

Mr. dr. A. Steneker
Prof. mr. A.J. Tekstra

De negatieve boedel

 Wolters Kluwer

Deventer – 2025

WOORD VOORAF

Op voor de praktijk belangrijke afwikkelingsvragen geeft de Faillissementswet vaker niet dan wel het antwoord, laat staan dat de wet de curator praktische handvatten biedt voor de afwikkeling van faillissementen met een negatieve of lege boedel. De Faillissementswet bevat geen regels voor de afwikkeling van een negatieve boedel. Betrokkenen zullen het moeten doen met rechtspraak en de algemene verhaals- en voorrangregels van het Burgerlijk Wetboek. Daarin zijn de antwoorden op vragen waarmee actoren in de dagelijkse afwikkelingspraktijk van faillissementen worden geconfronteerd, echter lang niet altijd (eenvoudig) te vinden.

Iedere jurist werkzaam in de insolventiepraktijk zal dan ook de afwikkelingsvragen herkennen die in faillissementen moeten worden beantwoord, zoals:

- Hoe moet een schuld worden gekwalificeerd: als boedelschuld, faillissementsschuld of niet-verifieerbare schuld?
- Hoe om te gaan met schulden die ontstaan bij beëindiging van lopende overeenkomsten tijdens een faillissement?
- Wat is het juridisch kader voor de afwikkeling van een faillissement met een lege boedel (een boedel zonder actief) respectievelijk een negatieve boedel (een boedel die onvoldoende actief bevat om alle boedelschuldeisers te voldoen)?
- Wat is de rol van de curator jegens boedelschuldeisers, met name in de situatie dat voorshands niet duidelijk is of alle boedelschulden kunnen worden voldaan? Mag de curator selectief betalen? En welke schuldeisersbevoegdheden komen boedelschuldeisers toe als de curator hun vorderingen niet (direct) betaalt?
- Aan welke boedelschulden komt de rang van 'superboedelschuld' toe zoals ontwikkeld in *Ontvanger/Hamm q.q.*? en
- Hoe als curator om te gaan met (niet-)nakoming van milieuverplichtingen en de dwangsomproblematiek?

Deze vragen zijn van groot belang voor de afwikkeling van faillissementen en werpen direct licht op de kracht van vermogensrechtelijke aanspraken. Zo geldt dat faillissementsschuldeisers en schuldeisers met niet-verifieerbare vorderingen geen uitkering zullen ontvangen bij een negatieve boedel, terwijl boedelschuldeisers mogelijk wel (volledig) krijgen betaald. Dit illustreert het belang voor schuldeisers van een correcte kwalificatie van hun vorderingen.

Het boek gaat verder dan een bespreking van de materieelrechtelijke aanspraken en zet ook de stap naar het mogelijk afdwingen van aanspraken. Neem de positie van de boedelschuldeiser. Een oppervlakkige bestudering van diens positie leert dat de

boedelschuldeiser beslag kan leggen op boedelactiva en deze vervolgens kan uitwinnen. Nadere bestudering van de problematiek leert dat de vork toch wat genuanceerder in de steel zit. Insolventie van de boedel kan namelijk een grond zijn voor opschorting van betaling, opheffing van beslagen en schorsing van executie.

Deze voorbeelden laten zien dat dit boek geschreven *moest* worden: het voorziet in een praktijkbehoefte. De ervaren auteurs – die hun sporen in de wetenschap en de praktijk ruimschoots hebben verdiend – hebben de voor afwikkelingsproblematiek belangrijke vraagstukken systematisch in kaart gebracht en geanalyseerd. Daarbij blijft de lezer overbodige uitweidingen bespaard, terwijl de lezer wél praktische aanbevelingen krijgt aangereikt voor de behandeling van situaties die zich in de praktijk geregeld voordoen.

Het moge duidelijk zijn: voor juristen die werkzaam zijn in de insolventierechtpraktijk is dit boek geen *nice to have*, maar een *must read*. De redactie neemt dit boek dan ook met veel plezier op in de serie Recht en Praktijk – Insolventierecht.

Mr. drs. J.M.G.J. Boon/Leiden
Prof. mr. drs. C.M. Harmsen/Amsterdam
Mr. K.A. Messelink/Apeldoorn
Prof. mr. R.J. de Weijs/Amsterdam
Mr. J.H.M. van de Wiel/Den Haag
Februari 2025

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

Lijst van afkortingen / XI

Verkort aangehaalde literatuur / XIII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 Negatieve en lege boedels / 1
- 1.2 Plan van behandeling / 3
- 1.3 Terminologie / 3

DEEL A KWALIFICATIE VAN SCHULDEN

HOOFDSTUK 2

Boedelschulden / 7

- 2.1 Drie categorieën (Koot/Tideman q.q.) / 7
 - 2.1.1 Inleiding / 7
 - 2.1.2 Categorie 1: wet / 8
 - 2.1.3 Categorie 2: aangegaan door de curator / 8
 - 2.1.4 Categorie 3: aansprakelijkheid van de curator / 9
 - 2.1.5 Categorie 'overig': objectiefrechtelijke verplichtingen? / 9
- 2.2 Boedelschulden uit een voorafgegane surseance / 11
 - 2.2.1 Medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder / 11
 - 2.2.2 Gestanddoening door de bewindvoerder / 13
 - 2.2.3 Salaris bewindvoerder / 14
- 2.3 Boedelschulden uit andere voorafgegane insolventieprocedures / 14
 - 2.3.1 Boedelschulden uit een voorafgegane WHOA-procedure / 14
 - 2.3.2 Boedelschulden uit een voorafgegane noodregeling / 15
 - 2.3.3 Boedelschulden uit een eerder faillissement / 15
- 2.4 Boedelschulden uit rechtszaken / 16
 - 2.4.1 Gevolgen faillissement voor lopende procedures / 16
 - 2.4.2 Proceskosten na overneming door de curator / 17
 - 2.4.3 Proceskosten na ontslag van instantie / 18
 - 2.4.4 Proceskosten na voortzetting buiten bezwaar van de boedel / 19
 - 2.4.5 Proceskosten in lopende procedures tegen de failliet / 20
 - 2.4.6 Proceskosten in nieuwe procedures door de curator / 20
 - 2.4.7 Griffierechten / 21
 - 2.4.8 Kosten deskundigen / 22

