

DE STOELENDANS

een ongewenste tango van Boek 6 met Boek 3

mr Mart J.M. Franken¹

Dit artikel is verschenen in het INSOLAD jaarboek 2001 "Onzekere zekerheid", uitgegeven door Uitgeverij Kluwer B.V (ISBN 9026838735)

I. INLEIDING

Eigenlijk is een faillissement, vanuit de positie van de curator gezien, eenvoudig. Zijn taak is het actief te verzilveren tegen de hoogst mogelijke opbrengst en de aldus vergaarde som geld te verdelen over het door hem geïnventariseerde en erkende (of door de rechter vastgestelde) passief. Men zou verwachten dat, als eenmaal het actief te gelde is gemaakt en de daarmee samenhangende problemen zijn opgelost, het verdelen van de centen simpel is. Immers, het systeem van de Faillissementswet en het BW, en m.n. titel 10 van boek 3 daarvan, geven een betrekkelijk handzaam stelsel, inhoudende dat eerst de boedelschulden betaald dienen te worden en vervolgens de faillissementsschulden, en van deze laatste eerst de preferente crediteuren, vervolgens de concurrente en ten slotte, eventueel, de post-concurrente. Men zou geneigd zijn te zeggen dat de curator, op basis van het door de wetgever ingerichte ordeningssysteem, zou kunnen volstaan met het plakken van het goede etiket op de betreffende vordering en het plaatsen van de vordering in het juiste hokje. De praktijk is weerbarstiger. Er is sprake van een grote stoelendans van crediteuren, waarbij iedere crediteur probeert de beste stoel te bemachtigen en zich niet door de dansmeester-curator een stoel laat toewijzen.

Binnen de faillissementsschulden tracht de achtergestelde crediteur door te schuiven naar de stoel van de concurrente crediteur.² Concurrente crediteuren proberen te promoveren tot preferente crediteur. Hoewel dat moeilijk lijkt omdat 3:278 lid 2 BW uitdrukkelijk zegt dat voorrechten alleen uit de wet ontstaan en men over het algemeen van mening is dat de bepalingen met betrekking tot voorrechten restrictief dienen te worden uitgelegd³, slagen crediteuren er soms toch in de rechter van de door hen gewenste promotie te overtuigen.⁴ Doch de mogelijkheden voor de faillissementscrediteuren om binnen hun eigen groep naar een betere plaats op te schuiven zijn uiteindelijk toch beperkt.

¹ Advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te Breda

² Hof Den Haag 31 oktober 2000, JOR 2001, 41

³ Asser/Mijnssen 3-III, *Zakenrecht*, 1994 nr. 376, alsook J.E. Fesevur, *Monografieën Nieuw BW B13, Voorrechten en retentierecht*, 2^e druk, sub 6 p. 16

⁴ Kantonrechter Eindhoven 3 april 1997, NJkort 1997, 46, die een ruime uitleg gaf aan 3:288 sub d BW. Ten onrechte, zo meende de Rechtbank in hoger beroep (Rb Den Bosch 24 september 1999, JOR 1999, 241); Kantonrechter Terborg 8 maart 2001, JOR 2001, 77, die 3:288 sub e BW ruim uitlegt en onder het begrip werkgever mede verstaat degene die zich naast de feitelijke en formele werkgever tot nakoming van verplichtingen van die laatste heeft verbonden.

Vandaar, en met name vanwege het feit dat men als boedelcrediteur een grotere kans heeft betaald te krijgen, dat faillissementscrediteuren trachten een plaats in te nemen in de gelederen van de boedelcrediteuren. Dat is hen in een aantal gevallen gelukt. Zelfs met instemming van de Hoge Raad. Ik wijs op de drie bekende arresten met betrekking tot de desinvesteringsbetaling⁵, affinanciering van pensioenen⁶ en vergoeding van vakantiedagen.^{7 8}

Maar zelfs wanneer men het walhalla van de rangen van de boedelschuldeisers heeft bereikt is de stoelendans niet voorbij. Integendeel! Op het niveau van de boedelschuldeisers wordt de strijd om de beste stoel met nog meer inzet en middelen gestreden. Over deze strijd hierna meer.

