

In dit arrest verlaat de Hoge Raad het toedoen-criterium voor het ontstaan van boedelschulden in faillissement.

1. Feiten

Koot Beheer B.V. verhuurde een bedrijfsruimte aan Van Brand & Van Wijk Logistiek B.V. De huurder ging failliet en mr. Tideman werd benoemd tot curator. De curator zegde de huurovereenkomst op op de voet van art. 39 Fw. Aan de buitengevel en de deuren van het pand was, voor het faillissement, schade aangericht. De verhuurder vorderde €24.000 schadevergoeding van de curator, stellende dat deze schadevergoedingsvordering een boedelschuld opleverde omdat zij was ontstaan door toedoen van de curator, namelijk door de opzegging van de huurovereenkomst.

2. Beslissing

De Hoge Raad oordeelt dat de vordering tot schadevergoeding geen boedelschuld vormt maar een faillissementsschuld. De Hoge Raad baseert zijn oordeel op twee grondslagen. In r.o. 3.6.1 overweegt de Hoge Raad dat voor wederkerige overeenkomsten die ten tijde van de faillietverklaring nog niet of niet geheel zijn nagekomen geldt, dat het faillissement geen wijziging brengt in de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Komt de curator de op de gefailleerde rustende verbintenissen niet na dan leveren deze in faillissement een concurrente vordering op. Hetzelfde geldt op grond van art. 37a Fw. voor de na ontbinding resterende schadevergoedingsvorderingen. Voor loon en huur geldt een uitzondering aangezien deze op grond van de artt. 39 en 40 Fw. vanaf de dag van de faillietverklaring boedelschuld zijn. De curator die in het belang van de boedel geen verdere uitvoering aan de lopende huur- of arbeidsovereenkomsten wenst te geven dient deze daarom op te zeggen en de artt. 39 en 40 Fw. verlenen hem daartoe de bevoegdheid. Door die opzeggingen ontstaat dan geen schadeplichtigheid. In r.o. 3.6.3 oordeelt de Hoge Raad dat in dit stelsel niet zou passen dat de schadevergoedingsverplichting die in verband met de huurbeëindiging ontstaat, een boedelschuld is op de enkele grond dat zij is ontstaan als gevolg van een rechtshandeling van de curator. In r.o. 3.7 gaat de Hoge Raad in op de tweede grondslag, namelijk dat kwalificatie van een schadevergoedingsverplichting als boedelschuld in strijd komt met hetgeen uit de Faillissementswet volgt omtrent het ontstaan van boedelschulden. De Hoge Raad overweegt dat op grond van de Faillissementswet boedelschulden hetzij (i) ontstaan 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 zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Onder het aangaan van een verplichting wordt dan verstaan dat de curator deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling doordat zijn wil daarop is gericht. Vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van een faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren op één van deze gronden, zijn faillissementsschulden. De onderhavige schadevergoedingsverplichting is zo'n faillissementsschuld, omdat niet zich één van de drie gronden voor het ontstaan van een boedelschuld voordoet. Dat zou slechts anders zijn als de schade ontstaan zou zijn door een handelen van de curator.

In r.o. 3.8 constateert de Hoge Raad dat hij hiermee terugkomt van het toedoen-criterium zoals dat is geformuleerd in eerdere jurisprudentie (zie hierna). Daar voegt de Hoge Raad nog aan toe dat dit niet betekent dat de ontruimingsverplichting na beëindiging van de huur geen boedelschuld zou zijn. De verplichting van de curator om tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde te verwijderen rust op hem in zijn hoedanigheid.

