

# Over fixatie en verificatie van vorderingen

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

Tvl 2019/4

**In *Credit Suisse/Jongepier q.q. (2)* heeft de Hoge Raad het criterium aan de hand waarvan wordt bepaald welke na de faillietverklaring ontstane vorderingen verifieerbaar zijn, aangescherpt. In deze bijdrage wordt onderzocht wat het aangescherpte criterium betekent voor de kwalificatie van verschillende soorten vorderingen. Vervolgens wordt ingegaan op de wijze waarop volgens de Hoge Raad ook vorderingen die naar verwachting pas na de verificatievergadering zullen ontstaan, kunnen worden geverifieerd. Dat kan een uitwerking hebben die haaks staat op het streven om de afwikkeling van faillissementen sneller en efficiënter te maken. In dat kader wordt ook aandacht besteed aan de wijziging die de Faillissementswet per 1 januari 2019 juist met dat doel heeft ondergaan.**

## 1. Inleiding en voorgeschiedenis

De Hoge Raad worstelt al decennia met het vraagstuk van de kwalificatie van vorderingen in faillissement. Lastig is vooral het type vordering dat na faillissement ontstaat uit een daarvóór al bestaande rechtsverhouding. In de rechtspraak van de Hoge Raad van vóór het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*,<sup>2</sup> kwalificeerde een dergelijke vordering al snel als boedelvordering. Dat was al het geval als het ontstaan ervan werd getriggerd door het verrichten van een rechtshandeling door de curator. Wanneer niet aan dit ‘toedoen-criterium’ was voldaan, werd veelal aangenomen dat de desbetreffende vordering niet-verifieerbaar was. De gedachte daarbij was dat het fixatiebeginsel aan de verificatie van de faillietverklaring ontstane vorderingen in de weg staat.

In *Koot Beheer/Tideman q.q.* gooide de Hoge Raad het roer om en verliet hij het veel bekritiseerde toedoen-criterium. In plaats daarvan formuleerde de Hoge Raad drie limitatieve gronden voor het kwalificeren van vorderingen als boedel-schulden. Het terugbrengen van het aantal boedelschulden door de Hoge Raad is breed verwelkomd, al bestaat over de precieze invulling van de drie gronden nog wel de nodige discussie.<sup>3</sup>

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: G.J. Boekraad, ‘Over fixatie en verificatie van vorderingen. Bespreking van HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q. (2)*)’, *Tvl* 2019/4. G.J. Boekraad is advocaat te Amsterdam.

2 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108; *NJ* 2013/291 en *JOR* 2013/224.

3 Daarover zijn inmiddels al de nodige arresten geweest. Zie: HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:563 (*Vossenbergh/Curatoren Aldel*); HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2907 (*UWV/Aukema q.q.*) en HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3149 (*Roeffen q.q./Ontvanger*).

De Hoge Raad volstond in *Koot Beheer/Tideman q.q.* echter niet met het formuleren van nieuwe criteria voor het kwalificeren van boedelvorderingen. Over de vorderingen die niet als boedelvordering kwalificeren, oordeelde de Hoge Raad in dat arrest als volgt (rechtsoverweging 3.7.2):

“Vorderingen die een boedelschuld opleveren, moeten worden onderscheiden van vorderingen op de schuldenaar, met het oog op de voldoening waarvan de 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 (...) behoren tot bedoelde vorderingen op de schuldenaar, ook als ze pas tijdens het faillissement ontstaan (...).”

Dit oordeel was minstens zo ingrijpend – en verrassend – als het verlaten van het toedoen-criterium voor het kwalificeren van boedelschulden. Opmerkelijk was vooral de ongeclausuleerde wijze waarop de Hoge Raad schijnbaar alle vorderingen die voortvloeien uit een vóór de faillietverklaring ontstane rechtsverhouding en die geen boedelvorderingen zijn, bestempelde als faillissementsvorderingen.<sup>4</sup>

De kern van de kritiek op de rechtspraak van de Hoge Raad van vóór *Koot Beheer/Tideman q.q.* was, dat daarin te gemakkelijk vorderingen werden aangemerkt als boedelvordering of als niet-verifieerbaar. Daardoor bleven te veel schuldeisers buiten de faillissementsconcurfus. Boedelschuldeisers behoeven immers niet te concurreren met de faillissementscrediteuren (zij hebben als eerste verhaal op het boedelactief) en schuldeisers met een niet-verifieerbare vordering *kunnen* dat niet (zij delen niet mee in het boedelactief). Wanneer teveel schuldeisers worden uitgezonderd van de faillissementsconcurfus, komt het beginsel van de paritas creditorum in het gedrang. Daarom behoeft het kwalificeren van een vordering als boedelvordering of als niet-verifieerbare vordering een goede rechtvaardiging.

Voor wat betreft het kwalificeren van vorderingen als niet-verifieerbaar wordt die rechtvaardiging gezocht in het fixatiebeginsel. Dat houdt in dat de rechtspositie van de bij de boedel betrokkenen wordt beoordeeld naar het moment van de faillietverklaring. Daaruit wordt onder meer afgeleid dat een schuldeiser in het faillissement meedeelt voor zover hij op het moment van de faillietverklaring iets te vorderen heeft. Dat uitgangspunt komt onder meer tot uitdrukking in artikel 24 Fw, waarin is bepaald dat de boedel niet aansprakelijk is voor na de faillietverklaring ontstane verbintenis-

4 Zie mijn noot onder het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* in *JOR* 2013/224, 11.

sen van de schuldenaar behoudens voor zover de boedel ten gevolge daarvan is gebaat. Door velen werd aangenomen dat dit artikel ook ziet op vorderingen die na de faillietverklaring ontstaan uit een daarvoor bestaande rechtsverhouding.<sup>5</sup>

In navolging van Van Galen heb ik dat betwist en verdedigd dat het fixatiebeginsel niet zover gaat dat alle vorderingen die na de faillietverklaring ontstaan uit een daarvoor al bestaande rechtsverhouding en die geen boedelvordering opleveren, per definitie niet-verifieerbaar zijn. Wij hebben beiden betoogd dat deze vorderingen wel verifieerbaar zijn voor zover hun materiële verschuldigdheid in overwegende mate is bepaald door (rechts)feiten die zich vóór de faillietverklaring hebben voorgedaan.<sup>6</sup> In die benadering kunnen na de faillietverklaring ontstane vorderingen<sup>7</sup> die bij aanvang van het faillissement al latent in het vermogen van de schuldenaar aanwezig zijn en die volgens het toenmalige toedoen-criterium van de Hoge Raad als boedelschulden werden aangemerkt, wel degelijk verifieerbaar zijn.<sup>8</sup> Een alles-of-niets-benadering, waarin een na de faillietverklaring ontstane vordering uitsluitend een boedelschuld ('alles') of een niet-verifieerbare schuld ('niets') kan zijn, is dan niet nodig.<sup>9</sup>

In *Koot Beheer/Tideman q.q.* gaat de Hoge Raad echter veel verder. De hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.7.2 laat taalkundig geen andere uitleg toe dan dat *alle* vorderingen die na de faillietverklaring ontstaan uit een daarvoor al bestaande rechtsverhouding en die niet kwalificeren als boedelschulden, faillissementsschulden zijn. In de commentaren op het arrest klonk de twijfel door of dat werkelijk de bedoeling van de Hoge Raad was. En zo ja, is hij in het streven om zoveel mogelijk schuldeisers tot de faillissementsconcurfus toe te laten dan niet te ver doorgeschoten?

Dat is in de kern de vraag die de Hoge Raad prejudiciële werd voorgelegd in het hier te bespreken arrest in de zaak tussen Credit Suisse Brazil (Bahama's) Limited ("Credit Suisse")

en mr. Jongepier in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van OSX Leasing Group B.V. ("OSX").<sup>10</sup> De wijze waarop de Hoge Raad die vraag beantwoordt en daarbij het criterium voor de verifieerbaarheid van vorderingen aanscherpt, staat in deze bijdrage centraal (onderdelen 3 tot en met 6). Aan het slot (onderdeel 7) zal ik stilstaan bij de beantwoording door de Hoge Raad van een aanverwante vraag, namelijk of, en zo ja, hoe een voor verificatie in aanmerking komende vordering die naar verwachting pas na de verificatievergadering zal ontstaan, kan worden geverifieerd. Bij de beschouwing van de benadering die de Hoge Raad daarbij kiest, zal ik mede aandacht besteden aan relevante wijzigingen van de Faillissementswet als gevolg van de per 1 januari 2019 in werking getreden Wet modernisering faillissementsprocedure. Voor een goed begrip is het echter nuttig eerst de feiten te schetsen van de zaak die leidde tot het te bespreken arrest.

## 2. Casus van het arrest

OSX heeft krediet ontvangen van Credit Suisse. De relevante kredietovereenkomsten bevatten een bepaling die inhoudt dat OSX in geval van een 'Event of Default' gehouden is tot vergoeding van de kosten van advocaten die Credit Suisse naar aanleiding daarvan maakt. Op 28 april 2015 is aan OSX voorlopig surseance verleend. Vóór deze datum was al sprake van default aan de zijde van OSX. Bij beschikking van 15 juli 2015 is de voorlopige surseance van betaling ingetrokken en is OSX in staat van faillissement verklaard. Op de verificatievergadering van 5 november 2015 heeft de curator de door Credit Suisse ingediende vorderingen voor de door haar na 28 april 2015 gemaakte kosten van rechtsbijstand betwist. Dat leidt tot een renvooiprocedure.

Daarin stelt Credit Suisse zich op het standpunt dat haar vordering tot vergoeding van de kosten van haar advocaten op grond van de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.7.2 uit *Koot Beheer/Tideman q.q.* kwalificeert als een faillissementsvordering. Credit Suisse wijst daarbij op de algemene bewoordingen waarin deze rechtsregel is gesteld. De curator bestrijdt niet dat die regel ook voor surseance van betaling geldt. Hij betoogt echter dat die regel slechts geldt voor vorderingen die weliswaar zijn ontstaan na de dag waarop aan de schuldenaar voorlopig surseance van betaling is verleend, maar een bedrag betreffen dat de schuldenaar op die dag materieel reeds verschuldigd was.

