

Hoge Raad 3 december 1999, NJ 2000, 53 m.nt. PvS (LISV/Wilderink q.q.) gepubliceerd in Tijdschrift voor Insolventierecht 2000-2, p. 65-67.

Aanspraak op uitkering in geld voor niet-genoten vakantiedagen is boedelschuld, niet alleen voorzover die aanspraak betrekking heeft op vakantiedagen opgebouwd vanaf de dag der faillietverklaring maar in haar geheel.

1. Casus en procesverloop

Op 2 januari 1995 wordt Bendien Smits International B.V. gevestigd te Hengelo (O) in staat van faillissement verklaard met benoeming van Mr R. Wilderink tot curator. Nog diezelfde dag zegt de curator het personeel van voormelde onderneming ontslag aan tegen 12 februari 1995.

Zoals gebruikelijk neemt het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen (het "LISV") krachtens art. 61-68 WW de - voorafgaand aan het faillissement en gedurende de opzegtermijn ontstane - betalingsverplichtingen jegens de werknemers van de gefailleerde onderneming over. Tot deze betalingsverplichtingen behoort ex art. 7A:1638ii BW (zoals dat heeft gegolden tot 1 april 1997, hierna: art. 7:641 BW) ook de uitkering in geld wegens de vakantieaanspraken van de werknemers aan het einde van hun dienstverband met de gefailleerde onderneming. Als uitkering in geld betaalt het LISV:

- (i) f 39.037 voor vakantieaanspraken opgebouwd voorafgaand aan de faillietverklaring, en
- (ii) f 5.092 voor deze aanspraken opgebouwd tijdens het faillissement.

Het LISV subrogeert ex art. 66 WW in de rechten van de individuele werknemers en heeft uit dien hoofde onder andere een vordering ten bedrage van totaal f 44.129 ex art. 7:641 BW als boedelvordering bij de curator ingediend.

Omdat de curator betwist dat in het onderhavige geval sprake is van een boedelvordering, wendt het LISV zich bij exploit van 6 augustus 1996 tot de Rechtbank te Almelo, en vordert dat de Rechtbank voor recht verklaart, dat de op art. 7:641 BW gebaseerde vordering ten bedrage van f 44.129, althans ten bedrage van f 5.092, een boedelvordering is.¹ Het LISV stelt daartoe dat zijn vordering een loonvordering betreft die in het faillissement is ontstaan door toedoen van de curator. Het LISV beroept zich in dit verband op het arrest Frima q.q./Blankers-Van Gennip² en, met betrekking tot de aanspraak van f 5.092, tevens op art. 40 lid 4 Fw (thans en hierna: art. 40 lid 2 Fw). De curator stelt zich, met een beroep op het arrest

¹ Rechtbank Almelo 10 december 1997, JOR 1998, 16 m.nt. G.A.J. Boekraad.

² HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 m.nt. W.M. Kleijn, waarover hierna meer.

Van der Kooi/De Kort q.q.³, op het standpunt dat de vordering van het LISV een faillissementsschuld is aangezien zij geen loon, maar schadevergoeding betreft.

De Rechtbank wijst de verklaring voor recht af voorzover deze betreft de uitkering met betrekking tot vakantieaanspraken opgebouwd vóórafgaand aan de faillissementsdatum, maar wijst de vordering van het LISV toe voorzover deze betreft de vakantieaanspraken ná de faillissementsdatum.⁴ Voor wat betreft de eerstbedoelde aanspraken overweegt de Rechtbank (r.o.5):

'Deze schuld (...) is ontstaan gedurende de arbeidsovereenkomsten met haar werknemers in de vorm van vakantie-aanspraken van die werknemers. Deze aanspraken zijn door het einde van de arbeidsovereenkomsten van rechtswege omgezet in geldschulden (alsmede de daartegenoverstaande geldvorderingen waarin LISV is gesubrogeerd) en zijn mitsdien niet tijdens het faillissement ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling. Door toedoen van de curator zijn de arbeidsovereenkomsten geëindigd en heeft tijdens het faillissement uitsluitend een conversie van de aanspraken op vakantie in geldvorderingen/schulden plaatsgevonden. In zoverre wijkt het onderhavige geschil af van het geschil dat door de Hoge Raad is beoordeeld in HR 12 november 1993, NJ 1994/229.'

