

De classificatie van vorderingen in het Voorontwerp Insolventiewet: een einde aan de wildgroei van boedelvorderingen?



Mr. G.A.J. Boekraad*

Inleiding

Het Voorontwerp Insolventiewet¹ kent een geheel nieuwe regeling voor de classificatie van vorderingen in faillissement. Blijkens de Toelichting bij het Voorontwerp² is één van de doelstellingen het aantal boedelvorderingen terug te dringen ten opzichte van de situatie onder het huidige recht. Dit strookt met de heersende opvatting in de literatuur en de praktijk dat onder de huidige Faillissementswet en rechtspraak vorderingen te gemakkelijk als boedelvorderingen of als niet-verifieerbare vorderingen worden aangemerkt. In deze bijdrage zal ik schetsen hoe het huidige recht zich op dit punt heeft ontwikkeld, wat de kritiek daarop is en wat de belangrijkste wijzigingen in het Voorontwerp zijn. Ook zal ik ingaan op de eerste geluiden van kritiek op de in het Voorontwerp voorgestelde regeling.

De classificatie van vorderingen onder de Faillissementswet

Het onderscheid tussen boedelvorderingen, faillissementsvorderingen (in het Voorontwerp wordt gesproken van insolventievorderingen) en niet-verifieerbare vorderingen is van belang voor de verhaalspositie van de verschillende schuldeisers. De schuldeiser van een boedelvordering hoeft deze niet ter verificatie aan te melden en heeft in beginsel een onmiddellijke aanspraak op het boedelactief. De schuldeisers met faillissementsvorderingen (de faillissementsschuldeisers) moeten hun vorderingen ter verificatie indienen en zullen moeten wachten op een eventuele uitkering – via een akkoord of een uitdeling – uit het boedelactief dat resteert na voldoening van alle boedelvorderingen. Een schuldeiser met een niet-verifieerbare vordering heeft geen verhaal op het boedelactief.

* Advocaat Amsterdam.

1. Hierna: het Voorontwerp.
2. Hierna: de Toelichting.

In de huidige Faillissementswet zijn geen criteria opgenomen aan de hand waarvan de drie categorieën vorderingen van elkaar kunnen worden onderscheiden. Dat het onderscheid moet worden gemaakt en wat de gevolgen ervan zijn vloeit voort uit het systeem van de Faillissementswet en de toelichting daarbij. Daaruit is af te leiden dat bij het classificeren van vorderingen het ontstaansmoment van een vordering een belangrijke rol speelt. Dit vloeit mede voort uit het fixatiebeginsel, dat onder meer inhoudt dat iemand meedeelt in het faillissement voor zover hij schuldeiser is op het moment van de faillietverklaring (het Voorontwerp spreekt van insolventverklaring) en wel voor hetgeen hij op dat moment te vorderen heeft.

De vraag is wat dit betekent voor de classificatie van vorderingen die na de faillietverklaring ontstaan, maar die hun grondslag (mede) vinden in een daarvoor al bestaande rechtsverhouding. Wanneer het fixatiebeginsel strikt wordt gevolgd, zouden dergelijke vorderingen nimmer kwalificeren als faillissementsvorderingen. Dan zou het altijd een boedelvordering of een niet-verifieerbare vordering betreffen. In dat geval komt echter een ander beginsel in het gedrang, namelijk dat van de *paritas creditorum*. Aangenomen wordt dat dit beginsel ook een verhaalsaspect in zich heeft, dat inhoudt dat schuldeisers in beginsel een gelijk recht hebben om zich op het vermogen van hun schuldenaar te verhalen. Zowel wanneer men een vordering als boedelvordering kwalificeert als wanneer men een vordering aanduidt als niet-verifieerbaar, aanvaardt men een uitzondering op dat uitgangspunt. In het eerste geval staat men toe dat een schuldeiser bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar zich niet in de rij van schuldeisers hoeft aan te sluiten, maar als het ware mag “voordringen”. In het tweede geval staat men een schuldeiser niet eens toe zich in de rij aan te sluiten. Voor beide uitzonderingen zouden duidelijke rechtvaardigingsgronden moeten bestaan. Daarom wordt in de literatuur al enige tijd bepleit dat terughoudendheid moet worden betracht bij het kwalificeren van vorderingen als boedelvorderingen of als niet-verifieerbare vorderingen.

Het dwaalspoor van de Hoge Raad en de Raad van State

Dit pleidooi heeft tot dusver weinig gehoor gevonden bij de hoogste rechtscolleges van ons land. Zo kan volgens de Hoge Raad een werknemer die vlak vóór de insolventie van zijn werkgever is ontslagen, een in een sociaal plan afgesproken ontslagvergoeding als preferente vordering indienen.³ Indien een werknemer echter vlak na de insolventie van zijn werkgever door de curator is ontslagen, kan hij volgens de Hoge Raad voor een dergelijke ontslagvergoeding niet in het faillissement opkomen. Doorslaggevend is volgens de Hoge Raad dat die vordering dan na de faillietverklaring is ontstaan uit een daarvoor met een werknemer gesloten overeenkomst. Zou men een dergelijke vordering kwalificeren als faillissementsvordering

dan zou dat volgens de Hoge Raad een doorbreking zijn van de belangenafweging die ten grondslag ligt aan de in art. 40 Fw vervatte regeling omtrent de beëindiging van de arbeidsovereenkomst die een failliete werkgever met een werknemer heeft gesloten.⁴

Verder is volgens de Hoge Raad een vordering die ontstaat als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling, een boedelvordering. Dit geldt ook als de vordering mede voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring al bestaande rechtsverhouding. In hoeverre de feiten en omstandigheden van vóór de faillietverklaring aan het ontstaan van de vordering hebben bijgedragen, doet er volgens de Hoge Raad niet toe. Beslissend is volgens de Hoge Raad of de vordering uit de wet of een overeenkomst ontstaat door de rechtshandeling die de curator heeft verricht. Dit wordt wel het toedocriterium genoemd: een vordering die ontstaat door toedoen van de curator is een boedelvordering.