II. DE VERHOUDING TUSSEN DE BOEDELREDITEUREN

De onderlinge strijd tussen boedelcrediteuren om de betere plaatsen speelt slechts als er te weinig stoelen zijn. Als er genoeg geld voor alle boedelcrediteuren beschikbaar is, komt iedereen aan zijn trekken en maakt het niet uit wie eerder aan de beurt had moeten komen. De discussie speelt dus alleen bij negatieve boedels. Maar het aantal negatieve boedels is groot en stijgende, mede vanwege het feit dat de Hoge Raad de neiging heeft steeds meer schulden als boedelschulden te kwalificeren.⁹

De wetgever heeft bij het ontwerpen van de Faillissementswet de positie van de boedelcrediteuren niet echt geregeld. De wet kent het begrip boedelschuld wel¹⁰, doch men is zich er kennelijk niet van bewust geweest dat er een situatie zou kunnen ontstaan dat deze met elkaar een te kleine pot zouden moeten delen.¹¹ Wat wel vaststaat is dat boedelschuldeisers niet zoals de faillissementsschuldeisers onderworpen zijn aan verificatie van hun vordering en dat zij een onmiddellijke aanspraak op de boedel hebben.¹²

Misschien is het wat al te kort door de bocht gezegd dat iedere curator bij de afwikkeling van de boedelcrediteuren maar deed wat hij als juist oordeelde, maar in ieder geval was er bepaald geen uniformiteit in de wijze waarop curatoren boedelcrediteuren plachten te behandelen.¹³

⁵ HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (De Ranitz q.q./ Ontvanger) m.n. Van Schilfgaarde.

⁶ HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 (Frima q.q./Blankers-Van Gennip) m.n. Kleijn.

⁷ HR 3 december 1999, NJ 2000, 53 (Wilderink q.q./ LISV) m.n. Van Schilfgaarde.

⁸ Men zou mij kunnen tegenwerpen dat hier geen sprake is van een promotie van een faillissementsschuld tot een boedelschuld, juist omdat ons hoogste rechtscollege heeft uitgemaakt dat het om boedelschulden gaat. Ik merk evenwel op dat het standpunt van de Hoge Raad in de betreffende arresten noch in het land van curatoren noch in de wereld van de wetenschap een warm onthaal heeft gevonden. Op ruime schaal acht men het standpunt van de Hoge Raad onwenselijk. Zie onder andere G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, (diss. Nijmegen), Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 70-81; R.J. van Galen, *Drie typen schulden bij faillissement*, WPNR 6225-6226 (1996) p. 393 e.v. en 413 e.v. alsmede *Een regeling voor het boedelfaillissement*, TvI 1997, p. 148-153.

⁹ Zie de hiervoor in de noten 4, 5 en 6 genoemde arresten.

¹⁰ In 39 Fw (huur na faillissement), en 40 Fw (loon na faillissement) en in 182 Fw (algemene faillissementskosten). Van Galen beschouwt de boedelschulden ex 39 en 40 Fw evenwel als door de wetgever gepromoveerde faillissementsschulden; zie *Drie typen schulden bij faillissement*, WPNR 6225-6226 (1996) p. 393.

¹¹ Met betrekking tot de opheffing bij gebrek aan baten (16 Fw) heeft de wetgever kennelijk slechts gedacht aan de situatie dat er in het geheel geen actief was, of zelfs niet voldoende actief om de curator te betalen: zie MvT, v.d. Feltz I p. 328.

¹² Zie MvT, v.d. Feltz I p. 384. Zie ook Rb Rotterdam 11 oktober 1985, NJ 1987, 186 en Pres. Rb Breda 4 maart 1994, KG 1994, 119.

¹³ Zo bleek ook wel tijdens de vele PAO-cursussen Insolad/Grotius "Insolventierecht", die vanaf 1994 zijn gegeven.

Totdat de Hoge Raad in een tweetal arresten in ieder geval een begin van stroomlijning aanbracht:

- In het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*¹⁴ is (ook) bepaald dat bij een negatieve boedel als uitgangspunt heeft te gelden dat de boedelcrediteuren naar evenredigheid van hun vordering moeten worden voldaan, behoudens indien zij wettelijke redenen van voorrang hebben. Een zeer hoog voorrecht komt daarbij toe aan de kosten van executie en vereffening (waaronder in ieder geval het salaris en de verschotten van de curator te begrijpen zijn). Kortom: het preferentiesysteem van boek 3 BW geldt in beginsel ook ten aanzien van boedelcrediteuren.
- In *Mentink q.q./Mees Pierson*¹⁵ is uitgemaakt dat er maar twee soorten boedelschulden zijn, te weten de zogeheten bijzondere faillissementskosten¹⁶ en de algemene faillissementskosten.¹⁷ In feite werd in dit arrest een in de literatuur bepleite derde categorie boedelschulden, de zogenaamde “oneigenlijke” boedelschulden, verworpen.¹⁸

De door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten geven de rechtspraak evenwel onvoldoende houvast. Zo zijn er (potentiële) boedelcrediteuren, die ten behoeve van de curator slechts dan prestaties willen leveren als men van betaling verzekerd is. Dat betekent dus gedwongen feitelijke betaling vooraf of onmiddellijk na het leveren van de prestatie. Daarnaast is er onder curatoren ten minste een “sterk rechtsgevoel” dat bepaalde boedelcrediteuren in ieder geval betaald moeten worden. Dat rechtsgevoel bestaat er bijv. ten aanzien van diegene, die op basis van een onmiskenbare vergissing op de boedelrekening heeft betaald.¹⁹ Hoe nu deze betalingen te passen in de uitgangspunten van de Hoge Raad?