- 2.4.9 Kosten enquête / 22
- 2.5 Boedelschulden uit lopende overeenkomsten / 22
 - 2.5.1 Lopende overeenkomsten in het algemeen (art. 37 Fw) / 22
 - 2.5.2 Niet-gestanddoening door de curator / 23
 - 2.5.3 Beëindiging van overeenkomsten tijdens faillissement / 23
 - 2.5.4 Gestanddoening door de curator / 24
 - 2.5.5 Huurovereenkomsten (art. 39 Fw) / 25
 - 2.5.6 Arbeidsovereenkomsten (art. 40 Fw) / 26
- 2.6 Verbintenissen uit de wet / 30
 - 2.6.1 Onrechtmatige daad / 30
 - 2.6.2 Wanprestatie / 31
 - 2.6.3 Onverschuldigde betaling / 32
- 2.7 Fiscale boedelschulden / 33
 - 2.7.1 Algemeen / 33
 - 2.7.2 Vennootschapsbelasting / 34
 - 2.7.3 Omzetbelasting / 34
 - 2.7.4 Loonbelasting / 35
 - 2.7.5 Onroerendezaakbelastingen / 36
 - 2.7.6 Motorrijtuigenbelasting / 37
 - 2.7.7 Fiscale boetes / 37
- 2.8 Bestuursrechtelijke schulden in het algemeen / 37
- 2.9 Opruimverplichtingen / 38
 - 2.9.1 Verwijdering roerende zaken / 38
 - 2.9.2 Bestuursrechtelijke milieuverplichtingen / 39
 - 2.9.3 Onderscheid naar ontstaansmoment / 40
 - 2.9.4 Stand van zaken / 41
- 2.10 Salaris curator / 41
- 2.11 Omvang van een boedelschuld / 42
 - 2.11.1 Hoofdsom / 42
 - 2.11.2 Verschuldigdheid van rente / 42
 - 2.11.3 Rentevoet / 43
 - 2.11.4 Renteperiode en verjaring / 44

HOOFDSTUK 3

Faillissementsschulden / 45

- 3.1 Inleiding / 45
- 3.2 Verificatie / 45
- 3.3 Categorieën faillissementsschulden / 46
 - 3.3.1 Bestaande schulden / 46
 - 3.3.2 Bestaande rechtsverhoudingen / 47
 - 3.3.3 Beëindiging van overeenkomsten (art. 37a Fw) / 49
 - 3.3.4 Restschulden aan separatisten (art. 59 Fw) / 50
 - 3.3.5 Regres en subrogatie / 52
- 3.4 Faillissementsschulden met voorrang boven separatisten (art. 57 lid 3 Fw) / 52
 - 3.4.1 Voorrang boven pand of hypotheek / 52

- 3.4.2 Behandeling van de faillissementsschuld / 53
- 3.4.3 Deals tussen faillissementsschuldeiser en separatist / 54
- 3.5 Faillissementsschulden waarvoor derden verhaalsaansprakelijk zijn / 55
 - 3.5.1 Beslag, bodemrecht en retentierecht / 55
 - 3.5.2 Verkrijging door de boedel vóór faillissement / 58
 - 3.5.3 Verkrijging door de curator / 58

HOOFDSTUK 4

Niet-verifieerbare schulden / 61

- 4.1 Restcategorie / 61
- 4.2 Afvloeiingsregelingen van werknemers / 62
 - 4.2.1 Soorten afvloeiingsregelingen / 62
 - 4.2.2 Beëindigingsvergoedingen / 62
 - 4.2.3 Wachtgeld / 63
- 4.3 Te laat ingediende schulden (art. 127 Fw) / 64
- 4.4 Rente over faillissementsschulden (art. 128 Fw) / 65
 - 4.4.1 Rente vóór en tijdens faillissement / 65
 - 4.4.2 Rente na faillissement / 65
 - 4.4.3 Rente bij pand en hypotheek / 66
- 4.5 Dwangsommen vóór faillissement / 66
- 4.6 Contractuele schadevergoedingen / 67
- 4.7 Garanties en contragaranties / 68
- 4.8 Niet (meer) bestaande schulden / 69
 - 4.8.1 Transitievergoedingen / 69
 - 4.8.2 Dwangsommen tijdens faillissement / 70
 - 4.8.3 Betaling door een derde zonder regres of subrogatie / 70
 - 4.8.4 Nietige insolventieclausules / 71

DEEL B AFWIKKELING VAN EEN NEGATIEVE BOEDEL

HOOFDSTUK 5

Betaling van boedelschulden door de curator / 75

- 5.1 Betalingsmoment van boedelschulden / 75
 - 5.1.1 Paritas creditorum tussen boedelschuldeisers / 75
 - 5.1.2 Beleidsvrijheid van de curator / 76
 - 5.1.3 Verwacht eindactief en verwachte boedelschulden / 76
 - 5.1.4 Rang van de boedelschuld / 77
 - 5.1.5 Gevolgen van opschorting voor de boedel / 77
 - 5.1.6 Uitzondering op de beleidsvrijheid van de curator / 78
- 5.2 Superboedelschulden / 78
 - 5.2.1 Inleiding / 78
 - 5.2.2 Status van superboedelschulden / 78
 - 5.2.3 Onverschuldigde betaling / 79
 - 5.2.4 Tijdens faillissement / 81