3. Commentaar

1. In faillissement wordt een onderscheid gemaakt tussen faillissementsschulden, boedelschulden en niet verifieerbare schulden. Faillissementsschulden zijn, kort gezegd, schulden van de gefailleerde die voor faillissement zijn ontstaan of voortvloeien uit voor faillissement door hem verrichte (rechts)handelingen. Het faillissement dient ter afwikkeling van deze schulden. De curator zal echter bij zijn bestuur over de failliete boedel soms nieuwe verplichtingen moeten aangaan. Van de schuldeiser van zo'n verplichting kan natuurlijk niet verlangd worden dat hij zijn vordering ter verificatie indient en wacht op de faillissementsuitdeling. Hij zal rechtstreekse en onmiddellijke betaling verlangen. Dergelijke schulden worden aangeduid als boedelschulden. Naast de boedelschulden die voortvloeien uit een (rechts)handeling van de curator wijst de wet ook nog een aantal boedelschulden aan, zoals loon en huur vanaf de faillissementsdatum. Een derde categorie wordt gevormd door de niet-verifieerbare schulden. Dit zijn schulden die niet verhaalbaar zijn op de boedel. Het bekendste voorbeeld is de verbintenis die de schuldenaar na zijn faillietverklaring aangaat en die niet gepaard gaat met een bate voor de boedel (art. 24 Fw). De Faillissementswet bevat geen regeling voor de boedelschulden en derhalve evenmin regels omtrent de afbakening tussen faillissementsschulden en boedelschulden. Die afbakening heeft in de rechtspraak plaatsgevonden. De afbakening is om drie redenen van belang.

Ten eerste hoeven boedelschuldeisers, zoals hiervoor vermeld, niet het regime te volgen van de verificatie en uitdeling¹. Andere schuldeisers kunnen deze schulden dan ook niet ter verificatievergadering betwisten. Indien schulden hun oorzaak vinden vóór het faillissement maar niettemin als boedelschulden worden aangemerkt en derhalve niet onderworpen zijn aan het verificatie proces en het betwistingsrecht van de medecrediteuren onder art. 119-1 Fw., zou men dit kunnen zien als een onttrekking aan de *concursum*. De grote toename van het aantal boedelschulden in de laatste eeuw, die overigens mede haar oorzaak vindt in de jurisprudentie van de Hoge Raad, heeft dan ook het verificatiemechanisme uitgehold.

Ten tweede hebben boedelschuldeisers voorrang boven faillissementsschuldeisers (de zelf executerende zekerheidscrediteuren daargelaten). Indien schulden hun oorzaken vinden voor het faillissement kan kwalificatie als boedelschuld worden gezien als rangverhoging. Als bijvoorbeeld de gefailleerde voor zijn faillissement bodemverontreiniging heeft veroorzaakt en de curator wordt verplicht tot het schoonmaken van de bodem waarbij die verplichting (of de daarop gestelde dwangsom) als boedelschuld wordt aangemerkt, zou men dat als zo'n rangverhoging kunnen zien.

Ten derde kunnen boedelschulden niet worden betrokken in een faillissementsakkoord. Onder een faillissementsakkoord kunnen concurrente crediteuren gedwongen worden een deel van hun aanspraken te laten varen waarna de onderneming, bevrijd van een gedeelte van haar schuldenlast, weer levensvatbaar kan zijn. In de literatuur en rechtspraak is daar niet veel aandacht voor, omdat het akkoordinstrument niet vaak wordt gehanteerd. Wetgeving van de Nederlandse en Europese wetgevers zou daarin overigens wel eens verandering kunnen brengen. In ieder geval geldt dat, naar mate bij meer schulden die een oorzaak vinden voor het faillissement ervoor gekozen wordt ze als boedelschuld aan te merken, reorganisatie door middel van een akkoord wordt bemoeilijkt.

¹ Dat geldt overigens ook voor de zekerheidscrediteuren, de fiscus en het UWV.