Op grond van dit toedocriterium oordeelde de Hoge Raad in 1990 in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*⁵ dat de zogenaamde desinvesteringsverplichting die een failliete vennootschap op grond van een fiscaalwettelijke regeling verschuldigd werd doordat de curatoren bedrijfsmiddelen verkochten die in het verleden met een fiscaal voordeel door de vennootschap waren aangeschaft, een boedelvordering oplevert. Eveneens op grond van het toedocriterium besliste de Hoge Raad in 1994 in het arrest *Frima q.q./Blankers*⁶ dat een zogenaamde affinancieringsverplichting die een gefailleerde werkgever uit hoofde van een pensioenregeling verschuldigd werd doordat de curator de arbeidsovereenkomst van een werknemster opzegde, kwalificeert als een boedelvordering. Dat het ontstaan van de desinvesteringsverplichting en de affinancieringsverplichting bij een normale taakuitoefening door de curator onvermijdbaar was, deed er volgens de Hoge Raad niet toe. Evenmin achtte de Hoge Raad het relevant dat het “toedoen” van de desbetreffende curatoren (het verkopen van de bedrijfsmiddelen en het opzeggen van de arbeidsovereenkomst) in geen verhouding stond tot hetgeen de desbetreffende schuldenaren zelf ruim vóór het faillissement aan het ontstaan van de verplichtingen hadden “bijgedragen”. In het geval van de desinvesteringsverplichting bestond die bijdrage van de schuldenaar uit de aankoop van bedrijfsmiddelen met een fiscaal voordeel in de wetenschap dat dit voordeel deels weer afgedragen zou moeten worden bij voortijdige doorverkoop van de bedrijfsmiddelen. In het geval van de affinancieringsverplichting bestond de bijdrage van de schuldenaar uit

3. HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502 m.nt. P.A.S. (Nebig/Nolen).

4. HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662 m.nt. PvS (Van der Kooi/De Kort q.q.).

5. HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS.

6. HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 m.nt. WMK.

het aangaan van een pensioenovereenkomst met een werknemer en een pensioenverzekeraar en het nadien toekennen van loonsverhogingen aan de werknemer. Vanaf het moment van toekenning van een loonsverhoging was op grond van de toenmalige pensioenregelgeving duidelijk dat de werkgever in de toekomst – bij tussentijdse beëindiging van de arbeidsovereenkomst of bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd – aanvullende premies zou moeten afdragen om zeker te stellen dat de werknemer een pensioen zou ontvangen gelijk aan een vast percentage van haar laatst verdiende loon. Louter omdat de pensioenregelgeving – volgens de uitleg van de Hoge Raad⁷ – zo in elkaar stak dat die affinancieringsverplichting juridisch pas ontstond op het moment waarop het dienstverband van de werknemer door opzegging door de curator eindigde, kwalificeerde die verplichting volgens de Hoge Raad als boedelvordering. Daarmee is het in de leer van de Hoge Raad dus van de toevallige systematiek van bijzondere wetgeving afhankelijk of een schuldeiser in het faillissement mag “voordringen” of in de rij moet aansluiten.

Ook de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft een bijdrage geleverd aan de uitbreiding van het aantal boedelschulden. De Afdeling moest oordelen over een geval waarin een vennootschap al voordat zij failliet werd verklaard de voorschriften in een milieuvergunning had overtreden, maar het college van burgemeester en wethouders pas na de faillietverklaring aan de curator de last oplegde om de overtreding ongedaan te maken op straffe van een bestuursrechtelijke dwangsom. De Afdeling meende dat dit kon: dat de curator gehouden was aan de last gehoor te geven en dat hij, zolang hij dat niet deed, in zijn hoedanigheid dwangsommen verbeurde.⁸ Blijkbaar zijn dit volgens de Afdeling boedelschulden. Dat de overtreding al dateerde van vóór de faillietverklaring en het college van burgemeester en wethouders (het bestuur van) de vennootschap ook vóór de faillietverklaring bestuursdwang had kunnen aanzeggen, deed daar volgens de Afdeling niets aan af.

De kritiek op de rechtspraak en alternatieve benaderingen in de literatuur

In de literatuur en de faillissementspraktijk is de heersende opvatting dat deze jurisprudentie van de Hoge Raad en de Afdeling Bestuursrechtspraak onbevredigend en onjuist is.⁹ In principiële zin wijzen de meeste schrijvers op het al gememoreerde punt dat niet juist is zoveel schuldeisers zonder duidelijke rechtvaardiging buiten de faillissementsconcurfus te houden. De rechtvaardiging voor het voorafbetalen van een boedelschuld zou moeten liggen in het feit dat de schuld zodanig verband houdt met de afwikkeling van het faillissement dat deze kan worden toegerekend aan de boedel, dat wil zeggen aan de gezamenlijke schuldeisers te wier behoefte die afwikkeling plaatsvindt.¹⁰ Zo logisch als het is dat bij een executie

buiten faillissement een deurwaarder en een veilinghuis als eerste uit de verkoopopbrengst worden voldaan voordat de schuldeisers aan bod komen te wier behoefte de executie geschiedde, zo logisch zou het moeten zijn dat een boedelvordering wordt voldaan voordat de schuldeisers te wier behoefte het faillissement wordt afgewikkeld, worden voldaan. Ik heb de boedelschulden in dat verband aangeduid als de kosten van executie en vereffening die in het wettelijk systeem vooraf uit de bruto-opbrengst moeten worden voldaan alvorens de netto-opbrengst resteert die beschikbaar is ter verdeling onder de faillissementsschuldeisers.¹¹

De criticasters van de Hoge Raad wijzen er ook op dat met de toepassing van zijn toedocriterium het aantal boedelschulden de pan uit rijst. Al is het maar omdat er allerlei (duur)overeenkomsten denkbaar zijn waaruit verplichtingen ontstaan op het moment waarop de curator tot opzegging daarvan overgaat.¹² Het grote aantal niet te vermijden boedelschulden is daarmee een belangrijke oorzaak geworden voor het feit dat in veel faillissementen de boedel negatief is. Daarmee wordt de situatie aangeduid waarin het actief niet eens toereikend is om alle boedelschuldeisers volledig te betalen en waaruit de faillissementsschuldeisers – voor wie het faillissement in het leven is geroepen – dus sowieso geen uitkering hebben te verwachten.

