

# Tijdschrift voor Insolventierecht, Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	Tvl 2013/26	Bijgewerkt tot:	14-06-2013
Auteur:	W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten		

## Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden

Beschouwingen naar aanleiding van HR 19 april 2013 inzake Koot Beheer/Tideman q.q.<sup>[1]</sup>

### 1. Inleiding

Op 19 april jl. wees de Hoge Raad een baanbrekend arrest dat het insolventierecht op zijn grondvesten deed schudden.<sup>[2]</sup> In *Koot Beheer/Tideman q.q.* komt hij met zo veel woorden terug van zijn rechtspraak waarin 'een verplichting die is ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling' standaard als boedelschuld werd aangemerkt. Dit door de Hoge Raad gehanteerde criterium voor het ontstaan van boedelschulden – in de volksmond: het toedocriterium – was al vele jaren voorwerp van scherpe kritiek;<sup>[3]</sup> en het is die aanhoudende kritiek in de literatuur die voor de Hoge Raad mede de aanleiding is het toedocriterium nu in de ban te doen. En daarbij is het niet gebleven. De Hoge Raad neemt in *Koot Beheer/Tideman q.q.* tevens de gelegenheid te baat een drieledig 'criterium' voor het ontstaan van boedelschulden te formuleren, breidt de verifieerbaarheid van na de faillissementsdatum ontstane vorderingen op de schuldenaar uit en neemt *en passant* een aantal onduidelijkheden weg omtrent de toepassing van art. 37 en 37a Fw, die de afwikkeling van door de schuldenaar vóór faillissement gesloten wederkerige overeenkomsten reguleren. Al met al meer dan voldoende ingrediënten voor een nadere beschouwing.

### 2. *Koot Beheer/Tideman q.q.*

Wat was het geval? Koot Beheer verhuurde bedrijfsruimte aan Brand & Van Wijk Logistiek, die op 26 oktober 2010 in staat van faillissement werd verklaard. De curator zegde de huur op de voet van art. 39 Fw op, waardoor deze op 31 januari 2011 eindigde. Per die datum heeft de curator het gehuurde ontruimd en leeg opgeleverd. Daarbij is gebleken dat sprake was van schade aan de buitengevel en de deuren van het pand. Koot Beheer stelde zich op het standpunt dat haar schadevergoedingsvordering kwalificeerde als boedelschuld, omdat deze door de opzegging van de huur en daarmee door toedoen van de curator zou zijn ontstaan. De curator bestreed dat. Zijns inziens was de verplichting tot herstel van het pand reeds tijdens de looptijd van de huur ontstaan en niet pas vanwege de opzegging. De kantonrechter volgde de curator en wees de vordering van Koot Beheer af. Ten overvloede overwoog de kantonrechter nog dat de schadevergoedingsvordering van Koot Beheer op de voet van art. 37a Fw ter verificatie kon worden ingediend.

Door Koot Beheer is sprongcassatie ingesteld, maar zonder succes. Dat de schadevergoedingsvordering van de verhuurder in een geval als het onderhavige een boedelschuld zou opleveren, zou naar het oordeel van de Hoge Raad (i) niet te verenigen zijn met de regels die in art. 37 e.v. Fw zijn gesteld met betrekking tot wederkerige overeenkomsten; en (ii) in strijd zijn met hetgeen uit de Faillissementswet volgt omtrent het ontstaan van boedelschulden. Beide argumenten worden door de Hoge Raad uitvoerig gemotiveerd toegelicht.

De Hoge Raad wijst erop dat de Faillissementswet voor wederkerige overeenkomsten die ten tijde van de faillietverklaring over en weer nog niet geheel zijn nagekomen – waaronder begrepen op dat tijdstip lopende duurovereenkomsten – uitgaat van het stelsel dat de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet worden gewijzigd, maar dat het blijkens art. 37 lid 1 Fw aan de curator is om te kiezen of zij worden nagekomen. Kiest de curator voor niet-nakoming, dan resteert de wederpartij volgens de Hoge Raad steeds een ter verificatie in te dienen concurrente vordering, behoudens door de wet erkende redenen van voorrang. In afwijking hiervan is volgens de

Hoge Raad in art. 39 en 40 Fw om redenen van billijkheid bepaald dat tijdens het faillissement van de huurder respectievelijk de werkgever de huur, het loon en de premieschulden vanaf de dag van de faillietverklaring boedelschulden zijn. De curator die deze overeenkomsten niet verder wil uitvoeren, zal deze op de voet van de genoemde bepalingen moeten beëindigen, teneinde te voorkomen dat de daardoor gecreëerde boedelschulden verder oplopen. Door die opzegging ontstaat geen schadeplichtigheid.<sup>[4]</sup>

Bij dit stelsel past naar het oordeel van de Hoge Raad niet dat indien de curator in het belang van de boedel de huur beëindigt, de schadevergoedingsverplichting die in verband met die beëindiging ontstaat een boedelschuld zou zijn op de enkele grond dat zij is ontstaan als gevolg van een rechtshandeling – en dus door toedoen – van de curator. Daarmee zou een uitzondering worden gemaakt op de hoofdregel dat indien de curator in het belang van de boedel geen uitvoering geeft aan een door de gefailleerde voor de faillietverklaring aangegane overeenkomst, slechts een concurrente vordering voor de wederpartij resteert en voor die uitzondering valt volgens de Hoge Raad in de Faillissementswet geen rechtvaardiging of grond te vinden. Van een boedelschuld is dus geen sprake. Deze uitkomst strookt naar het oordeel van de Hoge Raad met hetgeen uit de Faillissementswet volgt met betrekking tot boedelschulden:

“Op grond van die wet zijn boedelschulden slechts die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Onder het aangaan van een schuld door de curator in deze zin is te verstaan dat de curator deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht (art. 3:33 en 35 BW).”<sup>[5]</sup>

Vorderingen die een boedelschuld opleveren moeten volgens de Hoge Raad 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 op een van de hiervoor in 3.7.1 vermelde gronden, behoren tot de bedoelde vorderingen op de schuldenaar, ook als ze pas tijdens het faillissement ontstaan, zoals onder meer blijkt uit art. 37 en 37a Fw en de op art. 37 Fw gegeven toelichting (Van der Feltz I, p. 409).”

Hieruit volgt dat de Hoge Raad van oordeel is dat de schadevergoedingsvordering van Koot Beheer wél ter verificatie kon worden ingediend.

De Hoge Raad overweegt dan tot slot dat het een en ander impliceert dat hij terugkomt van het ‘toedoen criterium’ zoals dat is geformuleerd in de arresten *De Ranitz q.q./Ontvanger*, *Frima q.q./Blankers-Van Gennip* en *Circle Plastics*.<sup>[6]</sup> Dat betekent volgens de Hoge Raad evenwel niet dat in een geval als aan de orde was in het arrest *Circle Plastics*, de ontruimingsverplichting na de beëindiging van de huur geen boedelschuld kan zijn. Hij wijst daarbij op het arrest *Smit/Van Hees q.q.* uit 2006, waaruit volgt dat de gewezen verhuurder uit hoofde van zijn recht op het gehuurde kan verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijderd.<sup>[7]</sup> Deze verplichting rust volgens de Hoge Raad op de curator in hoedanigheid en is daarmee in een voorkomend geval boedelschuld.

De argumentatie waarop het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* is gestoeld en de potentiële consequenties daarvan worden hierna nader geanalyseerd. In § 4 besteden wij aandacht aan de wijze waarop in het systeem van de Faillissementswet wordt omgegaan met door de schuldenaar aangegane overeenkomsten die nog niet geheel zijn nagekomen en beantwoorden wij de vraag in hoeverre het arrest daarmee in overeenstemming is. Aansluitend komt in § 5 het door de Hoge Raad geformuleerde boedelschuld criterium aan de orde en wordt tevens een standpunt ingenomen over de faillissementsrechtelijke status van verplichtingen die niet uit een obligatoire, maar een goederenrechtelijke rechtsverhouding voortvloeien. Eerst volgen hierna echter enige algemene opmerkingen over de reikwijdte van het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* en de verhouding daarvan tot eerdere rechtspraak van de Hoge Raad.

### 3. Algemene opmerkingen over de reikwijdte van het arrest en zijn verhouding tot eerdere rechtspraak van de Hoge

## Raad

De Hoge Raad gaat dus 'om'. Hij verlaat de met de arresten *De Ranitz q.q./Ontvanger, Frima q.q./Blankers-Van Gennip* en *Circle Plastics* uitgezette lijn, waarbij hij achtereenvolgens (i) de desinvesteringsbetaling die verschuldigd werd bij gelegenheid van de vervreemding van bedrijfsmiddelen waarvoor de schuldenaar WIR-premies had ontvangen; (ii) de verplichting tot affinanciering van pensioenaanspraken die ontstond bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst; en (iii) de bij het eindigen van de huur ontstane ontruimingsverplichting als boedelschuld aanmerkte, steeds omdat de desbetreffende schuld ontstond als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling. Daarbij was volgens de Hoge Raad irrelevant dat de desbetreffende verplichting mede haar grond vond in een reeds vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding. De eerste twee genoemde boedelschulden deden zich in de praktijk echter al niet of nauwelijks meer voor, omdat in 1990 de WIR is ingetrokken en sinds 2000 de systematiek van de financiering van pensioenen fundamenteel is gewijzigd. Iets anders geldt voor de ontruimingsverplichting die ontstaat bij het eindigen van de huur, maar juist die verplichting lijkt de Hoge Raad nog altijd als boedelschuld te bestempelen, zij het op een andere grondslag. Wij komen daar in § 5 op terug.