2. De Hoge Raad heeft in een drietal arresten een afbakening gedefinieerd tussen boedelschulden en faillissementsschulden. Hoewel het naar mijn mening bij de eerste van die drie arresten anders lag (HR 28 september 1990, *NJ 1990*, 305 (De Ranitz/Ontvanger)) geldt in ieder geval voor het tweede en derde arrest (HR 12 november 1993, *NJ 1994*, 229 (Frima/Blankers-Van Gennip) en HR 18 juni 2004, *NJ 2004*, 617 (Circle Plastics)) dat de verplichting zijn oorzaak vindt in de overeenkomst die de gefailleerde voor zijn faillissement had gesloten. In het arrest Frima/Blankers-Van Gennip ging het om de verplichting om bij ontslag van de werknemer overeengekomen pensioenverplichtingen af te financieren, in het Circle Plastics-arrest ging het om de verplichting bij beëindiging van de huurovereenkomst het gehuurde in de oorspronkelijke staat op te leveren. De gefailleerde had in dat geval landbouwplastic in het gehuurde gebracht en bij de opzegging van de huurovereenkomst diende dat derhalve te worden verwijderd. In beide gevallen oordeelde de Hoge Raad dat, ook al lag de oorzaak van de verplichting in de arbeids- respectievelijk huurovereenkomst, de verplichting zelf ontstond door een rechtshandeling van de curator, namelijk de opzegging van de arbeids- dan wel huurovereenkomst. Omdat de verplichting aldus ontstond door toedoen van de curator oordeelde de Hoge Raad dat die verplichting een boedelschuld was. Op die jurisprudentie is veel kritiek geweest, vooral omdat het hier ging om verplichtingen die op faillissementsdatum al vast stonden, ook al waren zij wellicht nog niet "ontstaan".² Naar aanleiding van die kritiek heeft de Hoge Raad in het Koot/Tideman-arrest het toedoen-criterium verlaten.
3. Onder het stelsel dat de Hoge Raad in het hier besproken arrest ontwikkelt, kunnen boedelschulden op drie gronden ontstaan, namelijk (i) ingevolge de wet, (ii) omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan en (iii) 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. Een vordering tot vergoeding van schade die door de gefailleerde is aangericht maar die ontstaat bij de beëindiging van de huurovereenkomst is geen boedelschuld, omdat zij voortvloeit uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring aangegane rechtsverhouding met de schuldenaar en omdat zij niet onder één van deze drie gronden valt.

De eerste grond ("boedelschulden ingevolge de wet") ziet bijvoorbeeld op loon en huur die verschuldigd zijn na de faillietverklaring. Art. 39 en 40 Fw. bepalen dat deze verplichtingen boedelschuld zijn.

De tweede grond is iets problematischer. Als de schadevergoedingsverplichting ontstaat door de opzegging en de opzegging door de curator heeft plaatsgevonden, waarom is die verplichting dan niet door de curator aangegaan? In r.o. 3.7.1 oordeelt de Hoge Raad:

"Onder het aangaan van een schuld door de curator in deze zin is te verstaan dat de curator

² Zie bijvoorbeeld: A. van Hees, Ontruimingsverplichting bij opzegging van een huurovereenkomst door de curator van een failliete huurder boedelschuld? *Nieuwsbrief BW* 1994/4 blz. 38-40; R.J. van Galen, Drie typen boedelschulden bij faillissement, *WPNR* 1996/6225-6226; G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel, *diss* 1997, Hoofdstuk 1 en noot bij het Circle Plastic arrest in *JOR* 2004, 221; ; L.J. van Eeghen, Boedelverontreiniging, *TvI* 1999/9 blz. 194-204; W.J.M. van Andel, Jurisprudentie inzake boedelschulden; Wanneer keert de wal het schip? *JORPlus* 2003, blz. 34-44; B. Wessels, Insolventierecht VII 7093-7097; A.I.M. van Mierlo, noot bij Circle Plastic arrest in *Ars Aequi* 2004, blz. 786-787 en Boedelschulden. Mag het ietsje minder zijn? *TvI* 2004/55 (blz. 274-278); T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht, *diss* 2012, blz. 202 en 276.

deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht (artt. 3:33 en 3:35 BW)".

