hoge Raad oordeelt verder dat ook vorderingen tot betaling van schadevergoeding voor verificatie in aanmerking kunnen komen indien deze voortvloeien uit een reeds bestaande

24. Wij zijn ons ervan bewust dat wederpartijen zich in de regel op opschorting zullen beroepen indien zij verwachten geen (volledige) betaling te ontvangen.

25. Zie ook F.M.J. Verstijlen in NJ 2018/290.

26. R.o. 3.12.2.

Tabel 1

Type verplichting	Verifieerbaar	Toelichting
a. Duurverplichting (zoals verschaffen huurgenot)	Nee*	Curator heeft – in beginsel –** geen mogelijkheid om de verplichting niet na te komen
b. Periodieke verplichting van schuldenaar, waarvoor wederpartij geen prestatie (meer) verschuldigd is (zoals een door de wederpartij vooruitbetaald abonnement)	Ja	Ja, ten tijde van faillissement reeds bestaande vordering die overeenkomstig art. 131 lid 1 Fw voor verificatie vatbaar is
c. Periodieke verplichting van de schuldenaar die de tegenprestatie vormt van een duurverplichting van de wederpartij (zoals betaling van huur)	Ja	Zolang de wederpartij de duurverplichting blijft nakomen, blijft de tegenprestatie door de schuldenaar verschuldigd; het recht van de wederpartij op de tegenprestatie van de schuldenaar ligt al besloten in de rechtspositie ten tijde van faillietverklaring
d. (Al dan niet periodieke) verplichting van schuldenaar die de tegenprestatie vormt van en telkens verschuldigd wordt na en door een (al dan niet periodiek) door de wederpartij te verrichten prestatie (zoals periodieke onderhoudswerkzaamheden)	Ja Nee	Als de wederpartij <i>verplicht</i> is bepaalde prestaties te verrichten, dan duurt deze verplichting voort in faillissement en kan de vordering op de schuldenaar ter verificatie worden ingediend → zelfde situatie als onder c Als de wederpartij de <i>mogelijkheid</i> heeft, maar niet de verplichting, komt de vordering van de wederpartij tot voldoening van de tegenprestatie niet voor verificatie in aanmerking; de wederpartij breidt dan immers haar aanspraken uit en dat levert strijd op met het fixatiebeginsel

* Deze nee verdient een kleine nuancering. De Hoge Raad lijkt met deze categorie slechts te duiden op duurverplichtingen tot een dulden of niet doen. Indien de curator in strijd handelt met dit type duurverplichtingen, handelt hij in strijd met een in hoedanigheid na te leven verplichting zoals bedoeld in Koot Beheer/Tideman q.q. en levert dat een boedelschuld (en dus geen verifieerbare vordering) op. Schending van de verplichting kan onder omstandigheden zelfs leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Zie HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, NJ 2018/464. Voor zover op de schuldenaar actieve verplichtingen rusten (zoals het maandelijks leveren van goederen), kan de schuldeiser zijn vorderingen wel ter verificatie indienen, mits de vorderingen besloten liggen in diens rechtspositie ten tijde van de faillietverklaring. Dat kan bijv. het geval zijn in een situatie als omschreven bij b.

** De Hoge Raad overweegt dat de curator wel gebruik mag maken van een eventueel in de wet of overeenkomst geregelde mogelijkheid tot beëindiging.

rechtsverhouding en de desbetreffende vordering reeds besloten lag in de rechtspositie zoals deze ten tijde van de faillietverklaring bestond.

Voor zover het gaat om schadevergoeding vanwege een niet-nagekomen verbintenis uit een overeenkomst verwijst de Hoge Raad ook naar art. 37a Fw. Dit artikel bepaalt dat vorderingen uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst of vorderingen tot schadevergoeding ter zake van een tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring verkregen vordering voor verificatie in aanmerking komen. De Hoge Raad rekt de reikwijdte van art. 37a Fw echter op door te oordelen dat ook de schadevergoedingsvorderingen voor niet-nagekomen verbintenissen die ná datum faillissement zijn ontstaan voor verificatie in aanmerking kunnen komen. Deze niet-nagekomen verbintenis moet dan echter wel voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding én

besloten liggen in de rechtspositie van de schuldeiser op het moment van faillietverklaring.