De rechtbank (h)erkent het principiële karakter van de zaak en ziet daarin aanleiding om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Het gaat om vijf prejudiciële vragen, waarvan er drie zijn terug te voeren op de hamvraag.

5 Aldus onder meer: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, par. 2.3.3.2, met verdere verwijzingen.

6 Zie R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement', *WPNR* 1996, p. 395 en p. 415-416. Van Galen stelt als extra voorwaarde voor de verifieerbaarheid van dit type vordering, dat ook de omvang ervan in overwegende mate moet zijn bepaald door rechtsfeiten van vóór het faillissement. Zie mijn dissertatie: *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 50-52.

7 Hierbij zij opgemerkt dat Van Galen meent dat voor de vraag hoe een vordering in faillissement kwalificeert een minder streng ontstaanscriterium geldt dan het ontstaanscriterium zoals dat in een ander verband wordt gehanteerd, bijvoorbeeld in het kader van de vraag of een vordering vatbaar is voor cessie of verpanding. Zie zijn aangehaalde artikel in *WPNR* 1996, p. 394, 397, 314 en 416. Anders: mijn aangehaalde dissertatie, p. 18.

8 Ook het Voorontwerp Insolventiewet gaat ervan uit dat vorderingen waarvan de materiële verschuldigdheid in overwegende mate wordt bepaald door rechtsfeiten die zich vóór de insolventverklaring hebben voorgedaan, verifieerbaar zijn. Zie de toelichtingen bij art. 5.1.1. en 5.2.1 van het Voorontwerp, in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet*, Deventer: Kluwer 2007, p. 316 resp. p. 318.

9 Zie mijn noot onder HR 18 juni 2004 (*Circle Vastgoed*), *JOR* 2004/221, 6.

10 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.* (2)). Het arrest is al becommentarieerd door F.M.J. Verstijlen in zijn noot in *NJ* 2018/290; N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt in hun noot in *JOR* 2018/254; M.P. Verdonk, 'Over de herijking van het fixatiebeginsel voor faillissementsschulden', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2018-4, p. 197-209 en R.M. Wibier, 'Boedelschulden, bij de curator in te dienen vorderingen en niet-verifieerbare vorderingen', *AA* 2018, p. 720-725.

Te weten of uit rechtsoverweging 3.7.2 van het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* daadwerkelijk moet worden begrepen dat alle vorderingen die zijn ontstaan op of na de dag van de faillietverklaring, maar vóórdat het faillissement eindigt, in het faillissement als verifieerbare vorderingen moeten worden erkend.<sup>11</sup> Daarbij wil de rechtbank ook vernemen of bij de beantwoording van deze vraag relevant is of op het moment van de faillietverklaring, het ontstaan, althans de omvang van de vordering nog niet zeker was.<sup>12</sup> Verder vraagt de rechtbank aan de Hoge Raad of het uitmaakt dat het ontstaan en/of de omvang van een vordering het gevolg is van handelingen van de schuldeiser tijdens het faillissement.<sup>13</sup>

### 3. Aangescherpt criterium voor de verifieerbaarheid van vorderingen

Bij de beantwoording van deze vragen gaat de Hoge Raad uitzonderlijk uitvoerig te werk. Wie het arrest leest, krijgt het gevoel een hoorcollege te volgen.

De Hoge Raad begint dit 'college' met een uiteenzetting van twee uitgangspunten van ons faillissementsrecht. Het eerste beginsel houdt in dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten. De daaruit voortvloeiende verbintenissen blijven ongewijzigd. De Hoge Raad wijst erop dat daarmee nog niet is beslist hoe deze verbintenissen in faillissement moeten worden behandeld. Het antwoord op die vraag is volgens de Hoge Raad mede afhankelijk van een tweede in aanmerking te nemen beginsel; het fixatiebeginsel. Dat houdt als gezegd in dat door de faillietverklaring de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt.

Hoe dit fixatiebeginsel de kwalificatie van na de faillietverklaring ontstane vorderingen beïnvloedt, zet de Hoge Raad in algemene termen uiteen in rechtsoverweging 3.5.4:

(...) Zoals hiervoor (...) is vooropgesteld, geldt (...) als uitgangspunt dat het faillissement geen verandering brengt in bestaande wederkerige overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Het verifiëren van vorderingen die tijdens het faillissement ontstaan, mag echter niet in strijd komen met het fixatiebeginsel. Dat beginsel staat niet zonder meer eraan in de weg dat tijdens faillissement uit een bestaande overeenkomst nog nieuwe vorderingen ontstaan die voor verificatie in aanmerking komen. Dat beginsel brengt echter wel mee dat verificatie van dergelijke nieuwe vorderingen uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Dat laatste is het geval indien de nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had. Het fixatiebeginsel houdt

immers in dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet te zijnen gunste mag worden gewijzigd. Voor zover wel sprake is van een dergelijke uitbreiding, komen de desbetreffende vorderingen niet voor verificatie in aanmerking, behoudens voor zover de boedel ten gevolge van het ontstaan ervan is gebaat."

De kern van deze overwegingen – en in wezen van het arrest – is de door mij onderstreepte passage. Daaruit blijkt – en de Hoge Raad geeft dit ook expliciet toe<sup>14</sup> – dat rechtsoverweging 3.7.2 in het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest inderdaad te ruim was geformuleerd. Niet iedere vordering die voortvloeit uit een voor de faillietverklaring al bestaande rechtsverhouding en die geen boedelschuld oplevert, is verifieerbaar. Dat geldt alleen voor zover toelating van een dergelijke vordering niet in strijd zou komen met het fixatiebeginsel. Dat betekent dat alleen verifieerbaar zijn de na de faillietverklaring ontstane vorderingen "die reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser" zoals die bij aanvang van het faillissement bestond. Dat is het geval indien de nieuwe vorderingen "geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die de schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had".

De Hoge Raad overweegt vervolgens<sup>15</sup> dat dit niet alleen geldt voor vorderingen die na de faillietverklaring ontstaan uit een daarvoor al bestaande overeenkomst, maar ook voor vorderingen die na de faillietverklaring ontstaan uit een andere al voor de faillietverklaring ingetreden rechtsverhouding. Daarbij noemt de Hoge Raad als voorbeeld de vordering uit een vóór de faillietverklaring door de schuldenaar gepleegde onrechtmatige daad. Dat betekent bijvoorbeeld dat voor zover uit een dergelijke vóór de faillietverklaring gepleegde onrechtmatige daad na de faillietverklaring schade ontstaat, de verplichting tot vergoeding van die schade binnen de criteria van de geciteerde rechtsoverweging 3.5.4 verifieerbaar is.

In de situatie waarin het faillissement vooraf is gegaan door een surseance onder de omstandigheden als bedoeld in artikel 249 Fw, geldt dat voor toepassing van de criteria van rechtsoverweging 3.5.4 ten aanzien van vorderingen waarop de surseance ziet, niet het moment van de faillietverklaring, maar het moment van ingaan van de surseance beslissend is.<sup>16</sup>

De criteria van rechtsoverweging 3.5.4 zijn nog rijkelijk vaag. Het is dan ook te waarderen dat de Hoge Raad in de daaropvolgende rechtsoverwegingen, naar eigen zeggen

<sup>14</sup> Zie r.o. 3.5.6.

<sup>15</sup> R.o. 3.5.5.

<sup>16</sup> Dat overweegt de Hoge Raad naar aanleiding van prejudiciële vraag I in r.o. 3.9. Dit vloeit voort uit de in art. 249 Fw besloten hoofdregel van continuïteit en eenheid tussen een surseance en een opvolgend faillissement. In een eerdere prejudiciële procedure tussen dezelfde partijen in hetzelfde faillissement, heeft de Hoge Raad overigens beslist dat diezelfde hoofdregel er niet aan in de weg staat dat rente die tijdens de surseance is vervallen en die ingevolge art. 260 Fw in de surseance buiten beschouwing is gebleven, in het opvolgend faillissement wel ter verificatie kan worden ingediend. Zie HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2991; NJ 2018/289 en JOR 2018/188 (*Credit Suisse/Jongepier q.q. (1)*).

<sup>11</sup> R.o. 3.3, prejudiciële vraag II.

<sup>12</sup> R.o. 3.3, prejudiciële vraag III.

<sup>13</sup> R.o. 3.3, prejudiciële vraag IV.

“ten behoeve van de praktijk”;<sup>17</sup> nader ingaat op de betekenis van deze criteria voor de kwalificatie van vorderingen. Daarbij maakt de Hoge Raad onderscheid tussen vorderingen (tot nakoming) uit duurovereenkomsten en vorderingen tot schadevergoeding.

#### 4. Vorderingen uit duurovereenkomsten

De Hoge Raad noemt vier voorbeelden van soorten verbintenissen – door hem aangeduid als soorten (a) tot en met (d) – die bij duurovereenkomsten kunnen worden onderscheiden.<sup>18</sup>

##### 4.1 Categorie (a): duurverplichting schuldenaar

Het eerste voorbeeld is een duurverplichting van de schuldenaar, zoals het verschaffen van huurgenot of de verplichting die voortvloeit uit een door hem verleende licentie.

Sinds het *Berzona*-arrest<sup>19</sup> is dat een bijzondere categorie. Uit dat arrest volgt dat een curator *wel* de mogelijkheid heeft om uit een overeenkomst voortvloeiende positieve verbintenissen (zoals een betaling, de afgifte van een zaak of de vestiging van een recht) ‘passief’ niet na te komen, in die zin dat de contractuele wederpartij dan slechts een concurrente vordering resteert die hij ter verificatie moet indienen, maar dat een curator *niet* de bevoegdheid heeft een door de schuldenaar vóór het faillissement aangegane voortdurende verplichting om iets te dulden ‘actief’ te beëindigen. De Hoge Raad beargumenteert dit in *Berzona* met de overweging dat de curator geen bevoegdheden heeft die de wet of de overeenkomst hem niet toekent. De curator heeft dus niet de bevoegdheid om een door de schuldenaar verhuurde zaak op te eisen (te ontruimen) of een door de schuldenaar verleende licentie in te trekken. Ook in dat verband verwijst de Hoge Raad naar het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten.