Omdat de Rechtbank ex art. 157 Rv in hoogste feitelijk ressort recht had gesproken, wendt het LISV zich met een uit twee onderdelen opgebouwd cassatiemiddel tot de Hoge Raad.

2. *Beslissing*

Het tweede onderdeel van het cassatiemiddel van het LISV behelst ondermeer de klacht dat de Rechtbank heeft miskend, dat de in art. 7:641 BW bedoelde uitkering in geld 'loon' is in de zin van art. 40 lid 2 Fw, zodat de aanspraak op deze uitkering reeds daarom als een boedel-

³ HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662 m.nt. P. van Schilfgaarde, waarin is beslist dat vorderingen die, zoals in deze zaak, uit een arbeidsovereenkomst zijn ontstaan, niet buiten art. 40 Fw om als boedelvordering kunnen worden aangemerkt.

⁴ Omdat de curator primair concludeert dat een eventuele boedelvordering is verjaard en het LISV deswege niet-ontvankelijk is, onderzoekt de Rechtbank allereerst of het LISV in haar vordering kan worden ontvangen. De Rechtbank komt tot het oordeel dat dit het geval is. Zij overweegt daartoe (r.o. 4): 'De eventuele verjaring van de rechtsvordering van LISV ex artikel 7A:1638ii BW-oud staat daaraan (lees: aan ontvankelijkheid van het LISV (JDE)) niet in de weg. Door die verjaring kan, gelet op de zogenaamde zwakke werking daarvan, de rechtsvordering zelf niet meer worden geëffectueerd maar blijft er wel een natuurlijke verbintenis over. Niet uitgesloten is dat LISV bij de vaststelling daarvan belang heeft.' Het is jammer dat deze kwestie in cassatie niet meer aan de orde is geweest omdat het LISV de facto geen belang meer heeft bij de vaststelling.

vordering moet worden aangemerkt. De Hoge Raad acht deze klacht gegrond en overweegt daartoe (r.o. 3.4):

'De aan het einde van de dienstbetrekking voor het recht op vakantie in de plaats komende aanspraak op een uitkering in geld behoort als loon in de zin van de art. 7A:1638 en 7A:1638q (oud) BW (thans art. 7:616 respectievelijk 7:625) te worden aangemerkt (HR 6 maart 1998, NJ 1998, 527). Het begrip loon in de zin van art. 40 lid 4 F. wijkt, getuige ook de geschiedenis van deze wet, niet af van het begrip loon in de zin van het Burgerlijk Wetboek. Ingevolge art. 40 lid 4 F. vormt een zodanige uitkering derhalve van de dag der faillietverklaring af een boedelschuld. De aanspraak op die uitkering ontstaat, ongeacht of deze betrekking heeft op vakantieaanspraken vóór de dag der faillietverklaring dan wel op nadien opgebouwde aanspraken, eerst bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Nu die beëindiging hier heeft plaatsgevonden na de dag der faillietverklaring, is de uitkering in geld niet slechts boedelschuld voorzover zij betrekking heeft op vakantieaanspraken opgebouwd vanaf die dag, zoals de Rechtbank heeft geoordeeld, maar in haar geheel.'

De Hoge Raad vernietigt het vonnis van de Rechtbank en verklaart voor recht dat de vordering van het LISV uit hoofde van art. 7:641 BW ten bedrage van f 44.129 een boedelschuld is.

3. *Commentaar*

Reeds enige tijd geleden schreef Van Daal dat de Hoge Raad op 12 november 1993 een arrest had gewezen met mogelijk verstrekkende gevolgen voor de faillissementspraktijk⁵: het arrest Frima q.q./Blankers-Van Gennip. In dit arrest is - kort gezegd - beslist dat de verplichting tot affinanciering van de premievrije aanspraak op een evenredig ouderdomspensioen van de tijdens het faillissement van de werkgever door de curator ontslagen werknemer is aan te merken als een boedelvordering. Reden hiervoor is dat voormelde verplichting pas ontstaat met de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator en derhalve als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling. Van Daal waarschuwde ons voor het standpunt van de door het GAK geadmistrateerde bedrijfsverenigingen. De bedrijfsverenigingen meenden dat voormeld arrest eveneens van toepassing is op de verplichting tot vergoeding in geld, over de zowel vóór datum faillissement, als ná faillissementsdatum opgebouwde vakantiedagen, mits de opzegging door de curator geschiedt.⁶

⁵ G.C. van Daal, *Vordering voor niet genoten vakantiedagen boedelschuld?*, TvI 1996/6, p. 149 e.v. Terecht merkt Van Schilfgaarde in zijn annotatie onder dit arrest in NJ (2000, 53) op dat met dit arrest de gedachte is verworpen dat de vervangende uitkering in geld, waarop de werknemer bij beëindiging van de dienstbetrekking recht heeft, als schadevergoeding moet worden gezien.