7. In de literatuur is bepleit dat de uitleg van de Hoge Raad onjuist is en dat de affinancieringsverplichting niet pas bij opzegging van de arbeidsovereenkomst ontstond, maar vanaf het moment van de pensioentoezegging al bestond onder opschortende voorwaarde. Zie Polak-Wessels I, par. 2558 met verwijzing naar verdere literatuur.
8. Afdeling Bestuursrechtspraak RvSt 11 juli 1997, JOR 1997, 105 m.nt. S.C.J. J. Kortmann.
9. Zie onder meer: A. van Hees, Ontnuimingsverplichting bij de opzegging van een huurovereenkomst door de curator van een failliete huurder boedelschuld?, NbbW 1994, p. 38-40; R.J. van Galen, Drie typen schulden bij faillissement, WPNR (1996) 6225-6226, p. 393-397 en p. 413-417; S.C.J.J. Kortmann in zijn noot in JOR onder voornoemde uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak RvSt; G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de Faillissementsboedel (diss.), 1997, hoofdstuk 1, in het bijzonder p. 66-81; L.J. van Eeghen, Boedelverontreiniging, TvI 1999, p. 194-204; W.J. van Andel, Jurisprudentie inzake boedelschulden: wanneer keert de wal het schip?, JORplus 2003, p. 34-44 (met in voetnoot 3 de opmerking dat er binnen de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad) consensus bestaat dat de jurisprudentie van de Hoge Raad onjuist is en tot ongewenste gevolgen in de afwikkeling van faillissementen leidt) en A.I.M. van Mierlo, Boedelschulden. Mag het ietsje minder zijn?, TvI 2004/special, p. 274-278.
10. Wessels (Polak-Wessels VII, par. 7101 en 7104) spreekt in dit verband van noodzaak en nut: “Boedelschulden dienen te strekken tot behartiging van het belang van de boedel en zij dienen daartoe nuttig te zijn. Met het oog op dit ‘nut’ voor de boedel was het ‘noodzakelijk’ dat de schuld werd aangegaan.”
11. Boekraad, aangehaalde dissertatie, p. 31-35. Een enigszins andere benadering met dezelfde uitkomst is die waarin de boedel wordt beschouwd als een afgescheiden vermogen waarin de boedelschulden de passiva vormen. Vgl. onder meer: P.H. Smits, preadvies NJV (1935), p. 15; Van Galen, aangehaald artikel in WPNR 1996, p. 415 en mijn aangehaalde dissertatie, par. 1.5.3 en 1.5.4 en p. 56-57.
12. A. van Hees, aangehaalde artikel in NbbW 1994, p. 39.

Tenslotte leidt toepassing van het toedoen criterium tot onwenselijke patstellingen tussen curatoren en wederpartijen van de schuldenaar bij duurovereenkomsten. Als in het geval van het arrest Frima/Blankers q.q. de arbeids-overeenkomst niet was opgezegd door de curator maar door de betrokken werkneemster (omdat die bijvoorbeeld een andere baan had gevonden) zou de affinancieringsverplichting niet zijn ontstaan door “toedoen” van de curator.¹³ Gelet op het Van der Kooi/De Kort q.q.-arrest¹⁴ zou deze vordering dan zelfs niet eens verifieerbaar zijn. Zo heeft de jurisprudentie van de Hoge Raad geresulteerd in een alles-of-niets benadering waarin een schuldeiser wiens vordering pas na de faillietverklaring ontstaat nooit gewoon kan opkomen in het faillissement, maar ofwel vooraf en buiten de faillissementsconcurfus om wordt voldaan ofwel helemaal niet mag meedelen.

In de zoektocht naar hoe het anders zou moeten, werd in oktober 1995 binnen de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad) een voorlopig rapport van een werkgroep besproken, waarin werd betoogd dat het enkele toedoen van de curator niet voldoende zou moeten zijn om een vordering als boedelvordering te kwalificeren. In het rapport werd de volgende definitie aanbevolen:

“Boedelschulden zijn (...) verplichtingen die door of na de faillietverklaring zijn ontstaan en die in overwegende mate verband houden met het beheer en de vereffening van de boedel, zodat zij kunnen worden toegerekend aan de curator.”¹⁵

Van Galen heeft in 1996 in de kolommen van dit tijdschrift bepleit dat voor de classificatie van vorderingen in faillissement bijzondere ontstaanscriteria moeten worden gehanteerd die afwijken van de criteria die elders in ons recht (bijvoorbeeld in het kader van de cessie en verpanding van vorderingen) worden gehanteerd om te bepalen wanneer een vordering bestaand of toekomstig is. Indien een deel van de relevante rechtsfeiten zich voor de faillietverklaring heeft voorgedaan (en de rest erna) is de schuld volgens hem slechts bestaand op het moment van faillietverklaring “indien materiële verschuldigdheid en omvang van de schuld in overwegende mate door de eerdere rechtsfeiten zijn bepaald.”¹⁶ Een schuld die volgens dit criterium al voor de faillietverklaring is ontstaan, is volgens Van Galen een faillissementsvordering. Schuldvorderingen die volgens dit criterium na de faillietverklaring zijn ontstaan en die kunnen worden toegerekend aan de boedel, zijn volgens hem boedelschulden.¹⁷