In het onderhavige arrest (her)bevestigt de Hoge Raad deze regel:<sup>20</sup>

“De faillissementstoestand geeft de curator niet de bevoegdheid om 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, zoals door intrekking van een verleende licentie of opeising van een verhuurde zaak. Dit zou immers in strijd komen met het hiervoor in 3.5.1 vermelde uitgangspunt (vgl. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 (*Berzona*), rov. 3.6.4).”

Hiermee is duidelijk dat de Hoge Raad de in *Berzona* ingeslagen weg voortzet.<sup>21</sup> Dat is een belangrijke vaststelling,

omdat dat arrest moeilijk was te rijmen met het eerdere *Nebula*-arrest<sup>22</sup> en de vraag was opgekomen welke van die twee arresten nu het positieve recht weergeeft.<sup>23</sup> Verder valt aan deze formulering op dat de Hoge Raad de regel, dat de curator niet bevoegd is tot ‘actief’ wanpresteren, niet beperkt tot door de schuldenaar aangegane verplichtingen tot dulden (zoals aan de orde was in *Berzona*<sup>24</sup>), maar ook van toepassing acht op verplichtingen tot nalaten.<sup>25</sup> Bij dat laatste valt te denken aan concurrentiebedingen, geheimhoudingsverplichtingen en allerhande (andere) contractuele verboden, zoals het verbod op onderverhuur. Vanzelfsprekend is deze uitbreiding niet. Zoals al is opgemerkt door Van Zanten, valt niet goed in te zien welke buitenwettelijke of buitencontractuele bevoegdheid de curator zichzelf toe-eigent als hij in strijd handelt met dit soort verplichtingen tot nalaten.<sup>26</sup> Aan de andere kant zou het vreemd zijn als de curator gebruiksrechten van derden op zaken die tot de boedel behoren, zou moeten dulden, maar hij wel inbreuk zou mogen maken op het recht van derden op een nalaten dat niet (direct) betrekking heeft op een tot de boedel behorende zaak.

In het recente arrest inzake *De Klerk q.q./El Ayoubi*<sup>27</sup> heeft de Hoge Raad beslist dat wanneer de curator die zich toch schuldig maakt aan een ‘actieve’ schending van een voortdurende verplichting van de schuldenaar tot een dulden of nalaten,<sup>28</sup> de daaruit voortvloeiende vordering tot schadevergoeding een boedelschuld oplevert. Omdat de curator daartoe niet bevoegd was, is een dergelijk handelen volgens de Hoge Raad in strijd met een door de curator in zijn hoedanigheid na te leven verplichting. Dat is één van de drie in *Koot Beheer/Tideman q.q.* genoemde gronden voor het aannemen van een boedelschuld.<sup>29</sup> Deze benadering van de Hoge Raad kan verstrekkende gevolgen hebben. Het impliceert bijvoorbeeld ook dat de contractuele wederpartij niet hoeft te volstaan met een boedelvordering tot schadevergoeding. In een voorkomend geval zou de curator in hoedanigheid ook kunnen worden veroordeeld tot naleving van een door de schuldenaar aangegane duurverplichting

22 HR 3 november 2006, NJ 2007/155 en JOR 2007/76.

23 Zie daarover nader: T.T. van Zanten, ‘Geen *Nebula*, maar *Berzona*: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie’, *Tvl* 2014/36 en Verstijlen in zijn noot bij het *Berzona*-arrest in NJ 2014/407.

24 Het ging in *Berzona* om de verplichting van de schuldenaar om huurgenot te verschaffen.

25 Zie de geciteerde r.o. 3.5.3. Zie ook r.o. 3.7.2.

26 Van Zanten in zijn eerder aangehaalde artikel in *Tvl* 2014/36 onder nr. 4. Van Zanten ging er om deze reden vanuit dat de regel van *Berzona* zich niet uitstrekt tot op de schuldenaar rustende verplichtingen tot niet-doen.

27 HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067.

28 Het ging in *De Klerk q.q./El Ayoubi* om de verplichting van de schuldenaar om een door hem gehuurde winkel niet onder te verhuren, een verplichting tot nalaten dus.

29 Niet geheel duidelijk is hoe deze beslissing zich verhoudt tot het feit dat de Hoge Raad in hetzelfde arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* nog ongeclausuleerd en onder verwijzing naar het *Nebula*-arrest overwoog (r.o. 3.6.1) dat de curator de mogelijkheid heeft om overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen, in welk geval die verbintenissen een concurrente vordering opleveren. Dit voert verder de gedachte dat de Hoge Raad in het *Berzona*-arrest feitelijk is teruggekomen op de regel uit het *Nebula*-arrest. Vgl. Van Zanten in zijn eerder aangehaalde bespreking van het *Berzona*-arrest in *Tvl* 2014/36 en de noot van Verstijlen bij *Berzona* in NJ 2014/407.

17 R.o. 3.6.

18 R.o. 3.7.1, nader uitgewerkt in r.o. 3.7.2-3.7.5.

19 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681; NJ 2014/407 en JOR 2015/175.

20 R.o. 3.5.3.

21 Dat blijkt ook uit het arrest HR 9 november 2011, ECLI:NL:HR:2018:2067 (*De Klerk q.q./El Ayoubi*), waarover hierna meer.

tot dulden of nalaten, zo nodig op verbeurte van dwangsommen, die dan (ook) weer een boedelschuld opleveren.

In de literatuur is er al op gewezen dat het door de Hoge Raad in *Berzona* geïntroduceerde – en nu dus herbevestigde – onderscheid tussen enerzijds een ‘passieve’ wanprestatie van de curator (‘toegestaan’, de wederpartij resteert een concurrente vordering) en anderzijds een ‘actieve’ wanprestatie (niet ‘toegestaan’, de wederpartij heeft een boedelvordering) op gespannen voet staat met de *paritas creditorum*. Het verheft bepaalde contractanten tot partijen die hun rechten kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was,<sup>30</sup> terwijl andere contractpartijen (zij die aanspraak hebben op positieve prestaties van de schuldenaar) genoeg moeten nemen met een concurrente vordering die zij ter verificatie kunnen indienen en waarop zij in het beste geval een fractie van hun vordering krijgen uitgekeerd.

Hoe dit verder zij, feit is dat de Hoge Raad in het hier te bespreken arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q. (2)* nadrukkelijk naar de regel van *Berzona* verwijst en de reikwijdte daarvan als gezegd uitbreidt tot verplichtingen tot nalaten. Wat betekent dit nu voor de vraag hoe een duurverplichting van de schuldenaar in zijn faillissement kwalificeert? In *Berzona* concludeerde de Hoge Raad al dat een partij die huurt van een gefailleerde verhuurder, zijn vordering tot verschaffing van het huurgenot niet ter verificatie kan indienen. Vermoedelijk bedoelt de Hoge Raad daarmee dat de verificatie van een dergelijke vordering niet aan de orde is, omdat de curator die verplichting gedurende het faillissement “gewoon” moet nakomen. Hij heeft immers niet de bevoegdheid daarvoor ‘actief’ te wanpresteren. Dat lijkt ook de strekking van de overweging van de Hoge Raad in het onderhavige arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q. (2)*, inhoudende dat de ten tijde van de faillietverklaring bestaande duurverplichting (waarmee de Hoge Raad kennelijk bedoelt: een duurverplichting tot dulden of nalaten<sup>31</sup>) blijft “doorlopen” in faillissement. Met het fixatiebeginsel komt dat volgens de Hoge Raad niet in strijd, omdat het hier gaat om een verplichting die bij het intreden van het faillissement al bestaat.<sup>32</sup>

#### 4.2 **Categorie (b): periodieke verplichting schuldenaar waarvoor wederpartij geen tegenprestatie (meer) verschuldigd is**

Het tweede soort verbintenissen dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest benoemt om te duiden hoe de hiervoor geciteerde in rechtsoverweging 3.5.4 geformuleerde criteria voor de kwalificatie van vorderingen concreet uitpakken, zijn de periodieke verplichtingen van de schuldenaar waarvoor de wederpartij geen tegenprestatie (meer) ver-

schuldigd is. De Hoge Raad noemt als voorbeeld een maandelijks door de schuldenaar te leveren dienst, waarvoor de wederpartij bij jaarabonnement vooruit heeft betaald. Dat dergelijke periodieke vorderingen verifieerbaar zijn, vergt weinig denkwerk. Deze vorderingen bestaan immers al ten tijde van de faillietverklaring.<sup>33</sup> De Hoge Raad merkt op dat zij kunnen worden geverifieerd overeenkomstig artikel 131 Fw, waarin regels zijn neergelegd voor de waardebepaling van niet-opeisbare vorderingen. Daaraan kan worden toegevoegd dat voor zover het gaat om andere periodieke vorderingen dan geldvorderingen, de waarde daarvan wordt geschat overeenkomstig artikel 133 Fw.

#### 4.3 **Categorie (c): periodieke verplichting schuldenaar als tegenprestatie voor duurverplichting wederpartij**

De Hoge Raad noemt als voorbeelden van dit soort vorderingen – het derde soort dat hij bespreekt – de vorderingen tot betaling van huur of een licentievergoeding. Te denken valt verder aan door de schuldenaar periodiek verschuldigde verzekeringspenningen en financial leasetermijnen. Dit is voor de praktijk een belangrijke, want veel voorkomende en dus ruime categorie. De Hoge Raad overweegt hierover het volgende:<sup>34</sup>

“Zoals hiervoor in 3.7.2 is overwogen, gaat de wet ervan uit dat een ten tijde van het ingaan van het faillissement bestaande duurverplichting blijft doorlopen gedurende faillissement. Dat geldt ook voor de duurverplichting van de wederpartij die de grond vormt van de hiervoor in 3.7.1 onder (c) genoemde verplichting van de schuldenaar om periodiek de tegenprestatie daarvoor te voldoen. Zolang de wederpartij die duurverplichting blijft nakomen, blijft daarom telkens de tegenprestatie door de schuldenaar verschuldigd. Omdat de vordering tot het verrichten van de tegenprestatie aldus voortspuit uit het verrichten van een prestatie waartoe de wederpartij zich al voor het ingaan van het faillissement had verplicht, kan deze vordering ter verificatie in het faillissement worden ingediend. Indien voortzetting van de overeenkomst niet in het belang is van de boedel, dient de curator deze dan ook zo spoedig als volgens de betrokken overeenkomst of de wet (waaronder ook de art. 38a-40 Fw) mogelijk is te beëindigen, teneinde de vordering van de wederpartij niet te doen oplopen.