Opvallend is dat de Hoge Raad het arrest *LISV/Wilderink q.q.* uit 1999 onvermeld laat.<sup>[8]</sup> Hierin oordeelde hij dat de aanspraak van een door de curator ontslagen werknemer op een uitkering in geld voor niet-genoten vakantiedagen als boedelschuld kwalificeert, ook voor zover die uitkering betrekking heeft op vóór datum faillissement opgebouwde vakantierechten. Ook in de zaak *Circle Plastics* werd dit arrest door de Hoge Raad niet genoemd.<sup>[9]</sup> Een en ander laat zich vermoedelijk verklaren doordat de Hoge Raad zijn beslissing inzake *LISV/Wilderink q.q.* uitsluitend grondde op het loonbegrip in art. 40 Fw en het toedoen criterium daarin geen rol speelde.<sup>[10]</sup> Dit impliceert naar onze mening dat het arrest *LISV/Wilderink q.q.* ook nu nog het geldende recht weergeeft. Voor zover het gaat om aanspraken die betrekking hebben op vóór de faillissementsdatum opgebouwde vakantiedagen kan men daar vanuit juridisch-technisch oogpunt vraagtekens bij plaatsen, zeker gelet op de thans door de Hoge Raad ingezette koerswijziging. Maar de kwalificatie van een schuld als boedelschuld kan er ook toe dienen een bepaalde groep beschermenswaardig geachte schuldeisers een bevoorrechte positie toe te kennen en onzes inziens valt niet uit te sluiten dat dit is wat de Hoge Raad met zijn beslissing inzake *LISV/Wilderink q.q.* primair voor ogen stond. Daarbij bedenke men zich wel dat het uiteindelijk veelal niet de werknemer is die daarvan profiteert, maar het UWV, die in de desbetreffende aanspraken is gesubrogeerd.

Wat betekent het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* voor de geldigheid van het *Papierfabrieken Van Gelder*-arrest uit 1990 en het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest* uit 2011?<sup>[11]</sup> In het eerstgenoemde arrest oordeelde de Hoge Raad dat de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende afweging van enerzijds de belangen van de werknemers en anderzijds die van de schuldeisers, niet kan worden doorkruist door een vóór datum faillissement gesloten overeenkomst. De consequentie hiervan was dat de aanspraken die de op basis van art. 40 Fw ontslagen Van der Kooi aan een sociaal plan ontleende, niet in het faillissement konden worden verhaald, niet bij wege van boedelschuld en evenmin als verifieerbare schuld. In lijn hiermee oordeelde de Hoge Raad in *Aukema q.q./Uni-Invest* dat een schadevergoedingsbeding dat wordt geactiveerd door een opzegging van de huur op de voet van art. 39 Fw en de aan dat artikel ten grondslag liggende belangenafweging doorkruist, geen effect sorteert. In *Koot Beheer/Tideman q.q.* was eveneens een opzegging door de curator op de voet van art. 39 Fw aan de orde en oordeelde de Hoge Raad dat een verplichting tot herstel van schade aan het gehuurde die bij het einde van de huur ontstaat ter verificatie kan worden ingediend. Betekent dit nu dat ook de arresten *Papierfabrieken Van Gelder* en *Aukema q.q./Uni-Invest* in ieder geval op dit punt door *Koot Beheer/Tideman q.q.* zijn achterhaald? Wij menen van niet. De vordering van de werknemer op grond van het sociaal plan en de vordering tot schadevergoeding van de verhuurder strekten ter compensatie van het gemis aan loon respectievelijk huurpenningen en raakten daarmee rechtstreeks aan de belangenafweging die aan art. 39 en 40 Fw ten grondslag ligt. Voor de vordering tot herstel van schade aan het gehuurde als aan de orde in *Koot Beheer/Tideman q.q.* geldt dit niet, nu deze niet in de plaats treedt van de huurpenningen maar daarvan geheel losstaat.<sup>[12]</sup> Ook de standaardarresten *Papierfabrieken Van Gelder* en *Aukema q.q./Uni-Invest* staan onzes inziens dus nog altijd fier overeind.

#### 4. De plaats van door de schuldenaar aangegane overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende aanspraken binnen faillissement

In § 2 kwam aan de orde dat het oordeel van de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* dat de betreffende schadevergoedingsvordering geen boedelschuld opleverde, in de eerste plaats is gegrond op de wijze waarop binnen het systeem van de Faillissementswet wordt omgesprongen met verbintenissen uit door de schuldenaar gesloten overeenkomsten. In dat systeem ligt besloten dat de curator ten aanzien van de hier bedoelde overeenkomsten een *keuzerecht* heeft.<sup>[13]</sup> Kiest hij voor nakoming, dan verbindt hij de boedel voor de daaruit voortvloeiende verplichtingen; opteert hij voor niet-nakoming, dan is de wederpartij voor de voldoening van haar contractuele aanspraken aangewezen op de verificatievergadering, ook in gevallen waarin zij feitelijk in staat zou zijn buiten de curator om nakoming te bewerkstelligen.<sup>[14]</sup> Met dit systeem zou volgens de Hoge Raad niet stroken dat een vordering als boedelschuld zou worden aangemerkt vanwege het enkele feit dat zij in verband met een contractbeëindiging door de curator is ontstaan. Deze opvatting vinden wij overtuigend, omdat de curator er blijkens die beëindiging immers uitdrukkelijk voor heeft gekozen dat de overeenkomst niet verder wordt uitgevoerd. In het onderhavige geval komt daar nog bij dat sprake was van een huurovereenkomst, waarbij de vanaf de faillissementsdatum verschuldigde huur op grond van art. 39 lid 1 Fw als boedelschuld heeft te gelden en dat met de toekenning van het tevens in die bepaling neergelegde opzeggingsrecht aan de curator volgens de Hoge Raad is beoogd dat kan worden voorkomen dat die boedelschuld te hoog oploopt.<sup>[15]</sup> Daarbij past niet dat de gebruikmaking van dat recht weer andere boedelschulden zou kunnen doen ontstaan.

In zijn conclusie voor het *Circle Plastics*-arrest stelde A-G Keus dat er ondanks de breed gedragen kritiek in de literatuur onvoldoende grond bestond om af te wijken van de in de arresten *De Ranitz/Ontvanger q.q.* en *Frima q.q./Blankers-Van Gennip* ingezette lijn, onder meer omdat dit tot de zijns inziens onaanvaardbare consequentie zou leiden dat vorderingen die op grond van het toedoen criterium als boedelschuld werden bestempeld, vanwege het ontstaansmoment van die vorderingen dan helemaal niet meer binnen het faillissement konden worden verhaald.<sup>[16]</sup> In het systeem van de Faillissementswet ligt immers besloten dat het passief op de faillissementsdatum wordt gefixeerd. Vorderingen die na die datum ontstaan, kunnen in beginsel niet ter verificatie worden ingediend. Op dit uitgangspunt bestaat slechts een aantal limitatieve uitzonderingen, waarvan de in art. 37a Fw genoemde vorderingen de belangrijkste zijn. Op grond van deze bepaling kunnen 'vorderingen die de wederpartij uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op deze verkregen vordering', ter verificatie worden ingediend, ondanks het feit dat zij na faillissement zijn ontstaan.<sup>[17]</sup> Over vorderingen die de wederpartij verkrijgt naar aanleiding van een *opzegging* van een vóór de faillietverklaring met de gefailleerde gesloten (duur)overeenkomst zegt de bepaling evenwel niets, zodat voor die vorderingen dient te worden teruggevallen op de hoofdregel dat zij niet kunnen worden geverifieerd indien zij na de faillissementsdatum ontstaan.

In *Koot Beheer/Tideman q.q.* slaat de Hoge Raad ook op dit punt een andere weg in. Hij overweegt in algemene zin dat vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren op grond van de door hem gegeven criteria, voor verificatie in aanmerking komen, ook indien zij eerst tijdens faillissement ontstaan, waarbij hij verwijst naar art. 37 en 37a Fw. Voor zover de Hoge Raad hier het oog heeft op vorderingen die ontstaan naar aanleiding van een *opzegging* van een door de schuldenaar gesloten overeenkomst, kunnen wij ons ook in dit oordeel vinden. Wij zien geen goede grond om vorderingen die de wederpartij in verband met een *ontbinding* van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst verkrijgt anders te behandelen dan vorderingen die ontstaan indien het contract op enige *andere wijze* eindigt. In *alle* gevallen dient de wederpartij haar uit de *beëindiging* voortvloeiende vorderingen ter verificatie te kunnen indienen, ongeacht of zijzelf of de curator het initiatief tot die beëindiging heeft genomen.<sup>[18]</sup> Deze opvatting strookt inderdaad met het systeem van art. 37 en 37a Fw, zij het dat een wijziging van de regeling van art. 37a Fw op dit punt naar onze mening gelet op het fixatiebeginsel wel in de rede ligt.

