

# Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden

TvI 2020/38

## 1. Inleiding

Ten tijde van de oprichting van het Tijdschrift voor Insolventierecht waren afwikkelingsvraagstukken 'hot'. Daarbij was een hoofdrol weggelegd voor het fenomeen 'boedelschulden'. Belangrijke vraagstukken waren: (1) Wat zijn boedelschulden? (2) Hoe worden zij vooraf betaald, in het bijzonder: hoe wordt de omslag van de algemene faillissementskosten toegepast? en (3) Hoe is de onderlinge rangorde tussen boedelschuldeisers bij een negatieve boedel? Deze onderwerpen kwamen aan bod in mijn dissertatie uit 1997.<sup>2</sup> Het zilveren jubileum van het TvI is een mooie aanleiding om in vogelvlucht te bezien hoe deze vraagstukken zich sindsdien hebben ontwikkeld en waar we nu staan.

## 2. Kwalificatievraagstuk

De belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak van de afgelopen 25 jaar hadden betrekking op het kwalificatievraagstuk: hoe onderscheiden de boedelvorderingen<sup>3</sup> zich van de faillissementsvorderingen en de niet-verifieerbare vorderingen? In 1990 had de Hoge Raad het toedoen-criterium in het leven geroepen. Op grond daarvan kwalificeert een schuld die ontstaat doordat de curator ten behoeve van de boedel een rechtshandeling verricht ('door toedoen van de curator') als boedelschuld.<sup>4</sup> De literatuur was vrijwel unaniem stevig afkeurend. De kritiek kwam er in de kern op neer dat bij toepassing van dit criterium een vordering te snel als boedelschuld kwalificeert, namelijk ook wanneer het ontstaan van de vordering niet of nauwelijks verband houdt met (kan worden 'toegerekend aan') de afwikkeling van het faillissement ten behoeve van de faillissementscrediteuren.

In 2004 werd de Hoge Raad uitgedaagd zichzelf te corrigeren, maar dat deed hij nadrukkelijk niet.<sup>5</sup> Het jaar daarvoor had de Minister van Justitie de Commissie-Kortmann geïnstalleerd. Die zou de wetgever adviseren over een vernieuwing van de Faillissementswet. Dat voedde, bij mij althans, de gedachte dat de Hoge Raad mogelijk liever zag dat de wetgever zou ingrijpen, dan dat hij zelf zou moeten

terugkomen van zijn eigen nog vrij recente rechtspraak. In 2007 verscheen het ontwerp voor een nieuwe Insolventiewet van de Commissie-Kortmann, met inderdaad alternatieve criteria voor het kwalificatievraagstuk. De wetgever had in de hitte van de financiële crisis echter andere prioriteiten en liet het ontwerp links liggen.

Het gemor in de literatuur en de rechtspraak over de onjuistheid van het toedoen-criterium hield ondertussen aan. Dit leidde ertoe dat de Hoge Raad in 2013 alsnog openlijk overstag ging in *Koot Beheer/Tideman q.q.*<sup>6</sup> Het toedoen-criterium werd vervangen: boedelschulden zijn voortaan alleen nog: (1) schulden die op grond van de wet boedelschuld zijn, (2) schulden die door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan en (3) schulden die het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

Deze benadering is beduidend doordachter, al blijft er natuurlijk ruimte voor discussie over de toepassing van de criteria. De vraag bijvoorbeeld, wanneer een schuld door de curator in zijn hoedanigheid is 'aangegaan' als bedoeld onder (2), zal ongetwijfeld casuïstische rechtspraak blijven opleveren.<sup>7</sup> Ook de precieze omvang van categorie (3) is niet geheel duidelijk. Een voorbeeld van een vordering die in deze categorie zou kunnen vallen, is de verplichting om de overtreding van een strafrechtelijke of publiekrechtelijke norm ongedaan te maken of om te voorkomen dat deze overtreding plaatsvindt. Denk bijvoorbeeld aan normen uit milieuwetgeving. Volgens vaste rechtspraak van de hoogste bestuursrechters rust een dergelijke verplichting tijdens een faillissement op de curator in zijn hoedanigheid, ook als een overtreding al vóór de faillietverklaring is 'ingezet' en de curator de onderneming van de failliet niet voortzet.<sup>8</sup> Uitgaande van dit oordeel, is verdedigbaar dat, zoals de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State expliciet heeft overwogen,<sup>9</sup> hier sprake is van een door de curator in

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: Mr. dr. G.A.J. Boekraad, 'Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden', *TvI* 2020/29. G.A.J. Boekraad is advocaat te Amsterdam.