Het vorenstaande komt niet in strijd met het fixatiebeginsel. Het recht van de wederpartij op de tegenprestatie ligt immers reeds besloten in de rechtspositie zoals deze bij het intreden van het faillissement bestond. Omdat de wederpartij slechts een duurverplichting nakomt waartoe zij zich al vóór het ingaan van het faillissement had verbonden, kan niet worden gezegd dat zij haar aanspraken tijdens faillissement uitbreidt door die verplichting te blijven nakomen, ook niet als pas door die nakoming de vordering tot het betalen van de tegenprestatie ont-

30 In zoverre vertoont hun positie (enige) gelijkenis met separatisten (vgl. art. 57 Fw), zij het dat die separatisten zich op een goederenrechtelijk recht kunnen beroepen.

31 Dat volgt uit de voorbeelden die de Hoge Raad in r.o. 3.7.1 onder (a) en 3.7.2 noemt (de verplichting tot het verschaffen van huurgenot en de verplichtingen die voortvloeien uit een verleende licentie), alsmede uit de verwijzing in r.o. 3.7.2 naar de uitleg die de Hoge Raad in 3.5.3 geeft aan het *Berzona*-arrest.

32 R.o. 3.7.2.

33 R.o. 3.7.3.

34 R.o. 3.7.4.

staat, en deze vordering bij het ingaan van het faillissement dus als zodanig nog toekomstig was.”

De Hoge Raad merkt dit type vordering dus vrij categorisch aan als verifieerbaar. Daarbij lijkt de Hoge Raad te onderkennen dat deze vorderingen hoog kunnen oplopen en de boedel daarmee zwaar kunnen belasten.<sup>35</sup> Vandaar de ‘oproep’ van de Hoge Raad aan curatoren om in gevallen waarin voortzetting van dit soort overeenkomsten niet in het belang van de boedel is, deze zo spoedig als volgens de betrokken overeenkomst of wet mogelijk is, te beëindigen. Hier wreekt zich echter dat de wetgever aan de curator niet een algemene bevoegdheid heeft toegekend om overeenkomsten wegens het faillissement te beëindigen.<sup>36</sup> Die mogelijkheid heeft de curator op grond van de Faillissementswet alleen wanneer de schuldenaar huurkoper is onder een huurkoopovereenkomst, huurder of pachter onder een huur- of pachtovereenkomst of werkgever onder een arbeidsovereenkomst.<sup>37</sup>

#### 4.4 **Categorie (d): verplichting schuldenaar als tegenprestatie van door de wederpartij na de faillietverklaring verrichte prestatie**

Dit is het laatste type schuldvordering dat de Hoge Raad bespreekt. Hij heeft hiermee naar eigen zeggen het oog op de (al dan niet periodieke) verplichting van de schuldenaar die de tegenprestatie vormt van en telkens weer verschuldigd wordt na een (al dan niet periodiek) door de wederpartij te verrichten prestatie.<sup>38</sup> Als voorbeeld noemt de Hoge Raad de verplichting te betalen voor periodiek uit te voeren onderhoudswerkzaamheden die de wederpartij in het kader van een raamovereenkomst verricht. Ten aanzien van dit type vorderingen maakt de Hoge Raad een onderscheid:

- i. Als een ten tijde van de faillietverklaring bestaande overeenkomst voor de contractuele wederpartij de verplichting inhoudt om in de toekomst (al dan niet periodiek) prestaties te verrichten, spruiten de daartegenover staande vorderingen op de schuldenaar ook voort uit een ten tijde van de faillietverklaring al bestaande rechtspositie en kunnen deze ter verificatie worden ingediend.<sup>39</sup> De Hoge Raad behandelt deze vorderingen op dezelfde manier als de hiervoor onder (c) besproken periodieke verplichtingen van de schuldenaar als tegenprestatie voor de duurverplichting van zijn wederpartij.
- ii. Anders is het volgens de Hoge Raad wanneer de hier bedoelde verplichting van de schuldenaar ontstaat als gevolg van een na de faillietverklaring door de con-

tractuele wederpartij verrichte prestatie, terwijl in de overeenkomst ten tijde van die faillietverklaring wel de mogelijkheid maar niet de verplichting tot het verrichten van die prestatie besloten lag. In dat geval komt de vordering van de wederpartij tot voldoening van de tegenprestatie niet voor verificatie in aanmerking. De wederpartij breidt dan immers, zo overweegt de Hoge Raad, haar aanspraken tijdens het faillissement uit door na het intreden daarvan, zonder daartoe gehouden te zijn, nadere prestaties te verrichten die nieuwe vorderingen opleveren. Dat zou volgens de Hoge Raad in strijd komen met het fixatiebeginsel.<sup>40</sup>

Verrassend is dit oordeel over de kwalificatie van de onder ii bedoelde verplichting bepaald niet. Ondertussen lijkt de relevantie van dit voorbeeld mij gering, omdat de situatie die de Hoge Raad hier beschrijft zich in de praktijk niet of nauwelijks voor zal doen. Waarom zou immers de contractuele wederpartij van de schuldenaar vrijwillig een prestatie verrichten in de wetenschap dat de schuldenaar failliet is en de daartegenover staande verplichting dus niet zal voldoen?<sup>41</sup>

#### 5. **Vorderingen tot schadevergoeding**

De Hoge Raad legt in het arrest niet alleen uit hoe de in rechtsoverweging 3.5.4 neergelegde criteria uitwerken voor de hiervoor besproken soorten vorderingen (tot nakoming) uit duurovereenkomsten, maar past die criteria vervolgens ook toe op vorderingen tot schadevergoeding.<sup>42</sup> Ook schadevergoedingsvorderingen die pas na faillissement ontstaan, komen volgens de Hoge Raad voor verificatie in aanmerking indien deze voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding en verificatie niet in strijd komt met het fixatiebeginsel zoals in de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.5.4 beschreven. Daarbij stelt de Hoge Raad voorop dat in een dergelijk geval niet van belang is of de schade pas ontstaat, of de omvang daarvan pas duidelijk wordt, tijdens het faillissement.<sup>43</sup>

De Hoge Raad wijst erop dat dit voor vorderingen tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst al tot uitdrukking komt in het bepaalde in artikel 37a Fw. Uit die bepaling volgt dat vorderingen die strekken tot schadevergoeding wegens tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op de schuldenaar verkregen vordering, als concurrente vordering ter verificatie kunnen worden ingediend. Dat die vordering tot schadevergoeding veelal pas na de faillietverklaring ontstaat (omdat de schuldenaar vaak dan pas in verzuim raakt, al dan niet nadat de curator desgevraagd op de voet van artikel 37 Fw heeft verklaard dat hij de overeenkomst niet gestand zal doen), staat aan die verificatie dus niet in de weg.

35 Dat geldt overigens alleen als de boedel niet negatief is. Als de boedel negatief is doet de omvang van de verifieerbare vorderingen er niet toe omdat daarop dan toch geen enkele uitkering zal worden gedaan.

36 Zie hierover mijn noot onder het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest in *JOR* 2013/224, 19 met verwijzingen.

37 Art. 38a lid 1, 39 respectievelijk art. 40 lid 1 Fw. Daar staat tegenover dat na de faillietverklaring ontstane verplichtingen van de schuldenaar tot betaling van huurpenningen en loon- en met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieverplichtingen, op grond van de wet (art. 39 lid 1 respectievelijk art. 40 lid 2 Fw) boedelschulden zijn.

38 R.o. 3.7.1 onder (d).

39 R.o. 3.7.5, eerste alinea.

40 R.o. 3.7.5, tweede alinea.

41 Aldus ook Faber en Vermunt in hun noot bij dit arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q. (2)* in *JOR* 2018/254, 7.

42 R.o. 3.8.1-3.8.4.

43 R.o. 3.8.1.

Naar de letter van artikel 37a Fw is een dergelijke vordering tot schadevergoeding echter alleen verifieerbaar als het gaat om een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst die de wederpartij al vóór de faillietverklaring op de schuldenaar had verkregen. Dat draagt zich echter slecht met het oordeel van de Hoge Raad dat ook verbintenissen die na de faillietverklaring ontstaan uit een daarvoor al bestaande rechtsverhouding, verifieerbaar zijn voor zover dat niet in strijd komt met het fixatiebeginsel. Het zou immers vreemd zijn, als een verbintenis verifieerbaar zou zijn, maar de vordering tot schadevergoeding wegens een tekortkoming onder diezelfde verbintenis niet. Die frictie<sup>44</sup> lijkt de Hoge Raad te hebben onderkend. Hij overweegt namelijk dat de gedachte achter artikel 37a Fw zich leent voor een uitbreiding tot vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een verbintenis die pas tijdens het faillissement is ontstaan, als deze verbintenis voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding en geen uitbreiding van aanspraken oplevert zoals in rechtsoverweging 3.5.4 omschreven.<sup>45</sup> Oftewel, als na de faillietverklaring een verbintenis ontstaat uit een daarvoor al bestaande overeenkomst die geen uitbreiding oplevert van de aanspraken die de schuldeiser ten tijde van de faillietverklaring al had, is niet alleen deze verbintenis zelf verifieerbaar, maar ook de vordering tot schadevergoeding wegens tekortkoming onder deze verbintenis.