In de literatuur is uitgebreid gedebatteerd over dit probleem. Ik volsta hier met het noemen van de vier belangrijkste schrijvers op dit punt.

1. Voûte²⁰ creëert een zogeheten boedelschuld “bij voorbaat”. Naast de categorie van de “normale” boedelschulden. Deze figuur van de boedelschuld bij voorbaat is gebaseerd op het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking. De redenering is dan dat de “normale” boedelschuldeisers ongerechtvaardigd zouden worden verrijkt, indien bepaalde boedelcrediteuren niet bij voorbaat zouden worden betaald. In de optiek van Voûte behoren tot deze boedelcrediteuren bij voorbaat in ieder geval (a) de eigenaar wiens roerende zaak onbevoegdlijk door de curator wordt uitgewonnen, (b) degene die onverschuldigd aan de curator heeft betaald, (c) de pandhouder wiens separatisme door de curator wordt doorkruist en (d) die crediteuren, met wie de curator gedurende het faillissement wederkerige overeenkomsten heeft gesloten.
2. Van Galen²¹ komt tot een systeem waarbij de hoogste voorrang toekomt aan het salaris en de verschotten van de curator. Daarna hebben in zijn visie jongere boedelschulden voorrang boven oudere (als ze gelijktijdig zijn ontstaan geldt het wettelijke preferentiesysteem). Doch in zijn systeem kan op de hoofdregels een uitzondering worden gemaakt voor die boedelschuldeisers, aan wie een vordering uit ongerechtvaardigde

¹⁴ Zie noot 4.

¹⁵ HR 30 juni 1995, NJ 1996, 554, m.n. Kortmann.

¹⁶ Die als kosten van executie en vereffening kunnen worden beschouwd en in mindering strekken op de bruto-opbrengst van een actief om tot de netto-opbrengst te geraken.

¹⁷ Die krachtens 182 Fw worden omgeslagen over ieder deel van het boedelactief.

¹⁸ N.J. Polak, *Faillissement en surseance*, 1972, p. 336; N.J. Polak/C.E. Polak, *Faillissementsrecht*, 1992 p. 168.

¹⁹ Te vinden in S.C.J.J. Kortmann, *Onverschuldigde betaling aan de curator*, WPNR 6171 (1995) p. 159-160.

²⁰ P.C. Voûte, *Over het faillissement en boedelschulden die vooraf (buiten een eventuele rangregeling om) voldaan moeten worden*, NTBR 1994 p. 233 e.v.

²¹ R.J. van Galen, *De rangorde onder boedelschulden in faillissement*, WPNR 1997 p. 255-258 en 275-278, alsmede, *Een regeling voor het boedelfaillissement*, TvI p. 148-153.

verrijking toekomt. In feite is het systeem van Van Galen een verbijzondering en uitbreiding van de gedachte van Voûte.

3. Verstijlen²² introduceert het zogenaamde “boedelfaillissement”. In de kern komt dit er op neer dat op enig moment dient te worden vastgesteld dat er sprake is van een negatieve boedel en dus niet alle boedelcrediteuren kunnen worden betaald. Op dat moment worden de dan bestaande boedelcrediteuren bestempeld tot “oude” boedelcrediteuren. De boedelcrediteuren vanaf dat moment zijn de “nieuwe”. In zijn systeem moeten die nieuwe boedelcrediteuren betaald worden vóór de oude. In feite borduurt hij dus voort op het stelsel van Van Galen, met dien verstande dat hij geen correctie wenst op basis van ongerechtvaardigde verrijking.
4. Boekraad²³ houdt sterk vast aan de dogmatiek en de door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten.²⁴ Hij maakt slechts één uitzondering, en wel voor de boedelcrediteuren met feitelijke voorrang, omdat die reeds vooraf zijn voldaan of een garantie van betaling hebben gekregen. Die gaan voor. Daarna, zoals de Hoge Raad ook aan gaf, de kosten van executie en vereffening (waarbij hij het begrip bijzondere faillissementskosten zeer eng wenst toe te passen) en vervolgens de overige boedelcrediteuren met, voor zover nodig, inachtneming van hun preferentie.

III. DE ONTWIKKELING IN DE RECHTSPRAAK

De rechtspraak lijkt duidelijk te hebben gekozen voor het door Voûte resp. Van Galen bepleite stelsel m.b.t. de ongerechtvaardigde verrijking.

