

JOR 2018/254, Hoge Raad, 23-03-2018, ECLI:NL:HR:2018:424,
ECLI:NL:PHR:2017:1593, 17/01478 (annotatie)

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 23-03-2018, 13-10-2017
Publicatie: JOR 2018/254 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 10, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • prof. mr. N.E.D. Faber en mr. N.S.G.J. Vermunt
ECLI: ECLI:NL:HR:2018:424 , ECLI:NL:PHR:2017:1593
Zaaknummer: 17/01478, 17/01478
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:HR:2018:424 • JIN 2018/94 met annotatie van J.L. Snijders • JIN 2018/72 met annotatie van E.S. Ebels, G. te Winkel en N.A. van Loon • NJB 2018/700 • RI 2018/54 • RCR 2018/50 • NJ 2018/290 met annotatie van F.M.J. Verstijlen • RvdW 2018/363 • NTHR 2018, afl. 3, p. 184 • NTHR 2018, afl. 4, p. 167 • INS-Updates.nl 2018-0114 • AA20180720 met annotatie van Wibier R.M. Reinout • ECLI:NL:PHR:2017:1593 • JIN 2018/94 met annotatie van J.L. Snijders • JIN 2018/72 met annotatie van E.S. Ebels, G. te Winkel en N.A. van Loon
Rechtsgebied: Insolventierecht
Rubriek: Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Streefkerk • mr. Heisterkamp • mr. Tanja-van den Broek • mr. Du Perron • mr. Kroeze
Partijen: Credit Suisse Brazil (Bahamas) Ltd, gevestigd in het Gemenebest van de Bahama's, eiseres tot verificatie in eerste aanleg, advocaat in de prejudiciële procedure: mr. R.M. Hermans, tegen mr. W.J.P. Jongepier te Amsterdam, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van OSX Leasing Group BV, verweerder tot verificatie in eerste aanleg, advocaat in de prejudiciële procedure: mr. B.I. Kraaijpoel.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • Fw - 23 • Fw - 24 • Fw - 26 • Fw - 37 • Fw - 37a • Fw - 38 • Fw - 39 • Fw - 40 • Fw - 108 • Fw - 131 • Fw - 133 • Fw - 249

Prejudiciële beslissing, Verificatie van vorderingen op grond van beding in kredietovereenkomsten, inhoudend dat schuldeiser recht heeft op vergoeding van advocaatkosten in geval van event of default, Beding strekt tot schadevergoeding en is geen vordering die tijdens faillissement uit duurovereenkomst is ontstaan, Fixatiebeginsel, Vorderingen die zijn ontstaan tijdens faillissement of daaraan voorafgaande surseance, komen niet voor erkenning in aanmerking, Die vorderingen moeten echter wel worden erkend indien en voor zover zij besloten lagen in ten tijde van ingaan van dat faillissement of die surseance reeds bestaande rechtspositie van de schuldeiser, zodat geen sprake is van uitbreiding van aanspraken die in strijd komt met het fixatiebeginsel, ongeacht of ontstaan of omvang van vordering op moment van ingaan van de surseance nog niet zeker was, Verwijzing naar HR 27 mei 1988, NJ 1988/964 (Amro/Den Hollander q.q.); HR 11 juli 2014, «JOR» 2015/175, m.nt. NEDF en Vermunt (Berzona); HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.) en (tevens samenhang met) HR 24 november 2017, «JOR» 2018/188, m.nt. NEDF (Credit Suisse/Jongepier q.q.), Vervolg op Rb. Amsterdam 28 december 2016 en 22 maart 2017, «JOR» 2017/145, m.nt. Van Zanten

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

De volgende prejudiciële vragen zijn aan de Hoge Raad gesteld: "(I) dienen, mede gelet op het fixatiebeginsel en art. 249 Fw, vorderingen die zijn ontstaan op of na de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend (maar vóór de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard) in het faillissement te worden erkend? (II) dienen, mede gelet op de in HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.) geformuleerde rechtsregel, de vorderingen van een schuldeiser die voortvloeien uit een op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend reeds met de schuldenaar bestaande rechtsverhouding maar die zijn ontstaan op of na die dag, althans op of na de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, maar steeds vóór de dag waarop het faillissement eindigt, in het faillissement te worden erkend? (III) maakt het voor het antwoord op vraag (II) uit of op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend, althans op de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, het ontstaan, althans de omvang, van de bedoelde vordering niet zeker was? (IV) maakt het voor het antwoord op vraag (II) uit of het ontstaan en/of de omvang van de bedoelde vorderingen het gevolg was van handelingen van de schuldeiser (dan wel van handelingen aan diens zijde) tijdens de surseance van betaling, althans het faillissement? (V) hoe en wanneer dienen, mede gelet op de belangen van de overige schuldeisers en de schuldenaar, na de verificatievergadering ontstane vorderingen te worden geverifieerd?"

Bij de beantwoording van prejudiciële vragen dient het volgende tot uitgangspunt. Het faillissement heeft geen invloed op bestaande wederkerige overeenkomsten en leidt dan ook niet tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Met dit uitgangspunt is echter nog niet beslist hoe deze verbintenissen in faillissement moeten worden behandeld. Het antwoord op die vraag hangt mede af van het fixatiebeginsel, dat inhoudt dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt. De curator heeft in beginsel de mogelijkheid om wederkerige overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen ("passief") niet na te komen. Indien een verbintenis uit de boedel moet worden voldaan, dient de daarop betrekking hebbende vordering in dat geval op grond van art. 26 Fw ter verificatie in het faillissement te worden ingediend, waarbij in voorkomend geval art. 133 Fw moet worden toegepast. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij deze ook ontbinden, na de weg van art. 37 lid 1 Fw te hebben gevolgd, en heeft zij daarnaast een vordering wegens het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst, die zij op grond van art. 37a Fw ter verificatie in het faillissement kan indienen. De faillissementstoestand geeft de curator niet de bevoegdheid om een door de schuldenaar voor het faillissement verrichte prestatie ("actief") ongedaan te maken of een voortdurende prestatie voor zover deze bestaat uit een dulden of nalaten, te beëindigen, zoals door intrekking van een verleende licentie of opeising van een verhuurde zaak. Dit zou immers in strijd komen met het hiervoor vermelde uitgangspunt (vgl. HR 11 juli 2014, «JOR» 2015/175, m.nt. NEDF en Vermunt (Berzona)). Het hiervoor overwogene geldt in beginsel ook voor verbintenissen die eerst tijdens faillissement ontstaan, maar voortvloeien uit een bestaande overeenkomst. Als uitgangspunt geldt immers dat het faillissement geen verandering brengt in bestaande wederkerige overeenkomsten en

de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Het verifiëren van vorderingen die tijdens het faillissement ontstaan, mag echter niet in strijd komen met het fixatiebeginsel. Dat beginsel staat niet zonder meer eraan in de weg dat tijdens faillissement uit een bestaande overeenkomst nog nieuwe vorderingen ontstaan die voor verificatie in aanmerking komen. Dat beginsel brengt echter wel mee dat verificatie van dergelijke nieuwe vorderingen uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Dat laatste is het geval indien de nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had. Het fixatiebeginsel houdt immers in dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet te zijnen gunste mag worden gewijzigd. Voor zover wel sprake is van een dergelijke uitbreiding, komen de desbetreffende vorderingen niet voor verificatie in aanmerking, behoudens voor zover de boedel ten gevolge van het ontstaan ervan is gebaat. Er is onvoldoende grond om het hiervoor overwogene te beperken tot vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van het intreden van het faillissement bestaande wederkerige overeenkomst. Weliswaar is in de parlementaire geschiedenis uitsluitend voor die overeenkomst uitgesproken dat deze geen invloed ondergaat van het faillissement, maar niet valt in te zien dat dit niet evenzeer heeft te gelden voor andere ten tijde van het intreden van het faillissement bestaande rechtsverhoudingen (zoals rechtsverhoudingen die zijn ontstaan uit een vóór het faillissement gepleegde onrechtmatige daad van de schuldenaar). Ook de rechtspositie die op grond van die rechtsverhoudingen bestaat, dient derhalve in het faillissement gerespecteerd te worden. Een ander oordeel zou, evenals het geval is bij een wederkerige overeenkomst, een ongerechtvaardigde aantasting zijn van de rechtspositie die de wederpartij van de failliet bij het ingaan van het faillissement al heeft op grond van de bestaande rechtsverhouding. In HR 19 april 2013, **«JOR» 2013/224**, m.nt. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.) is niet bedoeld in andere zin te oordelen dan hiervoor is overwogen. De overweging in dat arrest, dat indien de curator in verband met het belang van de boedel besluit om een overeenkomst niet gestand te doen, voor de wederpartij steeds, kort gezegd, een concurrente vordering resteert, is te ruim geformuleerd en dient dan ook met inachtneming van de genoemde beperking te worden gelezen. Hetzelfde geldt voor de overweging in het arrest, dat vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren, behoren tot de vorderingen op de schuldenaar die voor verificatie in aanmerking komen, ook als ze pas tijdens het faillissement ontstaan. De genoemde overwegingen hebben dus geen betrekking op een vordering die eerst tijdens faillissement ontstaat en waarvan de toelating in het faillissement in strijd zou komen met het fixatiebeginsel.

Als ingevolge een van de bepalingen van Titel II van de Faillissementswet of binnen een maand na het einde van de surseance het faillissement wordt uitgesproken, gelden de regels van art. 249 lid 1 Fw. Art. 249 Fw strekt ertoe dat de surseance en het daaropvolgende faillissement als één geheel worden behandeld (HR 27 mei 1988, *NJ* 1988/964 (Amro/Den Hollander q.q.) en HR 24 november 2017, **«JOR» 2018/188**, m.nt. NEDF (Credit Suisse/Jongepier q.q.)). Art. 249 lid 1, onder 4°, Fw bepaalt in dat verband dat de boedel ook na de faillietverklaring niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders gedurende de surseance zijn ontstaan, tenzij de boedel hierbij is gebaat (zie ook art. 228 lid 2 Fw). Voor vorderingen ten aanzien waarvan de surseance werking heeft, geldt in de gevallen als bedoeld in art. 249 Fw het hiervoor overwogene dan ook vanaf het moment van het ingaan van de surseance. Voor zover de waarde van de na de faillietverklaring ontstane vorderingen waarvoor de schuldeiser in het faillissement kan opkomen, onzeker is, dienen deze vorderingen te worden geverifieerd naar de geschatte waarde die deze op de dag van de faillietverklaring hebben. De uit art. 131 Fw en art. 133 Fw voortvloeiende regels zijn hierbij van overeenkomstige toepassing. De vorderingen dienen op het overeenkomstig art. 108 lid 1, aanhef en onder 1, Fw bepaalde moment ter verificatie te worden ingediend, ook voor zover het gaat om vorderingen die naar verwachting nog tijdens het faillissement maar na de verificatievergadering zullen ontstaan.