Dat daaruit zou volgen dat de schadevergoedingsverplichting niet door de curator is "aangegaan" kan ik niet goed volgen. Als een curator een overeenkomst aangaat zal hij toch ook de daaraan door de wet verbonden verplichtingen moeten accepteren, ook al was dit niet de focus van zijn wil.³ Ik zie dan ook niet dat hieruit zou volgen dat de schadevergoedingsverplichting die ontstaat als gevolg van de opzegging ter zake van de eerder veroorzaakte schulden niet onder de boedelschulden zou vallen. Bovendien noemt de Hoge Raad in r.o. 3.7.3 ook het geval dat een curator slechts bevoegd is tot opzegging van een overeenkomst tegen betaling van een schadevergoeding in verband met de beëindiging. Dan is die schadevergoeding wél boedelschuld. Ik betwijfel of in dat geval de wil van de curator op die schadevergoeding gericht was. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat hetgeen waar het hier eigenlijk om gaat, en naar mijn mening ook zou moeten gaan, is dat de schadevergoedingsverplichting op faillissementsdatum reeds naar inhoud en omvang bepaald was. Zij was de facto onvermijdelijk.⁴ In r.o. 3.7.2. zoekt de Hoge Raad voor het onderscheid tussen boedelschulden en faillissementsschulden voorts aansluiting bij de bepalingen van de artt. 37 en 37a Fw. Art. 37a Fw. bepaalt dat schadevergoeding uit hoofde van vernietiging of ontbinding van een voor de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst een concurrente schuld oplevert. Het artikel is niet rechtstreeks van toepassing op opzegging, maar de gedachte zal dezelfde zijn. De Hoge Raad overweegt hier:

"Vorderingen die een boedelschuld opleveren, moeten worden onderscheiden van vorderingen op de schuldenaar, met het oog op de voldoening waarvan de vereffening van de boedel plaatsvindt. Vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren op één van de hiervoor in 3.7.1. vermelde gronden, behoren tot 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, pag. 409)."

Vooropgesteld moet worden dat de overweging enigszins inconsistent lijkt te zijn. De eerste zin lijkt een criterium aan te kondigen voor het onderscheid tussen faillissementsschulden en boedelschulden. De tweede zin maakt het onderscheid echter niet omdat de vraag of een schuld boedelschuld is een voorvraag is die aan de hand van de drie gronden onder 3.7.1. opgelost moet worden. Ik vermoed echter dat de Hoge Raad hier eigenlijk ook bedoelt te zeggen dat vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met een schuldenaar niet onder grond (ii) of (iii) vallen en derhalve, behoudens in het geval zij door de wet tot boedelschuld worden gepromoveerd (b.v. huur onder art. 39 Fw.), faillissementsschuld zijn. Daarmee wordt dan toch weer het bepaaldheids criterium binnengehaald (met de woorden "voortvloeiende uit").

³ A.J. Tekstra noot bij het arrest in *FIP* 2013/4 wijst in dit verband op belastingverplichtingen die kunnen ontstaan als gevolg van een handeling van de curator. Zie ook F.M.J. Verstijlen, Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas, *NJB* 2013/1930; zie daarover ook W.J.M. Van Andel en T.T. Van Zanten, Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden, *TvI* 2013/26

⁴ In mijn WPNR bijdrage 1996/6225-6226 heb ik daar het etiket "ontstaan" aan gehecht. Daarop is kritiek gekomen omdat het begrip ontstaan hier in een andere betekenis werd gehanteerd dan in andere contexten. Mijns inziens raakt dat echter niet de crux van het onderscheid dat hier gemaakt dient te worden. Anders dan Boekraad (Afwikkeling van de faillissementsboedel, *diss* 1997 en noot onder het onderhavige arrest in *JOR* 2013./ 224) meen ik dat het fixatiebeginsel niet opgehangen dient te worden aan een ontstaansbegrip zoals dat in andere contexten geldt, maar is de essentie dat, indien materiële verschuldigdheid en omvang op faillissementsdatum geheel of nagenoeg vast staan, de vordering tot de faillissementsschulden gerekend dient te worden en dat regime dient te volgen. Zoals uit die bijdrage moge blijken gaat het niet om het geven van invulling aan het begrip "ontstaan" maar om de vraag wanneer de schuld zich leent voor fixatie onder het faillissementsfixatiebeginsel. Voor die mate van bepaaldheid kan men het etiket "ontstaan" hanteren, maar het is niet essentieel.

Indien de curator van de failliete vennootschap een enquêteverzoek indient op de voet van art. 2:346-3 BW zullen de kosten van de enquête boedelschuld zijn, omdat dan de curator de schuld in zijn hoedanigheid is aangegaan. Ook indien een ander het verzoek tot het houden van een enquête heeft ingediend kan de curator de kosten van de procedure geheel of gedeeltelijk als boedelschuld voor zijn rekening nemen⁵.