Dit strookt volgens de Hoge Raad met artikel 37a Fw, waaruit volgt dat indien tijdens het faillissement grond bestaat voor vernietiging of ontbinding van de overeenkomst, de daaruit voortvloeiende vorderingen ter verificatie kunnen worden ingediend, ook voor zover deze betrekking hebben op de nakoming van de overeenkomst na het intreden van het faillissement.<sup>46</sup> Inderdaad staat de redactie van artikel 37a Fw toe, dat vorderingen die voortvloeien uit de vernietiging of de ontbinding van een vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst, kunnen worden geverifieerd. Dit geldt dus bijvoorbeeld ook voor de vordering tot ongedaanmaking van een prestatie die de wederpartij pas ná de faillissementsdatum heeft verricht uit hoofde van een overeenkomst die na het verrichten van die prestatie wordt ontbonden. In de literatuur werd door sommigen aangenomen dat dit niet de bedoeling van de wetgever kon zijn.<sup>47</sup> Met dit arrest is duidelijk geworden dat de Hoge Raad daar anders over denkt. Ook de vordering tot ongedaanmaking van een ná de faillietverklaring verrichte prestatie is dus verifieerbaar. Interessant is nog, of daarbij de beperking geldt dat dit alleen het geval is binnen de grenzen van rechtsoverweging 3.5.4 van het onderhavige arrest. Met andere woorden: of dit alleen het geval is als de wederpartij met het verrich-

ten van de prestatie ná de faillietverklaring zijn aanspraken niet heeft uitgebreid als in die rechtsoverweging bedoeld. Hoewel ook die beperking niet uit de letterlijke tekst van artikel 37a Fw volgt, lijkt mij dat die beperking wel degelijk geldt. Het valt immers niet in te zien, waarom een vordering tot schadevergoeding wegens tekortkoming in de nakoming van een verbintenis als bijvoorbeeld hiervoor onder (d) ii bedoeld (dus: een verbintenis van de schuldenaar die ontstaat doordat zijn wederpartij ná de faillietverklaring op basis van een daarvóór aangegane (raam)overeenkomst een prestatie verricht, waartoe die overeenkomst wel de mogelijkheid bood, maar de wederpartij daartoe niet verplichtte) niet-verifieerbaar zou zijn, maar de vordering tot ongedaanmaking van de desbetreffende prestatie van de wederpartij wél.

De Hoge Raad gaat in het onderhavige arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q. (2)* ook in op het in de praktijk veel voorkomende geval waarin contractpartijen al in de overeenkomst hebben geregeld dat de ene partij de overeenkomst kan ontbinden in geval van (het aanvragen van) surseance of faillissement van de wederpartij en dan aanspraak kan maken op een bepaalde schadevergoeding. De Hoge Raad verwijst daarbij naar het arrest *BaByXL*. Daarin was een dergelijk beding aan de orde en oordeelde de Hoge Raad dat de daarop gebaseerde vordering toelaatbaar en verifieerbaar was.<sup>48</sup> Voor zover dergelijke bedingen zuiver het karakter hebben om schade te fixeren, vloeit de verifieerbaarheid van daaruit voortvloeiende vorderingen al voort uit het bepaalde in artikel 37a Fw. Voor zover dit soort bedingen het karakter hebben van een prikkel tot nakoming (een zuiver boetebeding), is de verifieerbaarheid daarvan minder vanzelfsprekend en is in de literatuur voor terughoudendheid gepleit.<sup>49</sup> De Hoge Raad gaat daar in het onderhavige arrest echter niet op in.

Wel overweegt de Hoge Raad dat een contractueel beding dat een partij in geval van faillissement van haar wederpartij aanspraak geeft op schadevergoeding of een boete, onder omstandigheden niet jegens de boedel kan worden ingeroepen op de grond dat het een onaanvaardbare inbreuk vormt op bepalingen of het stelsel van de Faillissementswet. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de arresten *Papierfabrieken Van Gelder*<sup>50</sup>, *Romania*<sup>51</sup> en *Megapool*.<sup>52</sup>

In de genoemde arresten *Papierfabrieken Van Gelder* en *Romania* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de opzegging door de curator van een huur- of arbeidsovereenkomst op de voet van artikel 39 respectievelijk 40 Fw een regelmatige wijze van beëindiging van de desbetreffende overeenkomst is, die jegens de boedel geen recht op schadevergoeding

44 Waarover eerder: W.J.M. van Anel & T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *Tvl* 2013/26 (p. 144-145).

45 R.o. 3.8.2.

46 Aldus letterlijk de Hoge Raad in r.o. 3.8.2, laatste zin.

47 Aldus: F.M.J. Verstijlen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 108 en Van Zanten in zijn aangehaalde dissertatie, p. 201.

48 HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650; NJ 2005/406 en JOR 2005/222.

49 Zie: Verstijlen in zijn aangehaalde Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, p. 144; Van Zanten in zijn aangehaalde dissertatie, p. 386-387 en Van Anel en Van Zanten in hun aangehaalde artikel in *Tvl* 2013/26 (p. 145).

50 HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2325; NJ 1990/662.

51 HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244; NJ 2014/68 en JOR 2017/27.

52 HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087; NJ 2013/224 en JOR 2013/193.

doet ontstaan, ook niet als deze contractueel is bedongen.<sup>53</sup> Hierdoor is een groot – en in de huidige praktijk moeilijk uitlegbaar – verschil ontstaan tussen enerzijds het geval waarin een huur- of arbeidsovereenkomst op de voet van artikel 39 respectievelijk 40 Fw wordt *opgezegd* en anderzijds het geval waarin de contractuele wederpartij van de failliete schuldenaar een overeenkomst<sup>54</sup> op grond van de wet of een bepaling in het contract *ontbindt*. In het eerste geval kan de verhuurder of de werknemer in het faillissement niet opkomen voor schade die hij lijdt door de voortijdige beëindiging wegens het faillissement van de huurder respectievelijk de werkgever, ook niet als daarover in het contract afspraken waren gemaakt. In het tweede geval kan de wederpartij de vordering voortvloeiend uit de schadeclausule in het contract in beginsel wél ter verificatie indienen.

In beginsel, want een dergelijk contractueel beding kan in strijd zijn met bepalingen van de Faillissementswet. Zo overwoog de Hoge Raad in het genoemde *Megapool*-arrest, dat een contractueel beding dat de schuldenaar het recht op een prestatie ontzegt ingeval hij failliet wordt verklaard, onder omstandigheden een onaanvaardbare inbreuk *kan* opleveren op artikel 20 Fw. In dat artikel is bepaald dat het faillissement het gehele actieve vermogen van de schuldenaar omvat, inclusief hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft.

Voor het overige volgt uit *BaByXL* – en ook dat herbevestigt de Hoge Raad dus in het onderhavige arrest – dat een vordering tot schadevergoeding die is neergelegd in een ten tijde van de faillietverklaring al bestaande overeenkomst en die ontstaat bij ontbinding van de overeenkomst wegens wanprestatie van de schuldenaar, wel voor verificatie in aanmerking komt. Dat wil overigens niet zeggen dat partijen in een dergelijk beding van alles kunnen afspreken. Voor gevallen waarin partijen het te bont maken, overweegt de Hoge Raad dat de curator de algemene middelen ten dienste staan die het burgerlijk recht de schuldenaar ten aanzien van dergelijke bedingen biedt, zoals een beroep op matiging van een bedongen boete (artikel 6:94 lid 1 BW) of op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). Onder (bijzondere) omstandigheden kan ook nog worden gedacht aan een beroep op de pauliana.

## 6. Conclusies ten aanzien van de verificerbaarheid van vorderingen

Het voorgaande overziende, wat valt er dan te concluderen over de betekenis van het arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.* (2) voor de vraag welke vorderingen voor verificatie in aanmerking komen? Maakt de nuancering die de Hoge Raad in

dit arrest aanbrengt op de rechtsregel uit rechtsoverweging 3.7.2 van het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest een belangrijk verschil? Meer in het bijzonder: leidt het expliciet betrekken van het fixatiebeginsel in het onderscheidende criterium tot significant minder verifieerbare vorderingen? Dat lijkt op het eerste gezicht wel mee te vallen.

Ten aanzien van na de faillietverklaring ontstane vorderingen tot schadevergoeding, bevat het arrest in feite maar één nieuw gezichtspunt, namelijk dat een dergelijke vordering in afwijking van de letterlijke tekst van artikel 37a Fw ook verifieerbaar is als deze ontstaat als gevolg van een tekortkoming in de nakoming van een na de faillietverklaring ontstane verbintenis die zelf ook verifieerbaar zou zijn. Dat is dus juist een uitbreiding van het aantal verifieerbare vorderingen, geen inperking.

Van alle voorbeelden van (vorderingen tot nakoming van) verbintenissen uit duurovereenkomsten die de Hoge Raad bespreekt, is slechts één soort vordering niet-verifieerbaar. Dat is de hiervoor onder (d) ii besproken vordering (kort gezegd: de vordering die na de faillietverklaring van de schuldenaar ontstaat doordat zijn contractuele wederpartij dan een prestatie verricht waartoe hij niet gehouden was). Van dat type vordering is echter de vraag of zij onder *Koot Beheer/Tideman q.q.* niet ook al niet-verifieerbaar was, omdat verdedigbaar is dat de rechtsverhouding waaruit deze vordering rechtstreeks ontspruit pas na de faillietverklaring is ontstaan. Bovendien stelde ik al vast dat de praktische relevantie van dat type vordering gering is. De ‘corrigerende’ werking van het fixatiebeginsel – en daarmee de betekenis van de nuancering van het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest – lijkt zo bezien dus beperkt. Dat springt met name in het oog ten aanzien van de hiervoor besproken typen vorderingen uit duurovereenkomsten onder (c) en (d) i. Ten aanzien van deze (periodieke) verplichtingen van de schuldenaar (waaronder bijvoorbeeld de betaling van verzekeringspremies, leasetermijnen, etc.) lijkt de Hoge Raad bijvoorbeeld geen betekenis toe te willen kennen aan de vraag in hoeverre zij de tegenprestatie vormen voor een economische prestatie die de wederpartij pas na de faillietverklaring levert, althans bereid blijft te leveren.<sup>55</sup>

Wel is in de benadering van de Hoge Raad relevant in hoeverre aan het ontstaan of de omvang van de vordering is bijgedragen door handelen van de schuldeiser na faillissement. Dat bleek al uit hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen over de kwalificatie van type vordering (d) ii. Het blijkt verder uit de beantwoording door de Hoge Raad van de prejudiciële vragen aan het slot van het arrest. Daar, in rechtsoverweging 3.12.2, beantwoordt de Hoge Raad één van die vragen als volgt:

“Als een vordering ontstaat of in omvang toeneemt als gevolg van handelingen (aan de zijde) van de schuldeiser, staat dit in de weg aan verificatie van de vordering (in deze

53 Voor wat betreft de huurovereenkomst waaronder de gefailleerde huurder is had de Hoge Raad dit al beslist in HR 14 januari 2011, NJ 2011/114 en JOR 2011/101 (*Aukema q.q./Uni-Invest*). Na Romania is dit nog herhaald in HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278; NJ 2017/142 en JOR 2017/117 (*Hansteen/Verwiel q.q.*).