- 5.2.5 Onmiskerbare vergissing / 81
- 5.2.6 Bestaande of bestaand hebbende rechtsverhouding / 82
- 5.2.7 Uitbetaling van superboedelschulden / 83
- 5.2.8 Betaling aan de verkeerde / 84
- 5.2.9 Dubbele betaling / 85
- 5.2.10 Doorbetaling / 85
- 5.2.11 Betaling door een derde / 85
- 5.3 Directe betaling van boedelschulden / 86
 - 5.3.1 Beleidsvrijheid van de curator / 86
 - 5.3.2 Schulden door de curator aangegaan / 86
 - 5.3.3 Doorstartschulden (art. 98 Fw) / 87
 - 5.3.4 Preferente schulden (bij zeker voldoende actief) / 88
 - 5.3.5 Directe betaling op grond van een kosten/baten-afweging / 89
 - 5.3.6 Terugvordering van betaalde boedelschulden / 90
- 5.4 Opschorting van betaling van boedelschulden / 91
 - 5.4.1 Bewaking paritas creditorum / 91
 - 5.4.2 Praktijkvoorbeelden / 91
- 5.5 Selectieve betaling van boedelschulden / 92
- 5.6 Schulden die niet mogen worden betaald / 94
 - 5.6.1 Faillissementsschulden bij een negatieve boedel / 94
 - 5.6.2 Niet-verifieerbare schulden bij een positieve boedel / 95

HOOFDSTUK 6

Verhaal en verrekening door boedelschuldeisers / 97

- 6.1 Boedelbeslag / 97
 - 6.1.1 Beslaglegging / 97
 - 6.1.2 Opheffingsgronden / 97
- 6.2 Uitwinning van zekerheden / 99
 - 6.2.1 Gesecureerde boedelschulden / 99
 - 6.2.2 Pand en hypotheek / 99
 - 6.2.3 Hoofdelijkheid en borgtocht / 100
 - 6.2.4 Bankgarantie / 101
- 6.3 Verrekening / 103
 - 6.3.1 Art. 6:127 BW / 103
 - 6.3.2 Afdwingbaarheid van betaling van boedelvorderingen / 104
 - 6.3.3 Art. 53-55 Fw / 105
 - 6.3.4 Verrekening na pauliana / 106
- 6.4 Boedelfaillissement / 106

Artikelenregister / 109

Jurisprudentieregister / 115

Trefwoordenregister / 123

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Negatieve en lege boedels

In een faillissement wordt het nog beschikbare actief door een curator vereffend en naar rato verdeeld onder de schuldeisers. Voordat aan een uitkering aan faillissementsschuldeisers kan worden toegekomen, worden uit het vereffende actief eerst de zogenoemde boedelschulden voldaan (de 'algemene faillissementskosten'). Dit zijn de kosten van de vereffening en de overige schulden die voor rekening van de boedel komen.

In het merendeel van alle faillissementen is het beschikbare actief onvoldoende voor voldoening van de boedelschulden.¹ We spreken dan van een negatieve boedel. Als er helemaal geen actief is, spreken we van een lege boedel. Er is nog een tussencategorie denkbaar, waarbij het actief alleen voldoende is voor gedeeltelijke voldoening van preferente boedelschuldeisers en waarbij concurrente boedelschuldeisers dus in het geheel niet kunnen worden voldaan.

Soms kan sprake zijn van een redelijk 'gevulde' boedel met flink wat actief, maar is toch een negatieve boedel aanwezig omdat met dit actief niet alle boedelschulden kunnen worden voldaan. Dit zal dan normaal gesproken komen omdat de boedelschulden een relatief hoog bedrag vertegenwoordigen. Dat is bijvoorbeeld voorstelbaar bij een faillissement met veel personeel (grote loongarantievordering van het UWV over de opzegtermijn, zie 2.5.6) of met een grote milieclaim, voor zover die op de boedel kan worden verhaald. Een negatieve of lege boedel kan ook worden veroorzaakt doordat van de zijde van de curator gedurende de faillissementsafwikkeling veel kosten moeten worden gemaakt.

Ook in een surseance van betaling kan sprake zijn van een negatieve boedel. Dat zal leiden tot omzetting in een faillissement. Een rechtspersoon die geen vermogen/activa heeft, kan kiezen voor een turboliquidatie (een ontbinding zonder vereffening).² In het arrest *Hoeksma q.q./RM Trade* heeft de Hoge Raad aangegeven dat (het bestuur van) een rechtspersoon de weg van de ontbinding zonder vereffening ex art. 2:19 lid 4 BW dient te bewandelen, in plaats van het doen van een eigen faillissementsaangifte, als bij faillissement sprake is van een boedel die (nagenoeg) geen activa omvat en er geen enkele aanleiding

1 Vriesendorp, *Insolventierecht* 2024/255 en Rikkert, 'Hoe zien onze faillissementsboedels eruit?', *Tvl* 2022/26.

2 Vanaf 15 november 2023 geldt de Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie, die (via nieuwe art. 2:19b en 2:19c BW) de nodige voorwaarden verbindt aan een turboliquidatie.

bestaat voor de verwachting dat in het faillissement activa zullen worden gegeneerd. De eigen aangifte zou dan misbruik van recht opleveren.³

Bij een negatieve boedel is de boedel zelf insolvent. De boedel kan volgens de Hoge Raad echter niet failliet worden verklaard.⁴ De afwikkelingsregels van het faillissement (met verificatie van vorderingen) gelden dus niet voor de afwikkeling van boedelschulden bij een negatieve boedel. Er ontstaat dan, in de woorden van Verstijlen, een spookprocedure.⁵ De Faillissementswet geeft geen regels voor de afwikkeling van een negatieve boedel. We moeten het bij een negatieve boedel doen met enige rechtspraak van de Hoge Raad (*De Ranitz q.q./Ontvanger, ProCall, CZ/Scholtes q.q., PaperlinX*) en de algemene verhaals- en voorrangregels van het BW (art. 3:276 e.v. BW). In 5.1.1 zullen wij bespreken in hoeverre het ontbreken van een wettelijke regeling voor de afwikkeling van de negatieve boedel een probleem is.