De derde grond bevat naar mijn mening een tautologisch aspect. Verbintenissen en verplichtingen die de curator in zijn hoedanigheid moet naleven zijn boedelverplichtingen (en schending daarvan levert een boedelschuld op). Maar wat is dan een verplichting die de curator in zijn hoedanigheid dient na te leven (als dat niet in de wet is bepaald)? Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat dat hetzelfde is: boedelverplichtingen zijn boedelverplichtingen.

4. Als zo'n verplichting die de curator in zijn hoedanigheid dient na te komen ziet de Hoge Raad de verplichting om bij beëindiging van de huurovereenkomst de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde te verwijderen. Aldus zou de uitkomst van de Circle Plastics-zaak toch dezelfde zijn geweest, zij het op een andere grondslag. De curator diende het landbouwplastic uit het gehuurde te verwijderen, niet omdat hij de huurovereenkomst had opgezegd en daardoor de ontruimingsverplichting was ontstaan, maar omdat het ging om tot de boedel behorende zaken. Hierin volgt de Hoge Raad de opvatting van A.A.J. Smelt⁶. Waarom zo'n verplichting op de curator zou moeten rusten is mij niet zonder meer duidelijk.⁷ Waarom zou de curator waardeloze zaken niet mogen abandonneren? Zij vertegenwoordigen dan immers geen waarde voor de crediteuren. En hoe zit het als zaken die van de gefailleerde waren zijn nagetrokken? En zou, indien die zaken geen eigendom van de gefailleerde zijn maar van een lessor de eigenaar evenzeer verwijdering kunnen vorderen van de lessor? De focus die hier lijkt te liggen op het goederenrechtelijk aspect lijkt bovendien met zich te brengen dat de curator wel zaken van de gefailleerde uit het voorheen gehuurde dient te verwijderen, maar dat als de gefailleerde de bodem heeft verontreinigd het niet gaat om een zaak die tot de boedel behoort en de curator dan dus geen boedelverplichting tot verwijdering heeft. Wel volgt uit de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat milieuverplichtingen verplichtingen kunnen zijn die de curator in zijn hoedanigheid dient na te komen⁸. Aldus ook A.A.J. Smelt in zijn dissertatie.⁹ Indien deze verplichting zijn oorzaak vindt voor het faillissement kan, zoals hiervoor opgemerkt, kwalificatie als boedelschuld gezien worden als rangverhoging en als de boedelschuld geen boedelschuld is ingevolge de wet is dat dan een buitenwettelijke rangverhoging. In feite vindt de rechter die verplichting dan zo belangrijk dat hij de curator wil dwingen haar na te komen door er een boedelschuld van te maken. Het is een politieke keuze of dergelijke verplichtingen ten laste van de algemene middelen of aldus ten laste van de crediteuren van de gefailleerde moeten komen doordat zij in rang verhoogd worden.
5. Het arrest lijkt in ieder geval tegemoet te komen aan de wens de boedelschulden te beperken en schulden die voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding niet meer als boedelschuld aan te merken. Een belangrijk voordeel van de nieuwe leer is ook dat het niet meer uitmaakt wie de huur- of arbeidsovereenkomst opzegt, de curator of de verhuurder respectievelijk de werkne-

⁵ OK 5 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN0254

⁶ Noot bij Circle Plastics arrest in *NTBR* 2004/74 en Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht, *diss.* 2006, blz. 117-124.

⁷ Aldus ook Tekstra in zijn noot bij het arrest in *FIP* 2013/4.

⁸ ABRvS 11 juli 1997, (Alva), *AB* 1998, 268; ABRvS 9 mei 2007, (ADF), *AB* 2008, 132; ABRvS 12 februari 2013, *AB* 2013/95, JOR 2013/517 (Dutch Infra Tech).

⁹ Hoofdstuk 8.

mer. Onder de toedoen-leer zou de ontruimingsverplichting een boedelschuld zijn indien de huur-overeenkomst werd opgezegd door de curator, maar zou dat niet het geval zijn als de opzegging plaatsvond door de verhuurder.