1. Eerst, en trendsettend, was er het arrest van de Hoge Raad inzake Ontvanger/ Hamm q.q.²⁵ De casus acht ik genoegzaam bekend. Kort gezegd: wat is de status van een boedelcrediteur die als gevolg van een onmiskenbare vergissing op de boedelrekening heeft betaald. Is hij een normale concurrente boedelcrediteur of kan hem een status aparte worden toegedicht. De Hoge Raad is van mening dat hem een bijzondere status toekomt. De kernoverwegingen van de Hoge Raad zijn:
 - *Wanneer de curator wordt geconfronteerd met een zodanige onmiskenbare vergissing, handelt hij in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd, indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing.*
 - *Ook de omstandigheid dat de wet aan vorderingen uit onverschuldigde betaling geen voorrecht verbindt en met betrekking tot deze vorderingen ook niet rechtstreeks een andere grond voor voorrang aanwijst, wettigt niet de conclusie dat de curator jegens degene die een boedelvordering wegens onverschuldigde betaling verkrijgt, doordat hij als gevolg van een onmiskenbare vergissing aan de curator in plaats van aan de werkelijke schuldeiser betaalde, er mee zou mogen volstaan het betaalde bedrag aan het actief van de boedel toe te voegen,.....*
 - *Laatst bedoelde handelswijze van de curator, die aan de gezamenlijke (overige) schuldeisers valt toe te rekenen, leidt tot een verrijking van die schuldeisers ten koste van degene die bij vergissing heeft betaald, waarvoor in het licht van het voorgaande geen rechtvaardiging is te vinden, ook niet in het stelsel van de Faillissementswet.*
 - *Aldus eist de redelijkheid dat aan degene.....*

²² F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, (diss. Tilburg), p.172 e.v.

²³ G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, (diss. Nijmegen), p. 198 e.v.

²⁴ Boekraad: zie aldaar Resumé p. 229 e.v.

²⁵ HR 5 september 1997, NJ 1998, 437, m.n. Van Schilfgaarde en JOR 1997, 102 m.n. De Liagre Bohl en Faber.

In het hart van de beslissing vindt men de door Voûte en Van Galen bepleite constructie van de ongerechtvaardigde verrijking, geflankeerd door maatschappelijke (on)zorgvuldigheid en redelijkheid. Op deze wijze creëert de Hoge Raad een soort boedelcrediteur “bij voorbaat”²⁶

2. Het Amsterdamse Hof beoordeelt in de kwestie Stigter/Tanger q.q. een andere situatie.²⁷ Het Hof had in een eerder arrest vastgesteld dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld door de aan Stigter verpande vermogensbestanden te vervreemden, zonder met de rechten van Stigter als pandhouder rekening te houden. De curator was veroordeeld tot betaling van een bedrag van f 150.000,- aan schadevergoeding, als boedelschuld. In het thans bedoelde arrest is de vraag aan de orde wat de status van Stigter als boedelcrediteur is. Ook in dit arrest wordt duidelijk gerefereerd aan de leer van Voûte en de Hoge Raad in Ontvanger/Hamm q.q. In feite volgt het Hof naadloos de overwegingen van de Hoge Raad als het stelt:

- *Wanneer de curator zulk een onrechtmatige daad begaat, handelt hij vervolgens in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd, indien hij meewerkt aan het – zoveel als mogelijk - ongedaan maken van (de gevolgen van) die onrechtmatige daad.*
- *De omstandigheid dat de wet aan deze vordering uit onrechtmatige daad geen voorrecht verbindt en met betrekking tot deze vordering ook niet rechtstreeks een andere grond voor voorrang aanwijst, wettigt niet de conclusie dat de curator jegens degene die een boedelvordering wegens zulk een onrechtmatige daad verkrijgt, er mee zou mogen volstaan het ten gevolge deze onrechtmatige daad verkregen bedrag aan het actief van de boedel toe te voegen en de vordering ter zake van het aldus verkregen bedrag als concurrente boedelvordering te behandelen.....*
- *Laatstgenoemde handelwijze van de curator, die aan de gezamenlijke (overige) schuldeisers valt toe te rekenen, leidt tot een verrijking van die schuldeisers ten koste van degene, die door het begaan van de onrechtmatige daad door de curator zijn positie als separatist verloren heeft zien gaan,.....*
- *De redelijkheid eist dat aan appellant de hierdoor ontstane schade tot het gehele bedrag van die verrijking wordt vergoed.....met voorbijgaan van aanspraken van andere boedelcrediteuren.*

Ook hier weer de sleutelwoorden maatschappelijke (on)zorgvuldigheid, ongerechtvaardigde verrijking en redelijkheid. Ook hier een boedelcrediteur “bij voorbaat”.