De Hoge Raad overweegt daarnaast dat de mogelijkheid om contractuele schadevergoedingsvorderingen die na faillissement ontstaan te verifiëren, onverlet laat dat een contractueel beding dat een partij aanspraak geeft op schadevergoeding of een boete, onder omstandigheden niet jegens de boedel kan worden ingeroepen als dit leidt tot een onaanvaardbare inbreuk op de bepalingen of het stelsel van de Fw.²⁷ Zo heeft een belangenafweging van de wetgever ertoe geleid dat een werknemer, respectievelijk een verhuurder, een boedelvordering heeft ter zake van het loon, respectievelijk de huur, gedurende de opzegtermijn in faillissement. Het faillissement biedt dan geen ruimte voor het verifiëren van verdere (schade-

27. Zie bijv. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, NJ 2013/224 (Megapool), HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 (Romania) en HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2325, NJ 1990/662 (Papierfabrieken Van Gelder).

vergoedings)vorderingen die ontstaan na faillietverklaring. Met deze overweging bevestigt de Hoge Raad aldus zijn eerdere jurisprudentie.

Wellicht ten overvloede merkt de Hoge Raad op dat de curator in alle gevallen de 'gewone' civielrechtelijke verweren tegen schadevergoedingsvorderingen kan invoeren, zoals matiging of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit plaatst een deel van de zorgen over de toename van het aantal verifieerbare vorderingen in perspectief.

4.4 Voorafgaande surseance en indiening en waardering

In de procedure kwam ook de vraag aan de orde in hoeverre vorderingen die hun ontstaansmoment hebben tijdens de surseance, voor verificatie in aanmerking komen. De Hoge Raad wijst erop dat als een faillissement voorafgegaan wordt door een surseance van betaling, de surseance en het daarop volgende faillissement als een geheel worden behandeld.²⁸ Dit betekent dat:

- de boedel in faillissement niet aansprakelijk is voor vorderingen die tijdens surseance zijn ontstaan en waarvoor de boedel in surseance niet aansprakelijk is; en
- vorderingen in faillissement ter verificatie kunnen worden ingediend als het gaat om vorderingen ten aanzien waarvan de surseance werking heeft, indien zij voortvloeien uit een reeds ten tijde van surseance bestaande rechtsverhouding en reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van de surseance bestond.

Voor vorderingen die na faillissement ontstaan en waarvan de waarde onzeker is, geldt het volgende. Zij dienen te worden geverifieerd voor de geschatte waarde die ze op de dag van faillietverklaring hebben en moeten voor de verificatievergadering worden ingediend. Dat geldt ook voor vorderingen die tijdens het faillissement, maar na de verificatievergadering ontstaan.²⁹

4.5 Het beding in kwestie

De vraag is nu wat de beantwoording van de prejudiciële vragen betekent voor het geschil tussen de curator van OSX en Credit Suisse. Kan Credit Suisse haar vordering tot vergoeding van advocaatkosten – waartoe OSX op basis van de tussen haar en Credit Suisse gesloten overeenkomsten in geval van een 'Event of Default' gehouden is – ter verificatie indienen?

De curator van OSX had de vordering betwist voor zover het ging om advocaatkosten die gemaakt zijn na datum surseance.

De Hoge Raad gaat hier niet in mee. Hij oordeelt dat het in kwestie gaat om een beding dat strekt tot schadevergoeding en niet om vorderingen die tijdens het faillissement uit een duurovereenkomst ontstaan. Hij overweegt verder dat een

vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie die voortvloeit uit een overeenkomst die al bestaat ten tijde van het ingaan van het faillissement (of een daaraan voorafgaande surseance) voor verificatie in aanmerking komt binnen de in het arrest gestelde grenzen. Dit betekent dat ook de schadevergoedingsvordering voor niet-nagekomen verbintenissen die ná datum faillissement (of surseance) zijn ontstaan voor verificatie in aanmerking kunnen komen. Daarbij is het vervolgens niet van belang of de schade pas ontstaat, of de omvang pas duidelijk wordt, tijdens die surseance of het faillissement.