Een belangrijke consequentie van de gewijzigde opvatting van de Hoge Raad is dat voor de status van de vorderingen van de wederpartij binnen faillissement niet langer relevant is wie van beide partijen de overeenkomst opzegt. Steeds constitueren de naar aanleiding van die opzegging te ontstane vorderingen van

de wederpartij een verifieerbare schuld. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de aanspraken die de wederpartij verkrijgt indien de curator en zij de overeenkomst met wederzijds goedvinden beëindigen.<sup>[19]</sup> Weliswaar heeft de curator in de regel geen belang bij opzegging of het sluiten van een overeenkomst tot voortijdige beëindiging, nu hij eenvoudigweg kan weigeren te presteren, maar onder omstandigheden kan dit anders zijn. Men denke aan het geval dat de gefailleerde een vooruitbetaling heeft verricht die de curator gerestitueerd wil zien,<sup>[20]</sup> of sprake is van een huurovereenkomst of een arbeidsovereenkomst waarbij de gefailleerde huurder respectievelijk werkgever is, aangezien die overeenkomsten van rechtswege ten laste van de *boedel* doorlopen.<sup>[21]</sup>

### Vordering tot nakoming

Maar de Hoge Raad lijkt nog een serieuze stap verder te gaan door niet alleen vorderingen die ontstaan doordat een door de schuldenaar gesloten overeenkomst op andere wijze dan door ontbinding *eindigt* in aanvulling op art. 37a Fw verifieerbaar te achten, maar simpelweg *alle* vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en geen boedelschuld opleveren.<sup>[22]</sup> Dit impliceert onzes inziens dat de Hoge Raad van oordeel is dat ook een bestaande vordering tot *nakoming* van een overeenkomst die over en weer nog niet geheel is nagekomen en die dus valt binnen de reikwijdte van art. 37 Fw, zonder meer ter verificatie kan worden ingediend, niettegenstaande de bezwaren die daartegen in de literatuur zijn geuit.<sup>[23]</sup> Belangrijker nog is dat thans ook vorderingen tot nakoming die de wederpartij verkrijgt doordat zij na de faillissementsdatum uitvoering blijft geven aan een met de schuldenaar gesloten overeenkomst die de curator niet gestand heeft gedaan, ter verificatie lijken te kunnen worden ingediend. Weliswaar zal een wederpartij niet snel geneigd zijn te presteren indien zij ter zake van de tegenprestatie naar de verificatievergadering zal worden verwezen, maar uitgesloten is het zeker niet. Naast gevallen waarin de wederpartij in kwestie blijft presteren omdat zij niet van het faillissement op de hoogte is, kan hier in het bijzonder worden gedacht aan het bewust laten doorlopen van duurovereenkomsten die geen actieve prestatie van de wederpartij vergen, zoals licenties en verzekeringsovereenkomsten, aan servicecontracten op basis waarvan de wederpartij op afroep beschikbaar is, aan telefonie- en internetcontracten of aan overeenkomsten op basis waarvan de schuldenaar gehouden is periodiek een bepaalde hoeveelheid goederen af te nemen. De verifieerbaarheid van de daaruit voortvloeiende vorderingen van de wederpartij lijkt in overeenstemming met de visie van de wetgever ten tijde van de invoering van de Faillissementswet.<sup>[24]</sup> Hierbij moet bedacht worden dat die verificatie op grond van de tot 1980 vigerende jurisprudentie van de Hoge Raad over het ontstaansmoment van vorderingen ook geen strijd met het fixatiebeginsel opleverde. Vorderingen werden vóór 1980 als bestaand aangemerkt indien zij hun onmiddellijke grondslag vonden in een bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar.<sup>[25]</sup> Sinds het *Solleveld*-arrest uit 1980 vaart de Hoge Raad op dit punt evenwel een andere koers en acht hij het bestaan van een onmiddellijke grondslag niet langer voldoende om aan te nemen dat sprake is van een bestaande vordering.<sup>[26]</sup> In dit licht menen wij dat de verificatie van de hier bedoelde vorderingen naar huidig recht een brug te ver is.<sup>[27]</sup> Wij wijzen hierbij in het bijzonder op art. 24 Fw, op grond waarvan de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillissementsdatum zijn ontstaan, behoudens voor zover de boedel daardoor is gebaat.<sup>[28]</sup> Het valt ook niet in te zien waarop de verificatie van de hier bedoelde vorderingen – in afwijking van art. 24 Fw en het daaraan ten grondslag liggende fixatiebeginsel – zou kunnen worden gegrond. In ieder geval niet op art. 37 en 37a Fw, dunkt ons. Die artikelen wijzen veeleer in de tegenovergestelde richting. Het is onzes inziens niet aanvaardbaar dat indien de curator met gebruikmaking van zijn in art. 37 Fw tot uitdrukking gebrachte keuzerecht opteert voor niet-nakoming, de wederpartij toch zou kunnen blijven nakomen, om vervolgens met haar daaruit resulterende aanspraken in het faillissement op te komen. Bovendien ligt naar onze mening in art. 37a Fw besloten dat ook een na de faillissementsdatum ontstane vordering tot *vervangende* schadevergoeding – wat een substituut van het recht op nakoming is – alleen kan worden geverifieerd voor zover de omzetting plaatsvindt naar aanleiding van een tekortkoming in de nakoming van een vóór de faillietverklaring verkregen vordering.<sup>[29]</sup>

### Zijn de beperkingen van art. 37a Fw opgeheven?

Dit laatste brengt ons op een andere potentiële consequentie van de verruiming van de verificatiemogelijkheden van de wederpartij van de failliet die in het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* besloten ligt. Indien alle vorderingen die voortvloeien uit bestaande wederkerige overeenkomsten die niet door de curator gestand zijn gedaan verifieerbaar zouden zijn, dan zou dat impliceren dat ook de beperkingen die de regeling van art. 37a Fw zelf aan de verifieerbaarheid van die vorderingen stelt, niet langer gelden. Zo is in geval van wanprestatie de mogelijkheid tot verificatie in art. 37a Fw uitdrukkelijk beperkt tot vorderingen tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een *vóór de faillietverklaring* op de schuldenaar verkregen vordering. Maar stel nu dat de wederpartij na de faillietverklaring blijft presteren en de curator ervoor kiest de overeenkomst niet gestand te doen, dan constitueert dat enerzijds een vordering tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een *na de faillietverklaring* op de schuldenaar verkregen vordering – die dus naar de letter van art. 37a Fw *niet* verifieerbaar is – terwijl anderzijds (nog steeds) sprake is van een vordering die voortvloeit uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar die geen boedelschuld oplevert en die dus volgens de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* wel verifieerbaar is. Hetzelfde geldt voor vorderingen die ertoe strekken prestaties ongedaan te maken die na de faillietverklaring door de wederpartij zijn verricht.<sup>[30]</sup> Het oordeel van de Hoge Raad op dit punt is niet alleen strijdig met de tekst van art. 37a Fw, maar lijkt ook in te druisen tegen de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever.<sup>[31]</sup>

### Aansporingsboetes

De overweging dat vorderingen die voortvloeien uit een op datum faillissement reeds bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren op grond van de door de Hoge Raad genoemde gronden ter verificatie kunnen worden ingediend, ook indien zij eerst na die datum zijn ontstaan, heeft in potentie nog een andere weinig aansprekende consequentie. Zij opent de weg voor de verificatie van vorderingen die na de faillissementsdatum ontstaan uit hoofde van een boetebeding dat er louter toe strekt de schuldenaar tot nakoming van de overeenkomst aan te sporen (ook wel: een zuiver boetebeding). Onzes inziens zou die verificatie niet moeten worden aanvaard. In relatie tot de schuldenaar verliest de boete haar functie, omdat hij als gevolg het bepaalde in art. 23 Fw niet meer kan nakomen. De curator kan dat in beginsel wel, maar jegens hem geldt dat hij niet tot nakoming kan worden gedwongen.<sup>[32]</sup> Daarbij past niet dat hij bij het nemen van een beslissing omtrent nakoming door (de dreiging van) het verbeuren van aansporingsboetes onder druk zou kunnen worden gezet, terwijl evenmin aanvaardbaar is dat die boetes zouden kunnen oplopen nadat de curator kenbaar heeft gemaakt de overeenkomst niet te zullen nakomen.<sup>[33]</sup> Bovendien valt ook hier niet in te zien waarop de verificatie van de bedoelde vorderingen zou kunnen worden gegrond. Ingevolge het arrest *Dubbeld/Laman* geldt dat zij eerst na de faillissementsdatum ontstaan,<sup>[34]</sup> terwijl zij vanwege het ontbreken van een schadevergoedingskarakter niet binnen het toepassingsgebied van art. 37a Fw vallen.<sup>[35]</sup> De enige uitweg lijkt ons hier te zijn dat wordt aangenomen dat contractuele boetes die louter een aansporingsfunctie hebben na de faillietverklaring in het geheel niet verbeuren, zoals dat ingevolge art. 611e lid 1 Rv ook geldt voor civielrechtelijke dwangsommen. Wij zouden daarvan een voorstander zijn.<sup>[36]</sup>