Het gaat in deze zaak om een beding in kredietovereenkomsten dat inhoudt dat de schuldeiser (eiseres (tot verificatie)) recht heeft op vergoeding van zijn advocaatkosten in het geval van een "event of default". Het gaat daarmee om een beding dat strekt tot schadevergoeding en niet om vorderingen die tijdens het faillissement uit een duurovereenkomst ontstaan. De curator betwist, onder verwijzing naar het fixatiebeginsel, de door eiseres ter verificatie ingediende vordering ter zake van de advocaatkosten voor zover deze betrekking heeft op kosten die na het intreden van de surseance zijn gemaakt. Over een dergelijk beding wordt nog het volgende overwogen. Een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie die voortvloeit uit een overeenkomst die al bestaat ten tijde van het ingaan van het faillissement of van een daaraan voorafgaande surseance, komt voor verificatie in aanmerking binnen de hiervoor genoemde grenzen. Daarbij is niet van belang of de schade pas ontstaat, of de omvang daarvan pas duidelijk wordt,

tijdens die surseance of het faillissement. Dit doet niet eraan af dat het beding, of een vordering die daaruit in het concrete geval ontstaat, onder omstandigheden geheel of ten dele niet jegens de boedel kan worden ingeroepen op de grond dat het een onaanvaardbare inbreuk vormt op bepalingen of het stelsel van de Faillissementswet. Wat betreft de middelen die het burgerlijk recht de schuldenaar ten aanzien van dergelijke bedingen biedt, kan daarbij nog worden gewezen op art. 6:96 BW en art. 242 Rv. Uit het voorgaande volgt dat de vragen I-III als volgt dienen te worden beantwoord. Vorderingen die zijn ontstaan tijdens een faillissement of een daaraan voorafgaande surseance, komen in beginsel niet voor erkenning in aanmerking, omdat die erkenning in strijd zou zijn met het fixatiebeginsel. Zij moeten echter wel worden erkend indien en voor zover zij besloten lagen in een ten tijde van het ingaan van dat faillissement of die surseance reeds bestaande rechtspositie van de schuldeiser, zodat geen sprake is van een uitbreiding van aanspraken die in strijd komt met het fixatiebeginsel. In dat geval maakt het niet uit of het ontstaan of de omvang van de vordering op het moment van het ingaan van de surseance nog niet zeker was. Vraag IV dient, gelet op het voorgaande, als volgt te worden beantwoord. Als een vordering ontstaat of in omvang toeneemt als gevolg van handelingen (aan de zijde) van de schuldeiser, staat dit in de weg aan verificatie van de vordering (in deze omvang) indien dit ontstaan of deze toename van de omvang moet worden aangemerkt als een uitbreiding van de aanspraken zoals die ten tijde van het ingaan van de surseance (of van een niet op surseance aansluitend faillissement) al bestonden of in de rechtspositie van deze schuldeiser besloten lagen, zoals hiervoor overwogen. Vraag V dient te worden beantwoord overeenkomstig het hiervoor overwogene.

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Timmerman)

1. Inleiding

1.1. De door de rechtbank Amsterdam voorgelegde prejudiciële vragen gaan over de kwestie of vorderingen van schuldeisers die gedurende surseance van betaling of faillissement ontstaan en die voortvloeien uit een voor surseance van betaling of faillissement reeds bestaande overeenkomst (zie rov. 3.7.2 van HR 19 april 2013 (Koot Beheer/Tideman q.q.) in faillissement kunnen worden erkend, alsmede op welke wijze de verificatie van deze vorderingen dient te geschieden.

1.2. De afwikkeling van het faillissement van OSX Leasing Group B.V. (hierna: "OSX"), heeft de rechtbank Amsterdam aanleiding gegeven in een andere tussen Credit Suisse Brazil (Bahamas) Limited (hierna: "CS") en de curator van OSX aanhangige renvooiprocedure nog een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen. Die prejudiciële vraag gaat over de kwestie of een vordering ter zake van rente die vervalt in de periode vanaf datum van surseance van betaling tot aan de datum van een opvolgend faillissement over een vordering ten aanzien waarvan de surseance van betaling werkt in aanmerking komt voor verificatie in een opvolgend faillissement. Voor de beantwoording van die vraag verwijs ik naar mijn conclusie met zaaknr. 17/01480.

2. Feiten en procesverloop

2.1. Aan de vonnissen van de rechtbank Amsterdam van 28 december 2016 en 22 maart 2017 ontleen ik de volgende feiten.¹

2.2. CS heeft twee kredieten verstrekt aan OSX. De twee daarop betrekking hebbende overeenkomsten bevatten een bepaling die onder meer inhoudt dat OSX in geval een "Event of Default" gehouden is tot vergoeding van de kosten van advocaten die CS naar aanleiding daarvan maakt.

2.3. Op 28 april 2015 is aan OSX voorlopige surseance van betaling verleend. Voordat die surseance van betaling werd uitgesproken was al sprake van "event of default" aan de zijde van OSX. Bij beschikking van 15 juli 2015 is de voorlopige surseance van betaling ingetrokken. Bij dezelfde beschikking is OSX in staat van faillissement verklaard.

2.4. Ter verificatievergadering van 5 november 2015 heeft de curator een deel van de door CS ingediende vorderingen

betwist, waaronder de door CS na 28 april 2015 (dat is de datum waarop aan OSX voorlopige surseance van betaling is verleend) gemaakte kosten ter zake van rechtsbijstand. De rechter-commissaris heeft partijen voor dat deel verwezen naar een door hem bepaalde terechtzitting van de rechtbank.

2.5. CS vordert in de renvooiprocedure o.a. dat de rechtbank de volgende vorderingen van CS in het faillissement van OSX erkent, voor de genoemde bedragen, althans voor de bedragen die de rechtbank in goede justitie rechtvaardig acht:

- (a) de betwiste Nederlandse advocaatkosten tot een bedrag van EUR 75.066,82;
- (b) de betwiste Amerikaanse advocaatkosten tot een bedrag van USD 183.424,72 (EUR 167.833,62);
- (c) de nadere advocaatkosten gemaakt door de Nederlandse advocaat tot een bedrag van EUR 22.175,00;
- (d) de nadere advocaatkosten gemaakt door de Amerikaanse advocaat tot een bedrag van USD 39.113,36;
- (e) de nadere advocaatkosten gemaakt door Fried Frank als derde expert tot een bedrag van USD 55.886,50;
- (f) de toekomstige advocaatkosten gemaakt door de Nederlandse advocaat in de periode van 20 februari 2016 tot en met 24 oktober 2016 tot een bedrag van EUR 38.129,29;
- (g) de toekomstige advocaatkosten gemaakt na 24 oktober 2016 pro memorie tot een bedrag zoals vast te stellen aan de hand van facturen afkomstig van de betreffende advocaat van CS daterend tot uiterlijk de dag van de vaststelling van de definitieve uitdelingslijst.

2.6. CS heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat zij op grond van de hiervoor onder 2.2 bedoelde bepaling recht heeft op vergoeding door OSX van al haar advocaatkosten, ongeacht wanneer deze zijn gemaakt. Al haar daartoe strekkende vorderingen dienen in het faillissement te worden erkend, ongeacht wanneer deze zijn ontstaan. CS heeft al deze vorderingen dan ook – deels pro memorie – ter verificatie ingediend. De curator, die de hoogte van de diverse vorderingen niet heeft betwist, heeft de erkenning volgens CS ten onrechte beperkt tot de vorderingen die zijn ontstaan vóór de dag waarop aan OSX voorlopige surseance van betaling is verleend. Ook de vorderingen die zijn ontstaan op of vanaf de dag waarop aan OSX voorlopige surseance van betaling is verleend tot aan de dag waarop OSX in staat van faillissement is verklaard dienen in het faillissement te worden erkend, net als de vorderingen die zijn ontstaan vanaf de dag waarop OSX in staat van faillissement is verklaard, aldus CS.

2.7. Voor zover van belang heeft de rechtbank in rov. 4 van haar vonnis van 28 december 2016 het volgende overwogen:

“4.2. Partijen zijn allereerst verdeeld over de gevolgen van het feit dat de (voorlopige) surseance van betaling is gevolgd door het faillissement voor de (on)mogelijkheden tot erkenning in het faillissement van vorderingen die zijn ontstaan vanaf de dag waarop aan OSX voorlopig surseance van betaling is verleend. De curator betoogt dat dergelijke vorderingen niet kunnen worden erkend. Hij beroept zich op het – volgens hem ook in geval van surseance van betaling geldende, volgens hem onder meer in artikel 228 Faillissementswet (Fw) neergelegde – fixatiebeginsel en op artikel 249 Fw. CS betoogt het tegenovergestelde. Zij meent dat het fixatiebeginsel in de door de curator bedoelde zin zich pas doet gelden bij de faillietverklaring en dat artikel 249 Fw dat niet anders maakt.

4.3. Ten aanzien van de verificatie van de advocaatkosten die zijn belopen vanaf surseance van betaling beroept CS zich ook op het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 19 april 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY6108](#) (Koot Beheer/Tideman q.q.). Partijen zijn echter verdeeld over de betekenis van rechtsoverweging 3.7.2 van dat arrest, die als volgt luidt:

“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 een 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, p. 409).”

De door de Hoge Raad aangehaalde rechtsoverweging 3.7.1 luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“Op grond van die wet (de Faillissementswet; *rechtbank*) zijn boedelschulden slechts die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel, hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.”

CS betoogt dat ook op grond van de in de geciteerde rechtsoverweging 3.7.2 geformuleerde rechtsregel, die volgens haar ook voor surseance van betaling geldt, haar vorderingen die zijn ontstaan vanaf de dag waarop aan OSX voorlopig surseance van betaling is verleend in het faillissement dienen te worden erkend. CS wijst erop dat die rechtsoverweging in algemene bewoordingen is gesteld. De curator bestrijdt niet dat die rechtsregel ook voor surseance van betaling geldt. Hij betoogt echter dat die rechtsregel slechts geldt voor vorderingen die weliswaar zijn ontstaan op of na de dag waarop aan de schuldenaar voorlopig surseance van betaling is verleend, althans op of na de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, maar een bedrag betreffen dat de schuldenaar op die dag materieel reeds verschuldigd was. De curator sluit daarmee van verificatie uit vorderingen die zijn ontstaan op of na de dag waarop aan de schuldenaar voorlopig surseance van betaling is verleend, althans op of na dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, en waarvan op die dag het ontstaan niet zeker was.

4.4. Partijen verschillen aldus van mening over enkele principiële vragen van insolventierecht.

Vragen die – zoals de curator terecht heeft opgemerkt – ook de belangen van de overige schuldeisers van OSX raken.

Vragen ook die voorsnog door de wetgever en in de rechtspraak en literatuur niet duidelijk, althans niet eenduidig, zijn beantwoord. (...)

Vragen ten slotte die elkaar in het onderhavige geval (in elk geval deels) overlappen, maar die ook los van elkaar kunnen rijzen.”

2.8. De rechtbank heeft op de comparitie van partijen van 10 november 2016 aangegeven dat zij voornemens is een aantal vragen voor te leggen aan de Hoge Raad ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing. De rechtbank heeft partijen op grond van art. 392 lid 2 Rv in de gelegenheid gesteld om zich bij akte uit te laten over dit voornemen. Daarbij heeft de rechtbank partijen in overweging gegeven zo mogelijk een gezamenlijke akte in te dienen. De curator heeft van de mogelijkheid gebruik gemaakt om een akte te nemen. CS heeft aangegeven van deze mogelijkheid af te zien.

2.9. De rechtbank heeft de in haar vonnis van 22 maart 2017 opgenomen prejudiciële vragen ex art. 392 lid 1 Rv aan de Hoge Raad voorgelegd.

2.10. Partijen hebben geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om zich via schriftelijke opmerkingen uit te laten over de wijze waarop de door de rechtbank gestelde prejudiciële vragen door de Hoge Raad zouden moeten worden beantwoord.

3. De gestelde prejudiciële vragen

3.1. De door de rechtbank voorgelegde prejudiciële vragen luiden als volgt:

“(I) dienen, mede gelet op het fixatiebeginsel en artikel 249 Fw, vorderingen die zijn ontstaan op of na de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend (maar vóór de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard) in het faillissement te worden erkend?

(II) dienen, mede gelet op de in rechtsoverweging 3.7.2 van het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 19 april

2013, ECLI:NL: HR:2013:**BY6108** (Koot Beheer/Tideman q.q.) geformuleerde rechtsregel, de vorderingen van een schuldeiser die voortvloeien uit een op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend reeds met de schuldenaar bestaande rechtsverhouding maar die zijn ontstaan op of na die dag, althans op of na de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, maar steeds vóór de dag waarop het faillissement eindigt, in het faillissement te worden erkend?

(III) maakt het voor het antwoord op vraag (II) uit of op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend, althans op de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, het ontstaan, althans de omvang, van de bedoelde vordering niet zeker was?

(IV) maakt het voor het antwoord op vraag (II) uit of het ontstaan en/of de omvang van de bedoelde vorderingen het gevolg was van handelingen van de schuldeiser (dan wel van handelingen aan diens zijde) tijdens de surseance van betaling, althans het faillissement?

(V) hoe en wanneer dienen, mede gelet op de belangen van de overige schuldeisers en de schuldenaar, na de verificatievergadering ontstane vorderingen te worden geverifieerd?"