2 G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de Faillissementsboedel*, dissertatie Nijmegen, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

3 Vanuit het perspectief van de boedel: boedelschulden.

4 HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*). De Hoge Raad paste dit criterium ook toe in HR 12 november 1993, *NJ* 1994/229 (*Frima q.q./Blankers*).

5 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/617; *JOR* 2004/221 (*Van Galen q.q./Circle Vastgoed*).

6 HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291; *JOR* 2013/224 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

7 Een voorbeeld is HR 15 december 2017, *NJ* 2018/194; *JOR* 2018/159 (*Roeffen q.q./Ontvanger*). Het ging in die zaak, kort gezegd, om de vraag of de verplichting tot afdracht van btw bij verkoop door de bank-pandhouder van voorraadartikelen uit de winkels van een failliete retailer met medewerking van de curator, een boedelschuld oplevert. De Hoge Raad oordeelde van niet: hier was geen sprake van het aangaan van een verplichting door de curator. Een andere uitkomst was ook mogelijk geweest, zie mijn noot in *JOR* 2017/280 bij het hof-arrest in deze zaak.

8 ABRvS 11 juli 1997, *JOR* 1997/105 (*Alvat/Dordrecht*); ABRvS 9 mei 2007, *AB* 2008/1232 (*Thielen q.q./Maasdriel*); ABRvS 13 februari 2013, *JOR* 2013/157 (*Curatoren Dutch Infra Tech/Zuid-Holland*); CBb 7 augustus 2018, *JOR* 2018/292 (*Alberts q.q./Minister LNV*); ABRvS 23 juli 2014, *JOR* 2015/19 (*De Groot q.q./waterschap Hunze en Aa's*) en ABRvS 23 juli 2014, *AB* 2014/371 (*Thermphos*). Zie recent ook: ABRvS 26 februari 2020, *JOR* 2020/159 (*North Refinery*), aan welke uitspraak Karapetian en Verstijlen elders in dit TvI-nummer een bijdrage wijden, en ABRvS 15 april 2020, *ECLI:NL:RVS:2020:1063* (*Oldambt*).

9 Voornoemde uitspraak van 23 juli 2014 in de zaak *De Groot q.q./Waterschap Hunze en Aa's*.

zijn hoedanigheid na te leven verplichting als bedoeld in *Koot Beheer/Tideman q.q.* Een uitgemaakte zaak is dat echter niet. In de literatuur wordt openlijk betwijfeld of (en door sommigen nadrukkelijk betwist dat<sup>10</sup>) het aan de bestuursrechter is om te oordelen over de vraag hoe een vordering in faillissement kwalificeert; is dat niet aan de civiele rechter? Het zou interessant zijn om te vernemen hoe de Hoge Raad hierover denkt. Gelet op de gedachte die aan de koerswijziging in *Koot Beheer/Tideman q.q.* ten grondslag ligt, is het geenszins vanzelfsprekend dat het de bedoeling van de Hoge Raad is geweest ook de nakoming van dit soort verplichtingen, voor zover zij zijn terug te voeren op overtredingen die al vóór het faillissement zijn ingezet en daarna voortduren, als boedelschuld aan te merken.<sup>11</sup> Persoonlijk geef ik de voorkeur aan de benadering van de rechtbank Zeeland-West-Brabant in de *Thermphos*-zaak, die alleen een boedelschuld wil aannemen in geval van een opruimverplichting die voortvloeit uit een handelen of nalaten van de curator in verband met het voortzetten van het bedrijf van de gefailleerde.<sup>12</sup>

Dat er ruimte blijft voor discussies van deze aard, doet niet af aan het feit dat de koersverlegging in *Koot Beheer/Tideman q.q.* voor wat betreft de afbakening van de boedelschulden een grote stap in de goede richting is gebleken. De grootste dissonanten zijn nu vooral nog de artikelen 39 en 40 Fw, die bepalen dat huurvorderingen en loonvorderingen vanaf de dag van faillietverklaring boedelschulden zijn. De rechtspolitieke keuzes van de wetgever uit het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw die aan deze bepalingen ten grondslag liggen, waren al achterhaald ruim voordat het Tijdschrift voor Insolventierecht het levenslicht zag.<sup>13</sup>