### Een insolventierechtelijk beëindigingsrecht gewenst

In de literatuur is ervoor gepleit de curator onder omstandigheden het recht toe te kennen door de schuldenaar aangegane overeenkomsten te beëindigen.<sup>[37]</sup> De recentelijk vanwege INSOLAD aan de minister aangeboden voorstellen tot wijziging van de Faillissementswet voorzien zelfs in een regeling op grond waarvan de overeenkomst van rechtswege is ontbonden indien de curator haar niet gestand doet, zoals dat ook gold onder de regeling van art. 37 (oud) Fw. Indien uit het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* inderdaad zou volgen dat indien de curator een overeenkomst niet gestand doet de wederpartij niettemin nakomingsvorderingen en vorderingen uit hoofde van aansporingsboetes die zij na de faillissementsdatum op

basis van die overeenkomst verkrijgt ter verificatie kan indienen, dan pleit dat er temeer voor op korte termijn een dergelijk bijzonder insolventierechtelijk beëindigingsrecht te creëren, even daargelaten de precieze vormgeving daarvan. Het spreekt niet aan dat de wederpartij een overeenkomst in de lucht houdt waarvan de curator heeft aangegeven daarbij geen belang te hebben, louter om haar positie in faillissement – ten detrimente van de gezamenlijke schuldeisers – te verstevigen. Ook kan men zich afvragen of het rechtvaardig is de schuldenaar na het eindigen van het faillissement – voor zover hij dan nog een reëel bestaan leidt – te confronteren met verplichtingen die zijn ontstaan in een periode waarin hij daaraan als gevolg van het faillissement niet kon voldoen en hij vaak ook niet kon profiteren van de daarmee corresponderende tegenprestaties.

### **Resulteert een opzegging door de curator onder omstandigheden toch in boedelschulden?**

De Hoge Raad merkt in *Koot Beheer/Tideman q.q.* nog op dat het uitgangspunt dat het faillissement de door de schuldenaar gesloten overeenkomsten onverlet laat, impliceert dat de curator niet tot opzegging bevoegd is indien de wet of het contract hem die bevoegdheid niet biedt. Daarover kan onzes inziens inderdaad weinig twijfel bestaan, zoals bijvoorbeeld ook een contractuele uitsluiting van de mogelijkheid van de schuldenaar tot ontbinding op de voet van art. 6:265 BW aan een beëindiging door diens curator op die grond in de weg staat. Zegt de curator onbevoegd een overeenkomst op, dan is de verplichting tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade volgens de Hoge Raad wél een boedelschuld. Wij vragen ons af of het gevolg van een onbevoegde opzegging door de curator niet veeleer is dat het contract blijft voortbestaan, totdat het eventueel alsnog door de wederpartij of op andere grondslag wordt beëindigd.<sup>[38]</sup> Naar het oordeel van de Hoge Raad valt met de hier bedoelde situatie op één lijn te stellen het geval dat de curator wél tot opzegging bevoegd is, maar alleen tegen betaling van een schadevergoeding of schadeloosstelling in verband met de beëindiging. De daaruit resulterende vordering van de wederpartij constitueert volgens de Hoge Raad dus tevens een boedelschuld. Is dit terecht? Indien het contract – zoals niet ongebruikelijk is – aan de beëindiging het ontstaan van een schadevergoedingsverplichting koppelt, luidt het antwoord onzes inziens zonder meer ontkennend. Naar onze mening valt niet in te zien waarom voor die verplichting in dat geval iets anders zou gelden dan voor de verplichting tot schadevergoeding die aan de orde was in het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*<sup>[39]</sup> Een dergelijke vordering dient ter verificatie te worden ingediend, zoals dat op grond van art. 37a Fw bijvoorbeeld ook geldt voor de ongedaanmakingsvordering die de wederpartij verkrijgt indien de curator het contract op de voet van art. 6:265 BW ontbindt. Het is evenwel niet ondenkbaar dat het contract in een voorkomend geval zo moet worden uitgelegd dat het alleen als gevolg van de opzegging door de curator eindigt indien de wederpartij door deze schadeloos is gesteld, in die zin dat de beëindigingsvergoeding daadwerkelijk door de wederpartij moet zijn ontvangen. Zou de curator de overeenkomst in een dergelijk geval opzeggen, dan behoort de consequentie ook daarvan echter niet te zijn dat de beëindigingsvergoeding een boedelschuld oplevert, maar dat het contract niet eindigt indien de curator die vergoeding niet uit de boedel betaalt, maar de wederpartij ter zake daarvan naar de verificatievergadering verwijst.

### **Terug naar de oorsprong**

Uit het voorgaande blijkt eens temeer dat de regeling van art. 37 en 37a Fw nog steeds veel weg heeft van een bananenschil waarover het gemakkelijk uitglijden is. Dat is in belangrijke mate terug te voeren op de ondoordachte wijziging van art. 37 (oud) Fw met ingang van 1 januari 1992. W. Snijders, destijds regeringscommissaris voor de Boeken 3, 5 en 6 BW, schreef over deze wijziging in de Brunnerbundel onder meer het volgende:

“In de oude versie van art. 37 werd de overeenkomst bij gebreke van een bereidverklaring ontbonden. Dit bracht mee dat de curator het in zijn macht had om door niet of negatief te reageren eenzijdig de ontbinding van niet volledig nagekomen overeenkomsten te weeg te brengen, ook al had de wederpartij van de gefailleerde zich stipt aan de overeenkomst gehouden. In de huidige versie bestaat de sanctie slechts hieruit dat de curator bij gebreke van een bereidverklaring geen nakoming meer kan vorderen. Het is aan de wederpartij om te beslissen of zij in verband daarmee de

overeenkomst wil ontbinden of niet.”<sup>[40]</sup>

Snijders noemt vervolgens enkele voorbeelden van gevallen waarin het huidige art. 37 Fw leidt tot een in zijn ogen wenselijke versterking van de positie van de wederpartij doordat de curator het niet langer in zijn macht heeft om ontbinding van de overeenkomst te bewerkstelligen door te kiezen voor niet-gestanddoening. Wat Snijders zich kennelijk onvoldoende realiseerde, is dat met die verandering en de onvolkomen wijze waarop die is vormgegeven, het kind met het badwater werd weggegooid. Zo bepaalt het huidige art. 37 Fw niet wat rechtens is indien de wederpartij ervoor kiest om niet te ontbinden maar nakoming te vorderen, terwijl de nakomingsvordering in art. 37a Fw niet genoemd wordt en bepaalt het evenmin wat rechtens is indien de curator verklaart niet gestand te doen, maar de wederpartij (zoals een huurder van woon- of bedrijfsruimte, een koper die de koop op de voet van art. 7:3 BW heeft ingeschreven of een partij die over zekerheid voor nakoming beschikt) vooralsnog feitelijk in staat is om buiten de curator om nakoming te bewerkstelligen. De wijze waarop de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* getracht heeft een deel van de hier gesignaleerde leemtes op te vullen, is echter wederom onvolkomen, waardoor nog steeds sprake is van een niet-concludente systematiek ten aanzien van de status van vorderingen die voortvloeien uit ten tijde van de faillietverklaring nog lopende wederkerige overeenkomsten die vallen binnen het bereik van art. 37 Fw.