4. Verificatie van schuldvorderingen in faillissement

Inleiding

4.1. De vijf gestelde prejudiciële vragen zijn onder te verdelen in drie onderwerpen. Het eerste onderwerp heeft betrekking op de vraag in hoeverre een gedurende de surseance van betaling ontstane vordering in een opvolgend faillissement in aanmerking komt voor erkenning (zie vraag I). Het tweede onderwerp betreft de vraag of een vordering die ontstaat op of na de faillietverklaring maar voortvloeit uit een voor de surseance van betaling of faillissement ontstane rechtsverhouding in het faillissement in aanmerking komt voor erkenning (zie vraag II t/m IV). Het derde onderwerp ziet op de vraag hoe schuldvorderingen die ontstaan na de verificatievergadering dienen te worden geverifieerd (zie vraag V).

4.2. Voordat ik op de door de rechtbank gestelde prejudiciële vragen inga, wil ik eerst enkele opmerkingen maken over het voorliggende geschil.

4.3. Het draait in de onderhavige zaak om de vraag of de vorderingen van CS betreffende de door haar gemaakte advocaatkosten – ontstaan gedurende de surseance van betaling en vervolgens in het opvolgende faillissement – door de curator dienen te worden geverifieerd in het faillissement van OSX. CS baseert haar vorderingen op een bepaling uit een tweetal door haar met OSX gesloten kredietovereenkomsten waaruit volgt dat OSX gehouden is om bij een “*Event of Default*” de kosten die CS maakt aan CS te vergoeden.

4.4. De betreffende bepaling uit de kredietovereenkomsten waarop CS haar vordering baseert luidt als volgt:²

“12.1 *Payment of expense, etc.* (a) The Borrower hereby agrees to: (i) pay all reasonable out-of-pocket costs and expenses of the Administrative Agent [lees: CS] and the Collateral Agent in connection with any amendment, waiver or consent relating to this Agreement and the other Credit Documents requested by either Credit Party and, after the occurrence of an Event of Default, each of the Lenders [lees: CS] in connection with the enforcement of this Agreement and the other Credit Documents and the documents and instruments referred to herein and therein or in connection with any refinancing or restructuring of the credit arrangements provided under this Agreement in the nature of a ‘work-out’ or pursuant to any insolvency or bankruptcy proceedings (including, in each case without limitation, the reasonable fees and disbursements of counsel and consultants for the Administrative Agent and the Collateral Agent and, after the occurrence of an Event of Default, counsel for each of the Lenders (...).”

4.5. In zijn noot bij de vonnissen van 28 december 2016 en 22 maart 2017 van de rechtbank Amsterdam heeft Van Zanten, op basis van een summier weergave van de feiten in die vonnissen waarin de hiervoor geciteerde contractuele bepaling niet was opgenomen, aangegeven dat hij geneigd was om te denken dat het hier om een contractueel schadevergoedingsbeding gaat.³ Het lijkt volgens hem, gelet op HR 13 mei 2015, JOR 2005, 222

(BaByXL)⁴ en HR 14 januari 2011, JOR 2011, 101 (Aukema/Uni-Invest),⁵ weinig twijfel dat schadevergoedingsaanspraken die zijn gebaseerd op een dergelijke beding op grond van art. 37a Fw kunnen worden geverifieerd, waarbij het volgens Van Zanten onverschillig is wanneer de schade zich heeft gemanifesteerd. Ik betwijfel of het standpunt van Van Zanten in het onderhavige geval juist is. Art. 37a Fw geeft een kwalificatie met het oog op de verificatie aan een aantal vorderingen die uit art. 37 Fw voortvloeien. Uit de gedingstukken is mij niet duidelijk geworden dat de curator van de hem in art. 37 Fw aangeboden opties gebruik heeft gemaakt.

4.6. Dan kom ik nu toe aan de behandeling van de prejudiciële vragen.

Erkenning van tijdens de surseance van betaling ontstane schuldvorderingen in een opvolgend faillissement

4.7. Door het intreden van het faillissement wordt de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk (HR 18 december 1987, *NJ*1988, 340).⁶ De activa en passiva van de schuldenaar worden gefixeerd, evenals de positie van de schuldeisers onderling.⁷ Dit fixatiebeginsel geldt ook in het geval dat aan de schuldenaar surseance van betaling wordt verleend.⁸ Het fixatiebeginsel treft bij surseance van betaling alleen de rechtsbetrekkingen die onder de werking van de surseanceregeling van Titel II van de Faillissementswet vallen.

4.8. De surseance van betaling treft in beginsel slechts schuldeisers met een op het tijdstip van de surseanceverlening bestaande concurrente vordering (artt. 233 jo. 232 Fw) en concurrente schuldeisers met vorderingen die voortvloeien uit een voor aanvang van de surseance van betaling met de schuldenaar bestaande rechtsverhouding (art. 236a Fw). Het betreft hier vorderingen tot ontbinding, vernietiging en/of schadevergoeding vanwege een tekortkoming in de nakoming van een voor de aanvang van de surseance met de schuldenaar gesloten overeenkomst.⁹

4.9. Schuldeisers met een vordering waaraan een voorrang is verbonden vallen op grond van art. 232 aanhef en sub 1 Fw buiten de werking van de surseance en kunnen zich gedurende de surseance verhalen op de goederen waarop dit voorrecht rust.¹⁰ Is dit verhaal onvoldoende, dan verkrijgen deze schuldeisers voor het restant van hun vordering de positie van concurrent schuldeiser en zullen zij de surseance van betaling voor dat gedeelte tegen zich moeten laten werken.

4.10. De fixatie van de passiva van de schuldenaar gedurende de surseance vindt onder meer zijn uitwerking in art. 228 Fw.¹¹ Op grond van art. 228 lid 2 Fw is de boedel niet aansprakelijk voor verbintenissen die na de aanvang van de surseance van betaling buiten de bewindvoerder om zijn ontstaan, tenzij de boedel daarbij is gebaat. Is de boedel bij de verbintenis gebaat, dan levert de daaruit voortvloeiende vordering, ondanks het gebrek aan medewerking van de bewindvoerder, een boedelvordering op waarvan meteen voldoening kan worden verlangd.¹²

4.11. Art. 249 lid 1 Fw geeft enkele regels die de surseance van betaling op het faillissement laat aansluiten in het geval dat de surseance van betaling wordt opgevolgd door faillissement en de faillietverklaring wordt uitgesproken op grond van één van de bepalingen van titel II van de Faillissementswet of binnen één maand na het einde van de surseance. Art. 249 lid 4 Fw bepaalt dat de faillissementsboedel, evenals de surseanceboedel op grond van art. 228 lid 2 Fw, niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar, zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders gedurende de surseance ontstaan, dan voor zover deze ten gevolge daarvan gebaat is.

4.12. De ratio achter art. 249 Fw is dat de wetgever ervan uit is gegaan dat in de in art. 249 Fw genoemde gevallen een verband bestaat tussen de surseance van betaling en het daaropvolgende faillissement.¹³ Blijkens HR 10 januari 1975, *NJ* 1976, 249 (Postgiro-arrest) is de bedoeling van het artikel dat de surseance van betaling en het opvolgende faillissement als een geheel worden beschouwd.¹⁴ Art. 249 Fw bevat echter geen uitputtende regeling voor alle vragen die zich kunnen voordoen wanneer de surseance van betaling onmiddellijk overgaat in faillissement.¹⁵

4.13. De hiervoor bedoelde eenheid van surseance van betaling en faillissement volgt ook uit HR 27 mei 1988, *NJ* 1988/964 (AMRO/Den Hollander).¹⁶ De Hoge Raad overwoog in rov. 3.3 van dat arrest:

“(…) Noch de tekst van art. 249 noch het uit de art. 20 e.v. af te leiden systeem van de Faillissementswet wijst erop dat boedelschulden ontstaan tijdens een aan een faillissement voorafgaande surseance worden ‘gefixeerd’ per faillissementsdatum. Integendeel, art. 249 wijst juist in andere richting, want het heeft tot strekking dat (onder de in dat

artikel genoemde omstandigheden) de surseance en het daarop volgend faillissement als een geheel worden behandeld, in die zin dat o.m. overeenkomsten die tijdens de surseance met medewerking van bewindvoerder(s) zijn aangegaan de boedel ook na de faillietverklaring blijven binden en dat boedelschulden ontstaan tijdens de surseance gelden als boedelschulden in het faillissement, dus als schulden die geen verificatie behoeven en een onmiddellijke aanspraak op de boedel geven. (...)”

4.14. Het voorgaande leidt ertoe dat vorderingen die gedurende surseance van betaling buiten de bewindvoerder om ontstaan op grond van art. 228 lid 2 jo. art. 249 lid 1 sub 4 Fw in het faillissement geen boedelschuld opleveren en evenmin als concurrente vordering voor verificatie in het faillissement in aanmerking komen behalve als de boedel is gebaat. In zoverre sluit art. 249 lid 1 sub 4 Fw ook aan bij art. 24 Fw dat bepaalt dat in faillissement de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na faillietverklaring ontstaan, behoudens voor zover de boedel ten gevolge daarvan is gebaat.

Erkenning van schuldvorderingen die voortvloeien uit een voor surseance en opvolgend faillissement ontstane

rechtsverhouding

4.15. Op grond van het systeem van de Faillissementswet kunnen vorderingen die ontstaan na de faillietverklaring in beginsel niet ter verificatie worden ingediend.¹⁷ Het faillissement fixeert de positie van de bij de boedel betrokken partijen. De memorie van toelichting bij de artt. 128-131 Fw meldt hierover het volgende:¹⁸

“(...) De schuldeisers concurreren in het faillissement voor het bedrag dat zij op het ogenblik der faillietverklaring te vorderen hebben; de dag der faillietverklaring fixeert hunne rechten; dit is het eenvoudige beginsel, ten grondslag liggende aan de regelen ten aanzien der verificatie in de artikelen 128-131 gesteld.”

4.16. Een uitwerking van dit fixatiebeginsel is te vinden in art. 24 Fw dat bepaalt dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na faillietverklaring ontstaan, tenzij de boedel ten gevolge daarvan is gebaat. Uit het gegeven dat de boedel niet aansprakelijk is voor vorderingen die na faillissement ontstaan en waarbij de boedel niet gebaat is volgt dat schuldeisers in het faillissement aan deze vorderingen geen enkele aanspraak jegens de boedel kunnen ontlenen. Dit betekent dat dergelijke vorderingen niet alleen geen boedelschulden opleveren maar ook dat deze niet als concurrente vorderingen in het faillissement kunnen worden geverifieerd.¹⁹ Is de boedel wel gebaat bij de verbintenis, dan ontstaat een boedelschuld.²⁰ Vorderingen die zijn ontstaan voor faillissement kunnen op grond van art. 26 Fw ter verificatie worden ingediend.

4.17. Het faillissement tast de op het moment van faillissement tussen partijen bestaande wederkerige overeenkomsten niet aan. De rechten en verplichtingen van partijen blijven door het faillissement ongewijzigd (Van der Feltz I, p. 409). De curator heeft op grond van art. 37 lid 1 Fw in beginsel de mogelijkheid om de overeenkomsten niet gestand te doen en de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen indien dit in het belang van de boedel is (HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155 (Nebula)).²¹ De vorderingen die uit die verbintenissen voortvloeien zijn in dat geval vorderingen die voor indiening in het faillissement in aanmerking komen (HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (Koot/Tideman)).²² Doet de curator de overeenkomst niet gestand, dan kan de wederpartij ervoor kiezen om de overeenkomst via de weg van art. 37 lid 1 Fw te ontbinden. Vanwege de tekortkoming in de nakoming ontstaat dan een vordering die op grond van art. 37a Fw door de schuldeiser als concurrente vordering ter verificatie in het faillissement kan worden ingediend. Voor surseance van betaling bevat art. 236 Fw en 236a Fw een regeling die nagenoeg gelijk is aan art. 37 Fw en art. 37a Fw.

4.18. In de Faillissementswet is een beperkt aantal uitzonderingen te vinden op het uitgangspunt dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen die na faillissement ontstaan. Voorbeelden hiervan zijn art. 37a Fw en art. 136 lid 2 Fw. Het gaat daarbij steeds om vorderingen die na faillietverklaring zijn ontstaan uit een daarvoor reeds bestaande rechtsverhouding. Schuldeisers met een dergelijke vordering kunnen als concurrent schuldeiser in het faillissement opkomen en hun vordering ter verificatie indienen.²³ Art. 37a Fw bepaalt dat vorderingen die de wederpartij uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen kunnen worden geverifieerd. Dit geldt ook voor vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op de schuldenaar verkregen vordering. Art.