6. Enigszins raadselachtig vind ik wel de overweging onder 3.7.3 dat, indien de curator onbevoegd een overeenkomst opzegt, de verplichting tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade een boedelschuld is en dat daarmee op één lijn te stellen valt het geval dat de curator wél bevoegd is tot opzegging van een overeenkomst maar alleen tegen betaling van een schadevergoeding in verband met de beëindiging. Stel de gefailleerde heeft een telefoonabonnement gesloten voor drie jaar en de curator zegt dat abonnement op. Vormen de resterende abonnementstermijnen dan boedelschuld? De gedachte dat hier bij opzegging door de curator een boedelschuld ontstaat laat zich niet goed rijmen met de overweging van de Hoge Raad in het Nebula-arrest¹⁰ dat, indien een wederpartij bij een duurovereenkomst zijn rechten uit die overeenkomst volledig kan blijven uitoefenen, dit zich niet verdraagt met de gelijkheid van schuldeisers. In ieder geval is niet echt duidelijk wat de schade nu eigenlijk is die als boedelschuld vergoed moet worden. In de casus van het Nebula-arrest had de schuldenaar voor zijn faillissement een pand in economische eigendom overgedragen. De Hoge Raad overwoog dat het voortbestaan van de overeenkomst van economische eigendomsoverdracht niet door het faillissement werd beïnvloed, maar dat nam niet weg dat de economisch eigenaar niet langer zijn gebruiksrecht aan de curator zou mogen tegenwerpen. Stel dat de curator niet alleen het gebruiksrecht had opgeëist maar de overeenkomst tevens had opgezegd. Wat zou dan de schade zijn die een boedelschuld oplevert? Het recht van de economisch eigenaar is toch al volledig uitgekleeft. Dezelfde vraag laat zich stellen bij het hiervoor genoemde geval van het telefoonabonnement. Stel dat de concurrente crediteur geen uitkering uit het faillissement kan verwachten, welke schade lijdt de telefoonmaatschappij dan door de opzegging? Het komt mij voor dat in deze gevallen geen schade wordt geleden als gevolg van de opzegging door de curator. De problematiek van de wederkerige overeenkomsten is vooral ook van belang bij intellectuele eigendomslicenties. Uit het Nebula-arrest lijkt te volgen dat de curator zich kan verzetten tegen voortgezet gebruik van de licentie. Ook dan lijkt dus te gelden dat onregelmatige opzegging door de curator geen schade zal veroorzaken. De belangen die bij dergelijke licenties spelen zijn groot en de behandeling in verschillende jurisdicties is verschillend. Zo worden dergelijke licenties onder Amerikaans recht meestal beschermd¹¹, onder Duits recht niet. Een Amerikaans hof besliste onlangs dat de Duitse curator zich niet kon verzetten tegen gebruik onder de licenties in de Verenigde Staten.¹² Hoe dan ook, het komt mij voor dat onwenselijk is dat bij onregelmatige opzegging door de curator een boedelschuld ontstaat omdat, indien de curator een overeenkomst niet nakomt en de wederpartij de overeenkomst ontbindt, de schadevergoeding op grond van art. 37a Fw. een faillissementsschuld is. Langs deze weg zou het voor de status van de schuld dan toch weer uitmaken wie de overeenkomst beëindigt. In hun noot bij het arrest in TvI¹³ werpen Van Andel en Van Zanten de vraag op of dit arrest tevens betekent dat de Hoge Raad is omgegaan ten opzichte van het Van Gelder Papier-arrest¹⁴ en het Aukema-Uni-invest-arrest¹⁵. In het eerste arrest oordeelde de Hoge Raad dat ingeval van ontslag door de curator art. 40 Fw. eraan in de weg staat dat werknemers een vordering terzake van een ontslagvergoeding in het faillissement kunnen indienen onder een voor het faillissement overeengekomen sociaal plan, in het tweede arrest oor-

¹⁰ HR 3 november 2006, *NJ* 2007,155.

¹¹ § 365(n) US Bankruptcy Code.

¹² Court of Appeal Fourth Circuit, 3 december 2013, *Qimonda* (no. 12-1802).

¹³ 2013/26.