In mijn in 1997 verschenen dissertatie ben ook ik ervan uitgegaan dat voor het kwalificeren van een schuldvordering in faillissement betekenis moet worden toegekend aan de vraag of de materiële verschuldigdheid van de schuld in overwegende mate gelegen is in rechtsfeiten die dateren

van vóór dan wel na de faillietverklaring. Anders dan Van Galen meen ik echter dat voor de vraag op welk moment een vordering ontstaat, geen andere criteria kunnen gelden dan de ontstaanscriteria die elders in ons recht worden toegepast. In mijn opvatting is het dan ook mogelijk dat een vordering die pas na de faillietverklaring ontstaat uit een daarvoor al bestaande rechtsverhouding, toch kwalificeert als faillissementsschuld, namelijk wanneer de materiële verschuldigdheid in overwegende mate is bepaald door rechtsfeiten die zich voor de faillietverklaring hebben voorgedaan.¹⁸ Is dat niet het geval en kan de schuld aan de boedel worden toegerekend, dan is er mijns inziens sprake van een boedelschuld. Of ook de *omvang* van de schuld in overwegende mate is bepaald door rechtsfeiten van voor dan wel na de faillietverklaring, acht ik, anders dan Van Galen, niet doorslaggevend.¹⁹

Ook vanuit kringen rond de wetgever was kritiek te vernemen op de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zo verscheen in 2001 in het kader van het project Marktwerving Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) een rapport van een ambtelijke werkgroep onder leiding van prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers waarin werd geconstateerd dat het toedoen criterium van de Hoge Raad niet voldoet en verlaten moet worden. De werkgroep bepleitte het opnemen van een wettelijke definitie waarin als boedelschulden slechts zouden worden aangemerkt kosten die:

“hetzij redelijkerwijs strekken tot vereffening of beheer van de boedel, hetzij voortvloeien uit verplichtingen die uitsluitend ná het uitspreken van de insolventie door de curator/bewindvoerder zijn aangepast, goedgekeurd of voortgezet, met het oog op voortzetting van de onderneming”.²⁰

Van Galen heeft nadien in zijn hoedanigheid van (opvolgend) curator in het faillissement van Circle Plastics B.V. nog een poging gedaan de Hoge Raad tot een koerswijziging te bewegen. Circle Plastics huurde van Circle Vastgoed B.V. een bedrijfsterrein waarop verontreinigd landbouwplastic lag opgeslagen. De curator zegde de huurovereenkomst op, waardoor uit de huurovereenkomst

13. F.M.J. Verstijlen, De verplichting tot het storten van pensioenpremies na faillissement, Bb 1993, p. 235 en Van Galen, aangehaald artikel in WPNR 1996, p. 414.

14. Zie hiervoor en voetnoot 4.

15. Het bewuste rapport is niet gepubliceerd. Wel zijn onderdelen ervan (waaronder de hier geciteerde passage) aangehaald in andere werken, zoals in: M.C.J. Oonk-Pallandt, Boedelschulden, faillissementskosten en afwikkeling van een negatieve boedel, V&O 1996, p. 2, alsmede in: Polak-Wessels VII, par. 7106.

16. Van Galen, aangehaald artikel in WPNR 1996, p. 416.

17. Van Galen, aangehaald artikel in WPNR 1996, p. 415.

18. Boekraad, aangehaalde dissertatie, p. 18 en 52.

19. Boekraad, aangehaalde dissertatie, p. 71.

20. Eindrapport van de MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht (tweede fase), oktober 2001, paragraaf 5.2, p. 45.

de verplichting ontstond het gehuurde in de oorspronkelijke staat (dus ontdaan van de vervuiling) terug te brengen. Bij toepassing van het toedocriterium zou de aldus ontstane verplichting tot verwijdering van het verontreinigde landbouwplastic – waarmee aanzienlijke kosten waren gemoeid – een boedelschuld opleveren. Aldus oordeelde ook de rechtbank. Ongetwijfeld in de hoop dat de Hoge Raad gelet op de breed gedragen kritiek op dat toedocriterium om zou gaan, bracht de curator de zaak voor de Hoge Raad. Die gaf echter geen krimp. De Hoge Raad overwoog geen aanleiding te zien tot heroverweging van zijn eerdere jurisprudentie en besliste dat de uit de huurovereenkomst ontstane ontruimingsverplichting op grond van het toedocriterium een boedelschuld vormt.²¹ De facto heeft de Hoge Raad daarmee zelfs de mogelijkheid geopend dat partijen, anders dan door het vestigen van een zekerheidsrecht, contractueel regelen dat de ene contractspartij in geval van faillissement van de andere partij in een bevoorrechte verhaalspositie zal komen te verkeren.²²

Vanaf dit moment was duidelijk dat de noodzakelijke koerswijziging niet van onze hoogste rechtscolleges moet komen. Alle ogen richtten zich op de wetgever en daarmee in eerste instantie op de Commissie Insolventierecht.

De classificatie van vorderingen in het Voorontwerp

De Commissie heeft de uitdaging aangenomen. Zij heeft ervoor gekozen in het Voorontwerp een bijzondere titel op te nemen (titel 5: “Boedelvorderingen, insolventievorderingen en verificatie”) waarin onder meer de classificatie van de vorderingen expliciet wordt geregeld. Afdeling 5.1 ziet op de boedelvorderingen. Voor de problematiek van de classificatie is art. 5.1.1 relevant. In het eerste lid van dat artikel wordt de bijzondere verhaalspositie van de boedelschuldeisers omschreven, waarna in het tweede lid onder a tot en met k wordt opgesomd welke vorderingen als boedelvorderingen kwalificeren. Afdeling 5.2 ziet op de insolventievorderingen. Relevant is met name art. 5.2.1, waarvan in het eerste lid onder a tot en met d de vorderingen worden genoemd die als zodanig kwalificeren en waarvoor in de insolventie dus kan worden opgekomen met inachtneming van de regels voor de verificatie van vorderingen die in afdeling 5.3 worden uiteengezet. Aan de niet-verifieerbare vorderingen is geen aparte bepaling gewijd. De gedachte zal zijn dat dit de vorderingen zijn die niet zijn onder te brengen in één van de categorieën van de art. 5.1.1 en 5.2.1.