Enigszins terloops beslecht de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* overigens ook nog een sinds jaar en dag in de literatuur bestaande controverse over de vraag of de regeling van art. 37 Fw ook van toepassing is op *duurovereenkomsten*.<sup>[41]</sup> De Hoge Raad beantwoordt die vraag bevestigend. Naar onze mening is dat terecht, hetgeen evenwel niet wegneemt dat de regeling van art. 37 Fw niet goed op duurovereenkomsten is toegesneden.<sup>[42]</sup> Ook neemt de Hoge Raad nog een in art. 37a Fw besloten liggende onduidelijkheid weg. De bepaling rept van verificatie als *concurrent* schuldeiser, maar volgens de Hoge Raad geldt dat ‘behoudens door de wet erkende redenen van voorrang’.<sup>[43]</sup> Ook dat is terecht. Het is aannemelijk dat de wetgever met de opname van het woord ‘concurrent’ in art. 37a Fw niet meer heeft beoogd dan tot uitdrukking te brengen dat de daarin genoemde vorderingen geen boedelschuld constitueren, maar slechts via het systeem van verificatie en uitdeling kunnen worden gerealiseerd.<sup>[44]</sup> Onzes inziens bestaat ook geen enkele zinnige reden om een schuldeiser diens voorrecht in de gegeven omstandigheden te ontnemen. Integendeel; dat voorrecht is hem juist met het oog op een *concursum creditorum* toegekend. Is aan één van de in art. 37a Fw genoemde vorderingen een voorrecht verbonden, dan blijft dat voorrecht bij verificatie op de voet van die bepaling dus in stand. Schiet bijvoorbeeld een aannemer tekort in de nakoming van een vóór diens faillietverklaring gesloten overeenkomst en heeft hij in verband daarmee een vordering op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar, dan kan de wederpartij op de voet van art. 37a Fw een schadevergoedingsvordering ter verificatie indienen waaraan het voorrecht van art. 3:287 BW verbonden is.<sup>[45]</sup>

## 5. Het boedelschuld criterium

Het oordeel van de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* dat de aan de orde zijnde schadevergoedingsvordering geen boedelschuld opleverde, is tevens gestoeld op de gedachte dat dit strookt met hetgeen uit de Faillissementswet volgt met betrekking tot boedelschulden. Dit is opmerkelijk, nu de Faillissementswet het begrip boedelschuld niet definieert en die wet ook overigens maar weinig aanknopingspunten voor een nadere omlijning van het fenomeen boedelschuld biedt. In § 2 kwam reeds aan de orde dat de Hoge Raad boedelschulden definieert als schulden die een onmiddellijke aanspraak jegens de boedel geven, hetzij (i) ingevolge de wet; hetzij (ii) omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan; hetzij (iii) omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. De onder (iii) bedoelde categorie wordt door de Hoge Raad nader gepreciseerd: het gaat om schulden die de curator op zich neemt bij rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht. Kan de praktijk hiermee uit de voeten?

### Categorie (i)



De eerste categorie levert vermoedelijk weinig problemen op. Schulden kwalificeren logischerwijze als boedelschuld indien die kwalificatie uit de wet volgt. Prominente voorbeelden zijn de vanaf de dag van de faillietverklaring door de schuldenaar verschuldigde huurpenningen (art. 39 lid 1 Fw) en het vanaf die dag verschuldigde loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden (art. 40 lid 2 Fw). Daarnaast volgt uit art. 24 Fw in samenhang met de wetsgeschiedenis bij die bepaling dat indien na de faillissementsdatum ten laste van de schuldenaar verbintenissen ontstaan en de boedel als gevolg daarvan een voordeel geniet, ten belope van dit voordeel een boedelschuld ontstaat.<sup>[46]</sup> Gedacht kan worden aan de verbintenis die voortvloeit uit een tijdens het faillissement aan de boedel verrichte onverschuldigde betaling. Een voorbeeld van een buiten het kader van de Faillissementswet gelegen bepaling waarin een schuld als boedelschuld wordt aangemerkt, is art. 17 Wet griffierechten burgerlijke zaken. Soms bepaalt de wet overigens juist uitdrukkelijk dat een bepaalde schuld géén boedelschuld oplevert. Men denke hier bijvoorbeeld aan de proceskosten als bedoeld in art. 28 lid 3 Fw.

### Categorie (ii)

De tweede categorie lijkt in het bijzonder betrekking te hebben op schulden die voortvloeien uit lopende overeenkomsten die de curator – uitdrukkelijk of stilzwijgend – gestand doet of nieuwe contracten die hij in hoedanigheid aangaat. De gedachte achter de toevoeging dat het moet gaan om schulden die de curator op zich neemt bij rechtshandeling doordat zijn wil daarop is gericht, is niet geheel duidelijk. Mogelijk wil de Hoge Raad hiermee voorkomen dat schulden die ontstaan vanwege de opzegging van een overeenkomst door de curator de status van boedelschuld krijgen, op de grond dat de curator die schuld is ‘aangegaan’ door de overeenkomst te beëindigen.<sup>[47]</sup> Doordat de wil van de curator niet op het ontstaan van die schuld was gericht, ontstaat in dat geval geen boedelschuld, zo is dan de gedachte. Ook uit de wet voortvloeiende schulden die niet meer dan een bijgevolg zijn van een door de curator verrichte rechtshandeling, zoals de desinvesteringbetaling uit *De Ranitz q.q./Ontvanger* en de affinancieringsverplichting uit *Frima q.q./Blankers-Van Gennip*, kunnen dan op deze grond uit de rangen van de boedelschuldeisers worden geweerd. Maar zonder uitzondering is ook deze regel niet. De omzetbelastingsschuld die ontstaat als de curator activa overdraagt, is immers ook niet meer dan een bijgevolg van een door de curator verrichte rechtshandeling, maar toch zal niemand willen betwisten dat die schuld kwalificeert als boedelschuld, ook al is de wil van de curator niet gericht op het ontstaan van die schuld. Een sprekend voorbeeld in dit kader is wel het geval waarin een nieuw gebouwde onroerende zaak door de curator wordt overgedragen aan een partij die geen onderneming drijft en de opbrengst op grond van het *Rentekas*-arrest<sup>[48]</sup> aan de hypotheekhouder toekomt met inbegrip van de verschuldigde BTW,<sup>[49]</sup> zodat de boedel die BTW zelf niet eens ontvangt. De wil van de curator zal in dat geval nimmer gericht zijn op het ontstaan van die schuld. Waarom kwalificeert die schuld in die gevallen naar onze mening desondanks als boedelschuld? Omdat het ‘bijgevolg’ in casu niet voortvloeit uit een per datum faillietverklaring reeds bestaande situatie waarin de curator in feite geen andere keuze heeft dan dat bijgevolg in het leven te roepen omdat hij gehouden is te voorkomen dat boedelschulden ex art. 39 of 40 Fw onnodig oplopen. Het ‘bijgevolg’ vloeit bij overdracht van activa voort uit de bewuste keuze van de curator om die activa – ten behoeve van de schuldeisers, al dan niet mede op grond van afspraken met een separatist – tegen een bepaalde prijs te verkopen en ook een curator heeft in dat geval te accepteren dat dan bij overdracht van die activa op grond van de wet omzetbelastingsschulden ten laste van de boedel kunnen ontstaan. Het gaat niet aan dat de curator zich zou kunnen onttrekken aan de spelregels in het economisch verkeer die wel gelden voor alle andere deelnemers aan dat verkeer door zich op het standpunt te stellen dat zijn wil niet gericht was op het ontstaan van een omzetbelastingsschuld en dat daarom slechts sprake is van een niet-verifieerbare schuld, die vervolgens in een zwart gat verdwijnt.

Een volgende vraag is of aan de toevoeging dat de wil van de curator gericht dient te zijn op het ontstaan van de uit een door hem verrichte rechtshandeling voortvloeiende schuld, ook buiten de situaties waarin die schuld slechts een bijgevolg is van die rechtshandeling, betekenis toekomt. Wij wagen dat te betwijfelen. Evident is dat de curator die bijvoorbeeld een contractuele wederpartij van de schuldenaar tot nakoming aanspreekt, zich niet op het standpunt kan stellen dat de tegenprestatie geen boedelschuld oplevert, omdat zijn wil daarop niet was gericht. Dit volgt ook uit de verwijzing in *Koot Beheer/Tideman q.q.* naar het bepaalde in art. 3:35 BW. Uit

het feit dat de curator de wederpartij tot nakoming aanspreekt, mag zij afleiden dat de curator de boedel verbindt voor de uit het contract voortvloeiende verbintenissen, ongeacht of dit met zijn wil in overeenstemming is. Dat dit ook geldt in aanzienlijk minder evidente gevallen, moge blijken uit het *TenneT*-arrest, waarin aangenomen werd dat sprake was van een boedelschuld op de grond dat de bewindvoerder ermee bekend was of had behoren te zijn dat deze schuld kon ontstaan en ervan had afgezien dit te voorkomen.<sup>[50]</sup> Ook indien de curator bijvoorbeeld een volmacht verleent en de gevolmachtigde buiten de volmacht treedt, zullen boedelschulden ontstaan indien sprake is van schijn van volmachtverlening in de zin van art. 3:61 lid 2 BW. De curator kan dergelijke boedelschulden niet buiten de deur houden op de grond dat zijn wil niet op het ontstaan ervan was gericht.