⁶ Een onderwerp dat door de jaren heen reeds de nodige pennen in beweging heeft gezet; zie bijv. GAK, *Insolad Nieuwsbrief* TvI 1995/6, p. 49, Staatssecretaris van Financiën, *Insolad Nieuwsbrief* TvI 1996/1, p. 20, Van Daal, t.a.p.,

Gelet op de analogie met het arrest Frima q.q./Blankers-Van Gennip⁷ is het debat van partijen in het onderhavige arrest met name geplaatst in het licht (of de schaduw⁸) van eerstgenoemd arrest. De vraag is echter of het arrest Frima q.q./Blankers-Van Gennip, dat betrekking had op een nogal specifieke situatie, zodanig mag worden veralgemeniseerd dat daaronder tevens vakantieaanspraken opgebouwd vóór faillietverklaring vallen. Omdat de Hoge Raad (en A-G Strikwerda) art. 40 lid 2 Fw rechtstreeks toepasselijk acht, komt hij aan deze vraag helaas niet toe.

De fundering voor het onderhavige arrest lijkt door de Hoge Raad reeds in het arrest Stokkermans/Maatschap Kuijken en Asselbergs⁹ gelegd te zijn. Onder verwijzing naar zijn eerdere (verruimende) rechtspraak¹⁰ besliste de Hoge Raad daarin dat de aanspraak op een uitkering in geld terzake van niet-genoten vakantiedagen dient te worden aangemerkt als loon in de zin van art. 7:625 BW en dat de aanspraak op deze uitkering ontstaat door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De werknemer die bij het einde van de arbeidsovereenkomst nog aanspraak heeft op vakantie, kan in beginsel¹¹ aanspraak maken op uitkering in geld tot een bedrag van het loon over een tijdvak overeenkomend met de aanspraak (art. 7:641 lid 1 BW). Omdat op basis van de wetsgeschiedenis geoordeeld moet worden dat de Faillissementswet direct aansluit bij het Burgerlijk Wetboek voor wat betreft het gebezigde loonbegrip¹², is de basis gegeven voor de conclusie dat de aanspraak op een uitkering in geld wegens niet-genoten vakantiedagen ex art. 7:641 lid 1 BW rechtstreeks onder (het loonbegrip van) art. 40 lid 2 Fw valt.

Voorzover van belang bepaalt art. 40 Fw dat vanaf de dag der faillietverklaring loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld zijn. Art. 40 Fw regelt aldus de afweging van de tegenstrijdige belangen van de werknemer enerzijds en de overige crediteuren in het faillissement anderzijds. Ofschoon ik niet op voorhand negatief sta

p. 149-153, E. Loesberg, De werknemer en zijn insolvente werkgever (I), TvI 1998/4, p. 69-75, G.A.J. Boekraad, annotatie onder het in deze zaak bestreden vonnis van de Rechtbank Almelo, JOR 1998, 16, p. 99-102.

⁷ Zie ook Boekraad, t.a.p., p. 101.

⁸ Het arrest Frima q.q./Blankers-Van Gennip is onder curatoren en in de literatuur sterk bekritiseerd. Een van de belangrijkste aangevoerde bezwaren is dat het door de Hoge Raad in dit arrest gehanteerde criterium ertoe leidt, dat vele boedelschulden kunnen ontstaan zonder dat de curator daarop werkelijk invloed kan uitoefenen. Zie Boekraad, t.a.p., p. 100-101 en de aldaar aangehaalde literatuur.

⁹ HR 6 maart 1998, NJ 1998, 527.

¹⁰ HR 25 januari 1991, NJ 1991, 597 (Westerweel c.s./Lindhout) en HR 17 april 1991, AB 1991, 619.

¹¹ Behoudens ingeval van de uitzondering van art. 7:639 lid 2 BW.