²⁶ In het verlengde van dit arrest liggen een tweetal uitspraken van lagere rechters, te weten van de President te Groningen, 17 september 1998, JOR 1999,14 en van de Rechtbank te Alkmaar, 2 maart 2000 en 15 februari 2001, JOR 2001,102. Beide uitspraken betroffen ook een onverschuldigde betaling, na faillissement, aan de curator. In beide zaken was er vóór datum faillissement evenwel een rechtsverhouding tussen de failliet en de later betalende derde geweest. In de Groningse zaak komt de President tot de conclusie dat er sprake was van een onmiskenbare vergissing, ondanks de eerdere rechtsverhouding, en wijst de vordering van de boedelcrediteur uit hoofde van onverschuldigde betaling toe, en wel “bij voorbaat”. In de Alkmaarse zaak evenwel vindt de rechtbank dat er weliswaar sprake is van een vergissing, maar dat i.c. de eerdere rechtsverhouding er aan in de weg staat aan te nemen dat er sprake is van een boedelvordering bij voorbaat. De rechtbank concludeert dat de derde wel boedelcrediteur is uit hoofde van onverschuldigde betaling, maar met een concurrente boedelvordering.

²⁷ Hof Amsterdam 28 mei 1998, NJ 2000, 741 en JOR 1999, 13, m.n. Boekraad.

3. De Almeloze Rechtbank oordeelt in het geschil Ontvanger/Breuning ten Cate q.q. ook over de status van een boedelvordering.²⁸ Uiteindelijk komt de Rechtbank tot de conclusie, voor zover hier van belang, dat er geacht moet worden tussen de curator en de ontvanger een overeenkomst te zijn gesloten, op grond waarvan de ontvanger een boedelvordering heeft. De vraag is wat de status van deze boedelvordering is. Zonder enige verdere nadere motivering stelt de Rechtbank:

- *Een redelijke uitleg van de tussen partijen gesloten overeenkomst brengt voor de curator de verplichting met zich mee om deze vordering te voldoen vóór alle andere boedelverplichtingen.*

Een boedelcrediteur “bij voorbaat”, en wel op grond van redelijkheid en billijkheid.

IV. EEN ONGEWENSTE ONTWIKKELING

Er is een tendens zichtbaar. Gevoed door de door Voûte en Van Galen ontwikkelde theorieën om op basis van met name het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking een boedelschuldeiser “bij voorbaat”, te creëren, lijkt de rechtspraak duidelijk deze kant op te willen, met name na het trendsettende arrest van de Hoge Raad in Ontvanger/Hamm q.q. Deze ontwikkeling lijkt mij hoogst ongewenst. En wel om meerdere redenen.

1. Het belangrijkste en tegelijk ook meest principiële bezwaar is het volgende. De sleutelbegrippen, op grond waarvan een crediteur een positie bij voorbaat wordt toegekend, zijn: ongerechtvaardigde verrijking, maatschappelijke (on)zorgvuldigheid (dus: onrechtmatige daad) alsook redelijkheid en billijkheid. Dit zijn begrippen uit boek 6 BW, regelende het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht. Dit boek kent vele van die open normen, door de rechter nader in te vullen en toe te passen. Faillissementsrecht evenwel is volgens mij op de eerste plaats ordeningsrecht, voor een belangrijk deel – en in ieder geval ten aanzien van de vraag in welke volgorde crediteuren moeten worden afgewikkeld – gebaseerd op boek 3 BW, regelende het vermogensrecht in het algemeen en het goederenrecht in het bijzonder. Boek 3 is anders dan boek 6 in hoge mate ordeningsrecht met harde keuzes van de wetgever en weinig door de rechter in te vullen open normen. Het gaat daar veelal om “hard and fast rules”. Dit geldt voor het overgrote deel van de titels van boek 3. Het geldt in ieder geval voor titel 10 betreffende het verhaalsrecht op goederen.

Het lijkt minst genomen niet de bedoeling van ons rechtssysteem om met de open normen van boek 6 te gaan schieten op de hard and fast rules van boek 3. En dat is wat er nu gebeurt. Dat kan niet. Dat mag niet. Om principiële redenen dient deze tendens dan ook niet verder vervolgd te worden.²⁹

In dit verband verwijs ik gaarne naar het boek van Vranken in de Asser-serie. Hij stelt:³⁰

- *In het goederenrecht en het personen- en familierecht zijn draaglijkheid en hanteerbaarheid van het recht belangrijkere categorieën dan in het verbintenissenrecht. Wat betreft het goederenrecht wijs ik op de situatie in het*

²⁸ Rb Almelo 1 maart 2000 en 1 november 2000, JOR 2001, 14; de uitspraak gaat over veel meer. Met name ook over de status van executoriale beslagen, die gelegd zijn vóór de eigendomsoverdracht, in geval na eigendomsoverdracht de nieuwe eigenaar failliet gaat; zie ter zake ook de noot van Loesberg.