Toen de Hoge Raad het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest wees, leek hij minder goed te hebben doordacht wat het terugdringen van het aantal boedelschulden betekende voor de nieuwe scheidslijn tussen faillissementsvorderingen en niet-verifieerbare vorderingen. Met één penningstreek bestempelde hij *alle* vorderingen voortvloeiende uit een ten tijde van de faillietverklaring al bestaande rechtsverhouding als faillissementsvorderingen. Er was een tweede arrest nodig om bij te sturen: een vordering die na de faillietverklaring ontstaat uit een daarvoor al bestaande rechtsverhouding, is alleen dan een faillissementsvordering als, kort gezegd, het fixatiebeginsel zich daartegen niet verzet.<sup>14</sup> Uit de uitvoerige uitleg die de Hoge Raad daarbij geeft, blijkt

evenwel dat dit laatste niet snel moet worden aangenomen. Daarmee stelt de bijsturing praktisch gezien niet veel voor.

De consequentie is dat niet alleen de omvang van de categorie boedelschulden sterk is teruggedrongen, maar ook de omvang van de categorie niet-verifieerbare vorderingen. De groep faillissementsschulden is daarmee beduidend groter geworden. Hoewel bij de huidige benadering van de Hoge Raad nog best wel wat kanttekeningen zijn te plaatsen, bijvoorbeeld ten aanzien van de wijze waarop na de verificatievergadering ontstane vorderingen moeten worden geverifieerd,<sup>15</sup> is deze ontwikkeling op zich goed nieuws. Zij doet recht aan het grondbeginsel van de *paritas creditorum*.

Niet-verifieerbare vorderingen zijn nu vooral nog terug te voeren op een aantal wettelijke bepalingen. Zo zijn op grond van artikel 24 Fw vorderingen die voortvloeien uit een na de faillietverklaring aangegane of ontstane rechtsverhouding, niet-verifieerbaar, behoudens voor zover de boedel is gebaat. Artikel 128 Fw bepaalt dat rente vervallen na de faillietverklaring niet voor verificatie in aanmerking komt. De houdbaarheid van deze laatste bepaling is inmiddels bijzonder twijfelachtig. Zij is niet te rijmen met de nieuwe benadering van de Hoge Raad, waarin vorderingen tot nakoming van verbintenissen uit een vóór de faillietverklaring ontstane rechtsverhouding in beginsel verifieerbaar zijn.

Een andere bron voor het ontstaan van niet-verifieerbare vorderingen, is de rechtspraak van de Hoge Raad over de status van de vordering tot schadevergoeding die een werknemer of een verhuurder ontleent aan een beding in de arbeidsovereenkomst of de huurovereenkomst in het geval waarin de overeenkomst wordt opgezegd door de curator van de failliete werkgever respectievelijk de failliete huurder. Volgens de Hoge Raad komt die vordering niet voor verificatie in aanmerking, omdat dit een doorbreking zou betekenen van de door de wetgever gemaakte belangenafweging die ten grondslag ligt aan de artikelen 39 en 40 Fw.<sup>16</sup> Die belangenafweging houdt in, dat de curator de arbeidsovereenkomst en de huurovereenkomst kan opzeggen met inachtneming van een relatief korte opzegtermijn, waartegenover staat dat de werknemer en de verhuurder voor de loon- respectievelijk huurvordering over de periode na de faillietverklaring, boedelschuldeiser zijn. De hier bedoelde rechtspraak van de Hoge Raad komt erop neer, dat niet kan worden aanvaard dat partijen door middel van een beding in de overeenkomst zouden kunnen bewerkstelligen dat de werknemer of verhuurder in geval van opzegging door de curator, naast het instellen van de bedoelde boedelvordering, ook nog een vordering tot schadevergoeding ter verificatie zou kunnen indienen. Dat zou volgens de Hoge Raad

10 Zie bijvoorbeeld M.J.M. Franken, *Het Insolventiepassief* (Recht & Praktijk, nr. InsR13) 2019, par. 7.9 met verdere verwijzingen.

11 Zie onder meer de noot van Hiemstra bij de eerdergenoemde CBB-uitspraak in *JOR* 2018/292 en de noot van Kortmann bij Hof van Cassatie België 23 januari 2015, *JOR* 2015/90 (*Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij/De Ridder q.q.*).

12 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, *JOR* 2015/18 (*Thermphos*). Deze uitspraak ligt in lijn met de eerdergenoemde uitspraak van het Belgische Hof van Cassatie van 23 januari 2015.

13 Voor de vraag wat die rechtspolitieke keuzes inhielden en waarom die zijn achterhaald, zie mijn aangehaalde dissertatie, p. 57 t/m 63.