Het Voorontwerp wijkt in de genoemde bepalingen in enkele belangrijke opzichten af van zowel de huidige Faillissementswet als van de zojuist beschreven jurisprudentie. Ik zal hierna de belangrijkste afwijkingen bespreken, overigens zonder te streven naar volledigheid.²³ Blijkens de Toelichting wordt met deze afwijkingen –

conform het pleidooi in de literatuur – beoogd het aantal boedelschulden sterk terug te dringen en het aantal insolventievorderingen navenant uit te breiden.²⁴

Terugdringing van de jurisprudentiële boedelvorderingen in het Voorontwerp

De belangrijkste verandering in het Voorontwerp ten opzichte van het huidige recht is dat het toedocriterium wordt verlaten. Dit blijkt uit de art. 5.1.1 lid 2 sub k en 5.2.1 lid 1 sub c die als het ware spiegelbeeldig zijn aan elkaar: een vordering, na de insolventverklaring ontstaan, is een boedelvordering wanneer “de verschuldigdheid ervan redelijkerwijs aan de boedel behoort te worden toegerekend”. Indien de verschuldigdheid van een na de faillietverklaring ontstane vordering “in redelijkheid aan de periode van voor de insolventverklaring kan worden toegerekend” is sprake van een insolventievordering. Over de vraag wanneer een vordering “redelijkerwijs” aan de boedel behoort te worden “toegerekend”, wordt in de Toelichting opgemerkt:²⁵

“Voor deze toerekening is van belang of en in hoeverre de materiële vordering voor dan wel na insolventverklaring is ontstaan. Daarbij zal veelal doorslaggevend zijn of de materiële verschuldigdheid van de betreffende schuld in overwegende mate wordt bepaald door rechtsfeiten die zich voor of na de insolventverklaring hebben voorgedaan. In het eerste geval zal sprake zijn van een insolventievordering (indien overigens is voldaan aan artikel 5.2.1). In het tweede geval betreft het een boedelvordering.”

Dit is mijns inziens niet helemaal juist. Het enkele feit dat de materiële verschuldigdheid van een schuld in overwegende mate is bepaald door rechtsfeiten die zich na de insolventverklaring hebben voorgedaan, is weliswaar een voorwaarde om een schuld aan de boedel toe te kunnen rekenen, maar is daarvoor op zichzelf nog niet voldoende. Aan dat criterium voldoet strikt genomen bijvoorbeeld ook de verbintenis tot schadevergoeding terzake van een door de schuldenaar na de insolventverklaring gepleegde onrechtmatige daad of de verbintenis uit een na de insolventverklaring door de schuldenaar aangegane overeenkomst ten gevolge waarvan de boedel niet is gebaat.

21. HR 18 juni 2004, NJ 2004, 617 m.nt. PvS en JOR 2004/221 m.nt. Boekraad (Van Galen q.q./Circle Vastgoed).

22. Zie mijn noot onder het vonnis van de rechtbank in deze zaak in JOR 2002/146 en Van Andel, aangehaald artikel in JORplus 2003, p. 36.

23. Voor een volledige bespreking van de opsomming van boedelvorderingen in art. 5.1.1 lid 2 sub a t/m k verwijs ik naar F.M.J. Verstijlen en A.A.J. Smelt, Boedelschulden in het voorontwerp Insolventiewet, TvI 2008, 15, p. 89-100.

24. Zie de Toelichting, p. 13, 67, 70, 110, 111 en 114.

25. Toelichting, p. 113.

Dergelijke schulden kunnen (natuurlijk) niet aan de boedel worden toegerekend en behoren te kwalificeren als niet-verifieerbare vorderingen. Dat volgt ook uit art. 5.1.1 lid 2 sub j, welke bepaling materieel gelijk is aan het huidige art. 24 Fw. Maar gek genoeg kwalificeren diezelfde vorderingen volgens art. 5.1.1 lid 2 sub k ook als boedelschuld, althans als we laatstgenoemde bepaling letterlijk invullen conform de Toelichting. Die bepaling zou dan niet onderscheiden tussen boedelschulden en niet-verifieerbare schuldvorderingen.

Ik vermoed dat de bedoeling is geweest om in het criterium van art. 5.1.1 lid 2 sub k de “tweetrapsraket” besloten te achten die ook in de criteria van Van Galen en mijzelf is terug te vinden, maar dat dit bij het redigeren van de tekst van de Toelichting enigszins uit het oog is verloren. In dat geval schuilt in het begrip “toegerekend” in art. 5.1.1 lid 2 sub k in wezen een toerekening op twee niveaus: ten eerste in het kader van de vraag of een schuld behoort te worden toegerekend aan de periode na de insolventverklaring en zo ja, ten tweede in het kader van de vraag of de schuld ook overigens aan de boedel kan worden toegerekend. Aldus verstaan lijkt de regeling van het Voorontwerp aan te haken bij de in de literatuur, onder andere door Van Galen en mijzelf, bepleite criteria.

Kritiek op de regeling in het Voorontwerp

Kritiek op de inhoud van de regeling in het Voorontwerp is al geleverd door Verstijlen en Smelt.²⁶ Hun belangrijkste bezwaar lijkt te zijn dat het criterium van de art. 5.1.1 lid 2 sub k en 5.1.2 lid 1 sub c – dat zij het “toerekeningscriterium” noemen – te vaag zou zijn en daarom teveel ruimte voor interpretatie zou laten, hetgeen de rechtszekerheid niet ten goede zou komen. Voor wat betreft duidelijkheid is het toedoen criterium volgens Verstijlen en Smelt “superieur”.²⁷ Zij bepleiten daarom dat aan het toedoen criterium – met inachtneming van een aantal correcties – wordt vastgehouden zolang het debat nog geen voldoende scherp criterium heeft opgeleverd.