54 Dat kan ook een huurovereenkomst zijn, zoals in *BaByXL* het geval was.

55 Vgl. mijn noot onder *Koot Beheer/Tideman q.q.*, in: JOR 2013/224, nr. 17.

omvang) indien dit ontstaan of deze toename van de omvang moet worden aangemerkt als een uitbreiding van de aanspraken zoals die ten tijde van het ingaan van de surseance (of van een niet op surseance aansluitend faillissement) al bestonden of in de rechtspositie van deze schuldeiser besloten lagen, zoals hiervoor in 3.5.4 overwogen.”

Dit komt in de buurt van het criterium dat Van Zanten suggereerde in zijn noot onder de rechtbank-uitspraak in deze zaak.<sup>56</sup> Binnen de beperkte manoeuvreerruimte die de Hoge Raad zichzelf nog had gelaten, zag Van Zanten als optimale uitkomst van de prejudiciële procedure dat de Hoge Raad de gestelde vragen aldus zou beantwoorden, dat ruimte bestaat voor verificatie van na het faillissement ontstane vorderingen, mits aan het ontstaan ervan geen nadere (rechts)handeling van de schuldenaar of de wederpartij na de opening van de procedure te pas is gekomen. Dit criterium werd door A-G Timmerman in zijn conclusie voor het onderhavige arrest omarmd.<sup>57</sup> Uit de hiervoor geciteerde rechtsoverweging blijkt dat ook volgens de Hoge Raad relevant kan zijn of handelen van de schuldeiser<sup>58</sup> aan het ontstaan van een vordering na faillissement heeft bijgedragen, maar uitsluitend als daarmee sprake is van een uitbreiding van de aanspraken die deze schuldeiser ten tijde van de faillietverklaring al had. Alleen in dat geval verzet het fixatiebeginsel zich dus tegen verificatie van de desbetreffende vordering. Het hiervoor onder (d) ii besproken type vordering is daarvan een voorbeeld.

Uit de geciteerde rechtsoverweging 3.12.2 blijkt dat de Hoge Raad het ook mogelijk acht om een na de faillietverklaring uit een daarvoor reeds bestaande rechtsverhouding ontstane vordering (deels) niet-verifieerbaar te achten, wanneer alleen de *omvang* ervan is beïnvloed door handelen van de schuldeiser na faillissement. Ik ben benieuwd hoe dat in de praktijk zal uitpakken. Stel bijvoorbeeld, dat sprake is van een verzekeringsovereenkomst waaronder de verzekeraar periodiek de premie eenzijdig kan verhogen binnen bepaalde in de overeenkomst neergelegde kaders. Als de verzekeraar dat doet na de faillietverklaring van de verzekeringsnemer, kwalificeert dat dan als uitbreiding van de aanspraken die de verzekeraar ten tijde van de faillietverklaring al had? Is het verhoogde deel van de premie dan niet-verifieerbaar, ondanks dat de bevoegdheid hiertoe al besloten lag in de oorspronkelijke overeenkomst? En maakt het daarbij nog uit, of tegenover de premieverhoging ook een verruiming van de dekking stond? Dat zijn interessante vragen die illustreren dat in de toekomst nog wel enige discussie valt te verwachten over de precieze invulling van het nieuwe, ten opzichte van *Koot Beheer/Tideman q.q.* genuanceerde criterium. Dat laat onverlet dat de kaders nu wel een stuk duidelijker zijn dan zijn onder *Koot Beheer/Tideman q.q.* waren.

56 T.T. van Zanten, noot bij Rb. Amsterdam 28 december 2016, *JOR* 2017/415, 8.  
57 Conclusie A-G Timmerman voor het onderhavige arrest inzake *Credit Suisse/Jongepier q.q.* (2), nr. 4.23.

58 Anders dan Van Zanten, heeft de Hoge Raad het niet over handelen van de schuldenaar na faillissement, maar of dat een wezenlijk verschil oplevert vraag ik mij af. Vorderingen die ontstaan door handelen van de schuldenaar na faillissement zullen door de werking van art. 24 Fw in beginsel (al) niet tot verifieerbare schulden kunnen leiden.

Nog steeds zal niet iedereen even gelukkig zijn met hoe die kaders nu zijn getrokken. De bezwaren die in de literatuur zijn geuit tegen de mogelijkheid om na de faillietverklaring ontstane vorderingen uit duurovereenkomsten te kunnen verifiëren, worden hiermee immers niet weggenomen. Het belangrijkste aangevoerde bezwaar is dat wanneer een contractuele wederpartij van de schuldenaar onbeperkt zijn vorderingen uit een overeenkomst ter verificatie kan indienen, terwijl hij zelf hoogstwaarschijnlijk niet meer onder die overeenkomst hoeft te presteren (omdat hij zijn verplichtingen kan opschorten en/of de curator op de voet van artikel 37 Fw desgevraagd kenbaar heeft gemaakt de overeenkomst niet gestand te zullen doen) de boedel daarmee onevenredig zwaar belast kan worden ten nadele van de andere crediteuren.<sup>59</sup>

Duidelijk is dat met het onderhavige arrest het aantal niet-verifieerbare vorderingen beperkt blijft, veel beperkter dan vóór *Koot Beheer/Tideman q.q.* veelal werd aangenomen. De belangrijkste bron van niet-verifieerbare verbintenissen blijft artikel 24 Fw, maar die bepaling ziet dus in beginsel alleen op verbintenissen die na de faillietverklaring ontstaan uit een rechtsverhouding die ook pas daarna is ontstaan. Dat kon al worden vastgesteld na *Koot Beheer/Tideman q.q.*<sup>60</sup> en ook die conclusie blijft overeind.

Een andere belangrijke bron voor niet-verifieerbare verbintenissen is artikel 128 Fw, dat bepaalt dat na de faillietverklaring vervallen rente die niet gedekt wordt door een pand- of hypotheekrecht, niet geverifieerd kan worden. Sinds *Koot Beheer/Tideman q.q.* is duidelijk dat deze bepaling wetsystematisch afwijkend is. Dat bleek opnieuw uit het arrest *Boele II*.<sup>61</sup> Uit dat arrest volgt dat ook de Hoge Raad ervan uitgaat dat rentevorderingen die voortvloeien uit een voor de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding op grond van *Koot Beheer/Tideman q.q.* verifieerbaar zouden zijn geweest, als in artikel 128 Fw niet uitdrukkelijk anders zou zijn bepaald. Men kan zich afvragen wat deze uitzonderingspositie van de rentevordering rechtvaardigt. Indien het gaat om contractuele rente als tegenprestatie voor het beschikbaar stellen van geld, valt bijvoorbeeld niet in te zien wat het relevante verschil is met een periodieke verplichting van de schuldenaar die de tegenprestatie vormt voor een willekeurige andere doorlopende prestatie onder een andere duurovereenkomst.<sup>62</sup>

## 7. Tot wanneer en hoe kunnen toekomstige vorderingen worden geverifieerd?

In mijn noot onder *Koot Beheer/Tideman q.q.* wees ik erop dat de Hoge Raad in dat arrest een belangrijke vraag onbe-

59 Vgl. mijn noot onder *Koot Beheer/Tideman q.q.*, in: *JOR* 2013/224, 19.

60 Zie mijn noot onder *Koot Beheer/Tideman q.q.*, in: *JOR* 2013/224, 13.

61 HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1294; NJ 2016/497 en *JOR* 2016/290.

62 Aldus ook Van Zanten in zijn noot onder Rb. Amsterdam 22 maart 2017 in *JOR* 2017/146, 3 en Faber en Vermunt in hun noot bij het onderhavige arrest *Credit Suisse/Jongepier (2)* in *JOR* 2018/254, 5. Faber en Vermunt stellen dat met *Koot Beheer/Tideman q.q.* de basis aan art. 128 Fw is komen te ontvallen.

antwoord had gelaten, namelijk of er een uiterste datum is waarvóór een vordering die voor verificatie in aanmerking komt, moet zijn ontstaan om daadwerkelijk geverifieerd te kunnen worden. Vanuit het oogpunt van een doelmatige en efficiënte procedure meende ik dat het goed zou zijn daarvoor een duidelijke grens te stellen. In mijn dissertatie had ik die grens gesteld bij de dag van de verificatievergadering.<sup>63</sup> In mijn genoemde noot merkte ik op dat men ook zou kunnen uitgaan van de door de rechter-commissaris op de voet van artikel 108 Fw vastgestelde dag waarop vorderingen moeten worden ingediend.<sup>64</sup>