14 HR 23 maart 2018, *NJ* 2018/290; *JOR* 2018/254 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.* (2)).

15 Zie mijn bijdrage 'Over fixatie en verificatie van vorderingen' aan *TvI* 2019/4.

16 HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662 (*Van der Kooij/De Kort q.q.*, ook wel *Van Gelder Papier*); HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/114; *JOR* 2011/101 (*Aukema q.q./Uni-Invest*) en HR 15 november 2013, *JOR* 2014/27 (*Nieuweburen/Romania Beheer*). Zie recent: Hof Den Haag 2 juni 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:977 (het vervolg op Rb. Den Haag 7 november 2019, *JOR* 2019/88). Zie ook de in voetnoot 18 aangehaalde rov. 3.8.4 uit *Credit Suisse/Jongepier q.q.* (2).

dus niet stroken met de belangenafweging die aan de artikelen 39 en 40 Fw ten grondslag ligt.<sup>17</sup> Hiervoor gaf ik al aan dat die afweging gedateerd is en voor heroverweging in aanmerking komt. Een dergelijke heroverweging zou er ook toe kunnen leiden dat de ratio aan de hier bedoelde rechtspraak van de Hoge Raad zou komen te ontvallen.

Een ander punt dat bij de huidige stand van de rechtspraak ten minste een herbeoordeling van de wetgever verdient, is het absolute uitgangspunt van de continuïteit van een contract in faillissement, meer specifiek het ontbreken van een wettelijke bevoegdheid van de curator om lopende contracten – anders dan huur- en arbeidsovereenkomsten – te beëindigen tegen een als faillissementsvordering te kwalificeren (schade)vergoeding.<sup>18</sup> De rechtspraak over het kwalificatievraagstuk draagt om twee redenen bij aan de noodzaak hierover in ieder geval een discussie te voeren: ten eerste het feit dat met de nu door de Hoge Raad ingezette lijn, vorderingen tot nakoming van na de faillietverklaring ontstane verbintenissen uit duurovereenkomsten in beginsel verifieerbaar zijn. Dat geldt, behoudens uitwassen,<sup>19</sup> bijvoorbeeld ook voor boetebedingen. In de tweede plaats is inmiddels duidelijk dat een curator van de Hoge Raad niet *actief* mag wanpresteren. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als hij een vóór het faillissement verrichte prestatie actief ongedaan maakt of een voortdurende prestatie die bestaat uit een dulden of nalaten, beëindigt, zoals door intrekking van een verleende licentie of opeising van een verhuurde zaak.<sup>20</sup> Pleegt de curator een dergelijke actieve wanprestatie, dan lijkt de rechtspraak van de Hoge Raad over het kwalificatievraagstuk te impliceren dat hij handelt in strijd met een door hem na te leven verbintenis en dat de daaruit voortvloeiende vordering tot schadevergoeding kwalificeert als een boedelschuld.<sup>21</sup> Ook daarmee drukt de last van lopende overeenkomsten zwaarder op de afwikkeling van een

faillissement dan voorheen veelal werd aangenomen.<sup>22</sup> Dat rechtvaardigt, als gezegd, een discussie, over de vraag of de balans er nog is, uiteindelijk ook op het niveau van de wetgever.

### 3. Omslagproblematiek

Midden jaren '90 werd een discussie gevoerd over hoe bij een positieve boedel de voorafbetaling van de boedelschulden moest plaatsvinden. Een eerste vraag in dat verband was, welke categorieën boedelschulden er zijn te onderscheiden. In de literatuur werd bepleit dat er naast de algemene en bijzondere faillissementskosten nog een derde categorie 'overige boedelschulden' bestond, die niet voor omslag over alle baten van de boedel in aanmerking kwamen en ook niet in mindering moesten worden gebracht op één specifieke bate.<sup>23</sup> Die opvatting werd in 1995 door de Hoge Raad verworpen.<sup>24</sup>

Vervolgens spitste de discussie zich toe op hoe de in artikel 182 Fw voorgeschreven omslag van de algemene faillissementskosten nu precies moest plaatsvinden. Dat was een beetje een non-discussie, die werd aangezwengeld door een verkeerd geïnterpreteerd arrest van de Hoge Raad<sup>25</sup> en daarop gebaseerde foutieve rekenvoorbeelden in de toenmalige handboeken, waarin ten onrechte niet werd omgeslagen over activa maar over vorderingen. Dit misverstand was vrij snel uit de wereld en meer richtinggevend rechtspraak of wetgeving was – en is – op dit punt niet nodig.