Waardoor wordt een lege/negatieve boedel veroorzaakt? Hier spelen verschillende omstandigheden een rol. Het is bekend dat het in Nederland mogelijk is vrij lang te blijven 'doormodderen' met een slecht draaiende onderneming. Bestuurdersaansprakelijkheid, bijvoorbeeld wegens selectieve betaling, wordt niet snel aangenomen.⁶ Ook kennen wij bij rechtspersonen geen *Überschuldungswetgeving* zoals in Duitsland, die ervoor zorgt dat het bestuur en de aandeelhouders hoofdelijk aansprakelijk worden als bij de onderneming sprake is van een negatief eigen vermogen (bij personenvennootschappen bestaan die regelingen wel). De bestuurders zijn dan gehouden insolventiebescherming te zoeken.⁷ Financiers, met name banken, dekken zich goed in met zekerheden en de wetgever en de rechtspraak laten dit ruim toe.⁸ Verder zal bij een onderneming met veel personeel de loongarantieclaim van het UWV flink oplopen. Voor het loon tijdens faillissement is deze claim een (preferente) boedelschuld (zie 2.5.6).

Omdat in het merendeel van de faillissementen sprake is van een negatieve boedel en dan alleen boedelschuldeisers een uitkering kunnen verwachten en faillissementsschuldeisers en schuldeisers met een niet-verifieerbare vordering zeker niet, is het voor schuldeisers van groot belang of hun vordering kwalificeert als een boedelvordering of als een faillissementsvordering of een niet-verifieerbare vordering. Met het arrest *Koot/Tideman q.q.* heeft er in 2013 een stevige herschikking plaatsgevonden tussen de categorieën boedelvorderingen en faillissementsvorderingen.⁹ In dit arrest heeft de Hoge Raad de hoofdlijnen uitgezet voor de groepen van vorderingen die als boedelvorderingen dan wel als faillissementsvorderingen kwalificeren. In latere arresten heeft de Hoge Raad

3 HR 18 december 2015, NJ 2016/172, JOR 2016/145.

4 HR 26 april 1923, NJ 1923/833 (*Van Noord/Langeveld q.q.*). Zie eveneens 6.4.

5 Verstijlen, 'De spookprocedure van de boedelinsolventie', in: *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008.

6 Zie met name HR 17 januari 2020, NJ 2020/51, JOR 2020/55 (*Ingwersen q.q./Source*).

7 Zie in dit verband nog Lennarts, 'De Europese Commissie tovert een konijn uit de hoed: een insolventieaangifteplicht voor bestuurders', *Tvl* 2023/1, over een 'insolventieaangifteplicht' voor het bestuur.

8 Zie de afscheidsrede van Kortmann uit 2017, getiteld: Het faillissement, een paradijs voor banken. Hij wijst onder meer op, wat hij noemt, bankvriendelijke wetgeving en bankvriendelijke rechtspraak.

9 HR 19 april 2013, NJ 2013/291, JOR 2013/224 (*Koot/Tideman q.q.*). Zie eveneens Van Tilburg & Van Faassen, 'Het verdelingsvraagstuk: boedelschuldeisers en faillissementsschuldeisers', in: *Het verdelingsvraagstuk* (INSOLAD Jaarboek 2022), p. 133-152.

dit verder uitgewerkt en regelmatig dienen zich nieuwe gevallen aan waarin de vraag centraal staat of een schuld wel of niet een boedelschuld is.

1.2 Plan van behandeling

Dit boek is opgebouwd uit twee delen. In deel A (hfdst. 1 tot en met 4) wordt in kaart gebracht welke schulden kwalificeren als respectievelijk boedelschulden, faillissements-schulden en niet-verifieerbare schulden. In deel B (hfdst. 5 tot en met 7) wordt vervolgens behandeld hoe die schulden in geval van een negatieve boedel moeten worden afgewikkeld en welke mogelijkheden de schuldeisers in geval van een negatieve boedel hebben.

1.3 Terminologie

De oplettende lezer heeft al gemerkt dat wij de begrippen '(boedel)vordering' en '(boedel)schuld' door elkaar gebruiken. Wij bedoelen met beide termen hetzelfde: vanuit de schuldeiser gezien spreken wij over een boedelvordering, vanuit de curator gezien van een boedelschuld. Als het niet uitmaakt, zullen wij steeds de term 'boedelschuld' gebruiken, vandaar dat wij in onze eerdere artikelenreeks over dit onderwerp hebben gesproken van een boedelschuldenlijst.¹⁰ De Faillissementswet gaat ook uit van het begrip 'boedelschuld' (zie bijvoorbeeld art. 39 en 40 Fw). De Hoge Raad gebruikt de termen door elkaar: in *Koot/Tideman q.q.* gebruikt de Hoge Raad de term 'boedelschuld', in *CZ/Scholtes q.q.* de term 'boedelvordering'.¹¹ In *PaperlinX* laat de Hoge Raad duidelijk zien de boedelschuld en boedelvordering als elkaars spiegelbeeld te zien (r.o. 3.2.2): "De verhuurder heeft daarvoor voor deze met de boedelschuld corresponderende boedelvordering een onmiddellijke aanspraak op de boedel en kan deze buiten het faillissement om tegen de curator geldend maken."¹² Hiermee wordt ook meteen het hoofdkenmerk van een boedelvordering weergegeven: die geeft een onmiddellijke aanspraak op de boedel en kan geldend worden gemaakt buiten de verificatieprocedure om. Zie 5.1.1.