136 lid 2 Fw bepaalt dat toekomstige regresvorderingen die voortvloeien uit een op het moment van faillissement bestaande hoofdelijkheidsrelatie voor verificatie in aanmerking komen.²⁴

4.19. De Hoge Raad heeft de mogelijkheid tot verificatie van gedurende het faillissement ontstane vorderingen die voortvloeien uit een reeds voor faillissement ontstane rechtsverhouding met het arrest HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (Koot/Tideman) toegelaten. In rov. 3.7.2 van dat arrest oordeelde de Hoge Raad als volgt:²⁵

“3.7.2 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 een 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 en de op art. 37 Fw gegeven toelichting (Van der Feltz I, p. 409).”

4.20. De consequentie van het criterium voor faillissementsschulden dat de Hoge Raad in het arrest Koot/Tideman heeft geïntroduceerd, is dat vorderingen die na faillissement ontstaan uit hoofde van een voor faillissement reeds bestaande rechtsverhouding voor verificatie in aanmerking komen. Gedacht kan hier worden aan vorderingen die na faillissement voortvloeien uit duurovereenkomsten zoals de overeenkomst van bewaarneming, aanneming van werk, verzekering en bruikleen, maar ook krediet- en licentieovereenkomsten.²⁶

4.21. Gelet op de ruime strekking en algemene bewoordingen van de in rov. 3.7.2 van het arrest gegeven regel meen ik dat deze verificatieregule van Koot/Tideman ook geldt voor vorderingen die na de surseanceverlening uit hoofde van een bestaande rechtsverhouding ontstaan.

4.22. Ik kom nu toe aan de problematiek van de na de surseanceverlening of (aansluitend) faillissement gemaakte advocatenkosten die voortvloeien uit een eerder ontstane rechtsverhouding. Uitgangspunt voor mij is dat bij de uitleg van rov. 3.7.2 uit het Koot/Tideman-arrest het aan veel bepalingen uit de Faillissementswet ten grondslag liggende fixatiebeginsel betrokken dient te worden. De vorderingen waarop rov. 3.7.2 van Koot/Tideman betrekking heeft kunnen vorderingen zijn waarvan de waarde op de dag van het faillissement onzeker is. Dit doet zich in het onderhavige geval voor bij een deel van de door CS ingediende vordering tot vergoeding van advocatenkosten. Het fixatiebeginsel brengt m.i. mee dat de waarde van dergelijke vorderingen bij de verificatie bepaald en geschat dient te worden naar de dag van de faillietverklaring. Dit idee ligt immers ook ten grondslag aan art. 131 en 133 Fw. Deze wetsbepalingen geven immers een regeling voor de verificatie van vorderingen waarvan de waarde onzeker is en bepalen dat dergelijke vorderingen worden geverifieerd naar de geschatte waarde die deze vorderingen op de dag van de faillietverklaring hebben. De uit art. 131 en 133 Fw voortvloeiende regels over schatting kunnen dan ook worden toegepast op toekomstige vorderingen die uit een bestaande rechtsverhouding na de verificatievergadering ontstaan. De waarde van toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding dient objectief en naar redelijke maatstaven te worden bepaald. Hiervoor kunnen ook deskundigen worden ingeschakeld. Een dergelijke objectieve waardebepaling naar de dag van het faillissement kan er m.i. toe leiden dat onder omstandigheden de waarde van de toekomstige vordering lager is dan de waarde daarvan op het moment na faillissement waarop de vordering daadwerkelijk ontstaat en opeisbaar wordt. Die lagere waardebepaling is dan het gevolg van de toepassing van het fixatiebeginsel. Dat beginsel brengt immers mee dat slechts de waarde van de vordering op de dag van de faillietverklaring voor verificatie in aanmerking komt. Het type toekomstige vorderingen waarop rov. 3.7.2 betrekking heeft kan op het overeenkomstig art. 108 lid 1 sub 1 Fw bepaalde moment ter verificatie worden ingediend.²⁷

4.23. Van Zanten heeft voorgesteld om het fixatiebeginsel voor de vorderingen waarop rov. 3.7.2. betrekking heeft een zwaarder gewicht te geven dan uit art. 131 en 133 Fw volgt. Zijn idee is dat er alleen ruimte bestaat voor verificatie van schuldvorderingen die ontstaan na surseance van betaling of faillissement, indien het ontstaan van de vordering niet afhankelijk is van een nadere handeling van de schuldeiser, verricht na de aanvang van de surseance dan wel het faillissement.²⁸ Hiermee wordt bereikt dat de materiële verschuldigdheid van de vordering geheel wordt bepaald door rechtshandelingen die zijn verricht voor het intreden van de surseance van betaling en/of het (aansluitend) faillissement. Voor het onderhavige geval zou dit betekenen dat de vorderingen die CS bij de curator heeft ingediend en die voortkomen uit opdrachten welke CS aan juridische adviseurs na de surseance van betaling heeft gegeven niet

voor verificatie in aanmerking komen. Een bezwaar tegen deze benadering zou kunnen zijn dat deze in beperkte mate recht doet aan afspraken die partijen voor de surseance van betaling of het faillissement hebben gemaakt. Een ander bezwaar is wellicht dat voor de benadering die het handelen van de wederpartij van de failliet of sursiet relevant acht (en deze benadering staat Van Zanten voor) geen aanknopingspunt in de Faillissementswet te vinden is. Ik zou niettemin het voorstel van Van Zanten willen volgen. Hij kent m.i. terecht een groot gewicht toe aan het fixatiebeginsel dat de Faillissementswet zo sterk beheerst. Ik beschouw het voorstel van Van Zanten dan ook als een goed verdedigbare verfijning van rov. 3.7.2.

5. Beantwoording van de prejudiciële vragen

5.1. Ik stel voor om de door de rechtbank gestelde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

(I) Vorderingen die op of na de dag ontstaan waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend, maar vóór de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard en die niet voortvloeien uit een voor de surseance bestaande rechtsverhouding, worden in het faillissement niet erkend indien dit vorderingen betreft zoals bedoeld in art. 228 lid 2 Fw die zonder de bewindvoerder zijn aangegaan, tenzij de boedel is gebaat.

(II) Gelet op de in rov. 3.7.2 van het arrest van de Hoge Raad van 19 april 2013 (Koot Beheer/Tideman) geformuleerde regel, worden vorderingen van een schuldeiser die voortvloeien uit een op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend bestaande rechtsverhouding maar die zijn ontstaan op of na die dag, althans op of na de dag waarop de schuldenaar failliet wordt verklaard, maar steeds vóór de dag waarop het faillissement eindigt, in het faillissement erkend.

(III) Voor het antwoord op vraag (II) is het niet van belang dat op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling werd verleend, althans op de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, het ontstaan of de omvang van de bedoelde vordering onzeker is.

(IV) Voor het antwoord op vraag (II) is het wel van belang of het ontstaan of de omvang van de bedoelde vorderingen het gevolg was van handelingen van de schuldeiser tijdens de surseance van betaling, althans het faillissement. Slechts die schuldvorderingen komen voor verificatie in aanmerking waarvoor het ontstaan na surseance of faillissement niet afhankelijk is van een nadere handeling van de schuldeiser, verricht na de aanvang van de surseance dan wel het faillissement.

(V) Toekomstige vorderingen, ook indien deze na de verificatievergadering ontstaan, dienen overeenkomstig het bepaalde in art. 108 lid 1 sub 1 Fw uiterlijk ter verificatie ingediend te worden op de door de rechter-commissaris vastgestelde dag. Daarbij dient de waarde van toekomstige vorderingen in overeenstemming met art. 131 en/of 133 Fw te worden bepaald.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen zoals voorgesteld in onderdeel 5.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1. Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten:

- (i) CS heeft twee kredieten verstrekt aan OSX Leasing Group B.V. (hierna: OSX). De twee hierop betrekking hebbende overeenkomsten bevatten een bepaling die onder meer inhoudt dat OSX in geval van een “Event of Default” gehouden is tot vergoeding van de kosten van advocaten die CS naar aanleiding daarvan maakt.
- (ii) Op 28 april 2015 is aan OSX voorlopig surseance verleend. Voor deze datum was al sprake van default aan de zijde van OSX.
- (iii) Bij beschikking van 15 juli 2015 is de voorlopige surseance van betaling ingetrokken en is OSX in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator als zodanig.
- (iv) Ter verificatievergadering van 5 november 2015 heeft de curator, voor zover thans van belang, de door CS ingediende vorderingen voor de door haar na 28 april 2015 gemaakte kosten van rechtsbijstand betwist.
- (v) De rechter-commissaris heeft partijen hiervoor naar de onderhavige renvooiprocedure verwezen.

3.2. CS vordert in deze procedure – kort weergegeven – dat de rechtbank een aantal vorderingen ter zake van voor en in het faillissement van OSX gemaakte en nog te maken kosten van advocaten en van een expert erkent (zie de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.5 genoemde vorderingen), en wel voor de door CS genoemde bedragen, althans voor de bedragen die de rechtbank in goede justitie rechtvaardig acht. Daaraan heeft CS ten grondslag gelegd dat zij op grond van de hiervoor in 3.1 onder (i) genoemde overeenkomsten recht heeft op betaling van deze bedragen, en dat de vorderingen in faillissement voor erkenning in aanmerking komen, ongeacht of de kosten tijdens de surseance of het faillissement zijn of zullen worden gemaakt.

3.3. De rechtbank heeft de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

“(I) dienen, mede gelet op het fixatiebeginsel en artikel 249 Fw, vorderingen die zijn ontstaan op of na de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend (maar vóór de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard) in het faillissement te worden erkend?”

(II) dienen, mede gelet op de in rechtsoverweging 3.7.2 van het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 19 april 2013, **ECLI:NL:HR:2013:BY6108** («**JOR**» 2013/224, m.nt. Boekraad; *red.*) (Koot Beheer/Tideman q.q.) geformuleerde rechtsregel, de vorderingen van een schuldeiser die voortvloeien uit een op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend reeds met de schuldenaar bestaande rechtsverhouding maar die zijn ontstaan op of na die dag, althans op of na de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, maar steeds vóór de dag waarop het faillissement eindigt, in het faillissement te worden erkend?”

(III) maakt het voor het antwoord op vraag (II) uit of op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend, althans op de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, het ontstaan, althans de omvang, van de bedoelde vordering niet zeker was?”

(IV) maakt het voor het antwoord op vraag (II) uit of het ontstaan en/of de omvang van de bedoelde vorderingen het gevolg was van handelingen van de schuldeiser (dan wel van handelingen aan diens zijde) tijdens de surseance van betaling, althans het faillissement?”

(V) hoe en wanneer dienen, mede gelet op de belangen van de overige schuldeisers en de schuldenaar, na de verificatievergadering ontstane vorderingen te worden geverifieerd?”

3.4. Bij de beantwoording van deze vragen dient hetgeen hierna in 3.5.1-3.10 wordt overwogen, tot uitgangspunt.

Inleiding

3.5.1. Het faillissement heeft geen invloed op bestaande wederkerige overeenkomsten en leidt dan ook niet tot wijziging

van de daaruit voortvloeiende verbintenissen (Van der Feltz I, p. 409). Dit uitgangspunt is bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW bevestigd (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387-390). Het ligt mede ten grondslag aan de regeling van de art. 37-40 Fw. Met dit uitgangspunt is echter nog niet beslist hoe deze verbintenissen in faillissement moeten worden behandeld. Het antwoord op die vraag hangt mede af van het fixatiebeginsel, dat inhoudt dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt (o.m. HR 18 december 1987, [ECLI:NL:HR:1987:AD0106](#), NJ 1988/340 en Van der Feltz II, p. 126). Het fixatiebeginsel vindt zijn uitdrukking onder meer in art. 24 Fw, waarin is bepaald dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na faillietverklaring ontstaan, tenzij de boedel ten gevolge daarvan is gebaat.