²⁹ Heeft de HR op 30 juni 1995 (op dezelfde dag als waarop Mentink q.q./Mees Pierson werd gewezen), NJ 1995, 707 (Royal Nederland/Van Kemenade q.q.) niet zelf gezegd dat *voor doorbreking van de dwingende regels van faillissementsrecht met een beroep op maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen plaats is?*

³⁰ J.B.M. Vranken, Asser/Vranken, *Algemeen deel*, 1995, meer in het bijzonder naar de nrs. 120 en 230.

kredietverkeer, waarin strakke regels gelden voor de onderlinge verhouding van crediteuren. Van een versoepeling met een beroep op de jegens elkaar te betrachten redelijkheid en billijkheid wil rechtspraak noch wetgever weten. Het zou niet stroken met de in het kredietverkeer te stellen eisen van rechtszekerheid en duidelijkheid.

- of wellicht verschil kan worden gemaakt naar rechtsgebied. Goederenrecht en beslag- en executierecht bijv. zijn in het algemeen statischer dan verbintenissenrecht. De rechten en plichten van betrokkenen zijn strakker, zo niet uitputtend, geregeld en niet (mede) afhankelijk gemaakt van de redelijkheid en billijkheid of van opvattingen in het maatschappelijk verkeer. Men is eigenaar of men is het niet en men is bevoorrecht crediteur of men is het niet. Tussenposities zijn uitgesloten. De rechter kan aan de keuze van de wetgever niets toe- of afdoen, ook niet als een andere keuze wellicht beter was geweest of thans beter zou zijn.

Evenzeer wijs ik op Gerbrandy³¹:

- *Tekst en systeem van de wet verzetten zich, behoudens uitzonderingen, tegen de uitbreiding van redelijkheid en billijkheid buiten de grenzen van het verbintenissenrecht.....In het zakenrecht horen redelijkheid en billijkheid niet thuis.*

Hartkamp lijkt een andere mening toegedaan.³²

- *Naar mijn mening mag het feit dat de redelijkheid en billijkheid in en vanuit Boek 6 zijn geregeld, er niet aan in de weg staan dat zij hun invloed in het gehele vermogensrecht op royale wijze uitoefenen. Immers, de beperking tot Boek 6 is, mede gelet op het aantal uitbreidingsbepalingen, mijns inziens meer door toevallig historische dan door principiële overwegingen ingegeven.*

Hoewel Fesevur³³, gelijk Hartkamp, uitgaat van de regel dat de open normen op het gebied van goederenrecht toegang dienen te vinden³⁴ is hij toch van mening dat dat niet voor alle onderdelen van het goederenrecht geldt. Immers³⁵:

- *Ook de wettelijke regeling van de voorrang tussen schuldeisers bij verhaal op het vermogen van hun schuldenaar kan niet op grond van redelijkheid en billijkheid gewijzigd worden. Duidelijkheid voor derden speelt ook hierbij een cruciale rol, aangezien potentiële schuldeisers van tevoren hun verhaalsmogelijkheid zuiver moeten kunnen taxeren.*
- *Men kan dus volhouden dat vanuit rechtssystematisch oogpunt deze gevallen als uitzonderingen moeten worden gezien op het beginsel van toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht als geheel beschouwd.*
- *Ook de eigen aard van het goederenrecht verzet zich niet principieel tegen de invloed van de redelijkheid en billijkheid. Wel is het zo, dat op zekere – en stellig belangrijke en omvangrijke – onderdelen van het goederenrecht de wettelijke regeling een correctie in het bijzondere geval door redelijkheid en billijkheid niet toelaat.*

³¹ S. Gerbrandy, *Redelijkheid en billijkheid op de drempel*, WPNR 6061 (1992), p. 640 en 638.

³² A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Monografieën Nieuw BW A1, 1990, nr. 15, p. 46. Zie ook Asser/Hartkamp 4-II, 1997, nr. 305.

³³ J.E. Fesevur, *Redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse goederenrecht*, te vinden in: *Open normen in het goederenrecht*, een bundel opstellen naar aanleiding van een op 16 oktober 1998 te Utrecht gehouden symposium met dezelfde titel, door het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht; 2000, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers.

³⁴ T.a.p., p. 23.

³⁵ T.a.p., p. 31, 32 en 58.

Hoewel de hiervoor bedoelde rechtspraak niet expliciet aangeeft dat er een inbreuk wordt gemaakt op het wettelijk voorrangstelsel of dit opzij wordt gezet, komt het er natuurlijk in feite wel op neer. Door, met behulp van open normen, te komen met de oplossing dat de ene crediteur, met voorbijgaan van de aanspraken van andere, eerst dient te worden betaald, wordt aldus de facto wel een ander afwikkelingsvolgorde gecreëerd. En dat lijkt mij dus in ieder geval ongewenst.