### Categorie (iii)

De derde categorie is een open deur. Indien de curator handelt in strijd met een door hem in hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting roept hij daarmee vanzelfsprekend boedelschulden in het leven. De vraag is natuurlijk wanneer van een dergelijke verbintenis of verplichting sprake is. Door de curator in hoedanigheid na te leven 'verbintenissen' zijn in de eerste plaats die verbintenissen die onder de eerste twee hiervoor genoemde categorieën boedelschulden opleveren. Daarnaast kan bijvoorbeeld worden gedacht aan schadevergoedingsverbintenissen die na datum faillissement door handelen of nalaten van de curator op grond van art. 6:162 BW ontstaan. Het gaat hier steeds om verbintenissen die op de voet van art. 26 Fw ter verificatie hadden moeten worden ingediend indien zij vóór de faillissementsdatum waren ontstaan. Met 'verplichting' wordt dan vermoedelijk bedoeld op andere dan verbintenisrechtelijke verplichtingen, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan verplichtingen die voortvloeien uit het publiekrecht, zoals het milieurecht, en aan goederenrechtelijke verplichtingen.<sup>[51]</sup>

Ten aanzien van milieurechtelijke verplichtingen geldt dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van oordeel is dat de curator vanaf de faillietverklaring verantwoordelijk is voor de naleving van de milieuverplichtingen (en de daarop gegronde vergunningen) van de gefailleerde en dat die naleving met de oplegging van een dwangsom kan worden afgedwongen, ook indien de met de milieuwetgeving strijdige situatie reeds vóór de faillissementsdatum is ontstaan.<sup>[52]</sup> Uit de aanvaarding door de Afdeling van de mogelijkheid tot de oplegging van een dwangsom aan de curator in hoedanigheid volgt eigenlijk onontkoombaar dat de Afdeling ervan uitgaat dat dwangsommen die de curator vervolgens laat verbeuren boedelschulden zijn.<sup>[53]</sup> Strikt genomen behoort de vaststelling van de status van een schuld binnen faillissement niet tot de jurisdictie van de Afdeling. Uit het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* kan onzes inziens echter worden afgeleid dat de Hoge Raad de kwalificatie als boedelschuld hier onderschrijft. Schulden die een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting – waaronder volgens onze hoogste bestuursrechter dus zijn begrepen milieuverplichtingen – zijn immers zonder uitzondering boedelschulden.

Op de vraag naar de status van goederenrechtelijke verplichtingen binnen faillissement gaan wij hierna nader in, ook omdat de Hoge Raad daaraan in *Koot Beheer/Tideman q.q.* enige belangwekkende overwegingen wijdt.

### Goederenrechtelijke verplichtingen

Goederenrechtelijke verplichtingen zijn verplichtingen die voortvloeien uit een goederenrechtelijke rechtsverhouding, meer in het bijzonder uit een beperkt recht. Men denke hier aan verplichtingen tot betaling van canon of retributies, aan verplichtingen tot het plegen van herstellingen of het verrichten van regulier onderhoud, aan bouwplichten enz. De hier bedoelde verplichtingen hebben een hybride karakter. Zij behoren tot de inhoud van het goederenrechtelijke recht, zodat zij in geval van een overgang onder bijzondere titel overgaan op de verkrijger. In de interne relatie tussen de hoofdgerechtigde en de beperkt gerechtigde zijn het echter bij uitstek verbintenissen. De verplichting tot betaling van canon is in de parlementaire geschiedenis dan ook terecht als een *kwalitatieve verbintenis* bestempeld (en niet als een zakelijke last).<sup>[54]</sup> Het ligt dan in de rede om aan te nemen dat voor andere uit de rechtsverhouding tussen de hoofdgerechtigde en de

<sup>[55]</sup>

beperkt gerechtigde voortvloeiende verplichtingen in beginsel hetzelfde geldt. — De karakterisering als kwalitatieve verbintenis maakt dat de nakoming van dit soort verplichtingen níet met een jegens de curator in te stellen zakelijke actie kan worden afgedwongen,<sup>[56]</sup> terwijl niet-nakoming door de curator geen inbreuk op het goederenrechtelijke recht, maar louter schending van een (kwalitatieve) verbintenis oplevert. Toch is door diverse auteurs betoogd dat de hier bedoelde verplichtingen door de curator bij wege van *boedelschuld* moeten worden nagekomen, om de eenvoudige reden dat zij niet uit een verbintenisrechtelijke, maar een goederenrechtelijke rechtsverhouding voortvloeien,<sup>[57]</sup> waarbij sommigen wel een uitzondering maken voor de verplichting tot betaling van canon of retributie, omdat de wet de gerechtigde daar op andere wijze – via een hoofdelijkheidsregeling – bescherming biedt.<sup>[58]</sup> In deze visie ligt besloten dat ook goederenrechtelijke verplichtingen die op datum faillissement reeds bestaan op de curator in hoedanigheid komen te rusten. Hiertegenover staat bijvoorbeeld de opvatting van Vonck, die in zijn proefschrift verdedigt dat de gerechtigde tot een uit een goederenrechtelijk recht voortvloeiende kwalitatieve verbintenis zijn vordering op de voet van art. 26 Fw ter verificatie moet indienen.

Deze laatste opvatting is naar onze mening het meest zuiver,<sup>[59]</sup> omdat een kwalitatieve verbintenis in de periode voorafgaand aan een eventuele overdracht van het daarmee belaste goederenrechtelijke recht zich voor wat betreft de status in faillissement niet wezenlijk onderscheidt van andere verbintenissen van de schuldenaar en de Faillissementswet ook onvoldoende aanknopingspunten biedt voor een onderscheid al naargelang de aard van de rechtsverhouding waaruit de verbintenis voortvloeit. Enigszins problematisch is wel dat het regime voor de afwikkeling van verbintenissen slechts in beperkte mate op de hier bedoelde categorie verbintenissen is toegesneden. Op de faillissementsdatum reeds bestaande kwalitatieve verbintenissen kunnen op de voet van art. 26 Fw ter verificatie worden ingediend, maar de status van kwalitatieve verbintenissen die eerst daarna ontstaan is ongewis, nu de regels van art. 37 en 37a Fw geheel op verbintenissen *uit overeenkomst* zijn gericht. Zo kan bijvoorbeeld de curator van de erfpachter, de opstalgerechtigde of de gerechtigde tot een erfdiensbaarheid op de voet van art. 37 Fw niet om gestanddoening worden gevraagd, terwijl evenmin verificatiemogelijkheden lijken te bestaan indien de curator de uit het beperkte recht voortvloeiende verplichtingen van de schuldenaar niet nakomt. Toch wordt de soep hier niet zo heet gegeten als zij lijkt te worden opgediend. Bij een voldoende ernstige tekortkoming in de nakoming van de op de beperkt gerechtigde rustende verplichtingen kan het beperkte recht in de regel door de eigenaar worden opgezegd, terwijl voor achterstanden in de canon en retributie geldt dat de opvolgende beperkt gerechtigde daarvoor hoofdelijk aansprakelijk is.<sup>[60]</sup> Het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* lijkt bovendien ruimte te bieden voor de verificatie van kwalitatieve verbintenissen die ná de faillissementsdatum ontstaan, nu de Hoge Raad in zijn algemeenheid rept van de verifieerbaarheid van vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar, wat niet alleen een *verbintenisrechtelijke*, maar ook een *goederenrechtelijke* rechtsverhouding zou kunnen zijn. Tot slot wijzen wij in dit verband nog op de opvatting van Mollema, die in haar zeer recent verschenen dissertatie de karakterisering van uit een beperkt recht voortvloeiende verplichtingen als kwalitatieve verbintenissen uitdrukkelijk afwijst, maar tegelijkertijd suggereert dat het instrumentarium dat van toepassing is op verbintenissen daarop door de rechter analoog kan worden toegepast, ook in de context van een faillissement.<sup>[61]</sup>

Het voorgaande neemt niet weg dat zich verplichtingen laten denken waarvan de nakoming wél met een jegens de curator in te stellen zakelijke actie kan worden afgedwongen en die daarmee wél als boedelschuld kunnen worden aangemerkt. Het meest voor de hand liggende voorbeeld hiervan is de verplichting van degene die een zaak zonder recht of titel houdt om die zaak aan de rechthebbende terug te geven. De nakoming van die verplichting kan met een revindicatievordering worden afgedwongen<sup>[62]</sup>, welke vordering op de voet van art. 25 Fw tegen de curator kan worden ingesteld. Een nauw hiermee verwante actie is de zogeheten *actio negatoria*, waarmee een eigenaar kan optreden tegen inbreuken die niet bestaan in het 'houden' van de desbetreffende zaak. Men denke hier in het bijzonder aan een door een perceeieigenaar in te stellen vordering tot opheffing van de rechtsinbreuk die wordt veroorzaakt doordat zich zaken van derden op zijn perceel bevinden. Anders dan de revindicatie heeft de *actio negatoria* geen expliciete wettelijke basis

gekregen, maar dat zij onderdeel is van de eigendomsbescherming wordt algemeen aanvaard.<sup>[63]</sup> In zijn dissertatie uit 2006 is door Smelt betoogd dat voor de ontruimingsvordering van de verhuurder in de zaak *Circle Plastics* niet alleen een *contractuele* grondslag, maar ook een *zakelijke* grondslag bestond, waarmee hij het oog had op de *actio negatoria*. Nu de eigendom van het landbouwplastic dat op het perceel was achtergebleven in de boedel viel, behoorde ook de verplichting tot verwijdering daarvan volgens Smelt tot de boedel. De verhuurder had zijn zakelijke ontruimingsvordering zijns inziens dan ook op de voet van art. 25 Fw tegen de curator kunnen instellen, waarmee de discussie over de toepasselijkheid van het toedocriterium had kunnen worden vermeden.<sup>[64]</sup>

In *Koot Beheer/Tideman q.q.* lijkt de Hoge Raad deze theorie nadrukkelijk te omarmen door te overwegen dat het feit dat hij terugkomt van het toedocriterium niet betekent dat de ontruimingsverplichting zoals aan de orde was in het *Circle Plastics*-arrest geen boedelschuld kan zijn. De gewezen verhuurder kan volgens de Hoge Raad 'uit hoofde van zijn recht op het gehuurde' verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken daaruit verwijdert. Uit een weinig opgemerkte passage in het arrest *Smit/Van Hees q.q.* uit 2006,<sup>[65]</sup> waarnaar de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* verwijst, kan worden afgeleid dat hij met de geciteerde zinsnede het oog heeft op het *eigendomsrecht* van de verhuurder. Het is dat eigendomsrecht en meer in het bijzonder de tot bescherming daarvan strekkende *actio negatoria* op grond waarvan de curator tot ontruiming kan worden verplicht. Deze verplichting rust volgens de Hoge Raad op de curator in hoedanigheid en constitueert daarmee een boedelschuld.