Naar mijn overtuiging draagt het toedoen criterium echter minder bij aan de rechtszekerheid dan Verstijlen en Smelt veronderstellen. Zij stellen dat men bij toepassing van het toedoen criterium “slechts” hoeft vast te stellen of een bepaalde schuld al dan niet door toedoen door de curator is ontstaan.²⁸ Dat klinkt echter gemakkelijker dan in de praktijk vaak het geval is. In ons recht is het door het ontbreken van een eenduidig criterium vaak moeilijk om in concrete gevallen onderscheid te maken tussen bijvoorbeeld een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde en een toekomstige vordering. Wie denkt dat bij toepassing van het toedoen criterium – waarin dus relevant is of een vordering pas ontstaat op het moment waarop de curator een rechtshandeling verricht of daarvoor al (voorwaardelijk) bestond – geen interpretatieproblemen en ver-

schillen van inzicht zijn te verwachten, komt dan ook bedrogen uit.²⁹

Daar komt bij dat Verstijlen en Smelt erkennen dat de uitkomsten in de genoemde arresten van de Hoge Raad onwenselijk zijn, reden waarom zij een aantal aanvullende bepalingen nodig achten om de uitwassen van het toedoen criterium te lijf te gaan. Zo bepleiten zij een aanvullende bepaling die – als correctie op het arrest Van Galen q.q./Circle Vastgoed – moet voorkomen dat “verplichtingen uit een overeenkomst die aanknopen bij een handeling van de bewindvoerder” tot boedelvordering promoveren. Daarnaast doen zij de suggestie dat er een bepaling wordt opgenomen, inhoudende dat een vordering die ontstaat door toedoen van de curator geen boedelschuld oplevert indien die vordering ertoe strekt “een voor de insolventie aan de schuldenaar verrichte prestatie ongedaan te maken” (zoals het geval was in het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger) of “een reeds voor de insolventie ontstane vordering te waarborgen” (zoals volgens Verstijlen en Smelt het geval was in het arrest Frima q.q./Blankers).³⁰ Hoe men deze aanvullende bepalingen ook precies formuleert, voorspelbaar is dat de uitleg daarvan ook weer tot discussie aanleiding kan geven.

Dit alles gezegd hebbende, is het natuurlijk juist dat toepassing van art. 5.1.1 lid 2 sub k en art. 5.2.1 lid 1 sub c impliceert dat van geval tot geval – zo nodig door de rechter – een afweging wordt gemaakt of een vordering redelijkerwijs aan de boedel behoort te worden toegerekend. Voor zover dat enige rechtsonzekerheid met zich brengt, in die zin dat tevoren nooit helemaal zeker is hoe de rechter de relevante feiten en omstandigheden zal waarderen, is dat naar mijn mening echter te verkiezen boven de geschetste nadelen die kleven aan het toedoen criterium. Zonder aanknopingspunten is de rechtszoekende bij de invulling van het “toerekeningscriterium” natuurlijk niet. Steeds zal hij zich de vraag moeten stellen wat rechtvaardigt dat een boedelvordering vooraf, buiten de faillissementsconcurfus om wordt voldaan. Zoals ik hiervoor al aangaf, is het in dit verband behulpzaam de boedelvorderingen te beschouwen als kosten van executie

26. Verstijlen en Smelt, aangehaald artikel in TvI 2008, p. 89-100.

27. Verstijlen en Smelt, aangehaald artikel in TvI 2008, p. 97. Zie ook Van Eeghen, aangehaald artikel in TvI, 1999, p. 200.

28. Verstijlen en Smelt, aangehaald artikel in TvI 2008, p. 97.

29. Dat heeft het verleden ook wel uitgewezen. Zoals ik hiervoor (in voetnoot 7) al aangaf wordt bijvoorbeeld nog steeds betwijfeld of de Hoge Raad in het arrest Frima q.q./Blankers de affinancieringsverplichting op basis van de toen geldende pensioenregelgeving terecht heeft aangemerkt als een ten tijde van de faillietverklaring nog toekomstige vordering.

30. Verstijlen en Smelt, aangehaald artikel in TvI 2008, p. 99.

en vereffening.³¹ Ook zijn in de literatuur richtlijnen aangedragen die behulpzaam kunnen zijn bij het vaststellen of de materiële verschuldigheid van een schuld in overwegende mate is gelegen in rechtsfeiten van voor dan wel na de insolventverklaring.³²

Verstijlen en Smelt zijn enerzijds bevreesd dat de interpretatieruimte die bij toepassing van het “toerekeningscriterium” gegeven wordt, zal worden aangegrepen om het aantal boedelschulden juist uit te breiden. Die vrees wordt ook uitgesproken door Van Daal, die stelt dat onder het criterium van art. 5.1.1 lid 2 sub k “zonder meer ook het toedoen criterium [lijkt] te vallen.”³³ Ik zie dat niet, te meer niet omdat in de Toelichting juist uitdrukkelijk afstand wordt genomen van de jurisprudentie van de Hoge Raad en wordt benadrukt dat het aangewezen is het aantal boedelschulden terug te brengen.³⁴ Als voorbeelden van schulden die volgens Verstijlen en Smelt bij toepassing van het “toerekeningscriterium” van art. 5.1.1 lid 2 sub k wellicht zouden moeten worden aangemerkt als boedelschulden en die dat onder het huidige recht niet altijd zijn, noemen zij de onroerendzaakbelasting, waterschapsbelasting en motorrijtuigenbelasting terzake van tot de boedel behorende zaken. Zij vragen zich af waarom dergelijke schulden redelijkerwijs niet aan de boedel zijn toe te rekenen nu het “per slot van rekening vorderingen [betreft] die betrekking hebben op boedelbestanddelen”.³⁵ Echter, waar in art. 5.1.1 lid 2 sub k wordt gesproken van “toerekening aan de boedel” wordt niet bedoeld ‘de boedel’ in de zin van het totaal van de boedelactiva, maar ‘de boedel’ in de zin van de gezamenlijke faillissements-schuldeisers. De primaire vraag is dus niet of een schuld verband houdt met een bepaalde zich in het failliete vermogen bevindende actiefpost, maar of een schuld zodanig verband houdt met de afwikkeling van het faillissement dat deze kan worden toegerekend aan de gezamenlijke schuldeisers te wier behoefte die afwikkeling plaatsvindt.