Bestaande verbintenissen

3.5.2. De curator heeft, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 Fw, in beginsel de mogelijkheid om wederkerige overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen ("passief") niet na te komen. Indien een verbintenis uit de boedel moet worden voldaan, dient de daarop betrekking hebbende vordering in dat geval op grond van art. 26 Fw ter verificatie in het faillissement te worden ingediend, waarbij in voorkomend geval art. 133 Fw moet worden toegepast. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij deze ook ontbinden, na de weg van art. 37 lid 1 Fw te hebben gevolgd, en heeft zij daarnaast een vordering wegens het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst, die zij op grond van art. 37a Fw ter verificatie in het faillissement kan indienen.

3.5.3. De faillissementstoestand geeft de curator niet de bevoegdheid om een door de schuldenaar voor het faillissement verrichte prestatie ("actief") ongedaan te maken of een voortdurende prestatie voor zover deze bestaat uit een dulden of nalaten, te beëindigen, zoals door intrekking van een verleende licentie of opeising van een verhuurde zaak. Dit zou immers in strijd komen met het hiervoor in 3.5.1 vermelde uitgangspunt (vgl. HR 11 juli 2014, [ECLI:NL:HR:2014:1681](#), NJ 2014/407 ([«JOR» 2015/175](#), m.nt. NEDF en Vermunt; red.) (Berzona), rov. 3.6.4).

Verbintenissen die tijdens het faillissement ontstaan

3.5.4. Het hiervoor in 3.5.2 en 3.5.3 overwogene geldt in beginsel ook voor verbintenissen die eerst tijdens faillissement ontstaan, maar voortvloeien uit een bestaande overeenkomst. Zoals hiervoor in 3.5.1 is vooropgesteld, geldt immers als uitgangspunt dat het faillissement geen verandering brengt in bestaande wederkerige overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Het verifiëren van vorderingen die tijdens het faillissement ontstaan, mag echter niet in strijd komen met het fixatiebeginsel. Dat beginsel staat niet zonder meer eraan in de weg dat tijdens faillissement uit een bestaande overeenkomst nog nieuwe vorderingen ontstaan die voor verificatie in aanmerking komen. Dat beginsel brengt echter wel mee dat verificatie van dergelijke nieuwe vorderingen uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Dat laatste is het geval indien de nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had. Het fixatiebeginsel houdt immers in dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet te zijn gunste mag worden gewijzigd. Voor zover wel sprake is van een dergelijke uitbreiding, komen de desbetreffende vorderingen niet voor verificatie in aanmerking, behoudens voor zover de boedel ten gevolge van het ontstaan ervan is gebaat.

3.5.5. Er is onvoldoende grond om het hiervoor in 3.5.4 overwogene te beperken tot vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van het intreden van het faillissement bestaande wederkerige overeenkomst. Weliswaar is in de parlementaire geschiedenis uitsluitend voor die overeenkomst uitgesproken dat deze geen invloed ondergaat van het faillissement, maar niet valt in te zien dat dit niet evenzeer heeft te gelden voor andere ten tijde van het intreden van het faillissement bestaande rechtsverhoudingen (zoals rechtsverhoudingen die zijn ontstaan uit een vóór het faillissement gepleegde onrechtmatige daad van de schuldenaar). Ook de rechtspositie die op grond van die rechtsverhoudingen bestaat, dient derhalve in het faillissement gerespecteerd te worden. Een ander oordeel zou, evenals het geval is bij

een wederkerige overeenkomst, een ongerechtvaardigde aantasting zijn van de rechtspositie die de wederpartij van de failliet bij het ingaan van het faillissement al heeft op grond van de bestaande rechtsverhouding.

3.5.6. In HR 19 april 2013, **ECLI:NL:HR:2013:BY6108**, NJ 2013/291 («**JOR**» 2013/224, m.nt. Boekraad; *red.*) (Koot/Tideman) is niet bedoeld in andere zin te oordelen dan hiervoor in 3.5.4 is overwogen. De overweging in 3.6.1 van dat arrest, dat indien de curator in verband met het belang van de boedel besluit om een overeenkomst niet gestand te doen, voor de wederpartij steeds, kort gezegd, een concurrente vordering resteert, is te ruim geformuleerd en dient dan ook met inachtneming van de hiervoor in 3.5.4 genoemde beperking te worden gelezen. Hetzelfde geldt voor de overweging in 3.7.2 van het arrest, dat vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren, behoren tot de vorderingen op de schuldenaar die voor verificatie in aanmerking komen, ook als ze pas tijdens het faillissement ontstaan. De genoemde overwegingen hebben dus geen betrekking op een vordering die eerst tijdens faillissement ontstaat en waarvan de toelating in het faillissement in strijd zou komen met het fixatiebeginsel.

3.6. Ten behoeve van de praktijk gaat de Hoge Raad hierna nader in op de betekenis van het hiervoor in 3.5.4 overwogene voor duurovereenkomsten en vorderingen tot betaling van schadevergoeding.

Duurovereenkomsten

3.7.1. Uit duurovereenkomsten kunnen tijdens het faillissement nog verplichtingen ontstaan. Het antwoord op de vraag of de daarmee verband houdende vorderingen voor verificatie in aanmerking komen, wordt bepaald door het hiervoor in 3.5.4 genoemde uitgangspunt en het daar genoemde beginsel. De uitkomsten waartoe dit leidt, kunnen worden toegelicht aan de hand van de volgende voorbeelden van soorten van verbintenissen die bij duurovereenkomsten kunnen worden onderscheiden:

- (a) een duurverplichting van de schuldenaar (bijvoorbeeld het verschaffen van huurgenot of de verplichting die voortvloeit uit een door hem verleende licentie);
- (b) een periodieke verplichting van de schuldenaar waarvoor de wederpartij geen tegenprestatie (meer) is verschuldigd (bijvoorbeeld een maandelijks door de schuldenaar te leveren dienst waarvoor de wederpartij bij jaarabonnement heeft vooruitbetaald);
- (c) een periodieke verplichting van de schuldenaar die de tegenprestatie vormt van de uitvoering van een duurverplichting door de wederpartij (bijvoorbeeld betaling van huur of een licentievergoeding);
- (d) een (al dan niet periodieke) verplichting van de schuldenaar die de tegenprestatie vormt van en telkens eerst verschuldigd wordt na en door een (al dan niet periodiek) door de wederpartij te verrichten prestatie (bijvoorbeeld de verplichting te betalen voor periodiek uit te voeren onderhoudswerkzaamheden die de wederpartij in het kader van een raamovereenkomst verricht).

Met betrekking tot deze verschillende soorten verbintenissen wordt als volgt overwogen.

3.7.2. De wet gaat ervan uit dat de ten tijde van de faillietverklaring bestaande duurverplichting – dus de hiervoor in 3.7.1 onder (a) genoemde verplichting – blijft doorlopen in het faillissement (zie in deze zin ook HR 22 december 1989, **ECLI:NL:HR:1989:AD0995**, NJ 1990/661 (Tiethoff/NMB), en het hiervoor in 3.5.3 genoemde Berzona-arrest). Dat is in overeenstemming met het hiervoor in 3.5.1 genoemde uitgangspunt en komt niet in strijd met het fixatiebeginsel, nu het hier gaat om een verplichting die bij het intreden van het faillissement reeds bestaat. De curator heeft in het hiervoor in 3.5.3 genoemde geval (dat de door de schuldenaar verhuurde zaak ten tijde van het intreden van het faillissement al ter beschikking stond van de huurder of op dat tijdstip de licentie al door de schuldenaar was verleend) niet de mogelijkheid om deze verplichting niet na te komen. Hij kan wel gebruik maken van een eventueel in de overeenkomst of de wet geregelde mogelijkheid tot beëindiging.

3.7.3. De vordering die berust op de hiervoor in 3.7.1 onder (b) genoemde verplichting, is eveneens een bij het ingaan van het faillissement reeds bestaande vordering. Zij is overeenkomstig art. 131 lid 1 Fw voor verificatie vatbaar.

3.7.4. Zoals hiervoor in 3.7.2 is overwogen, gaat de wet ervan uit dat een ten tijde van het ingaan van het faillissement bestaande duurverplichting blijft doorlopen gedurende faillissement. Dat geldt ook voor de duurverplichting van de wederpartij die de grond vormt van de hiervoor in 3.7.1 onder (c) genoemde verplichting van de schuldenaar om periodiek de tegenprestatie daarvoor te voldoen. Zolang de wederpartij die duurverplichting blijft nakomen, blijft daarom telkens de tegenprestatie door de schuldenaar verschuldigd. Omdat de vordering tot het verrichten van de tegenprestatie aldus voortspuit uit het verrichten van een prestatie waartoe de wederpartij zich al voor het ingaan van het faillissement had verplicht, kan deze vordering ter verificatie in het faillissement worden ingediend. Indien voortzetting van de overeenkomst niet in het belang is van de boedel, dient de curator deze dan ook zo spoedig als volgens de betrokken overeenkomst of de wet (waaronder ook de art. 38a-40 Fw) mogelijk is te beëindigen, teneinde de vordering van de wederpartij niet te doen oplopen.

Het vorenstaande komt niet in strijd met het fixatiebeginsel. Het recht van de wederpartij op de tegenprestatie ligt immers reeds besloten in de rechtspositie zoals deze bij het intreden van het faillissement bestond. Omdat de wederpartij slechts een duurverplichting nakomt waartoe zij zich al vóór het ingaan van het faillissement had verbonden, kan niet worden gezegd dat zij haar aanspraken tijdens faillissement uitbreidt door die verplichting te blijven nakomen, ook niet als pas door die nakoming de vordering tot het betalen van de tegenprestatie ontstaat, en deze vordering bij het ingaan van het faillissement dus als zodanig nog toekomstig was.

3.7.5. Bij de hiervoor in 3.7.1 onder (d) genoemde verplichtingen moet onderscheid worden gemaakt. Als een ten tijde van het ingaan van het faillissement bestaande overeenkomst voor de wederpartij de verplichting inhoudt in de toekomst (al dan niet periodiek) prestaties te verrichten, duurt deze verplichting voort tijdens het faillissement. De vordering van de wederpartij tot het verrichten van de tegenprestatie(s) die de schuldenaar voor deze prestaties moet verrichten, spruit aldus voort uit een ten tijde van het ingaan van het faillissement al bestaande rechtspositie, en kan ter verificatie in het faillissement worden ingediend. In dit opzicht onderscheidt dit geval zich niet van dat van de duurverplichting van de wederpartij als bedoeld hiervoor in 3.7.1 onder (c). Daarbij is, zoals in 3.7.4 is overwogen, niet van belang of de vorderingen van de wederpartij tot het verrichten van de prestatie of de tegenprestatie ten tijde van het ingaan van het faillissement als zodanig nog toekomstig waren.

Voor zover de hiervoor in 3.7.1 onder (d) genoemde verplichting van de schuldenaar ontstaat als gevolg van een na het intreden van het faillissement door de wederpartij verrichte prestatie, terwijl in de overeenkomst ten tijde van het intreden van het faillissement voor de wederpartij wel de mogelijkheid, maar niet de verplichting tot het verrichten van die prestatie besloten lag, komt de vordering van de wederpartij tot voldoening van de tegenprestatie echter niet voor verificatie in aanmerking. De wederpartij breidt dan immers haar aanspraken tijdens het faillissement uit door na het intreden daarvan, zonder daartoe gehouden te zijn, nadere prestaties te verrichten die nieuwe vorderingen opleveren, hetgeen in strijd komt met het fixatiebeginsel.

Schadevergoeding

3.8.1. Overeenkomstig het hiervoor in 3.5.4 en 3.5.5 overwogene kunnen ook vorderingen tot betaling van schadevergoeding die tijdens het faillissement ontstaan, voor verificatie in aanmerking komen indien deze voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding en verificatie niet in strijd komt met het fixatiebeginsel zoals hiervoor in 3.5.4 omschreven. In een dergelijk geval is niet van belang of de schade pas ontstaat, of de omvang daarvan pas duidelijk wordt, tijdens het faillissement.