¹² Zie de Conclusie van A-G Strikwerda, p. 345, bij het onderhavige arrest en zijn verwijzingen naar de wetsgeschiedenis.

tegenover rechtsvorming door de Hoge Raad op het terrein der boedelschulden¹³, komt het mij voor dat indien de wetgever vakantieaanspraken opgebouwd vóór faillissementsdatum tot boedelschuld had willen verheffen, dat hij dat dan wel (onlangs) expliciet had gedaan. Vast staat dat noch bij de wijziging van het Burgerlijk Wetboek in 1907 op het stuk van de arbeidsovereenkomsten, noch ook bij één van de wijzigingen nadien van het Burgerlijk Wetboek, in het bijzonder van titel 7.10, of de Faillissementswet de wetgever blijk heeft gegeven dat hij aanspraken terzake van vóór de faillissementsdatum opgebouwde vakantiedagen tot boedelschuld heeft willen verheffen.¹⁴

Het feit dat de wetgever geen diversiteit heeft gewild tussen het loonbegrip in het Burgerlijk Wetboek en dat in de Faillissementswet, hoeft nog niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat tevens voldoende rechtvaardiging - welke een boedelschuld behoeft - aanwezig is deze aanspraken tevens tot boedelschuld te kwalificeren. Al ontstaat de aanspraak op uitkering van geld wegens niet-genoten vakantiedagen formeel met de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator, bij de interpretatie van art. 40 Fw hoeft men de vakantieaanspraken opgebouwd vóór de faillissementsdatum niet noodzakelijkerwijs als boedelschuld aan te merken. Het betreft hier immers een schuld die haar grondslag - in belangrijke mate - vindt in een rechtsverhouding die reeds lang vóór de faillissementsdatum in het leven is geroepen.

Art. 40 Fw is - zoals ook art. 39 Fw - een uitzondering op de hoofdregel van art. 37 Fw, op grond waarvan de curator er voor kan kiezen nog niet volledig uitgevoerde (termijn)overeenkomsten simpelweg niet na te komen.¹⁵ Van uitzonderingswetgeving mag worden verlangd dat zij expliciet is. Voor wat betreft de onderhavige kwestie zwijgt de wet echter in alle toonaarden. Het is mijns inziens de vraag of de uitkomst van de afweging van belangen in art. 40 Fw ook in dit geval ten faveure van de belangen van de werknemers en ten detrimente van de overige crediteuren in het faillissement zou (moeten) uitvallen. Indien de ingeslagen weg wordt vervolgd, dan zullen boedelvorderingen steeds vaker uitkeringen aan schuldeisers voorkomen.

Feit is namelijk dat dit arrest (wederom) het aantal boedelschulden uitbreidt¹⁶ en daarmee een bijdrage levert aan de oorzaak van het grote aantal negatieve faillissementsboedels in ons land. In de Faillissementswet is niet voorzien in de mogelijkheid van een negatieve boedel,

¹³ Zie mijn bijdrage aan V&O 2000/1, Superboedelschulden?, p. 16-18.

¹⁴ Zie Preadvies Vereniging voor Arbeidsrecht, Rechten van werknemers bij faillissement, 1981, p. 34-40 en 82-87.

¹⁵ Eventueel daardoor ontstane (schadevergoedings)vorderingen van de contractspartijen van een gefailleerde kunnen ex art. 37a Fw uitsluitend concurrent worden geverifieerd. Zie Van Daal, t.a.p., p. 151 en zijn verwijzing naar R.J. van Galen, Drie typen schulden bij faillissement (I), WPNR 1996/6225, p. 393-397, in het bijzonder p. 393-394.

¹⁶ Zie aldus: HR 3-12-1993, NJ 1994, 229 m.nt. W.M. Kleijn (Frima q.q./Blankers-Van Gennip), HR 28-9-1990, NJ 1991, 305 m.nt. P. van Schilfgaarde (De Ranitz q.q./Ontvanger), waarin de Hoge Raad de des-WIR die ontstaat wanneer de curator een bedrijfsmiddel verkoopt als boedelschuld heeft aangemerkt.

waardoor bijzondere regelgeving met betrekking tot de wijze van afwikkeling daarvan ontbreekt. Naarmate het aantal boedelschulden wordt uitgebreid, neemt ook de behoefte aan een regeling voor het afwickelen van een negatieve boedel toe.¹⁷

Mr J. den Engelsman is advocaat bij Nauta Dutilh te Rotterdam.

¹⁷ Zie voor suggesties onder meer uitvoerig: G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel, (diss. KUN 1997), p. 181-232 en F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator, (diss. KUB 1998), p. 172-182, 320-325.