Met een boedelschuld wordt in dit boek wel exclusief bedoeld op een schuld *van* de boedel, en met een boedelvordering wordt bedoeld een vordering *op* de boedel. Ook een boedelverplichting valt onder het begrip 'boedelschuld', in die zin dat bij niet-nakoming van een dergelijke verplichting een boedelschuld zal ontstaan; denk hierbij aan de ontruimingsverplichting voor de curator bij het einde van de huurovereenkomst (zie 2.5.2). Een eventuele vordering van de boedel op een derde (die ook wel eens wordt aangeduid als een boedelvordering) of een schuld van een derde aan de boedel (die met enige moeite als boedelschuld zou zijn te betitelen) komen in dit boek niet aan de orde.

De begrippen 'algemene faillissementskosten' en 'bijzondere faillissementskosten' – beide onderdeel van de categorie boedelschulden – zullen in dit boek maar weinig aan de orde komen. Bijzondere faillissementskosten worden omgeslagen over een specifieke bate, algemene faillissementskosten over het gehele actief (art. 182 Fw). Hierdoor zullen bijzondere faillissementskosten feitelijk een hogere rang opleveren ten aanzien van die

10 Steneker & Tekstra, 'De boedelschuldenlijst', *FIP* 2015/7, *FIP* 2015/8 en *FIP* 2016/1.

11 HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291, *JOR* 2013/224 (*Koot/Tideman q.q.*) en HR 31 oktober 2014, *NJ* 2014/484, *JOR* 2015/55 (*CZ/Scholtes q.q.*).

12 HR 24 december 2021, *NJ* 2022/49, *JOR* 2022/107 (*PaperlinX*).

specifieke bate dan algemene faillissementskosten.¹³ Het geheel aan boedelschulden wordt aangeduid als algemene faillissementskosten. Andere onderscheidingen, zoals die tussen eigenlijke en oneigenlijke boedelschulden, brengen wij niet aan, omdat zij een juridische grondslag ontberen.¹⁴

De begrippen 'positieve boedel' en 'negatieve boedel' zullen wel regelmatig worden gebruikt. Dit zijn geen wettelijke termen. Wij verstaan onder een negatieve boedel een boedel waarvan het actief niet toereikend is om alle boedelschulden (dus zowel de preferente als de concurrente) volledig te voldoen.¹⁵ Een positieve boedel betekent dus niet per definitie dat een uitkering aan concurrente faillissementsschuldeisers mogelijk is. Ook wanneer het uitkeringspercentage voor de concurrente faillissementsschuldeisers 0% is, kan sprake zijn van een positieve boedel, namelijk als aan preferente faillissementsschuldeisers nog wel een uitkering kan worden gedaan.

13 Zie Franken, *Het Insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/7.6.1-7.6.2; Wessels *Insolventierecht nr. VII* 2021/7.2; Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.5 en Vriesendorp, *Insolventierecht* 2024/288.

In het WAF-rapport uit 2011 (van de INSOLAD Werkgroep Afwikkeling Faillissementen) wordt, op p. 20 e.v., een (niet-onomstreden) poging gedaan aan te geven wat zou vallen onder de bijzondere faillissementskosten en wat moet worden beschouwd als algemene faillissementskosten. Zie over dit onderscheid eveneens Boekraad, noot Rb. Zwolle 12 januari 2000, *JOR* 2000/62 (*Ontvanger/Meulenberg q.q.*) en Franken, noot HR 30 juni 1995, *JOR* 2023/309 (*MeesPierson/Mentink q.q.*).

14 Zie over oneigenlijke boedelschulden bijvoorbeeld Verheul, 'De afwikkeling van een negatieve boedel', *TvI* 2022/25, onder 4.5.

15 Vgl. HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305, *JOR* 2022/165 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*), r.o. 3.5.

DEEL A

KWALIFICATIE VAN SCHULDEN

Boedelschulden

2.1 Drie categorieën (Koot/Tideman q.q.)

2.1.1 Inleiding

Met het arrest *Koot/Tideman q.q.* heeft de Hoge Raad een einde willen maken aan de wildgroei van boedelschulden die het gevolg was van het toedoen criterium dat was ontwikkeld in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*¹ en de daarop gevolgde rechtspraak. Dat criterium is met *Koot/Tideman q.q.* afgeschaft.² De Hoge Raad onderscheidt sinds *Koot/Tideman q.q.* drie categorieën boedelschulden:

1. boedelschulden ingevolge de wet;
2. door de curator in zijn hoedanigheid aangegane schulden, waaronder is te verstaan dat de curator deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling doordat zijn wil daarop is gericht; en
3. schulden die het gevolg zijn van handelen van de curator in strijd met een door hem 'in hoedanigheid' na te leven verbintenis of verplichting.³

Alle schulden die geen boedelschulden zijn, zijn ofwel faillissementsschulden, ofwel niet-verifieerbare schulden.

Wij zullen hierna de drie categorieën boedelschulden kort introduceren. Ook wordt kort ingegaan op de vraag of er nog plaats is voor een (vierde) categorie 'overig', met name als het gaat om objectiefrechtelijke of goederenrechtelijke verplichtingen. Na deze 'categoriale bespreking' nemen wij niet de specifieke driedeling van de Hoge Raad over, maar gaan wij uit van in de praktijk te onderscheiden groepen van schulden. Wij zullen daarbij uiteraard wel aangeven op welke van de drie gronden er naar onze mening sprake is van een boedelschuld.