2. De toepassing van open normen vergt afweging in een concrete situatie. Een afweging door een onpartijdige derde, de rechter dus. Het hanteren van dergelijke open normen is evenwel onderhevig aan een bepaalde subjectieve oordeelsvorming. De ene rechter kan daar anders over denken dan de andere.³⁶ Uiteraard is de rechtszekerheid met betrekking tot de afwikkeling van faillissementen daar niet mee gediend.
3. Het ingang doen vinden van dergelijke open normen ten aanzien van de vraag of een boedelcrediteur als een “normale” of als een boedelcrediteur “bij voorbaat” dient te worden beschouwd zal er toe leiden dat steeds vaker om de status van een dergelijke crediteur dient te worden geprocedeerd. En wellicht ook, vanwege de rechtseenheid, tot in hoogste instantie. Met alle vertragingen in de afwikkelingen van faillissementen van dien. En natuurlijk met alle daarmee gepaard gaande kosten. En laten we wel wezen: de problematiek speelt uitsluitend in negatieve boedels, die daardoor alleen nog maar negatiever worden. Hoogst ongewenst dus!
4. En wat in een geval van “samenloop” van boedelcrediteuren bij voorbaat? Stel dat er én sprake is van een vordering uit onverschuldigde betaling als gevolg van een onmiskenbare vergissing én een vordering uit onrechtmatige daad omdat de curator de rechten van een pandhouder niet heeft geëerbiedigd én een redelijke uitleg van een overeenkomst een boedelcrediteur bij voorbaat creëert. Dus een combinatie van de gevallen als hiervoor sub III in de rechtspraak aan de orde. Stel dat het actief (omdat er door de curator betalingen zijn gedaan aan boedelcrediteuren die “boter bij de vis” wilden) onvoldoende is om al die vorderingen bij voorbaat te betalen. Wie gaat dan voor? Geldt dan dat degene, die zich het eerste heeft voorzien van een titel voorgaat? Of dienen die crediteuren bij voorbaat dan wel pons-pons-gewijs te delen? Of moet de rechter alsnog en opnieuw gaan uitmaken wie misschien, op gronden van “meer” redelijkheid, recht krijgt op het predikaat “bij voorbaat plus”?
5. Het toekennen van een status “bij voorbaat” dient, zeker als het gaat om open normen, plaats te vinden in een soort belangenafweging. Een belangenafweging, waarbij ook de belangen van andere boedelcrediteuren betrokken zijn. Het is de vraag of in een procedure van een individuele boedelcrediteur tegen de curator al deze belangen wel voldoende aan bod komen. De curator kan dan weliswaar aangeven dat er ook andere belangen zijn, doch hij is niet de advocaat van een individuele andere boedelcrediteur. Zouden de andere boedelcrediteuren dan de gelegenheid moeten hebben respectievelijk krijgen zich in een dergelijke procedure te voegen? Met alle kosten en verdere consequenties van dien?
6. Geldt het recht van de sterkste, meest dwingende of snelste boedelcrediteur, die zich als eerste (toevallig) van de titel “bij voorbaat” door de rechter doet voorzien? Of moet er een (thans niet mogelijke) verificatievergadering voor boedelcrediteuren worden ingericht?

³⁶ Zie bijv. de uitspraken, genoemd in noot 25.

Mijn conclusie is dus dat om meerdere (principiële en praktische) de kennelijk ingezette tendens ten spoedigste tot staan dient te worden gebracht.

V. HOE DAN VERDER?

De ingeslagen weg via de open normen moet dus niet verder bewandeld worden. Ook het door Van Galen en Verstijlen, in verschillende vormen weliswaar, bepleite systeem dat jongere boedelschulden voorrang zouden moeten hebben op oudere (al dan niet na de constatering dat er sprake is van een “boedelfaillissement”) biedt in ieder geval in het thans vigerende stelsel geen soelaas. Terecht constateren zowel Van Galen³⁷ als Verstijlen³⁸ zelf dat een dergelijke oplossing niet mogelijk is zonder voorafgaande wetwijzigingen.

Het voordeel van Boekraad’s gedachte is weliswaar dat het dogmatisch lijkt te passen in ons huidig stelsel, doch het grote nadeel is dat die gedachte juist te dogmatisch is en tot waarschijnlijk niet gewenste oplossingen leidt. Hoewel ik daar geen uitgebreid onderzoek naar heb verricht durf ik wel de stelling aan dat een zeer grote groep van curatoren het juist zou vinden dat de boedelcrediteur, die als gevolg van een onmiskenbare vergissing onverschuldigd heeft betaald, voorrang dient te hebben bij de afwikkeling boven het LISV, gesubrogeerd in de rechten van de werknemers voor wat betreft het loon over de opzegtermijn, na faillissement. En evenzeer dat de hiervoor bedoelde vordering van Stigter eerder betaald zou moeten worden dan de vordering ter zake van de affinanciering van pensioenen. En iedere curator zal vinden dat de schulden, uit door hem daadwerkelijk met derden gesloten overeenkomsten, eerder betaald moeten worden dan de huur of een milieucclaim³⁹, indien een bedrijf onmiddellijk bij faillissement wordt gestaakt.