Verstijlen en Smelt zijn anderzijds bevreesd dat onder het toerekeningscriterium vorderingen niet als boedelvorderingen kwalificeren, die volgens hen wel boedelvorderingen zouden moeten zijn. Zij noemen in dat verband onder meer het volgende voorbeeld.³⁶

“Het zou bijvoorbeeld een slechte zaak zijn indien de bewindvoerder een vrijbrief zou krijgen om allerlei potentieel gevaarlijke situaties in strijd met milieuvoorschriften voort te laten bestaan, omdat de nadelige gevolgen hem niet deren waar de situatie al dateert van voor de insolventverklaring.”

Ik denk inderdaad dat in dit geval onder het nieuwe criterium van art. 5.1.1 lid 2 sub k geen sprake is van een boedelschuld.³⁷ Dat vind ik ook juist. Het gaat mij echter te ver dat een vrijbrief te noemen voor het laten voortbestaan van een gevaarlijke situatie. Niets staat eraan in de

weg dat het bevoegde bestuursorgaan zelf aan die gevaarlijke situatie een einde maakt door toepassing van bestuursdwang. Natuurlijk mag van de curator worden verwacht dat hij dat orgaan zondig waarschuwt. Een andere vraag is voor wiens rekening de kosten voor het opheffen van de gevaarlijke situatie moeten komen. Indien de overtreding van de milieuvoorschriften dateert van voor de insolventverklaring en geen verband houdt met een bedrijfsvoortzetting door de curator, zie ik niet in waarom die kosten geheel voor rekening zouden moeten komen van de min of meer toevallige in het faillissement verzamelde faillissementsschuldeisers. Het bestuursorgaan zou mijns inziens in de rij van die faillissements-schuldeisers (in het Voorontwerp: insolventieschuldeisers) moeten aansluiten door haar vordering te verificatie in te dienen.

Terugdringing wettelijke boedelvorderingen in het Voorontwerp

De regeling in het Voorontwerp strekt er ook toe het aantal boedelvorderingen krachtens wetsduiding aanzienlijk terug te brengen. Het betreft hier de regelingen in de art. 39 lid 1 Fw en 40 lid 2 Fw waaruit volgt dat huurpenningen en loon- en daarmee samenhangende premieverplichtingen die de gefailleerde huurder c.q. werkgever na de faillietverklaring verschuldigd wordt, boedelschulden zijn. Deze bepalingen zijn niet gebaseerd op de gedachte dat deze schulden het *karakter* van boedelschulden hebben. Dat is immers niet het geval en men spreekt dan ook wel van “oneigenlijke” boedelschulden.

31. Volgens Verstijlen en Smelt heeft deze zienswijze weinig verklarende kracht. Zij stellen “dat [men] kan zeggen dat alle schulden die de curator in zijn hoedanigheid aangaat ‘kosten van executie en vereffening’ zijn.” (aangehaald artikel in TvI 2008, p. 94). Het is dan echter maar net hoe men het begrip “aangaan” uitlegt. Van kosten van executie en vereffening is mijns inziens bijvoorbeeld geen sprake indien het ontstaan van een schuld een bijkomstig gevolg is van het handelen van de curator, terwijl dat bijkomende gevolg in overwegende mate is gelegen in rechtsfeiten die zich vóór de faillietverklaring hebben voorgedaan (zie mijn aangehaalde dissertatie, p. 53).
32. Zie Van Galen, aangehaald artikel in WPNR 1996, p. 416-417 en mijn aangehaalde dissertatie, p. 54-56.
33. G. van Daal, Het Voorontwerp Insolventiewet, nu even niet!, NJB 2007, p. 2804. Zie ook M.J. van der Aa, De Afkoelingsperiode nieuwe stijl, TvI 2008, 14, p. 86.
34. Zie de Toelichting, p. 13, 67, 70, 110, 111 en 114.
35. Verstijlen en Smelt, aangehaald artikel in TvI 2008, p. 97.
36. Verstijlen en Smelt, aangehaald artikel in TvI 2008, p. 99.
37. In de Toelichting bij art. 5.1.1 lid 2 sub k (p. 114) wordt ook opgemerkt op dat toepassing van deze regel met zich brengt dat de eerder genoemde uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 11 juli 1997 “nuancering behoeft” in die zin, dat indien blijkt dat de overheid de aanschrijving in redelijkheid al vóór de insolventverklaring had kunnen verrichten, de kosten van het uitoefenen van bestuursdwang en een daaraan gekoppelde dwangsom geen boedelschuld zou mogen opleveren. Mij gaat deze nuancering nog niet ver genoeg. Als de milieuovertreding zijn materiële grondslag in overwegende mate vindt in feiten van voor de insolventverklaring, maar deze pas kenbaar wordt na de insolventverklaring zodat ook de bestuursdwangaanzegging pas na de insolventverklaring kon volgen, zou ik nog steeds menen dat kosten van het uitoefenen van die bestuursdwang niet in redelijkheid aan de boedel kunnen worden toegerekend, zodat er ook dan geen sprake zou moeten zijn van een boedelvordering.