Ook in het Voorontwerp Insolventiewet, dat uitgaat van de verifieerbaarheid van vorderingen die na de insolventverklaring zijn ontstaan en waarvan de verschuldigdheid in redelijkheid aan de periode van vóór de insolventverklaring kan worden toegerekend (artikel 5.2.1), is niet expliciet geregeld of er een uiterste datum geldt waarvóór een dergelijke vordering moet zijn ontstaan om voor verificatie in aanmerking te komen. Wel kent dat Voorontwerp een harde datum voor de indiening van vorderingen, waarbij wordt voorgeschreven dat te laat ingediende vorderingen niet meer kunnen worden geverifieerd (artikel 5.3.18 jo. artikel 5.3.1 lid 1 onder a). Van Hees heeft daaruit afgeleid dat vorderingen die aan het toerekeningscriterium voldoen, maar pas ontstaan nadat de termijn voor indiening van vorderingen is verstreken, volgens het Voorontwerp in beginsel niet meer geverifieerd kunnen worden.<sup>65</sup>

Verstijlen heeft naar aanleiding van het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest opgemerkt dat een vordering die nog niet bestaat, maar nog slechts wordt verwacht, bezwaarlijk kan worden ingediend. Toch vindt hij het billijker dat wanneer een voor verificatie in aanmerking komende vordering ontstaat na het moment waarop vorderingen ter verificatie moeten worden ingediend, de desbetreffende schuldeiser verzet tegen de uitdelingslijst kan instellen. Hij onderkent wel dat dit de proceseconomie niet ten goede zou komen.<sup>66</sup> Dat laatste meent ook Van Hees, die na verschijning van het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest suggereerde dat het wellicht meer voor de hand zou liggen om toekomstige vorderingen ter gelegenheid van de verificatievergadering dan maar te schatten, door (analogische) toepassing van artikel 131 en/of artikel 133 Fw.<sup>67</sup>

### 7.1 Benadering Hoge Raad

Dat is ook de benadering die de Hoge Raad kiest in het onderhavige arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q. (2)*. Aan de Hoge

Raad werd de prejudiciële voorgelegd hoe en wanneer, mede gelet op de belangen van de overige schuldeisers en de schuldenaar, na de verificatievergadering ontstane vorderingen dienen te worden geverifieerd.<sup>68</sup> In deze vraagstelling wordt er dus min of meer als vanzelfsprekend van uitgegaan dat ook vorderingen die na de verificatievergadering ontstaan, nog verifieerbaar zijn. De Hoge Raad gaat daarin mee en beantwoordt de vraag in rechtsoverweging 3.10 als volgt:

“Voor zover de waarde van de na de faillietverklaring ontstane vorderingen waarvoor de schuldeiser in het faillissement kan opkomen, onzeker is, dienen deze vorderingen te worden geverifieerd naar de geschatte waarde die deze op de dag van de faillietverklaring hebben. De uit art. 131 Fw en art. 133 Fw voortvloeiende regels zijn hierbij van overeenkomstige toepassing. De vorderingen dienen op het overeenkomstig art. 108 lid 1, aanhef en onder 1, Fw bepaalde moment ter verificatie te worden ingediend, ook voor zover het gaat om vorderingen die naar verwachting nog tijdens het faillissement maar na de verificatievergadering zullen ontstaan.”

De Hoge Raad acht dus ook vorderingen die naar verwachting na de verificatievergadering zullen ontstaan, nog verifieerbaar. Voor de wijze waarop, verwijst hij naar de artikelen 131 en 133 Fw. Eerstgenoemde bepaling is van toepassing op bestaande maar nog niet-opeisbare vorderingen en nog niet vervallen periodieke uitkeringen. De beslissing van de Hoge Raad houdt kennelijk in dat analoog aan deze regeling voor de verificatie van ten tijde van de verificatievergadering nog toekomstige vorderingen een objectieve inschatting moet worden gemaakt van de (contante) waarde daarvan per datum faillissement of één jaar na het faillissement.<sup>69</sup> Dat klinkt eenvoudiger dan het in de praktijk zal zijn.

### 7.2 Wetswijziging (Wet modernisering faillissementsprocedure)

Voordat ik daar nader op in ga, is van belang op te merken dat op het moment waarop de Hoge Raad dit arrest wees, al een wetsvoorstel aanhangig was strekkende tot wijziging van enkele bepalingen van de Faillissementswet met juist als doel de afwikkeling van een faillissement efficiënter te maken. Inmiddels heeft dit wetsvoorstel kracht van wet gekregen.<sup>70</sup> Het is op 1 januari 2019 in werking getreden.<sup>71</sup> Vanaf die datum is de regeling van het oude artikel 108 lid 1 Fw, waarnaar de Hoge Raad nog verwijst in de geciteerde overweging, vervallen. Daarvoor in de plaats is een nieuwe regeling gekomen, die in grote lijnen op het volgende neerkomt.

63 Zie mijn eerder aangehaalde dissertatie (1997), p. 52.

64 Noot onder *Koot Beheer/Tideman q.q.* in *JOR* 2013/224, 18.

65 J.J. van Hees, *Verificatie van vorderingen en de renvooiprocedure*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 123. Verderop op dezelfde pagina lijkt Van Hees ook zelf het uitgangspunt te aanvaarden dat een vordering als niet-verifieer kan worden aangemerkt nadat de termijn voor indiening is verstreken.

66 F.M.J. Verstijlen, 'Contract en boedelschuld tussen partijeconomie en paritas', *NJB* 2013/1930 (p. 2136).

67 J.J. van Hees, 'Verifieerbare vorderingen en ander ongerief', *FIP* 2014, p. 64.

68 Prejudiciële vraag V.

69 Vlg. ook de conclusie van A-G Timmerman vóór dit arrest, nr. 4.22.

70 Wet van 27 juni 2018 tot wijziging van de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met de modernisering van de faillissementsprocedure (Wet modernisering faillissementsprocedure), *Stb.* 2018, 299.

71 Besluit van 28 september 2018 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet modernisering faillissementsprocedure, *Stb.* 2018, 348.

De rechter-commissaris behoeft niet meer binnen veertien dagen na de faillietverklaring een datum voor de verificatievergadering vast te stellen en evenmin een uiterste datum te bepalen waarop vorderingen ter verificatie kunnen worden ingediend. Op grond van artikel 108 Fw-nieuw schrijft hij een verificatievergadering uit zodra daartoe aanleiding is, dus als duidelijk is dat er een uitkering aan faillissementscrediteuren kan plaatsvinden. Op dit punt sluit de nieuwe regeling aan bij de praktijk zoals die al sinds jaar en dag bestaat. De uiterste datum voor het indienen van vorderingen wordt in beginsel niet meer door de rechter-commissaris voorgeschreven, maar wordt automatisch gekoppeld aan de datum van de verificatievergadering, te weten uiterlijk veertien dagen voor de dag van de eerste verificatievergadering (artikel 127 lid 1 Fw-nieuw). Alleen na raadpleging van de curator en na afweging van de gerechtvaardigde belangen van de gezamenlijke schuldeisers, kan de rechter-commissaris bepalen dat de in artikel 127 lid 1 Fw-bedoelde termijn wordt aangepast (artikel 127 lid 2 Fw-nieuw).

Waar de Hoge Raad in de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.10 verwijst naar artikel 108 Fw lid 1, aanhef en onder 1, moet sinds 1 januari 2019 dus gelezen worden: artikel 127 lid 1 Fw-nieuw.

Anders dan het geval was onder de oude regeling, is de termijn van artikel 127 lid 1 Fw-nieuw hard en fataal. Artikel 127 lid 3 Fw-nieuw bepaalt namelijk dat een vordering die na de dag bedoeld in artikel 127 lid 1 Fw-nieuw wordt ingediend, niet voor verificatie in behandeling wordt genomen. De mogelijkheid om via verzet tegen de udelingslijst alsnog verificatie af te dwingen van een vordering die niet tijdig is ingediend, is vervallen. Het oude artikel 186 Fw, dat de grondslag vormde voor deze 'ontsnapping via de achterdeur' (en tevens de optie die Verstijlen nog zag voor verificatie van na de verificatievergadering ontstane vorderingen), is geschrapt. Eindigt het faillissement met een akkoord, dan geldt als aanvullende sanctie dat de te laat ingediende vordering niet langer afdwingbaar is, zodat slechts een natuurlijke verbintenis resteert. Dit laatste is alleen anders, indien de schuldeiser redelijkerwijs niet in staat was de vordering binnen de termijn van artikel 127 Fw-nieuw in te dienen (artikel 161a Fw-nieuw). Gelet op het grote belang van tijdige indiening van vorderingen ter verificatie, wordt de daarvoor geldende uiterste datum niet alleen in het centrale insolventieregister vermeld, maar stelt de curator alle bekende schuldeisers daarvan ook schriftelijk op de hoogte (artikel 109 Fw-nieuw).