De concrete omstandigheden van het geval kunnen er echter toe leiden dat het beding niet aan de boedel kan worden tegenovergesteld, of zouden kunnen leiden tot een matiging van de gevorderde schadevergoeding.³⁰

5 Is de Hoge Raad tegemoetgekomen aan de kritiek op Koot Beheer/Tideman q.q.?

De Hoge Raad beantwoordt de prejudiciële vragen door te oordelen dat vorderingen die ontstaan tijdens faillissement of surseance in beginsel niet voor erkenning in aanmerking komen. Dat wordt anders indien en voor zover zij besloten lagen in een ten tijde van de surseance of het faillissement reeds bestaande rechtsverhouding, zodat geen sprake is van een uitbreiding van aanspraken die in strijd komt met het fixatiebeginsel.

De Hoge Raad nuanceert de reikwijdte van Koot Beheer/Tideman q.q. dus enigszins. De kern blijft echter hetzelfde. Toekomstige vorderingen komen voor verificatie in aanmerking indien zij hun grondslag hebben in een ten tijde van faillissement (of surseance) reeds bestaande rechtsverhouding en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Wat betekent dit nu voor de door ons besproken kritiek?

De Hoge Raad lijkt het niet eens met de auteurs die menen dat de verificatie van toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding in strijd is met art. 24 Fw. Immers, een (groot) deel van de toekomstige vorderingen die voortvloeien uit reeds bestaande rechtsverhoudingen blijft verifieerbaar.

Verder heeft de Hoge Raad geen (concrete) grens gesteld aan de omvang van de in te dienen vorderingen door een uiterste datum vast te stellen voor het ontstaansmoment van de te verifiëren vordering. Ook vorderingen die na het uiterste moment van indiening ontstaan, kunnen immers voor de geschatte waarde worden geverifieerd.

De Hoge Raad heeft ook de suggestie van Steneker en Tekstra (de verificatie van toekomstige vorderingen zou beperkt moeten worden tot het bedrag dat de schuldeiser op grond van art.

28. R.o. 3.9.

29. R.o. 3.10.

30. R.o. 3.11.3.

37a Fw had kunnen bij ontbinding van de overeenkomst) niet overgenomen. Wel lijkt het verschil tussen de in te dienen vordering op grond van art. 37a Fw en de vordering tot nakoming kleiner te worden. De Hoge Raad breidt de reikwijdte van art. 37a Fw immers uit. Ook vorderingen die strekken tot vergoeding van het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis die tijdens faillissement ontstaat, komen binnen de grenzen van Credit Suisse/Jongepier q.q. voor verificatie in aanmerking.

6 Conclusie

De door de Hoge Raad aangelegde beperking van de verifieerbaarheid van vorderingen voortvloeiend uit op de datum van het faillissement bestaande rechtsverhoudingen tot vorderingen die reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals deze ten tijde van de faillietverklaring bestond, lijkt op het eerste gezicht tegemoet te komen aan de in de literatuur geuite kritiek op Koot Beheer/Tideman q.q. Bij nadere lezing blijkt echter dat de beperking wel meevalt, omdat nog steeds een (heel) groot deel van de vorderingen die na faillissement ontstaan uit een reeds bestaande rechtsverhouding onder de reikwijdte van dit arrest valt.

Wel komt de Hoge Raad de praktijk tegemoet door concrete handvatten te bieden. Dit maakt dat veel duidelijker is geworden welk type vorderingen voor verificatie in aanmerking komt. In paragraaf 4.2 signaleerden wij dat deze verduidelijking van de Hoge Raad ook tot nieuwe vragen en onwenselijke situaties kan leiden. De praktijk zal moeten uitwijzen in hoeverre dit daadwerkelijk het geval is.