Wat is nu het doorslaggevende verschil tussen de eigenaar die herstel van zijn zaak vordert en de eigenaar die een *actio negatoria* instelt? Waarom is de eerste aangewezen op het proces van verificatie en uitdeling en kan de tweede zich daaraan volledig onttrekken? Het hier gemaakte onderscheid is principieel van aard. In het eerste geval gaat het om een schadevergoedingsactie waarvoor het regime van art. 26 Fw geldt; in het tweede om een zakelijke rechtsoverdracht die is gestoeld op art. 3:296 lid 1 BW en ontleend aan het eigendomsrecht, zoals dat ook geldt voor het recht van revindicatie. Dergelijke zakelijke rechtsoverdrachten behoeven in faillissement nu eenmaal niet ter verificatie te worden ingediend,<sup>[66]</sup> maar kunnen op de voet van art. 25 Fw tegen de curator worden ingesteld. Een zakelijke actie tot herstel van schade kent het Nederlandse recht niet. Men realiseert zich dat de *actio negatoria* alleen door de *eigenaar* kan worden ingesteld. Is de huur in een voorkomend geval door een ander dan de eigenaar aangegaan, dan kan de *verhuurder* zijn aanspraken alleen ter verificatie indienen. Hetzelfde geldt ingeval de zaken die door de schuldenaar in of op het gehuurde zijn achtergelaten diens eigendom niet (meer) zijn, althans niet tot de boedel behoren. Is de voorheen gehuurde bodem bijvoorbeeld verontreinigd doordat op het perceel chemicaliën zijn achtergelaten die zich met het grondwater hebben vermengd, dan bestaat geen ruimte meer voor een zakelijke actie jegens de curator, nu die vloeistoffen in dat geval niet langer behoren tot het vermogen van de gefailleerde.<sup>[67]</sup>

Men kan zich ten slotte afvragen of de afbakening van de Hoge Raad van boedelschulden uit categorie(iii) – die erop neerkomt dat indien niet sprake is van een boedelschuld op grond van wetsduiding (categorie (i)) en evenmin omdat die schuld is aangegaan door de curator in zijn hoedanigheid (categorie (ii)), er slechts sprake kan zijn van een boedelschuld indien die schuld een gevolg is van een handelen van de curator *in strijd met* een door hem in hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting<sup>[68]</sup> – niet onzuiver of in ieder geval onvolledig is. Is het althans in bepaalde gevallen niet primair de betreffende verplichting *zelf* die als boedelschuld kwalificeert, ook zonder dat de curator daarmee in strijd handelt? Dat geldt naar onze mening in elk geval voor de op de curator in hoedanigheid rustende *verbintenissen*. En kwalificeert de op het eigendomsrecht gegronde verplichting tot ontruiming pas als boedelschuld indien de curator haar niet nakomt? De Hoge Raad lijkt zichzelf hier ook tegen te spreken, want verderop in het arrest<sup>[69]</sup> betitelt de Hoge Raad met zo veel woorden de op de curator rustende ontruimingsverplichting zelve – en dus niet slechts de schuld die een gevolg is van een handelen van de curator *in strijd met* de ontruimingsverplichting – als boedelschuld.<sup>[70]</sup>

## 6. Tot slot

Dat de Hoge Raad ten langen leste het veel bekritiseerde toedocriterium heeft losgelaten, valt naar onze mening toe te juichen. Dat geldt ook voor diens beslissing om de schuldeisers die het betreft niet helemaal met lege handen achter te laten, maar in het verificatieproces te laten participeren. Op dit punt lijkt de Hoge Raad echter te ver te zijn doorgeschooten, wat in potentie weer tot allerlei nieuwe ongerijmdheden aanleiding geeft. Dit zal in toekomstige rechtspraak of wetgeving moeten worden bijgesteld. Het is te hopen dat daarbij ook aandacht zal worden besteed aan de status van goederenrechtelijke verplichtingen binnen het faillissement waarvan de nakoming niet met een jegens de curator in te stellen zakelijke actie kan worden afgedwongen. Naar onze mening verdienen zij in deze context eenzelfde behandeling als verplichtingen die een louter verbintenisrechtelijke oorsprong hebben.

## Voetnoten

### Voetnoten

- [1] Gelieve dit artikel aan te halen als: W.J.M. van Andel & T.T. Van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden. Beschouwingen naar aanleiding van HR 19 april 2013 inzake *Koot Beheer/Tideman q.q.*', *Tvl* 2013/26. Willem Jan van Andel en Thijs van Zanten zijn beiden advocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht. Willem Jan van Andel is tevens redacteur van dit tijdschrift.
- [2] Zie HR 19 april 2013, *LJN* BY6108, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen.
- [3] Zie voor een overzicht de concl. A-G Wissink, waarnaar ook de Hoge Raad expliciet verwijst.
- [4] Zie HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aukema q.q./Uni-Invest*).
- [5] Zie r.o. 3.7.1.
- [6] Zie achtereenvolgens HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde; HR 12 november 1993, *NJ* 1994/229, m.nt. W.M. Kleijn; HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/617, m.nt. P. van Schilfgaarde.
- [7] Zie HR 9 juni 2006, *NJ* 2007/21, m.nt. P. van Schilfgaarde.
- [8] Zie HR 3 december 1999, *NJ* 2000/53, m.nt. P. van Schilfgaarde.
- [9] Zie HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/617, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 4.3.
- [10] Het door LISV aangevoerde cassatiemiddel bestond uit twee onderdelen: a. een beroep op het toedocriterium uit *Frima q.q./Blankers*; en b. het loonbegrip in art. 40 Fw. De Hoge Raad honoreerde onderdeel b. en liet onderdeel a. onbesproken. Deze uitleg van het arrest *LISV/Wilderink q.q.* impliceert dat de vordering van de werknemer ter zake van niet-genoten vakantiedagen steeds een boedelschuld oplevert, dus ook indien de arbeidsovereenkomst niet – zoals in *LISV/Wilderink q.q.* – door de curator, maar door de *werknemer* ex art. 40 Fw is opgezegd. In de praktijk komt opzegging door de werknemer overigens zelden voor.
- [11] Zie respectievelijk HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662, m.nt. P. van Schilfgaarde en HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde.
- [12] Om dezelfde reden was geen sprake van frictie tussen de genoemde arresten en het inmiddels achterhaalde *Circle Plastics*-arrest, waarin de ontruimingsverplichting die ontstond bij het eindigen van de huur op de voet van art. 39 Fw als boedelschuld werd aangemerkt; zie T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, 'Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder', *Tvl* 2011/3, afl. 17, p. 88, noot 30.
- [13] Zie daarover nader T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.5.
- [14] Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*). In de literatuur is wel verdedigd dat het *Nebula*-arrest zozeer is ingegeven door de bijzondere omstandigheden van het geval dat men voorzichtig moet zijn daaraan meer algemene conclusies te verbinden. Zie bijv. G.C. van Daal & G.H.G.M. van Berkel, 'De curator en de bankgarantie', in: J.G. Princen & I. Spinath (red.), *Faillissement en Vastgoed*, INSOLAD jaarboek 2012, p. 98. Met de uitdrukkelijke verwijzing naar het *Nebula*-arrest in r.o. 3.6.1 van het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* staat onzes inziens echter buiten redelijke twijfel dat de Hoge Raad in het