Dat wil niet zeggen dat de omslag nu niet meer voor hoofdbrekens zorgt. Bij het geven van cursussen over afwikkelingsvraagstukken, wat ik veelal doe aan de hand van casusposities met rekenvoorbeelden, valt mij steeds weer op hoe uitdagend de omslagproblematiek in zijn uitwerking blijkt te zijn, zelfs voor meer ervaren curatoren en bankjuristen.

Laat ik er één struikelblok uitlichten: de problematiek van de dubbele omslag. Dat betreft de situatie waarin er niet alleen een omslag moet plaatsvinden van de algemene faillissementskosten, maar ook van één of meer superpreferente faillissementsvorderingen. Daarmee doel ik op algemene voorrechten die in afwijking van artikel 3:280 BW ook in rang gaan vóór de meeste bijzondere voorrechten. De bekendste voorbeelden zijn de preferenties van de fiscus ex

17 De Hoge Raad ziet geen doorbreking van de wettelijke regeling, wanneer in de overeenkomst aan de verhuurder het recht is toegekend zelf de overeenkomst in geval van faillissement van de huurder te *ontbinden* en de verhuurder in dat geval tevens het recht geeft op een contractueel vastgestelde schadevergoeding. Die vordering komt in beginsel dus wel voor verificatie in aanmerking. Zie: HR 13 mei 2005, NJ 2005/406; JOR 2005/406 (*Curatoren BaByXL/ALM*).

18 Diverse schrijvers hebben betoogd dat de curator die bevoegdheid onder omstandigheden zou moeten hebben: zie mijn noot bij *Koot Beheer/Tideman q.q.* in JOR 2013/224, nr. 19 met verwijzingen.

19 Zie rov. 3.8.4 van het eerdergenoemde arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.* (2). Daarin overweegt de Hoge Raad, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak, 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.

20 Zie het eerdergenoemde arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.* (2), rov. 3.5.3. Zie ook: HR 11 juli 2014, NJ 2014/407; JOR 2015/175 (*Berzona*) en HR 9 november 2018, NJ 2018/290 (*De Klerk q.q.* en *El Ayoubi/Hautvast*).

21 Zie daarover M.J.M. Franken, a.w., par. 7.5.2.

22 Voorheen werd vrij breed aangenomen dat de curator het 'recht' had te wanpresteren onder een door de schuldenaar aangegane overeenkomst, ook als het ging om een verplichting tot nalaten of dulden, en dat de daaruit voortvloeiende vordering tot schadevergoeding van de contractuele wederpartij als faillissementsvordering kwalificeerde. Dat leek o.m. te volgen uit HR 3 november 2016, NJ 2007/155; JOR 2007/76 (*Nebula*). Dat arrest lijkt echter met de in voetnoot 15 genoemde rechtspraak (te beginnen met *Berzona*), zo niet achterhaald, dan in ieder geval sterk genuanceerd. Zie daarover o.m.: T.T. Van Zanten, Negatieve verplichtingen in faillissement, TvI 2019/3.

23 Voor de vraag welke boedelschulden door de aanhangers van deze opvatting werden gerekend tot de 'overige boedelschulden' en wat de relevantie van die opvatting was, zie mijn aangehaalde dissertatie, p. 105 t/m 111.

24 HR 30 juni 1995, NJ 1996/554 (*MeesPierson/Mentink q.q.*).

25 HR 5 november 1993, NJ 1994/258 (*Dutch Air/De Bary*).

artikel 21 Invorderingswet 1990 en van het UWV voor premieverplichtingen op grond van art. 66 WW. De problematiek van de dubbele omslag speelt, wanneer sprake is van een faillissement met (i) een positieve boedel, waarin (ii) een dergelijke superpreferente faillissementsschuldeiser opkomt én (iii) ten minste één faillissementsschuldeiser met een bijzonder voorrecht op een specifieke bate bij de verdeling van die bate in rang ná de superpreferente schuldeiser gaat. In dat geval moet de opbrengst van die ene bate niet alleen belast worden met een omslagpercentage ter voldoening van de algemene faillissementskosten, maar moet het dan resterende bedrag vervolgens ook nog eens worden belast met een omslagpercentage ter evenredige voldoening van de vordering van de superpreferente faillissementsschuldeiser. Doet men dat niet, dan zou de bijzonder bevoorrechte faillissementsschuldeiser zonder rechtvaardiging worden bevoordeeld. Dat zou ten nadele gaan van de faillissementsschuldeiser(s) die als laatste batig kunnen worden gerangschikt bij de verdeling van de andere baten.