3.8.2. Met betrekking tot de schadevergoeding wegens niet-nakoming van een verbintenis uit overeenkomst, komt het voorgaande tot uitdrukking in art. 37a Fw, dat onder meer bepaalt dat voor verificatie in aanmerking komen vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op de schuldenaar verkregen vordering. Deze bepaling omvat, zoals uit de bewoordingen daarvan volgt, ook het geval dat de vordering tot schadevergoeding eerst tijdens het faillissement ontstaat. De gedachte

hierachter leent zich, overeenkomstig het hiervoor in 3.5.4 en 3.5.5 overwogene, voor uitbreiding tot vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een verbintenis die pas tijdens het faillissement ontstaat, indien deze verbintenis voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding en geen uitbreiding van aanspraken oplevert zoals hiervoor in 3.5.4 omschreven. Dit strookt met art. 37a Fw, waaruit volgt dat indien tijdens het faillissement grond bestaat voor vernietiging of ontbinding van de overeenkomst, de daaruit voortvloeiende vorderingen ter verificatie kunnen worden ingediend, ook voor zover deze betrekking hebben op de nakoming van de overeenkomst na het intreden van het faillissement.

3.8.3. Een voor verificatie in aanmerking komende vordering tot schadevergoeding kan als zodanig zijn neergelegd in een bij het ingaan van het faillissement bestaande overeenkomst tussen partijen (zie HR 13 mei 2005, **ECLI:NL:HR:2005:AT2650**, NJ 2005/406 («**JOR**» **2005/222**, m.nt. Van Anandel; *red.*) (BaByXL)). Een dergelijke vordering kan ook direct uit de wet voortvloeien. Daarvan was sprake in het hiervoor in 3.5.6 genoemde arrest Koot/Tideman. Aan de orde was in dat arrest de verplichting van de huurder om op grond van de bepalingen van de huurovereenkomst dan wel art. 7:224 BW de schade aan het gehuurde bij het einde van de huur te herstellen dan wel te vergoeden. Deze verplichting vloeit voort uit de ten tijde van het ingaan van het faillissement al bestaande huurovereenkomst en ligt daarin op dat tijdstip al besloten. De daarop betrekking hebbende vordering van de verhuurder levert geen uitbreiding tijdens faillissement van diens aanspraken op. Daarom is in het arrest Koot/Tideman geoordeeld dat deze vordering voor verificatie in aanmerking komt, ook als deze pas tijdens het faillissement ontstaat.

3.8.4. Het voorgaande laat onverlet dat een contractueel beding dat een partij (in geval van faillissement van haar wederpartij) aanspraak geeft op schadevergoeding of een boete, onder omstandigheden niet jegens de boedel kan worden ingeroepen op de grond dat het een onaanvaardbare inbreuk vormt op bepalingen of het stelsel van de Faillissementswet (vgl. o.m. HR 12 april 2013, **ECLI:NL:HR:2013:BY9087**, NJ 2013/224 («**JOR**» **2013/193**, m.nt. JJvH; *red.*) (Megapool), HR 15 november 2013, **ECLI:NL:HR:2013:1244**, NJ 2014/68 («**JOR**» **2014/27**, m.nt. JJvH; *red.*) (Romania), en HR 12 januari 1990, **ECLI:NL:HR:1990:AC2325**, NJ 1990/662 (Papierfabrieken Van Gelder)). Daarnaast staan de curator de algemene middelen ten dienste die het burgerlijk recht de schuldenaar ten aanzien van dergelijke bedingen biedt, zoals een beroep op matiging van een bedongen boete (art. 6:94 lid 1 BW) of op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).

Voorafgaande surseance

3.9. Als ingevolge een van de bepalingen van Titel II van de Faillissementswet of binnen een maand na het einde van de surseance het faillissement wordt uitgesproken, gelden de regels van art. 249 lid 1 Fw. Art. 249 Fw strekt ertoe dat (onder de in dat artikel genoemde omstandigheden) de surseance en het daarop volgende faillissement als een geheel worden behandeld (HR 27 mei 1988, **ECLI:NL:HR:1988:AD0343**, NJ 1988/964; HR 24 november 2017, **ECLI:NL:HR:2017:2991** («**JOR**» **2018/188**, m.nt. NEDF; *red.*)). Art. 249 lid 1, onder 4°, Fw bepaalt in dat verband dat de boedel ook na de faillietverklaring niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders gedurende de surseance zijn ontstaan, tenzij de boedel hierbij is gebaat (zie ook art. 228 lid 2 Fw). Voor vorderingen ten aanzien waarvan de surseance werking heeft, geldt in de gevallen als bedoeld in art. 249 Fw het hiervoor in 3.5.4 overwogene dan ook vanaf het moment van het ingaan van de surseance.

Indiening en waardering van vorderingen

3.10. Voor zover de waarde van de na de faillietverklaring ontstane vorderingen waarvoor de schuldeiser in het faillissement kan opkomen, onzeker is, dienen deze vorderingen te worden geverifieerd naar de geschatte waarde die deze op de dag van de faillietverklaring hebben. De uit art. 131 Fw en art. 133 Fw voortvloeiende regels zijn hierbij van overeenkomstige toepassing. De vorderingen dienen op het overeenkomstig art. 108 lid 1, aanhef en onder 1, Fw bepaalde moment ter verificatie te worden ingediend, ook voor zover het gaat om vorderingen die naar verwachting nog tijdens het faillissement maar na de verificatievergadering zullen ontstaan.

Het beding in deze zaak

3.11.1. Het gaat in deze zaak om een beding in kredietovereenkomsten dat inhoudt dat de schuldeiser (CS) recht heeft op vergoeding van zijn advocaatkosten in het geval van een Event of Default. Het gaat daarmee om een beding dat strekt tot schadevergoeding, zoals hiervoor in 3.8.1-3.8.4 is behandeld, en niet om vorderingen die tijdens het faillissement uit een duurovereenkomst ontstaan (zie hiervoor in 3.7.1-3.7.5). De curator betwist, onder verwijzing naar het fixatiebeginsel, de door CS ter verificatie ingediende vordering ter zake van de advocaatkosten voor zover deze betrekking heeft op kosten die na het intreden van de surseance zijn gemaakt. Over een dergelijk beding wordt nog het volgende overwogen.

3.11.2. Een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie die voortvloeit uit een overeenkomst die al bestaat ten tijde van het ingaan van het faillissement of van een daaraan voorafgaande surseance, komt voor verificatie in aanmerking binnen de hiervoor in 3.8.1 en 3.8.2 genoemde grenzen. Daarbij is, zoals hiervoor in 3.8.1 is overwogen, niet van belang of de schade pas ontstaat, of de omvang daarvan pas duidelijk wordt, tijdens die surseance of het faillissement.

3.11.3. Hetgeen in 3.11.2 is overwogen doet niet eraan af dat het beding, of een vordering die daaruit in het concrete geval ontstaat, onder omstandigheden geheel of ten dele niet jegens de boedel kan worden ingeroepen op de grond dat het een onaanvaardbare inbreuk vormt op bepalingen of het stelsel van de Faillissementswet (zie hiervoor in 3.8.4). Wat betreft de middelen die het burgerlijk recht de schuldenaar ten aanzien van dergelijke bedingen biedt, kan daarbij nog worden gewezen op art. 6:96 BW en art. 242 Rv.

Antwoorden op de vragen

3.12.1. Uit het voorgaande volgt dat de vragen I-III als volgt dienen te worden beantwoord. Vorderingen die zijn ontstaan tijdens een faillissement of een daaraan voorafgaande surseance (zie hiervoor in 3.9), komen in beginsel niet voor erkenning in aanmerking, omdat die erkenning in strijd zou zijn met het fixatiebeginsel. Zij moeten echter wel worden erkend indien en voor zover zij besloten lagen in een ten tijde van het ingaan van dat faillissement of die surseance reeds bestaande rechtspositie van de schuldeiser, zodat geen sprake is van een uitbreiding van aanspraken die in strijd komt met het fixatiebeginsel (zie hetgeen hiervoor in 3.5.4 is overwogen). In dat geval maakt niet uit of het ontstaan of de omvang van de vordering op het moment van het ingaan van de surseance nog niet zeker was.

3.12.2. Vraag IV dient, gelet op het voorgaande, als volgt te worden beantwoord. Als een vordering ontstaat of in omvang toeneemt als gevolg van handelingen (aan de zijde) van de schuldeiser, staat dit in de weg aan verificatie van de vordering (in deze omvang) indien dit ontstaan of deze toename van de omvang moet worden aangemerkt als een uitbreiding van de aanspraken zoals die ten tijde van het ingaan van de surseance (of van een niet op surseance aansluitend faillissement) al bestonden of in de rechtspositie van deze schuldeiser besloten lagen, zoals hiervoor in 3.5.4 overwogen.

3.12.3. Vraag V dient te worden beantwoord overeenkomstig het hiervoor in 3.10 overwogene.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen op de wijze als hiervoor in 3.12.1-3.12.3 vermeld;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv voor beide partijen op nihil.

Noot

1. Uitgaande van het aantal rechtsoverwegingen dat de Hoge Raad nodig heeft om de aan hem voorgelegde prejudiciële vragen te beantwoorden, zou men verwachten dat het voorliggende arrest baanbrekend is of in ieder geval sterk vernieuwend. Dat is niet het geval. Het arrest bevat slechts twee nieuwe elementen, waarvan het eerste – neergelegd in r.o. 3.5.4 en 3.7.5 – slechts geringe praktische betekenis heeft en reeds uit een redelijke uitleg van het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, «**JOR**» **2013/224**, m.nt. Boekraad) voortvloeit, en het tweede – neergelegd in r.o. 3.10 – bijstelling behoeft, omdat het uitgaat van een denkfout.
2. Wij beperken ons in deze noot zoveel mogelijk tot de hiervóór genoemde “nieuwe” elementen en bespreken in dat kader – met betrekking tot een drietal leerstukken – wat de status is van vorderingen die eerst na datum faillissement (of surseance van betaling) ontstaan uit een per die datum reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding. De voorliggende kwestie is niet alleen van belang voor de vraag (die in het arrest aan de orde is) of een dergelijke vordering in het faillissement (of een surseance van betaling) ter verificatie kan worden ingediend, maar is tevens van belang voor de vraag of een dergelijke vordering voor verrekening in aanmerking komt, en voor de vraag of een dergelijke vordering kan worden verhaald op de opbrengst van een (mede) tot zekerheid voor die vordering gevestigd pand- of hypotheekrecht.
3. Om met dit laatste te beginnen: een pand- of hypotheekrecht kan mede worden gevestigd tot zekerheid voor toekomstige vorderingen (vgl. art. 3:231 BW) en kan na datum faillissement worden uitgewonnen zowel voor (gesecureerde) vorderingen die vóór datum faillissement zijn ontstaan, als voor (gesecureerde) vorderingen die eerst na datum faillissement zijn ontstaan, maar voortvloeien uit een rechtsverhouding die per die datum reeds tussen partijen bestond. Vgl. art. 483e Rv jo. art. 132 lid 2 Fw, alsmede HR 16 oktober 2015, «**JOR**» **2016/20**, m.nt. NEDF en Vermunt (*DLL/Van Logtestijn q.q.*).
4. Hetgeen voor de uitwinning van een pand- of hypotheekrecht geldt, geldt ook voor verrekening. Art. 53 lid 1 Fw, zoals deze bepaling door de Hoge Raad wordt uitgelegd, brengt met zich dat vorderingen en schulden tijdens faillissement met elkaar kunnen worden verrekend, indien zij vóór datum faillissement zijn ontstaan of voortvloeien uit een per die datum reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Vgl. (onder meer) HR 26 maart 1976, *NJ* 1977/612, m.nt. BW (*Keulen en Oliemans q.q./Cebeco*); HR 16 oktober 2015, «**JOR**» **2016/20**, m.nt. NEDF en Vermunt (*DLL/Van Logtestijn q.q.*); en HR 13 oktober 2017, «**JOR**» **2018/48**, m.nt. NEDF (*Curatoren Eurocommerce/Ontvanger*). De in art. 53 lid 1 Fw opgenomen woorden “voortvloeiend uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht” dienen volgens de Hoge Raad – (vermoedelijk) in afwijking van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever (vgl. Faber, *Verrekening*, diss. (2005), nrs. 450 en 451) – in deze zin te worden verstaan.
5. Uit HR 19 april 2013, «**JOR**» **2013/224**, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) volgt dat de Hoge Raad – (eveneens) in afwijking van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever (vgl. Faber, *Verrekening*, diss. (2005), nr. 446) – thans eenzelfde benadering volgt ter zake van de indiening van vorderingen ter verificatie. Vorderingen die na datum faillissement worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding, lenen zich evenals vorderingen die per die datum reeds bestonden, voor verificatie in het faillissement van de schuldenaar. Dit geldt ook voor vorderingen die eerst na de verificatievergadering zullen ontstaan (zie ook hierna, nrs. 11 en 12). De art. 37a en 136 lid 2 Fw kunnen niet langer als een *uitzondering* worden beschouwd op de (voorheen geldende) hoofdregel dat alleen vorderingen die per faillissementsdatum reeds bestonden, voor verificatie in aanmerking komen, maar dienen voortaan te worden beschouwd als de *wettelijke uitdrukking* van de (nieuwe) hoofdregel dat ook vorderingen die eerst na datum faillissement ontstaan, maar voortvloeien uit een per die datum reeds bestaande rechtsverhouding, kunnen worden geverifieerd. Daarbij is onverschillig of die rechtsverhouding is terug te voeren op een vóór datum faillissement gesloten overeenkomst of bijvoorbeeld op een vóór datum faillissement gepleegde onrechtmatige daad. Terzijde merken wij op dat de Hoge Raad ter zake van rentevorderingen die eerst na datum faillissement (uit een per die datum reeds bestaande rechtsverhouding) ontstaan, art. 128 Fw blijft toepassen. Vgl. HR