- Nebula*-arrest heeft beoogd een algemene regel te formuleren die de context van de casus overstijgt. Zie ook reeds T.T. van Zanten, noot onder Hof Arnhem 6 november 2012, *WR* 2013/4, 42, sub 5.
- [15] In deze zin: HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aukema q.q./Uni-Invest*), r.o. 3.5.1. Of de wetgever met het in art. 39 Fw neergelegde opzeggingsrecht inderdaad heeft beoogd de curator een instrument te bieden om de omvang van de in die bepaling toegekende boedelschuld te temperen, is overigens enigszins onzeker; zie nader T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, 'Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder', *Tvl* 2011/3, afl. 17, p. 86-88.
- [16] Zie de conclusie vóór HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/617, onder 2.9.
- [17] Indien de in art. 37a Fw genoemde vorderingen reeds vóór de faillissementsdatum zijn ontstaan, vindt verificatie plaats op de voet van art. 26 Fw.
- [18] Zie T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.7.4.2.2, p. 202.
- [19] Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2005, *JOR* 2006/136 merkte de aanspraken die de wederpartij van de gefailleerde na het sluiten van een voortijdige beëindigingsovereenkomst met de curator verkrijgt nog met een beroep op het toedocriterium als boedelschuld aan.
- [20] In HR 3 december 2010, *RI* 2011/40, *NJ* 2010/653 (*ING/Nederend q.q.*) werd geoordeeld dat dergelijke restitutieverplichtingen eerst ontstaan op het moment dat de overeenkomst wordt opgezegd.
- [21] Zie art. 39 en 40 Fw. Een opzegging of andere wijze van voortijdige beëindiging lijkt sinds 19 april jl. voor de curator ook van belang te kunnen zijn ter voorkoming van het oplopen van de ter verificatie in te dienen (nakomings)vordering van de wederpartij. Wij komen daar hierna op terug.
- [22] Zie HR 19 april 2013, *LJN* BY6108, *NJ* 2013/291, r.o. 3.6.1 en – in het bijzonder – r.o. 3.7.2, geciteerd in § 2 hiervoor.
- [23] Zie over deze problematiek T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.7.4.3, met verwijzingen.
- [24] Zie nader T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 2.3.3.2, met verwijzingen.
- [25] Zie HR 29 december 1933, *NJ* 1934/343, m.nt. P. Scholten (*Fijn van Draat q.q./De Nederlanden*).
- [26] Zie 24 oktober 1980, *NJ* 1981/265, m.nt. W.M. Kleijn. Zie ook HR 26 maart 1982, *NJ* 1982/615, m.nt. W.M. Kleijn (*SOS/ABN*); HR 30 januari 1987, *NJ* 1987/530, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*WUH/Emmerig q.q.*).
- [27] Zie ook T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, 'Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder', *Tvl* 2011/3, afl. 17, p. 87; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 2.3.3.2.
- [28] Indien en voor zover de boedel is gebaat, ontstaan een *boedelschuld*; zie Van der Feltz I, p. 362 en HR 12 mei 1992, *NJ* 1992/630.
- [29] Zie T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.7.4.2.2, p. 200.
- [30] De verificatie van een vordering tot ongedaanmaking van na de faillissementsdatum verrichte prestaties lijkt overigens ook op grond van de tekst van art. 37a Fw toegestaan, maar aangenomen wordt dat in art. 37a Fw besloten ligt dat die verifieerbaarheid ongeoorloofd is; zie F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 108; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.7.4.2.2, p. 201.
- [31] Zie echter ook G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 9, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 22, die twijfelt over de bedoelingen die de wetgever met de introductie van art. 37a Fw had, omdat uit de toelichting bij die bepaling niet duidelijk zou blijken of de wetgever de opname van deze bepaling noodzakelijk vond of slechts heeft opgenomen om twijfel over de verifieerbaarheid van de hierin genoemde vorderingen te voorkomen. Wij delen de twijfel van Boekraad niet. De gedachte achter de invoering van art. 37a Fw was evident om te

- voorkomen dat de verificatiemogelijkheden van de wederpartij als gevolg van wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek in het gedrang zouden komen; zie nader T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.7.4.2.1.
- [32] Zie art. 26 Fw.
- [33] Vgl. F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 144; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 8.4.3, p. 386-387.
- [34] Zie HR 5 januari 1990, *NJ* 1990/325. Zie ook Rb. Groningen 21 oktober 2009, *JOR* 2010/280.
- [35] Zie F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 144; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 8.4.3, p. 386-387.
- [36] Zie ook T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 8.4.3, p. 386-387.
- [37] Zie F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 113 en 118; J.J. van Hees & A. Slaski, 'De wederkerende wederkerige overeenkomst', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 291-292; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 5.6, p. 283-289.
- [38] Zie ook de noot van F.M.J. Verstijlen onder *NJ* 2013/291, sub 13.
- [39] Vgl. F.M.J. Verstijlen, noot onder *NJ* 2013/291, sub 13 en 14.
- [40] W. Snijders, 'Het nieuwe art. 37 F, een belangrijke verandering', in T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB* (Brunnerbundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 357.
- [41] Zie nader T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.4.2.4, p. 95-97, met verwijzingen.
- [42] Dit doet zich in het bijzonder gevoelen indien de curator de overeenkomst gestand doet. Zowel de status van de uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen, als het feit dat op grond van art. 37 lid 2 Fw voor nakoming zekerheid dient te worden gesteld, levert dan problemen op; zie T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.6.1 en § 4.6.2.
- [43] Anders: R.J. Verschoof, *Het nieuwe faillissementsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 60.
- [44] Vgl. de MvT bij art. 37 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 409: "Zeer zeker zal hij zijnerzijds niet behoeven te praesteren, zoolang de curator zich niet bereid verklaart de verplichtingen des gefailleerden ten volle te vervullen, zal men nimmer kunnen beweren dat hij verplicht zou zijn zijne verbintenis na te komen om dan voor de contra-prestatie des gefailleerden eene *concurrente* vordering tegen den boedel te verkrijgen [...]." Ook hier wordt het woordje 'concurrent' naar onze mening gebezigd om een schuld aan te duiden die alleen via de verificatievergadering kan worden verhaald. Hetzelfde geldt onzes inziens voor het gebruik van het woordje 'concurrent' in art. 59 Fw.
- [45] Uit Parl. Gesch. Boek 3, p. 877, kan worden opgemaakt dat de regeling van art. 3:287 BW juist met het oog op het faillissement van de verzekerde is geïntroduceerd.
- [46] Zie Van der Feltz I, p. 362. Zie ook HR 12 mei 1992, *NJ* 1992/630.
- [47] Vgl. F.M.J. Verstijlen, noot onder *NJ* 2013/291, sub 10.
- [48] Zie HR 6 mei 1983, *NJ* 1984, 228, m.nt. W.M. Kleijn.
- [49] De verschuldigdheid van omzetbelasting bij de levering van een gebouw binnen 2 jaar na het tijdstip van eerste ingebruikneming vloeit voort uit art. 11 lid 1 onder a onder 1 Wet op de Omzetbelasting 1968.
- [50] Zie HR 22 oktober 2010, *RI* 2011/1, *NJ* 2011, 113, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Mulder q.q. & Hijmans*

*q.q./TenneT*).

- [51] Men kan hier ook denken aan verplichtingen die voor derden voortvloeien uit rechten van intellectuele eigendom, zoals het auteursrecht; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 37.
- [52] Zie ABRvS 11 juli 1997, *JOR* 1997/105, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Alvat/Dordrecht*); ABRvS 22 juni 2007, *AB* 2008/132, *JB* 2007/126 (*Thielen q.q./Maasdriel*); ABRvS 13 februari 2013, *RI* 2013/45, *JOR* 2013/157, m.nt. J.J. van Hees (*Dutch Infra Tech*).
- [53] Vgl. de noot van S.C.J.J. Kortmann onder ABRvS 11 juli 1997, *JOR* 1997/105.
- [54] Zie Parl. Gesch. Boek 5, p. 302.
- [55] Zie in dit verband T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, § 6.8.3; F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 151. Anders: A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), 2013, § 7.2.3, p. 235-238, die zich tegen de karakterisering van uit een beperkt recht voortvloeiende verplichtingen als kwalitatieve verbintenis verzet.
- [56] Zie F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 150.
- [57] Zie in het bijzonder E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 143.
- [58] Zie S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 63-85.
- [59] Zie ook T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 5.5, waar hetzelfde standpunt wordt ingenomen ten aanzien van de positie van de gerechtigde tot een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW in faillissement.
- [60] Zie voor erfpacht art. 5:92 lid 2 BW, voor opstal art. 5:92 lid 2 jo. art. 5:104 lid 1 BW en voor erfdienstbaarheid art. 5:77 lid 2 BW.
- [61] Zie A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), 2013, § 7.2.3, p. 238, i.h.b. noot 44.
- [62] Zie art. 5:2 jo. art. 3:296 lid 1 BW.
- [63] Zie A.A.J. Smelt, *Goederen met een negatieve waarde in het vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 57-70.
- [64] Zie A.A.J. Smelt, *Goederen met een negatieve waarde in het vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 118-120.
- [65] Zie HR 9 juni 2006, *NJ* 2007/21, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.5.2.
- [66] Zie ook Van der Feltz I, p. 369.
- [67] Zie A.A.J. Smelt, *Goederen met een negatieve waarde in het vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 83.
- [68] Zie r.o. 3.7.1.
- [69] Zie r.o. 3.8.
- [70] Bespreking van de interessante vraag wat de rangorde onder de boedelschulden van een dergelijke schuld is, gaat het bestek van onze bijdrage te buiten.