Deze methode van dubbele omslag wordt wel gebaseerd op een arrest van de Hoge Raad uit 1926.<sup>26</sup> Franken heeft recentelijk de vraag opgeworpen<sup>27</sup> of dat arrest nog wel leidend is en niet is achterhaald door het arrest *Aerts q.q./ABN Amro* uit 1998.<sup>28</sup> In laatstgenoemd arrest heeft de Hoge Raad, kort gezegd, beslist dat de fiscus op grond van het bodemvoorrecht van artikel 21 lid 2 jo. 22 lid 3 Invorderingswet 1990 zich slechts bij voorrang boven de pandhouder op de opbrengst van stil verpande bodemzaken kan verhalen, voor zover de fiscus niet op grond van haar superpreferentie kan worden voldaan uit de niet-verpande activa van de failliet (het vrije boedelactief). Naar mijn overtuiging doet deze beslissing niets af aan de noodzaak van toepassing van de dubbele omslag zoals hiervoor bedoeld. Ten eerste vloeit die noodzaak niet alleen voort uit het arrest van de Hoge Raad uit 1926, maar wat mij betreft ook – en vooral – uit het wettelijke rangordestelsel. Waar *Aerts q.q./ABN Amro* op neerkomt, is dat de inbreuk die het fiscale bodemvoorrecht maakt op de aan een pandrecht verbonden voorrang, niet verder moet gaan dan nodig. Gelet op de bijzondere positie die een pandhouder als separatist inneemt, is dat een logische, ook min of meer rechtspolitieke afweging. Zoals Franken ook opmerkt, was die afweging ook al neergelegd in de Leidraad Invordering 1990. De botsing tussen het fiscale bodemvoorrecht en een pandhouder, is mijns inziens dan niet te vergelijken met de botsing tussen datzelfde bodemvoorrecht (of de superpreferentie van het UWV) en een ‘gewone’ bijzonder bevoorrechte schuldeiser die niet separatist is. Als de vordering van die laatste schuldeiser op grond van de wet in rang ná de superpreferente vordering van de fiscus en/of het UWV gaat, zal hij moeten gedogen dat uit de netto-bate (de bruto-bate minus de omslag van de algemene faillissementskosten) waarop zijn bijzondere

voorrecht rust, een evenredig deel van die superpreferente vordering(en) wordt voldaan.

#### 4. Negatieve boedel

Op het gebied van de afwikkeling van een negatieve boedel hebben zich de laatste 25 jaar geen fundamentele wijzigingen in het positieve recht voorgedaan. Leidend is nog altijd de ‘mal’ die de Hoge Raad in 1990 in *De Ranitz q.q./Ontvanger*<sup>29</sup> ontwikkelde: als het boedelactief niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen, worden zij in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang. Dit laatste bepaalt ook de rang die toekomt aan wat in het faillissement kan gelden als kosten van executie en vereffening die vooraf moet worden voldaan. Onder die kosten vallen in elk geval het salaris en de verschotten van de curator.

In de afgelopen 25 jaar is gebleken dat de praktijk en ook de Hoge Raad zelf, niet altijd even gemakkelijk met deze uitgangspunten uit de voeten kunnen. Dat deze uitgangspunten niet verklaren hoe de curator door hem ingeschakelde derden bij voorrang – zelfs vóór zijn eigen salaris – kan voldoen, levert praktisch gezien misschien nog niet eens zoveel problemen op. Al is het maar, omdat brede overeenstemming bestaat dat de curator dit simpelweg behoort te doen. De discussie in de literatuur gaat vooral over de vraag, wat hiervoor de dogmatische grondslag is.

Het is een groter probleem gebleken dat de rechtspraak voor individuele knelpunten op zoek is gegaan naar op het oog redelijke uitkomsten. Dat heeft geresulteerd in minder gelukkige gelegenheidsjurisprudentie, met als belangrijkste exponent *Ontvanger/Hamm q.q.*<sup>30</sup> In dat arrest, toevalligerwijs gewezen op de dag waarop ik mijn proefschrift verdedigde, besliste de Hoge Raad dat een bedrag dat als gevolg van een onmiskenbare vergissing onverschuldigd aan de boedel is betaald, direct en integraal moet worden terugbetaald, met voorbijgaan aan aanspraken van andere boedelschuldeisers. De superboedelschuld was geboren. Was (en is) de dogmatische onderbouwing van deze beslissing al ondoorgrondelijk, door velen werd de *uitkomst* nog als redelijk ervaren. De rechtspraak die volgde, illustreerde echter hoe willekeurig dat redelijkheidsgevoel is. Zo oordeelde de Hoge Raad in een later arrest, dat een onverschuldigde betaling die niet het gevolg was van een ‘onmiskenbare vergissing’, maar die was geforceerd door de curator, doordat hij zijn processuele wederpartij had gedwongen te betalen op grond van een nog voor hoger beroep vatbaar vonnis, geen superboedelschuld opleverde.<sup>31</sup> Nadat het bedoelde