### 7.3 Hoe verhoudt de benadering van de Hoge Raad zich tot de wetswijziging?

Eén van de doelstellingen van deze nieuwe regeling is om de afwikkeling van het faillissement sneller en efficiënter te maken. Dat verifieerbare vorderingen die op het uiterste moment van indiening nog niet zijn ontstaan, op dat moment toch zullen moeten worden geverifieerd voor de geschatte (contante) waarde, zou wel eens een tegenovergesteld effect kunnen hebben. Met name is te verwachten

dat dergelijke schattingen zullen leiden tot meer betwiste vorderingen en dus renvooprocedures.<sup>72</sup>

Dat laat zich illustreren aan de hand van het type vordering waar het in dit arrest om gaat. Het gaat hier als gezegd om een contractueel beding op grond waarvan Credit Suisse aanspraak heeft op vergoeding van de kosten van haar advocaten als gevolg van de default van haar schuldenaar OSX. Uit hetgeen de Hoge Raad over dit beding opmerkt, wordt duidelijk dat hij de daaruit voortvloeiende vordering in beginsel (binnen de in het arrest gegeven kaders en afgezien van eventuele matiging op de voet van artikel 6:96 BW en/of artikel 242 Rv) verifieerbaar acht.<sup>73</sup>

Een dergelijke contractueel beding, dat een partij recht geeft op vergoeding van de advocaatkosten die hij moet maken in geval van een tekortkoming van de wederpartij, komt vaker voor. Gaat de partij die tekortschiet failliet, dan kan de omvang van de advocaatkosten die deze schuldenaar op grond van het bewuste beding moet vergoeden, sterk afhankelijk zijn van het verloop van het faillissement. Niet in de laatste plaats is die omvang afhankelijk van de vraag, of de hoofdvordering van zijn wederpartij – de vordering waaronder de schuldenaar zou zijn tekort geschoten – tijdens de verificatievergadering zal worden erkend. Wordt die hoofdvordering door de curator en/of één of meer schuldeisers betwist, dan volgt een renvooprocedure die jaren kan duren. In dat geval zullen de toekomstige advocaatkosten hoog kunnen oplopen. Tot welk bedrag precies, zal weer sterk afhangen van het verloop van die renvooprocedure, dat nauwelijks te voorspellen is. En wat te denken van de situatie, waarin bij het schatten van de toekomstige advocaatkosten rekening is gehouden met een betwisting van de hoofdvordering en dus met een nog te voeren renvooprocedure, maar die betwisting vervolgens – na afloop van de verificatievergadering – niet wordt voortgezet en er dus toch geen renvooprocedure volgt? De verificatie van de dan veel te hoog ingeschatte vordering voor advocaatkosten is dan wel definitief. Tenzij die vordering ook weer is betwist. Wat niet onaannemelijk is, want hoe discutabeler de inschatting van een mogelijk in de toekomst te ontstane vordering is, hoe sneller de curator of andere crediteuren geneigd zullen zijn de verificatie van die vordering te betwisten.

Om dit soort problemen<sup>74</sup> zo veel mogelijk te voorkomen, zou er – in weerwil van het doel van de wetswijziging – een natuurlijke druk kunnen ontstaan om het moment van verificatie zo lang mogelijk uit te stellen. Immers, hoe later die verificatie plaatsvindt, hoe minder groot de kans dat nog rekening moet worden gehouden met in de verdere toekomst te verwachten vorderingen. Zo zou de rechter-commissaris

72 Dat werd ook al onderkend door Van Hees in zijn aangehaalde artikel in *FlP* 2014, p. 64.

73 Zie r.o. 3.11.1-3.11.3.

74 Zie voor andere problemen die het inschatten van de waarde van mogelijke toekomstige vorderingen met zich zal brengen, de annotatie van Verstijlen onder dit arrest in *NJ* 2018/290 onder nr. 9.

zich vaker genoodzaakt kunnen voelen gebruik te maken van de mogelijkheid om op de voet van het tweede lid van artikel 127 Fw-nieuw, de uiterste termijn voor indiening van het eerste lid aan te passen. Al dan niet in combinatie met de eveneens aan de rechter-commissaris gelaten bevoegdheid om na de eerste verificatievergadering nog een nadere verificatievergadering te gelasten (artikel 119 lid 3 Fw-nieuw). Deze afwijkingen van het 'normale regime' zijn als uitzonderingen bedoeld, omdat ze afbreuk doen aan het doel van de wetwijziging. In de memorie van toelichting wordt het voorbeeld genoemd dat veel van de schuldeisers zich in het buitenland blijken te bevinden.<sup>75</sup> Met de beslissing van de Hoge Raad in het onderhavige arrest valt echter te vrezen dat in de praktijk vaker van deze afwijkingen gebruik zal (moeten) worden gemaakt.<sup>76</sup> Daarbij dient overigens te worden bedacht, dat een toename van de druk om het uiterste moment van verificatie zo lang mogelijk uit te stellen, natuurlijk ook te verwachten zou zijn geweest – misschien nog wel in versterkte mate – als de Hoge Raad zou hebben beslist dat vorderingen die zijn ontstaan na de uiterste termijn voor het indienen van vorderingen, niet meer voor verificatie in aanmerking komen.

Hoe dit verder zij, het is wel duidelijk dat de combinatie van (i) de introductie door de wetgever van een harde en zo kort mogelijke termijn voor het indienen van vorderingen; en (ii) de beslissing van de Hoge Raad om voor verificatie in aanmerking komende vorderingen die bij het verstrijken van die indieningstermijn nog toekomstig zijn, toe te laten voor een geschatte waarde, tot problemen kan leiden. De volgende passage in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de aanstaande wijziging van de Faillissementswet, onderstreept dit:<sup>77</sup>

“Om te voorkomen dat een schuldeiser die te laat is met het indienen van zijn vordering de verdere afwikkeling van het faillissement kan frustreren, verliest deze op grond van dit wetsartikel het recht van verzet na ommekeer van de termijn waarbinnen hij zijn vordering behoort in te dienen. Datzelfde zal gelden voor schuldeisers van wie de vordering op basis van hun eigen opgave voor een te laag bedrag is geverifieerd. Deze schuldeisers zullen voor het verstrijken van de uiterste termijn van artikel 127 ervoor moeten zorgen dat het juiste bedrag bij de curator bekend is.”

Schuldeisers die de geschatte waarde van een toekomstige vordering ter verificatie willen indienen, doen er dus verstandig aan hun vordering vooral niet voor een te laag ingeschat bedrag aan te melden. Het (al te zeer) overschatten van mogelijke toekomstige vorderingen kan echter juist weer extra betwistingen en (dus) renvooioprocedures uitlokken.

75 MvT, Kamerstukken II 2016/17, 34740, 3, p. 34.

76 Uiteraard geldt dit allemaal alleen in faillissementen waarin er aanleiding is om een verificatievergadering te gelasten, dus als er voldoende boedelactief is om uitkeringen te doen aan faillissementscrediteuren.

77 MvT, Kamerstukken II 2016/17, 34740, 3, p. 39.

#### 7.4 Alternatieve benadering?

Faber en Vermunt hebben betoogd dat de Hoge Raad er in het onderhavige arrest ten onrechte van uitgaat dat de waarde van de voor verificatie in aanmerking komende toekomstige vorderingen moet worden geschat aan de hand van de regels van de artikelen 131 en 133 Fw. Zij wijzen er (onder meer) op dat een vooralsnog toekomstige vordering geen waarde heeft, ook geen contante, en menen dat de in artikel 130 lid 2 Fw neergelegde voorziening zich veel beter leent voor overeenkomstige toepassing op de verificatie van daarvoor in aanmerking komende toekomstige vorderingen.<sup>78</sup> Artikel 130 Fw ziet op vorderingen onder opschortende voorwaarde. Dat zijn dus vorderingen waarvan onzeker is of de voorwaarde vervuld zal worden en of zij dus ooit opeisbaar worden. Het eerste lid van artikel 130 Fw bepaalt dat een vordering onder opschortende voorwaarde wordt geverifieerd voor haar waarde op het moment van de faillietverklaring. Indien de curator en de schuldeisers het niet eens kunnen worden over deze wijze van verificatie, schrijft het tweede lid voor dat de vordering voor het volle bedrag voorwaardelijk wordt toegelaten. Dat laatste is dus wat Faber en Vermunt bepleiten ten aanzien van de voor verificatie in aanmerking komende maar nog toekomstige vordering: dat deze voorwaardelijk wordt toegelaten voor het volledige bedrag.

Vanuit dogmatisch oogpunt is dat geen gekke gedachte. Maar ook aan deze benadering kleven praktische nadelen. Voor een voorwaardelijk toegelaten vordering wordt een reservering gedaan waarop geen uitkering plaatsvindt voordat op de voorwaardelijk toegelaten vordering beslist is (vgl. artikelen 181 en 189 Fw). Als die beslissing er ten tijde van het verbindend worden van de slotuitdelingslijst nog niet is, wordt de reservering gestort in de consignatiekas (artikel 192 Fw). Valt die beslissing daarna alsnog en blijkt er dan een te hoog bedrag te zijn gereserveerd, dan wordt de vereffening op bevel van de rechtbank heropend met als doel het teveel gereserveerde bedrag alsnog uit te keren op de grondslag van de vroegere uitdelingslijst (artikel 194 Fw). Zonder te beschikken over empirisch onderzoek, heb ik de indruk dat dit systeem in de praktijk redelijk goed functioneert omdat het slechts in uitzonderlijke gevallen hoeft te worden toegepast. Het is niet voor niets dat ook voor vorderingen onder opschortende voorwaarde de hoofdregel is dat die worden geverifieerd voor het bedrag waarover curator en schuldeisers het eens zijn en dat alleen wanneer dat niet lukt, de vordering voorwaardelijk voor het volledige bedrag wordt geverifieerd. Zouden echter op veel grotere schaal reserveringen moeten worden gedaan voor alle ten tijde van de verificatievergadering nog te verwachten (voor verificatie in aanmerking komende) toekomstige vorderingen, dan vraag ik mij af of het systeem nog uitvoerbaar blijft. Het risico bestaat dat dan op (veel) grote(re) schaal stortingen in de consignatiekas en heropende vereffeningen nodig zullen zijn.

78 N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt in hun noot bij *Credit Suisse/Jongepier q.q.* (2), in: *JOR* 2018/254, 11-12.

## 8. Afsluiting

Ik kom tot een afronding. Wat is de afdronk die na consumptie van het hier besproken arrest *Credit Suisse/Jongepier (2)* blijft hangen? Die is, dat met de hierin aangebrachte nuancering op het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest én de uitgebreide toelichting daarop, een stuk duidelijker is welke na de faillietverklaring ontstane vorderingen verifieerbaar zijn. Dat de daarvoor door de Hoge Raad in dit arrest geformuleerde nadere criteria in sommige gevallen nog wel discussie zullen opleveren – en dat hierover dus ongetwijfeld nog nadere rechtspraak zal volgen – lijkt mij onvermijdelijk.

Wat zeker nog aanleiding zal geven tot verder debat, is het oordeel van de Hoge Raad dat ook ten tijde van de verificatievergadering nog te verwachten toekomstige vorderingen verifieerbaar zijn en de wijze waarop. Mijn vrees is dat dit de afwikkeling van faillissementen zal bemoeilijken en vertragen, wat haaks staat op de recente initiatieven van de wetgever om die afwikkeling juist sneller en efficiënter te maken.