1 HR 28 september 1990, NJ 1991/305, JOR 2022/165 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*). Zie over de geboorte van het toedoen criterium in dit arrest Tekstra, noot JOR 2022/165, onder 3 e.v. NB: curatoren waren De Ranitz en De Leeuw. Wij hanteren de inmiddels spraakgebruik geworden naam 'De Ranitz q.q./Ontvanger'.

2 De Hoge Raad geeft in *Koot/Tideman q.q.* expliciet aan welke eerdere arresten door het afschaffen van het toedoen criterium niet meer gelden.

3 De curator kan uiteraard zijn m/v/x. Omwille van de leesbaarheid hanteren wij, net als de Hoge Raad in *Koot/Tideman q.q.*, het mannelijke woordgeslacht.

2.1.2 Categorie 1: wet

Categorie 1 geeft maar weinig onduidelijkheid.⁴ Soms kan onduidelijk zijn of de boedel is gebaat (art. 24 Fw).⁵ Ook is wel eens de vraag voorgelegd of de uitbetaling van opgebouwde vakantiedagen een boedelschuld oplevert op grond van art. 40 lid 2 Fw. De Hoge Raad oordeelde in 1999 dat zowel vóór als tijdens faillissement opgebouwde vakantiedagen onder het loonbegrip van art. 40 lid 2 Fw vallen, zodat de verplichting tot uitbetaling daarvan een boedelschuld is.⁶ Omdat dit de reden is, is dit met het arrest *Koot/Tideman q.q.* niet veranderd.⁷ De Hoge Raad maakte al eerder uit dat de kosten van een enquête bij de Ondernemingskamer geen boedelschuld vormen, omdat de wetgever dat niet had beoogd.⁸

2.1.3 Categorie 2: aangegaan door de curator

Categorie 2 is (samen met categorie 3) in de plaats gekomen van het veel breder geformuleerde criterium dat alle schulden die door 'toedoen' van de curator ontstaan, boedelschulden zijn.⁹ Met de eis dat de schuld door de curator moet zijn 'aangegaan' en dat 'zijn wil daarop moet zijn gericht', wordt beoogd te voorkomen dat allerlei nevenverplichtingen die het gevolg zijn van handelen van de curator, boedelschulden zijn. Als bijvoorbeeld de verkoop van een goed door de curator leidt tot een desinvesteringverplichting, is deze verplichting (anders dan voorheen) geen boedelschuld.¹⁰ Leidt het ontslag van een werknemer tot een verplichting tot affinanciering van de backservice van het pensioen van die werknemer, dan is deze verplichting (anders dan voorheen) geen boedelschuld.¹¹ Leidt de opzegging van huur tot de verschuldigdheid van schade en/of contractuele boetes, dan zijn die schade en boetes ook geen boedelschulden.¹² De categorie 2-boedelschulden die de curator wél 'aangaat', zijn vaak boedelschulden die de curator meteen en volledig voldoet (zie 5.1.2).

- 4 Zie Franken, *Het Insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/7.4; Wessels *Insolventierecht nr. VII* 2021/7098-7092; Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.6.2.1 en Vriesendorp, *Insolventierecht* 2024/289.
- 5 Zie over art. 24 Fw als 'baat-vordering' Franken, *Het Insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/7.4.6. Zie voor een toetsing daarvan Rb. Rotterdam 8 maart 2023, *JOR* 2023/192, over de vraag of een na de faillissementsdatum opgelegde ozb-aanslag al dan niet kwalificeert als een boedelschuld (mede met toetsing aan art. 24 Fw). Zie 2.7.5.
- 6 HR 3 december 1999, *NJ* 2000/53, *JOR* 2000/17 (*LISV/Wilderink q.q.*). De Hoge Raad herhaalde dit oordeel onder het *Koot/Tideman q.q.*-regime in HR 17 november 2017, *NJ* 2017/439, *JOR* 2018/28 (*UWV/Aukema q.q.*). Zie 2.5.3.
- 7 HR 17 november 2017, *NJ* 2017/439, *JOR* 2018/28 (*UWV/Aukema q.q.*). Zie 2.5.3.
- 8 HR 24 juni 2005, *NJ* 2005/382, *JOR* 2005/174 (*DecideWise*), zie 2.4.9. Dit is anders voor de kosten die in het kader van medezeggenschap (OR-vergaderingen, advies inwinnen, etc.) tijdens surseance en/of faillissement worden gemaakt: zie HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/453, *JOR* 2017/248 (*DA/Lensink q.q.*). Die leveren wel een boedelschuld op. Zie Franken, *Het Insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/7.5.1.6.
- 9 Zie Franken, *Het Insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/7.3; Wessels *Insolventierecht nr. VII* 2021/7093-7094f en Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.6.2.2.
- 10 HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305, *JOR* 2022/165 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).
- 11 HR 12 november 1993, *NJ* 1994/229 (*Frima q.q./Blankers-van Gennip*). Zie 2.5.1.
- 12 HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291, *JOR* 2013/224 (*Koot/Tideman q.q.*).