26 HR 18 juni 1926, NJ 1926/1074.

27 Franken, a.w., par. 15.7.

28 HR 26 juni 1998, NJ 1998/745; JOR 1998/126.

29 Vanuit het perspectief van de boedel: boedelschulden.

30 HR 5 september 1997, NJ 1998/437, JOR 1997/102.

31 HR 7 juni 2002, NJ 2002/608; JOR 2002/147 (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*). Zie ook: HR 27 september 2002; JOR 2002/212 (*Vereniging tegen Piramidespelen/Ontvanger*); HR 8 juni 2007, NJ 2007/419; JOR 2007/221 (*Van der Werff q.q./BLG*) en HR 31 oktober 2014, NJ 2014/484; JOR 2015/55 (*CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.*).

vonnissen in hoger beroep was vernietigd, moest die processuele wederpartij dus wel toezien hoe de curator zijn salaris voldeed uit hetgeen hij onverschuldigd had betaald, terwijl hij zelf met een onverhaalbare concurrente boedelschuld achterbleef.

In dezelfde lijn ligt de rechtspraak van de Hoge Raad over baten die de boedel heeft verkregen doordat de curator vorderingen heeft geïncasseerd of zaken heeft vervreemd in weerwil van daarop rustende pandrechten van derden. Ook de boedelvordering tot schadevergoeding die de pandhouder op grond van een dergelijke onrechtmatige verkoop door de curator verkrijgt, behoeft de curator volgens de Hoge Raad niet als superboedelschuld, dus met voorbijgaan aan aanspraken van andere boedelschuldeisers, te voldoen. De benadeelde partij heeft dan een boedelvordering met het recht van voorrang gelijk aan het verloren gegane pandrecht, die in rang na het salaris van de curator komt.<sup>32</sup> Dat kan tot het ongerijmde resultaat leiden dat de curator een door zijn toedoen onrechtmatig verkregen bate kan opmaken aan zijn eigen salaris en de benadeelde partij met lege handen staat.<sup>33</sup> De remedie die de Hoge Raad in *Rabobank/Verdonk q.q.* expliciet benoemt, namelijk dat die benadeelde partij kan proberen de curator *pro se* aansprakelijk te stellen, zal niet altijd soelaas bieden. In gevallen waarin verdedigbaar was dat de curator de geldigheid van een zekerheidsrecht ter discussie stelde, is zijn persoonlijke aansprakelijkheid geen vanzelfsprekendheid. Het is bovendien een omslachtige manier om het werkelijke probleem op te lossen.

Dat werkelijke probleem is misschien wel, dat enerzijds de gedachte is dat sommige opbrengsten eigenlijk niet in de boedel thuishoren, maar dat anderzijds ons rechtstelsel weinig mogelijkheden biedt om een specifieke bate als bijzonder verhaalsobject voor een bepaalde schuldeiser te kunnen beschouwen.<sup>34</sup> Wibier wees er in dit verband al

op dat ons rechtstelsel schuw is voor trustachtige figuren.<sup>35</sup> We kennen wel het principe van een afgescheiden vermogen: de situatie waarin bepaalde activa zijn afgescheiden van de andere activa uit het vermogen van een (rechts)persoon om als bijzonder verhaalsobject voor bepaalde schuldeisers te dienen. Dat is een afwijking van het uitgangspunt van artikel 3:277 lid 1 BW, inhoudende dat alle schuldeisers gelijk verhaal hebben op het vermogen van hun schuldenaar, en vergt een wettelijke basis. De failliete boedel wordt beschouwd als een voorbeeld van zo'n afgescheiden vermogen. Daarmee kan onder meer worden verklaard waarom de boedelschulden als eerste moeten worden voldaan uit het tot de boedel behorende actief, voordat een restant beschikbaar is voor verhaal binnen de concursus van de faillissementsschuldeisers.<sup>36</sup> Dat inzicht helpt echter niet om in geval van een negatieve boedel een specifieke bate buiten de concursus van boedelschuldeisers te kunnen houden.