De bepalingen zijn het gevolg van een rechtspolitieke keuze die bij de invoering van de Faillissementswet is gemaakt en nadien nooit meer is herzien. De Commissie Insolventierecht komt nu alsnog tot die herziening, ook daarin gesteund door de literatuur waarin al langer werd gepleit voor het schrappen van deze bepalingen.³⁸

De aanspraak van de verhuurder op huurpenningen na de insolventverklaring en van de werknemer op loon na de insolventverklaring levert onder het Voorontwerp alleen nog maar een boedelschuld op voor zover de bewindvoerder nog daadwerkelijk gebruik maakt van het gehuurde (art. 5.1.1 lid 1 sub e) en voor zover de werknemer daadwerkelijk arbeid ten behoeve van de bewindvoerder verricht (art. 5.1.1 lid 2 sub f).

In de Toelichting wordt benadrukt dat de werknemer door de verandering van de status van zijn loonvordering na de faillietverklaring (van boedelvordering naar insolventvordering³⁹) er niet op achteruit gaat.⁴⁰ Dit heeft te maken met het feit dat in de regel het UWV de loonverplichting van de insolvente werkgever overneemt op grond van de Loongarantieregeling.⁴¹ Voor de regresvordering van het UWV (die subrogeert in de rechten van de werknemer) maakt het natuurlijk wel uit: het UWV kan die regresvordering niet meer als boedelvordering voldaan krijgen.⁴² Positief voor de werknemer is dat in het Voorontwerp ook de regel wordt afgeschaft dat de arbeidsovereenkomst met een kortere opzegtermijn (art. 40 lid 2 Fw gaat uit van in beginsel maximaal zes weken) door de bewindvoerder kan worden beëindigd⁴³ én dat de werknemer bovendien een tevoren overeengekomen of door de rechter toegekende ontslagvergoeding volledig ter verificatie kan indienen. Met dit laatste is ook het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen de werknemer die vlak vóór de insolventie door zijn werkgever is ontslagen en de werknemer die vlak daarna door de bewindvoerder wordt ontslagen, niet meer aan de orde.⁴⁴ Een nadelig aspect van de nieuwe regeling is voor de werknemer weer wel, dat zijn aanspraak tot vergoeding in geld voor niet-genoten vakantiedagen die hij bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst artikel ontleent aan art. 7:641 lid 1 BW, niet langer als boedelvordering kwalificeert.⁴⁵

Conclusie

De in het Voorontwerp gemaakte keuze om – ter onderscheiding van de boedelvorderingen van de insolventvorderingen en de niet-verifieerbare vorderingen – het toedocriterium van de Hoge Raad te verlaten en ook de boedelschulden krachtens wetsduiding in aantal terug te brengen, verdient steun. Het zal er mede toe bijdragen dat de op vereffening gerichte insolventies weer wat vaker het verloop krijgen die wetgever bij de introductie van de huidige Faillissementswet eigenlijk had voorzien, met een proces van verificatie van vorderingen en uitkeringen via een akkoord of een uitdelingslijst. Over de precieze

redactie van het alternatieve criterium blijft discussie mogelijk en die discussie moet ook zeker gevoerd blijven worden. Dat het alternatieve criterium altijd een element in zich zal hebben dat inhoudt dat van geval tot geval een afweging moet worden gemaakt, zal voor lief moeten worden genomen. Dat is te verkiezen boven de botte bij benadering die inherent is aan de huidige lijn in de jurisprudentie.

-
38. Vgl. onder meer J.J. van Hees, *Leasing*, diss. Nijmegen (1997), p. 170-172, mijn aangehaalde dissertatie, p. 59 en 63 en Van Mierlo, aangehaald artikel in *TvI* 2004, p. 276.
39. De Toelichting gaat er zonder meer vanuit dat de aanspraak op loon over de opzegtermijn na de insolventverklaring onder het Voorontwerp als insolventvordering kwalificeert. P.R.W. Schaink (*De positie van Werknemers in het voorontwerp Insolventiewet*; nog niet perfect geregeld, *TvI* 2008, 18, p. 121-122 en 127) werpt de vraag op of dit wel strookt met de tekst van het Voorontwerp en bepleit daarom het opnemen van een aanvullende bepaling in art. 5.2.1 lid 1 waarin expliciet wordt bevestigd dat de loonvordering vanaf insolventiedatum in geval van niet werken een insolventvordering is.
40. Toelichting, p. 67.
41. Art. 61 e.v. Werkloosheidswet.
42. Als het aan de Commissie Insolventierecht ligt, zou aan deze regresvordering in de toekomst ook niet meer de superpreferentie (gelijk aan die van de fiscus) verbonden zijn. Vgl. de Toelichting, p. 67.
43. Van Schaink (aangehaald artikel in *TvI* 2008, 18, p. 124) wijst er hierbij wel op dat nog maar de vraag is of ook het dekkingsbereik van de Loongarantieregeling zal worden uitgebreid, in die zin dat het UWV ook de loonbetaling over de langere opzegtermijn zou moeten overnemen.
44. Zie de hiervoor besproken en in voetnoten 3 en 4 genoemde arresten Nebig/Nolen en Van der Kooi/De Kort q.q. Zie daarover ook de Toelichting, p. 67.
45. In HR 3 december 1999, NJ 2000, 53 m.nt. PvS oordeelde de Hoge Raad dat deze aanspraak valt onder het begrip 'loon' als bedoeld in art. 40 lid 2 Fw en op die grond een boedelvordering oplevert. Nu in het Voorontwerp de regeling van art. 40 lid 2 Fw niet terugkeert en de aanspraak evenmin beantwoordt aan het criterium van art. 5.1.1 lid 2 sub k, vervalt de grondslag voor de kwalificatie als boedelvordering. Dit zal alleen anders zijn voor zover vakantiedagen zijn opgebouwd over de periode waarin arbeid wordt verricht met instemming van de bewindvoerder (vgl. 5.1.1 lid 2 sub e).