24 juni 2016, **«JOR» 2016/290**, m.nt. JJvH (*Boele II*). Of dit een bewuste keuze van de Hoge Raad is geweest, dan wel een *slip of the pen*, zal de toekomst moeten uitwijzen. Onzes inziens is door HR 19 april 2013, **«JOR» 2013/224**, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) de basis aan art. 128 Fw komen te ontvallen. Het is ongewenst en onzinnig om rentevorderingen een ongunstiger behandeling te geven dan andere na datum faillissement ontstane vorderingen op de schuldenaar die uit een per die datum reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeien. Zie hierover ook Faber/Vermunt, noot onder HR

28 november 2014, **«JOR» 2015/58** (*Boele I*) en *idem*, in: *Ranking and Priority of Creditors*, ICIL Series, OUP (2016), nr. 12.30.

6. Het voorafgaande brengt met zich dat in elk van de hiervóór genoemde gevallen het fixatiebeginsel, dat inhoudt dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt (vgl. onder meer HR 18 december 1987, NJ 1988/340 (*OAR/ABN*); *Van der Feltz II*, p. 126; en r.o. 3.5.1 van het voorliggende arrest), niet (of niet meer) ziet op het moment waarop de desbetreffende *vordering* is ontstaan, maar ziet op het moment waarop de *rechtsverhouding* is ontstaan waaruit de vordering voortvloeit of wordt verkregen. Zie hierover Faber, *Verrekening*, diss. (2005), nrs. 391, 424, 430 en 479, en *idem*, noot onder Hof 's-Hertogenbosch 16 augustus 2011, **«JOR» 2012/329** (*Schreurs q.q./Fortis Commercial Finance*). In het voorliggende arrest wordt dit door de Hoge Raad met betrekking tot de verificatie van vorderingen in die zin "verduidelijkt", dat het fixatiebeginsel met zich brengt dat de hier bedoelde vorderingen alleen kunnen worden geverifieerd, indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser, zoals die bij het intreden van het faillissement bestond (vgl. r.o. 3.5.4), c.q. in de rechtspositie die de wederpartij van de failliet bij het ingaan van het faillissement al had op grond van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding (vgl. r.o. 3.5.5). Hieraan is volgens de Hoge Raad voldaan, indien de bedoelde vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die de schuldeiser op grond van die rechtspositie bij het intreden van het faillissement al had. Het fixatiebeginsel houdt immers in dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet te zijnen gunste mag worden gewijzigd. Voor zover wel sprake is van een dergelijke uitbreiding, komen de desbetreffende vorderingen niet voor verificatie in aanmerking (vgl. r.o. 3.5.4, slot). De Hoge Raad voegt aan dit laatste ongelukkigerwijs toe "behoudens voor zover de boedel ten gevolge van het ontstaan ervan is gebaat". Deze woorden moeten voor ongeschreven worden gehouden. Voor zover de boedel in voornoemde zin is gebaat, heeft de schuldeiser immers niet een (verifieerbare) faillissementsvordering maar een *boedelvordering*. Dit volgt uit art. 24 Fw.

7. Een ongeoorloofde uitbreiding als hiervóór bedoeld, zal zich in de praktijk zelden voordoen. In ieder geval is daarvan geen sprake indien de wederpartij bijvoorbeeld na datum faillissement een duurverplichting nakomt en blijft nakomen, waartoe zij zich reeds vóór datum faillissement had verbonden (vgl. r.o. 3.7.4, laatste alinea). De vordering die de wederpartij daaraan ontleent, komt voor verificatie in het faillissement in aanmerking. Hetzelfde geldt, indien de wederpartij zich vóór datum faillissement had verbonden tot het al dan niet periodiek verrichten van prestaties en zij na datum faillissement daarmee voortgaat (vgl. r.o. 3.7.5). Ook de vordering tot vergoeding voor die verrichte prestaties kan door de wederpartij ter verificatie worden ingediend. Dit laatste is slechts anders, indien en voor zover de verplichting van de schuldenaar tot het voldoen van de tegenprestatie ontstaat als gevolg van een na het intreden van het faillissement door de wederpartij verrichte prestatie, terwijl in de tussen partijen gesloten overeenkomst ten tijde van het intreden van het faillissement voor de wederpartij wel de *mogelijkheid*, maar niet de *verplichting* tot het verrichten van die prestatie besloten lag. De vordering van de wederpartij tot voldoening van de tegenprestatie komt in dit geval niet voor verificatie in aanmerking, omdat de wederpartij de uit haar rechtspositie voortvloeiende aanspraken na datum faillissement uitbreidt door, zonder daartoe gehouden te zijn, nadere prestaties te verrichten die nieuwe vorderingen opleveren, hetgeen in strijd komt met het fixatiebeginsel (vgl. r.o. 3.7.5). Daargelaten dat dergelijke afspraken tussen partijen niet veel voorkomen, zal de wederpartij in de regel alleen voortgaan met het verrichten van de door haar verschuldigde prestaties (en eventuele facultatieve prestaties), indien in voldoende mate is verzekerd dat de overeenkomst ook van de zijde van de schuldenaar wordt nagekomen. De wederpartij kan hiertoe de weg van art. 37 Fw volgen. Voorts moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de wederpartij dan wel de curator in het faillissement van de schuldenaar de tussen partijen bestaande overeenkomst voortijdig beëindigt op enigerlei in de wet of in de overeenkomst zelf aangegeven grond, waardoor het ontstaan van nieuwe vorderingen na datum faillissement wordt voorkomen of beperkt.

8. Met betrekking tot (contractuele of uit de wet voortvloeiende) vorderingen tot schadevergoeding geldt het voorafgaande evenzeer. Uit art. 37a Fw vloeit reeds voort dat ook een na datum faillissement ontstane vordering tot schadevergoeding wegens het tekortschieten in de nakoming van een reeds *vóór* de faillietverklaring op de schuldenaar verkregen vordering ter verificatie kan worden ingediend (vgl. ook r.o. 3.8.2). Hetzelfde geldt – zo overweegt de Hoge Raad – met betrekking tot een na datum faillissement ontstane vordering tot schadevergoeding wegens het tekortschieten in de nakoming van een eerst *na* de faillietverklaring op de schuldenaar verkregen vordering, indien laatstgenoemde vordering uit een reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeit en er geen sprake is van een ongeoorloofde uitbreiding van bestaande aanspraken, zoals hiervóór bedoeld (vgl. r.o. 3.8.2). Dat de schade pas ontstaat, of de omvang ervan pas duidelijk wordt, na datum faillissement, is hierbij niet van belang. Zo eenvoudig is het. De uitkomst van het geschil in de onderhavige procedure is daarmee gegeven. Uiteraard laat een en ander – zoals de Hoge Raad terecht overweegt – onverlet dat een contractueel beding dat een partij (in geval van faillissement van haar wederpartij) aanspraak geeft op schadevergoeding of een boete, onder omstandigheden niet jegens de failliete boedel kan worden ingeroepen op grond van het feit dat het een onaanvaardbare inbreuk zou vormen op bepalingen of het stelsel van de Faillissementswet (vgl. onder meer HR 12 april 2013, **«JOR» 2013/193**, m.nt. JJvH (*Megapool*); HR 15 november 2013, **«JOR» 2014/27**, m.nt. JJvH (*Romania*); en HR 12 januari 1990, *NJ 1990/662 (Van Gelder Papier)*) (vgl. r.o. 3.8.4). Daarnaast staan de curator de algemene middelen ten dienste die het burgerlijk recht de schuldenaar ten aanzien van dergelijke bedingen biedt, zoals een beroep op matiging van een bedongen boete (art. 6:94 lid 1 BW), een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) of een beroep op matiging van bedragen die zijn bedongen ter vergoeding van proceskosten of buitengerechtigde kosten (art. 242 Rv) (vgl. r.o. 3.8.4 en 3.11.3).

9. Bijzonder is dit alles niet. Als hoofdregel staat voorop dat ook vorderingen die na datum faillissement zijn ontstaan, maar voortvloeien uit een per die datum reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding, voor verificatie in aanmerking komen. De nuancering die de Hoge Raad in het voorliggende arrest hierop aanbrengt, betreft uitzonderlijke situaties en volgt onzes inziens reeds uit een redelijke uitleg van HR 19 april 2013, **«JOR» 2013/224**, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*). Om die reden moet worden aangenomen dat eenzelfde nuancering geldt ter zake van de hiervóór besproken verhaalsuitoefening krachtens een pand- of hypotheekrecht en ter zake van verrekening tijdens faillissement. Het fixatiebeginsel moet ook daarop met inachtneming van de bedoelde nuancering worden toegepast.

10. In de gevallen genoemd in art. 249 Fw, waarin een surseance van betaling wordt gevolgd door een faillissement, is voor de toepassing van het fixatiebeginsel ter zake van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding niet de faillissementsdatum maar de surseancedatum beslissend, althans voor zover het vorderingen op de schuldenaar betreft waarvoor de surseance van betaling werkt (vgl. r.o. 3.9). Art. 249 Fw strekt in dit verband ertoe de surseance en het daaropvolgende faillissement als een eenheid te behandelen. Vgl. HR 10 januari 1975, *NJ 1976/249*, m.nt. BW (*Giro/Standardsfilms*); HR 27 mei 1988, *NJ 1988/964*, m.nt. G (*AMRO/NAPM*); en meest recent HR 24 november 2017, **«JOR» 2018/188**, m.nt. NEDF (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*). Ook op dit punt bevat het voorliggende arrest van de Hoge Raad geen bijzonderheden. Wij merken voor alle duidelijkheid op dat bij de toepassing van (onder meer) de art. 128, 130 lid 1, 131 en 133 Fw steeds dient te worden aangeknoopt bij de faillissementsdatum, ook indien aan het faillissement een surseance van betaling is voorafgegaan. Art. 249 Fw en de strekking van die bepaling verzetten zich daartegen niet. Vgl. HR 4 februari 1977, *NJ 1978/66 (Dreyfus/Keulen en Oliemans q.q.)* en HR 24 november 2017, **«JOR» 2018/188**, m.nt. NEDF (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*). Zie hierover meer uitvoerig Faber, *Verrekening*, diss. (2005), nrs. 420 en 423; *idem*, noot onder Rb. Rotterdam 27 februari 2008, **«JOR» 2008/242**; *idem*, noot onder HR 24 november 2017, **«JOR» 2018/188 (Credit Suisse/Jongepier q.q.)**; en Faber/Vermunt, in: *Ranking and Priority of Creditors*, ICIL Series, OUP (2016), nrs. 12.29, 12.31 en 12.33.