Hoe dit verder zij, van een consequente en in alle opzichten bevredigende lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad over de afwikkeling van een faillissement met een negatieve boedel, is blijkens het voorgaande (nog) geen sprake.<sup>37</sup> Het is overigens gemakkelijker dat te constateren, dan de weg te wijzen die wél gevolgd zou moeten worden. Het gemakkelijkst is misschien nog wel de wetgever voor te houden dat hij een handje kan helpen door de praktijk in ieder geval te verlossen van de eerdergenoemde *ex lege* boedelschulden van de artikelen 39 en 40 Fw. Die kan de curator niet vermijden en die kunnen zo fors zijn, dat zij bijdragen aan het ontstaan van een negatieve boedel.

## 5. Conclusie

Het geheel overziend, wat kunnen we concluderen over een kwart eeuw ontwikkelingen op het gebied van de faillissementsafwikkeling? Het beeld is gemengd. De rechtspraak over het kwalificatievraagstuk heeft zich de afgelopen kwart eeuw positief ontwikkeld. De Hoge Raad is op dat terrein teruggekomen van een dwaalspoor en heeft vervolgens belangrijke stappen in de goede richting gezet. Verdere verbeteringen moeten nu vooral van de wetgever komen. Op het punt van de negatieve boedel is het oordeel minder positief. De Hoge Raad, maar ook de rechtspraak en de literatuur, zijn daarin duidelijk nog zoekende. Laten we hopen dat die zoektocht ergens in de komende kwart eeuw – hoe eerder hoe liever natuurlijk – tot een overtuigender benadering leidt.

32 HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96; JOR 2009/341 (*Hamm q.q./ABN Amro*) en HR 5 februari 2016, NJ 2016/187; JOR 2016/83 (*Rabobank/Verdonk q.q.*). Aangenomen wordt, dat hetzelfde geldt bij onrechtmatig vervreemden van eigendom, ook al is aan eigendom geen recht van voorrang verbonden. Zo oordeelde in ieder geval het Hof Den Haag 13 maart 2018, JOR 2018/85 m.nt. Van Hoof, die hierover instemmend is (met verwijzing naar zijn bijdrage in *TvI* 2018/10, p. 59). In gelijke zin: N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Het doorbreken van de (wettelijke) rangorde van boedelvorderingen', in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 163-164. Anders: K.W.C. Geurts in haar noot bij Rb. Rotterdam 30 april 2014, JOR 2015/14 en B.I. Kraaiipoel in zijn noot bij Rb. Den Haag 20 april 2016, JOR 2016/284.

33 Zie ook Vriesendorp (*TvI* 2015/19), die als variant op de *Rabobank/Verdonk q.q.*-casus de situatie bespreekt waarin de curator een verpande of verhuypothekeerde zaak heeft verkocht op de voet van artikel 58 lid 1 Fw, maar daarbij aan de pand- of hypotheekhouder een te korte (niet redelijke) termijn had gesteld en aldus misbruik van recht heeft gemaakt.

34 N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, a.w., zien die mogelijkheid wel in geval van onrechtmatige verkoop door de curator van een met pandrecht of hypotheekrecht bezwaard goed. Volgens hen valt de aldus door de curator gerealiseerde opbrengst te beschouwen als de executieopbrengst waarop de pand- of hypotheekhouder met voorrang en *als separatist* aanspraak kan blijven maken. Eenzelfde separatistenpositie willen zij toekennen aan degene op wiens eigendomsrecht een curator onrechtmatig inbreuk heeft gemaakt. Hoe zij dat dogmatisch verklaren, anders dan met de stelling dat het verkochte niet tot de boedel behoorde en er geen rechtvaardiging bestaat de opbrengst wel tot de failliete boedel te rekenen, is mij niet helemaal duidelijk.

35 R.M. Wibier, 'De rangorde van boedelschulden bij onrechtmatige inning van een verpande vordering en de fundamente van ons vermogensrecht', noot onder *Rabobank/Verdonk q.q.*, *Ars Aequi* september 2016, p. 633 e.v.

36 Zie mijn aangehaalde dissertatie, p. 47.

37 Zie ook T.T. van Zanten, 'De verplichting tot betaling van boedelschulden en de verschuldigdheid van rente in geval van een boedelfaillissement', *TvI* 2020/30.