2.1.4 Categorie 3: aansprakelijkheid van de curator

Categorie 3 blijkt voor de praktijk de grootste bron van onduidelijkheid te zijn.¹³ Ontruimingsverplichtingen *kunnen* nog steeds boedelschuld zijn, zegt de Hoge Raad in *Koot/Tideman q.q.* (r.o. 3.8), maar de Hoge Raad zegt niet *wanneer* dat zo is. In ieder geval kan dat het geval zijn wanneer de curator de huur opzegt en er bijvoorbeeld nog inboedel van de huurder aanwezig is.¹⁴ Die 'inboedel' kan ook bestaan uit vervuild landbouwplastic of vervuilde containers, en dan zijn de opruimkosten al snel een stuk hoger dan de kosten van een 'man with van'.¹⁵ In deze categorie zullen ook de milieuverontreinigingen vallen, omdat het inmiddels vaste rechtspraak is van de Raad van State (en het College van Beroep voor het bedrijfsleven), overgenomen door de Hoge Raad in het arrest over de Ridderkerkse Taxicentrale,¹⁶ dat de curator in hoedanigheid (dus q.q.) als houder van een inrichting wordt beschouwd.¹⁷ Zie 2.9 en 2.10. De vraag doet zich hierbij nog wel voor welke publiekrechtelijke verplichtingen ook daadwerkelijk van dien aard zijn dat schending daarvan een categorie 3-aansprakelijkheid voor de curator (q.q.) oplevert.¹⁸ Wij zouden daar terughoudend in willen zijn en een dergelijk verband niet snel willen aannemen.

2.1.5 Categorie 'overig': objectiefrechtelijke verplichtingen?

De vraag dient zich aan of met de drie categorieën van boedelschulden, zoals door de Hoge Raad benoemd, een limitatieve opsomming is beoogd. Het lijkt er wel op dat de Hoge Raad het aldus heeft bedoeld. Maar de insolventiepraktijk blijkt weerbarstig en er doen zich gevallen voor die niet goed binnen het bouwwerk van *Koot/Tideman q.q.* passen, maar die mogelijk wel een boedelschuld (zouden moeten) kunnen opleveren. Met name Van Zanten heeft aandacht gevraagd voor een 'restcategorie', bestaande uit

13 Zie Franken, *Het Insolventiepassief* (R&P nr. InsR13) 2019/7.5; Wessels *Insolventierecht nr. VII* 2021/7094g-7094i; Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/17.6.2.3 en Vriesendorp, *Insolventierecht* 2024/290.

14 HR 9 juni 2006, NJ 2007/21 (*Smit/Van Hees q.q.*). Zie 2.5.2. Wij zouden menen dat de verhuurder hier een procedure tot ontruiming kan voeren tegen de curator (in kort geding), om te voorkomen dat de verhuurder zelf de ontruiming ter hand moet gaan nemen en een en ander zich oplost in een vordering op de boedel, die mogelijk niet verhaalbaar is.

15 HR 18 juni 2004, NJ 2004/617, JOR 2004/221 (*Circle Plastics*). Zie verder 2.9. In het faillissement dat leidde tot Rb. Noord-Holland 19 januari 2022, JOR 2022/157, bedroegen de opruimkosten van de vervuilde containers, die de curator in de boedel aantrof en die zich op een gehuurd terrein bevonden, maar liefst € 879.750. De rechtbank oordeelde dat sprake is van een boedelschuld. De uitspraak van de rechtbank is bekrachtigd door Hof Amsterdam 2 april 2024, JOR 2024/178.

16 HR 4 juni 2021, NJ 2021/233, JOR 2021/250 (*Ridderkerkse Taxicentrale*).

17 De curator wordt (gelukkig) niet pro se als houder van de inrichting beschouwd: ABRvS 26 februari 2020, JOR 2020/159 (*North Refinery*). In dezelfde zin Rb. Noord-Nederland 26 januari 2023, JOR 2023/296: kosten van bestuursdwang zijn niet verhaalbaar op de curator pro se, wel op de curator q.q.

18 Zie daarover Karapetian, 'De ene publiekrechtelijke vordering is de andere niet in faillissement?', *TvI* 2021/25 en Tekstra, 'De taak van de curator, mede gezien de positie van 'overheidscrediteuren'', in: *De Taak van de Curator* (INSOLAD Jaarboek 2023), p. 104 e.v.

objectiefrechtelijke dan wel goederenrechtelijke verplichtingen waar een curator zich, vanuit de boedel gezien, aan zou moeten houden.¹⁹

Het is echter de vraag of hier sprake is van een restcategorie, of dat de hier bedoelde schulden vallen onder een ruime opvatting van de bestaande categorieën (in het bijzonder categorie 2 en 3).

A-G Rank-Berenschot schrijft bijvoorbeeld dat de verantwoordelijkheid voor de naleving van objectieve rechtsplichten berust bij de curator en kan worden beschouwd als een element van zijn taak om de failliete boedel te beheren en te vereffenen (art. 68 Fw). De curator is daarom verplicht om – op kosten van de boedel – aan de tot de boedel behorende rechtsplichten te voldoen. Wanneer dergelijke rechtsplichten niet worden nagekomen, moeten de daardoor ontstane vorderingen door de curator als boedelschuld worden voldaan, aldus de A-G. De aan een obligatoir gebruiksgerechtigde uit hoofde van art. 3:296 jo. art. 6:162 BW toekomende bevoegdheid om verwijdering te vorderen van storende zaken, levert aldus een boedelschuld op van categorie 3.²⁰