¹⁴ HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662.

¹⁵ HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114,

deelde de Hoge Raad dat art. 39 Fw. eraan in de weg staat dat bij beëindiging van de huurovereenkomst door de curator de verhuurder op grond van de huurovereenkomst een vordering terzake van schadevergoeding wegens gederfde huur kan indienen in het faillissement. De artt. 39 en 40 Fw. berusten op een belangenafweging waarbij enerzijds aan de curator een bijzondere opzeggingsbevoegdheid wordt gegeven, doch anderzijds het loon en de huur vanaf faillissementsdatum tot boedelschuld worden gepromoveerd. Met Van Andel en Van Zanten ben ik van mening dat dat er niet aan in de weg staat dat uit die arresten slechts volgt dat schadevergoedingen terzake van gederfd loon of gederfde huur van verificatie zijn uitgesloten maar niet een vordering als de onderhavige wegens schade toegebracht aan het gehuurde.¹⁶

Verstijnen¹⁷ merkt nog op dat de curator het probleem eenvoudig kan omzeilen door niet op te zeggen en te wanpresteren. Mijns inziens is het echter wenselijk dat de curator de wederpartijen zo snel mogelijk inlicht dat zij de overeenkomst als beëindigd kunnen beschouwen. Bovendien, zoals uit het Mulder q.q./Tennet-arrest¹⁸ blijkt, neemt de Hoge Raad als snel het stilzwijgend aangaan van een boedelverplichting aan.

7. De vraag naar de afbakening tussen boedelschulden en faillissementsschulden blijft mijns inziens een kwestie van bepaaldheid op het moment van faillietverklaring. Indien de schuld op dat moment in voldoende mate vaststaat dient zij het regime van faillissementsschulden te volgen. Anders dan Boekraad in zijn noot in de JOR ben ik van mening dat het onderscheid niet gemaakt dient te worden aan de hand van een technisch ontstaanscriterium met wat plussen en minnen zoals de verplichtingen onder lopende overeenkomsten. Dat doet namelijk geen recht aan de ratio die voor de verplichtingen uit de lopende overeenkomsten dezelfde is als voor de verplichtingen die reeds voor de faillietverklaring bijvoorbeeld opeisbaar zijn geworden en die terug te voeren is op de drie aspecten die ik noemde onder 1. van dit commentaar, namelijk (i) de wenselijkheid schulden die op faillissementsdatum reeds gegeven zijn onder de concursus te brengen versus de noodzaak om verplichtingen die de curator veroorzaakt onmiddellijk te kunnen voldoen zonder verificatieproces, (ii) het rangverhogingsaspect en (iii) het belang verplichtingen die op faillissementsdatum reeds gegeven zijn onder een faillissementsakkoord te kunnen brengen. Het onderscheid tussen boedelschulden en faillissementsschulden is een vraagstuk dat in meer ontwikkelde faillissementsjurisdicties speelt, zij het dat de drie aspecten die ik hier noemde heel verschillend gewogen worden. Zo is het derde aspect, de reikwijdte van faillissementsakkoord, dat in de Nederlandse literatuur vrijwel geen aandacht krijgt, in de Verenigde Staten de factor die het meest in ogenschouw wordt genomen. Massaschadeclaims en grote milieuclaims kunnen, afhankelijk van de aard van de schuld al dan niet door middel van een faillissementsakkoord worden beheerst en afgewikkeld. Zoals voor wel meer algemene faillissementsvraagstukken geldt die niet in de wet geregeld zijn, is het jammer dat de blik zo eenzijdig op het binnenland gericht is.
8. Het arrest werd eerder geannoteerd door Verstijnen in de *NJ*¹⁹, Tekstra in *FIP*²⁰, door Boekraad in de *JOR*²¹, en door Van Andel en Van Zanten in het *TvI*²².

¹⁶ W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden, *TvI* 2013/26; zie ook mijn bijdrage uit 1996 in WPNR.

¹⁷ *NJB* 2013/1930

¹⁸ HR 22 oktober 2011, *NJ* 2011, 113.

¹⁹ 2013/291.

²⁰ 2013/4.

²¹ 2013/224.

²² 2013/26.