11. Tot zover onze bespreking van het eerste “nieuwe” element uit het voorliggende arrest. Het tweede nieuwe element is te vinden in r.o. 3.10. Volgens de Hoge Raad moeten alle vorderingen die voor verificatie in aanmerking komen, ook voor zover het gaat om vorderingen die eerst na datum faillissement of zelfs (naar verwachting) eerst na de verificatievergadering ontstaan, op het overeenkomstig art. 108 lid 1, aanhef en onder 1°, Fw bepaalde moment ter verificatie worden ingediend. Dit oordeel komt ons juist voor. Wij achten het gewenst om voor alle vorderingen die voor verificatie in aanmerking komen, ongeacht wanneer zij ontstaan, hetzelfde moment voor indiening te hanteren. Minder juist achten wij de rest van r.o. 3.10. De Hoge Raad geeft aan dat, indien en voor zover de waarde van een na de

faillietverklaring ontstane vordering waarvoor de schuldeiser in het faillissement kan opkomen, onzeker is, de vordering dient te worden geverifieerd voor de geschatte waarde die zij op de dag van de faillietverklaring heeft, en dat de uit de art. 131 en 133 Fw voortvloeiende regels van overeenkomstige toepassing zijn. Deze overweging gaat uit van een denkfout. Het lijkt erop dat de Hoge Raad op het verkeerde been is gezet door de Conclusie van de A-G (zie in het bijzonder nr. 4.22). Hoe dat ook zij, de gevolgde redenering gaat om verschillende redenen mank. Voor verificatie vatbare vorderingen die eerst na datum faillissement of eerst na de verificatievergadering ontstaan, kunnen niet op dezelfde wijze worden behandeld als per faillissementsdatum reeds bestaande vorderingen. Laatstgenoemde vorderingen moeten, wanneer hun waarde onbepaald of onzeker is of niet in (Nederlands) geld is uitgedrukt, op de voet van art. 133 Fw (in beginsel) worden geverifieerd voor hun geschatte waarde per faillissementsdatum. Vooral nog toekomstige vorderingen vertegenwoordigen op dat moment echter nog geen waarde, ook niet indien de verwachting bestaat – of het (zeer) waarschijnlijk is – dat die vorderingen uiteindelijk zullen ontstaan. Hun werkelijke waarde én hun geschatte waarde per faillissementsdatum is nihil. Vooral nog toekomstige vorderingen kunnen evenmin op dezelfde wijze worden behandeld als reeds bestaande vorderingen die nog niet opeisbaar zijn. Voor laatstgenoemde vorderingen geeft art. 131 Fw een voorziening, die – kort gezegd – uitgaat van de contante waarde van de vordering per faillissementsdatum of (in voorkomend geval) een jaar daarna (t+1). Een voornog toekomstige vordering heeft – zoals gezegd – per faillissementsdatum geen waarde, ook geen contante waarde. Men kan hooguit stellen dat een toekomstige vordering die binnen een jaar na de faillietverklaring ontstaat, evenmin als een reeds bestaande vordering die binnen dat jaar opeisbaar wordt, behoeft te worden gediscoteerd. Vgl. art. 131 lid 2 Fw. De waarde van de toekomstige vordering behoeft, nadat de vordering is ontstaan, niet te worden teruggerekend tot een (fictieve) contante waarde per faillissementsdatum. Ontstaat de vordering later dan een jaar na de faillietverklaring, dan rijst de vraag of zij met overeenkomstige toepassing van art. 131 lid 2 Fw moet worden gewaardeerd op de (fictieve) contante waarde die zij geacht wordt te hebben (gehad) een jaar na de faillissementsdatum (t+1). Wij zien geen grond een voor verificatie vatbare toekomstige vordering voor waarderingsdoeleinden te behandelen alsof het een per faillissementsdatum reeds bestaande vordering onder opschortende tijdsbepaling betrof. Onzes inziens dient de oplossing in een andere richting te worden gezocht, te weten door aan te knopen bij de wettelijke regeling ter zake van bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde en ter zake van toekomstige vorderingen.

12. Het is opvallend dat noch de Hoge Raad, noch de A-G naar art. 130 Fw verwijst, dat betrekking heeft op bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde. De in art. 130 lid 2 Fw neergelegde voorziening leent zich onzes inziens veel beter dan de art. 131 en 133 Fw voor overeenkomstige toepassing op de verificatie van daarvoor in aanmerking komende toekomstige vorderingen. Art. 130 lid 2 Fw bepaalt dat, indien de curator en de schuldeisers het niet eens kunnen worden over de wijze van verificatie, de desbetreffende vordering voor het *volledige* bedrag *voorwaardelijk* wordt toegelaten. In art. 53 lid 2 Fw wordt art. 130 Fw (naast art. 131 Fw) van overeenkomstige toepassing verklaard op verrekening. Dit betekent niet dat een voorwaardelijke vordering – om te kunnen worden verrekend – ter verificatie moet worden ingediend (dat behoeft nu juist niet), maar brengt volgens de toelichting op art. 53 lid 2 Fw met zich dat aan de schuldeiser die zich in de toekomst (na vervulling van de opschortende voorwaarde) op verrekening wil beroepen, een *dilatoire exceptie* toekomt. Vgl. *Van der Feltz I*, p. 462. De schuldeiser die zich op dit opschortingsrecht beroept, kan in de tussentijd niet worden gedwongen zijn schuld aan de failliete boedel te voldoen. Aldus wordt de bevoegdheid van de schuldeiser om de vordering in de toekomst (na vervulling van de opschortende voorwaarde) voor het volledige bedrag te verrekenen, veiliggesteld. Onzes inziens moet eenzelfde regel worden aangenomen ter zake van voornog toekomstige vorderingen die (nadat ze zijn ontstaan) op de voet van art. 53 Fw voor verrekening in aanmerking komen. Ook deze vorderingen dienen te zijner tijd voor het volledige bedrag te kunnen worden verrekend, en de schuldeiser moet zich in de tussentijd op de hiervóór bedoelde *dilatoire exceptie* kunnen beroepen. Zie hierover meer uitvoerig Faber, *Verrekening*, diss. (2005), nrs. 416 en 418. Voor verhaalsuitoefening krachtens een pand- of hypotheekrecht is een met art. 130 Fw vergelijkbare regel neergelegd in art. 483b Rv. Daarnaast houdt de wet bij verhaalsuitoefening krachtens een pand- of hypotheekrecht expliciet rekening met voornog toekomstige vorderingen. Het betreft hier het eerder genoemde art. 483e Rv. Zie hierover meer uitvoerig Faber, *Verrekening*, diss. (2005), nrs. 428, 429 en 433. Een voornog toekomstige vordering kan gelet op art. 483e Rv in het kader van de verdeling van de executie-opbrengst van een met pand of hypotheek bezwaard goed in de rangschikking worden begrepen, hetzij voor het gehele op het tijdstip van het opmaken van de staat van verdeling reeds verschuldigde bedrag, hetzij (op verlangen van de pand- of hypotheekhouder) *voorwaardelijk* voor het *volledige* bedrag waarvoor het pand- of hypotheekrecht tot zekerheid strekt. Wij zouden menen dat bij de verificatie van een voornog toekomstige vordering eenzelfde benadering als bij verrekening en bij verhaalsuitoefening krachtens een

pand- of hypotheekrecht moet worden gevolgd. De vooralsnog toekomstige vordering moet op verlangen van de schuldeiser voorwaardelijk worden toegelaten voor het volledige bedrag. Dit leidt overigens uiteindelijk tot hetzelfde resultaat als een overeenkomstige toepassing van hetgeen voor de verificatie van een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde volgt uit de in art. 130 lid 2 Fw opgenomen voorziening. Wij zien geen grond om de schuldeiser van een voor verificatie vatbare toekomstige vordering ongunstiger te behandelen dan de schuldeiser van een voor verificatie vatbare vordering onder opschortende voorwaarde. Ook zien wij geen rechtvaardiging voor een gedifferentieerde benadering binnen de drie door ons besproken leerstukken waarvoor de kwestie van belang is. Een en ander leidt ertoe dat, wanneer toekomstige vorderingen in het faillissement worden geverifieerd, bij de uitdeling zo nodig een reservering zal moeten plaatsvinden voor een (mogelijke) uitkering op die vorderingen. De art. 181, 189, 192 en 194 Fw zijn hierop van toepassing (alsmede – in voorkomend geval – art. 125 Fw).

prof. mr. N.E.D. Faber en mr. N.S.G.J. Vermunt, (mr. Vermunt is onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit en adviseur bij Linklaters LLP)

Voetnoten

1

Rb. Amsterdam 28 december 2016, [ECLI:NL:RBAMS:2016:9633](#) en 22 maart 2017, [ECLI:NL:RBAMS:2017:1971](#), *JOR* 2017/145, m.nt. T.T. van Zanten.

2

Zie par. 7 van de Conclusie van eis tot verificatie d.d. 24 februari 2016. De toevoegingen tussen [] zijn gemaakt door de advocaat van CS. Zie voor de volledige tekst van de bepaling productie 4 bij de voornoemde Conclusie van eis tot verificatie.

3

T.T. van Zanten, onderdeel 4 van zijn noot bij: Rb. Amsterdam 28 december 2016 ([ECLI:NL:RBAMS:2016:9633](#)) en 22 maart 2017 ([ECLI:NL:RBAMS:2017:1971](#)), *JOR* 2017/145.

4

[ECLI:NL:HR:2005:AT2650](#).

5

[ECLI:NL:HR:2011:BO3534](#).

6

HR 18 december 1987, [ECLI:NL:HR:1987:AD0106](#), *NJ* 1988, 340, m.nt. W.C.L. van der Grinten (OAR/ABN); zie ook HR 31 december 1909, *W.8957*; en HR 5 januari 1923, *NJ* 1923, p. 359.

7

Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, II, p. 126.

8

Zie ook: A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995, p. 42-43.

9

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht* (2013), nr. 69.

10

Op grond van art. 232 sub 2 en 3 Fw werkt de surseance ook niet ten aanzien van: (a) vorderingen wegens kosten van levensonderhoud of van verzorging of opvoeding, verschuldigd krachtens wet en vastgesteld bij overeenkomst of rechterlijke uitspraak, behoudens voor zover het gaat om vóór de aanvang der surseance vervallen termijnen, waarvan de rechtbank het bedrag heeft vastgesteld waarvoor de surseance werkt; (b) termijnen van huurkoop en van scheepshuurkoop.

11

Wessels Insolventierecht VIII 2014/8136.

12

Wessels Insolventierecht VIII 2014/8142.

13

Wessels Insolventierecht VIII 2014/8265.

14

Zie in deze zin o.a.: Polak/Pannevis, *Insolventierecht 2017*, par. 16.7.4; B. Wachter in onderdeel 4 van zijn noot bij HR 10 januari 1975, [ECLI:NL:HR:1975:AB4313](#), *NJ* 1976, 249 (Postgiro-arrest).

15

HR 10 januari 1975, [ECLI:NL:HR:1975:AB4313](#), *NJ* 1976, 249, m.nt. B. Wachter (Postgiro-arrest).

16

[ECLI:NL:HR:1988:AD0343](#).

17

Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 409.

18

Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, II, p. 126.

19

Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 361.

20

HR 12 mei 1992, **ECLI:NL:HR:1992:AC2505**, *NJ* 1992, 630; Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 362; zie in deze zin ook: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 21.

21

ECLI:NL:HR:2006:AX8838.

22

ECLI:NL:HR:2013:BY6108.

23

G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 21-22.

24

Zie over de uitzonderingen op het fixatiebeginsel ook: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 27.

25

HR 19 april 2013, **ECLI:NL:HR:2013:BY6108**; *NJ* 2013/291 (Koot/Tideman), m.nt. F.M.J. Verstijlen.

26

Zie in deze zin ook: M.E.C. Lok, 'Het toedoen ten onder (II Slot)', *WPNR* 2014, 7005; W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *TV* 2013, 26.

27

Zie ook J.J. van Hees, 'Verifieerbare vorderingen en ander ongerief', *FIP* 2014/2, p 64, zie de verificatie van schuldvorderingen met een onzekere waarde: Wessels, *Insolventierecht*, V, 5145-5149.

28

T.T. van Zanten in onderdeel 6 van zijn noot bij Rb. Amsterdam 28 december 2016 (ECLI:NL:RBAMS 2016:9633) en 22 maart 2017 (**ECLI:NL:RBAMS:2017:1971**), *JOR* 2017/145.