Oppatja schrijft dat als de gefailleerde erfpachter is, de erfpachtcanon een boedelschuld is als de curator een beroep op het erfpachtrecht doet, omdat de curator het erfpachtrecht dan uitdrukkelijk of stilzwijgend 'gestand doet'. Dit levert volgens Oppatja een boedelschuld op van categorie 2.²¹ In deze zaak over de status van erfpachtcanon die tijdens het faillissement 'verschijnt', overwoog de Hoge Raad dat de verplichting tot betaling van canon geen goederenrechtelijke verplichting oplevert, maar een kwalitatieve verbintenis die op de erfpachter rust. De wetgever heeft voor de verplichting tot betaling van de erfpachtcanon en voor de opzegging van de erfpacht wegens wanbetaling een regeling getroffen in art. 5:85 lid 2, art. 5:92 lid 2 en art. 5:87 lid 2 en 3 BW en heeft geen met art. 39 Fw vergelijkbare regeling getroffen (zie 2.5.5). Daarom is volgens de Hoge Raad de verplichting tot betaling van de erfpachtcanon, voor zover deze verschuldigd is geworden tijdens het faillissement van de erfpachter, geen boedelschuld, ongeacht of de curator een beroep op het erfpachtrecht doet.²² Wat het dan wél is, zegt de Hoge Raad niet. Het lijkt erop dat de erfpachtcanon die tijdens faillissement verschuldigd is, een (verifieerbare) faillissementsschuld oplevert. De Hoge Raad volgt met dit arrest namelijk de eerdere uitspraken van rechtbank en hof en de conclusie van de A-G. De A-G overweegt dat de rechtbank met juistheid heeft overwogen dat het een faillissementsschuld is.²³ De gedachte is kennelijk dat de erfpachtcanon geen goederenrechtelijke verplichting, maar een verbintenis is, en dat deze verbintenis in voldoende mate voortvloeit uit de vóór faillissement reeds bestaande rechtspositie van de erfverpachter (in de zin van *Koot/Tideman q.q.* en *Credit Suisse/Jongepier q.q.*).²⁴

19 Van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement* (oratie Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

20 A-G Rank-Berenschot, conclusie 25 november 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1196 (*Aldel*), onder 2.17-2.19; onder verwijzing naar Smelt, *Goederen met een negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 114.

21 Oppatja, noot Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2022, *JOR* 2023/23 (*Groningen Seaport/Silvius q.q.*), onder 3.

22 HR 19 januari 2024, *NJ* 2024/43, *JOR* 2024/125 (*Groningen Seaport/Silvius q.q.*).

23 A-G Snijders, conclusie 17 november 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1037 (*Groningen Seaport/Silvius q.q.*), onder 3.6.

24 Vgl. Van Hees & Fliek, 'Kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2024/2128, onder 4.

Wij zijn van mening dat er geen restcategorie is, maar dat in grensgevallen beoordeeld moet worden of deze onder categorie 2 of 3 kunnen worden gebracht.²⁵ Als wordt aangenomen dat op de curator in hoedanigheid een (bijvoorbeeld objectiefrechtelijke of goederenrechtelijke) verplichting rust, levert dit een boedelschuld op (afhankelijk van of die verplichting door de curator is aangegaan: in categorie 2 of 3), omdat niet-nakoming van die verplichting ook een boedelschuld zou opleveren (in categorie 3). Aansprakelijkheid van de curator in hoedanigheid leidt immers tot een boedelschuld, ongeacht of die aansprakelijkheid is gebaseerd op onrechtmatige daad of wanprestatie.

2.2 Boedelschulden uit een voorafgegane surseance

2.2.1 Medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder

De Faillissementswet bepaalt ten aanzien van drie categorieën boedelschulden in surseance dat deze in een daaropvolgend faillissement ook een boedelschuld zijn.²⁶

De eerste categorie wordt gevormd door schulden die de schuldenaar tijdens surseance maakt met medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder. Deze schulden zijn in de surseance boedelschulden (art. 228 lid 2 Fw). Art. 249 lid 1 sub 3 Fw bepaalt vervolgens dat deze schulden ook in het op de surseance volgende faillissement boedelschulden zijn.²⁷ Dit laatste geldt niet alleen voor boedelschulden die tijdens de surseance ontstaan met medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder, maar ook voor boedelschulden die tijdens de surseance ontstaan op grond van de wet, zoals de huur en het loon vanaf de aanvang van de surseance (art. 238 lid 2 en art. 239 lid 3 Fw).

De boedelschuld die tijdens surseance ontstaat door medewerking van de bewindvoerder, was aan de orde in het arrest *Mulder q.q./TenneT*.²⁸ Deze zaak draaide om de vraag of een zogenoemde 'onbalansclaim' van een netbeheerder was ontstaan met medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder in de zin van art. 228 lid 2 Fw. Een dergelijke onbalansclaim kan ontstaan vanuit de 'programmaverantwoordelijkheid' van een energiebedrijf tegenover de netbeheerder. Een energiebedrijf is verplicht dagelijks een opgave te doen van de hoeveelheid elektriciteit die het de volgende dag verwacht te zullen produceren of verbruiken. Als de daadwerkelijke cijfers afwijken van de inschatting,

25 Zie eveneens Tekstra, noot HR 19 januari 2024, *JOR* 2024/125: "Meer in algemene zin kan worden gesteld dat een goederenrechtelijke positie zich lijkt te onttrekken aan *Koot Beheer/Tideman q.q.* Als immers van een dergelijke positie sprake is (het eigendomsrecht daar uiteraard onder begrepen), kan de betreffende partij – in weerwil van het faillissement – de daaraan verbonden goederenrechtelijke bevoegdheden uitoefenen." Zie in dezelfde zin Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/15.3.2.1.

26 Het onderwerp 'boedelschulden na voorafgaande Wsnp' blijft in dit boek buiten beschouwing. Zie daarover *Wessels Insolventierecht nr. VII* 2021/7080.

27 Interessant in dit verband is r.o. 8.8.5 van Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2015, *JOR* 2015/227. In die procedure werd het faillissement van Aino N.V. voorafgegaan door een surseance. Door de in surseance verkerende vennootschap was nagelaten om een bestuurder in kennis te stellen van het aflopen van een BCA-verzekering en om hem te wijzen op de mogelijkheid van verlenging van de uitlooptermijn tegen een aanvullende premie. Het hof overweegt dat dit geen handelen vormt dat op grond van het bepaalde in art. 249 lid 1 onder 3 Fw als handelen van de curator heeft te gelden.

28 HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/113, *JOR* 2011/29.