Doch om de (maatschappelijk) gewenste onderlinge verhouding en afwikkeling van boedelschulden te bereiken dienen individuele rechters in individuele situaties niet middels de open normen van boek 6 het recht te vormen. De verdeling van voorrang zou moeten berusten op een afweging van alle belangen. Deze afweging behoort te geschieden *in abstracto* door de wetgever en niet *in concreto* door de rechter. Natuurlijk dient te wetgever zich bij het bepalen van dit ordeningsrecht mede te laten leiden door wat redelijk is en maatschappelijk gewenst. Maar deze afweging in abstracto moet dan vervolgens wel leiden tot duidelijk hanteerbare en toe te passen regelingen, waarmee de rechtszekerheid in hoge mate is gediend en die door de betreffende rechtstoepasser, meestal de curator, maar soms ook de rechter, op een relatief eenvoudige wijze kunnen worden gehanteerd bij het etiketteren van een vordering. Dat betekent dat het dus moet gaan om hard and fast rules.

Bij deze dus een appel op de wetgever om na te denken over en een regeling te treffen voor de boedelcrediteuren. Maar de wetgever is dat kennelijk niet van plan. Noch in de thans aanhangige wetsvoorstellen⁴⁰ noch in het denken over toekomstige⁴¹ wordt zelfs maar melding gemaakt van deze problematiek.

³⁷ R.J. van Galen, *Een regeling voor het boedelfaillissement*, TvI 1997, p. 153.

³⁸ F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), p. 182.

³⁹ Zie in dit verband: Raad van State, Afdeling Rechtspraak, 11 juli 1997, JOR 1997, 105 (Oude Grote Bevelsborg q.q./Dordrecht) m.n. Kortmann.

⁴⁰ Zoals Wetsvoorstel nr. 27 244 met als titel *Wijziging van de Faillissementswet i.v.m. het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement*.

⁴¹ Vide het discussiememorandum van de MDW-werkgroep faillissementsrecht, *Nadere herziening van het Nederlands insolventierecht*, te vinden onder www.ez.nl/beleid.

Het is hier overigens niet de gelegenheid om zelf met gedetailleerde voorstellen terzake te komen. Dat zou het bestek en de omvang van deze bijdrage verre te boven gaan. Daarvoor is er wellicht een andere gelegenheid. Het is ook niet de intentie van deze bijdrage met uitgewerkte gedachten te komen. Maar slechts om te signaleren dat en waarom de ingezette ontwikkeling zou moeten worden gestuit. Wel wil ik kwijt dat het gewenst zou zijn dat de wetgever niet alleen zou moeten nadenken over de rangorde van boedelcrediteuren, doch evenzeer over het fenomeen boedelschuld zelf. Zouden de boedelschulden van 39 en 40 Fw niet beter kunnen worden afgeschaft?⁴² Moet de wetgever geen halt toeroepen aan de neiging van de Hoge Raad om steeds meer schulden te kwalificeren als boedelschuld?⁴³ Bijkomend effect van het terugdringen van boedelschulden is natuurlijk dat er minder negatieve boedels zullen zijn en dus de boedelcrediteuren (eerder) aan hun trekken zullen komen.

Als de wetgever geen initiatieven neemt om over deze problematiek na te denken ligt er voor het jubilerende Insolad misschien een taak het voortouw te nemen. Hetzij door er bij de wetgever zeer nadrukkelijk op aan te dringen een en ander te betrekken in thans aanhangige of toekomstige wetsvoorstellen. Hetzij door als vereniging zelf (opnieuw) een commissie in het leven te roepen. Deze commissie zal dan de wetgever maar ongevraagd dienen te adviseren over wat er met de boedelschulden zou moeten gebeuren. En dat niet alleen ten aanzien van de volgorde van afwikkeling van de boedelcrediteuren, maar evenzeer met betrekking tot het fenomeen boedelschulden in het algemeen en de aard en omvang ervan. En als het ongevraagd advies aan de wetgever aan dovemansoren is gericht, dan hoeft er nog geen man overboord te zijn. Een doortimmerd advies van een commissie met gezaghebbende leden kan wellicht de komende rechtspraak beïnvloeden.

⁴² Zoals zowel van Galen (vide het genoemde artikel in TvI p. 153) als Boekraad (in zijn genoemde dissertatie p. 58/59) bepleiten.

⁴³ Verwezen wordt naar de in de noten 4,5 en 6 genoemde arresten; zowel Van Galen (zowel in zijn WPNR artikelen als in zijn TvI artikel) en Boekraad (in zijn dissertatie p. 49 e.v.) vinden de betreffende rechtspraak ongewenst en geven aan dat en waarom zij van mening zijn dat het niet zou moeten gaan om boedelschulden, maar om faillissementsschulden.