

**JOR 2018/188, Hoge Raad, 24-11-2017, ECLI:NL:HR:2017:2991,
ECLI:NL:PHR:2017:1014, 17/01480 (annotatie)**

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 24-11-2017, 22-09-2017
Publicatie: JOR 2018/188 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 7-8, 2018
Annotator: • prof. mr. N.E.D. Faber
ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2991 , ECLI:NL:PHR:2017:1014
Zaaknummer: 17/01480, 17/01480
Overige publicaties: • ECLI:NL:HR:2017:2991 • AR 2017/6216 • NJB 2017/2297 • RvdW 2017/1258 • RI 2018/14 • NJ 2018/289 met annotatie van F.M.J. Verstijlen • INS-Updates.nl 2017-0372 • ECLI:NL:PHR:2017:1014
Rechtsgebied: Insolventierecht
Rubriek: Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters: • mr. Streefkerk • mr. Heisterkamp • mr. Tanja-van den Broek • mr. Du Perron • mr. Kroeze
Partijen: Credit Suisse Brazil (Bahamas) Ltd, gevestigd op de Bahama-eilanden, eiseres tot verificatie in eerste aanleg, niet verschenen in de prejudiciële procedure, 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, niet verschenen in de prejudiciële procedure.
Regelgeving: • Fw - 128 • Fw - 133 • Fw - 249 • Fw - 259 • Fw - 260 • Fw - 268 lid 1 • Rv - 392

Inhoudsindicatie

Verificatie rentevordering, Renvooprocedure, Prejudiciële beslissing, Indien faillietverklaring wordt uitgesproken ingevolge bepalingen van Titel II Faillissementswet of binnen een maand na einde van de surseance, komt rente vanaf datum surseance tot aan datum opvolgend faillissement, in aanmerking voor verificatie in dat faillissement, Verwijzing naar HR 4 februari 1977, NJ 1978/66 (Dreyfus/Keulen en Oliemans q.q.) en HR 27 mei 1988, NJ 1988/964 (AMRO/Den Hollander q.q.), Vervolg op Rb. Amsterdam 22 maart 2017, «JOR» 2017/146, m.nt. Van Zanten

Ga direct naar

- **Samenvatting**
- **Uitspraak**
- **Beslissing/besluit**
- **Noot**

Samenvatting

Ingevolge art. 128 Fw kan rente die na de faillietverklaring loopt en niet door pand of hypotheek is gedekt, niet geverifieerd worden. De schuldeiser heeft ter zake van niet door pand of hypotheek gedekte rente in het faillissement dus alleen een concurrente vordering ten belope van het bedrag dat hij op het moment van de faillietverklaring te vorderen heeft. In geval van surseance van betaling wordt een rentedragende vordering ingevolge art. 260 lid 1 Fw op de (in art. 259 Fw bedoelde) lijst gebracht met bijrekening van de rente tot de aanvang van de surseance. Na aanvang van de surseance loopt de rente wel door, maar deze wordt niet meegerekend voor de bepaling van de hoogte van de vordering. De hoogte van de vordering is van belang voor de vaststelling of de meerderheid die art. 268 lid 1 Fw vereist, voor het aannemen van een akkoord heeft gestemd. Indien ingevolge een van de bepalingen van Titel II van de Faillissementswet of binnen een maand na het einde van de surseance de faillietverklaring wordt uitgesproken, gelden op grond van art. 249 lid 1 Fw de in die bepaling genoemde regels. Art. 249 Fw strekt ertoe dat (onder de in dat artikel genoemde omstandigheden) de surseance en het daaropvolgend faillissement als een geheel worden behandeld, in die zin dat onder meer overeenkomsten die tijdens de surseance met medewerking van de 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 (HR 27 mei 1988, NJ 1988/964 (AMRO/Den Hollander q.q.)).

Aan de in art. 249 Fw besloten liggende hoofdregel van continuïteit en eenheid tussen surseance en opvolgend faillissement kan evenwel niet in alle gevallen, ongeacht de strekking van de in het concrete geval betrokken bepalingen, toepassing gegeven worden. Zo is in HR 4 februari 1977, NJ 1978/66 (Dreyfus/Keulen en Oliemans q.q.) geoordeeld dat de in art. 133 Fw bedoelde geschatte waarde van een ter verificatie ingediende vordering waarvan de waarde niet in Nederlands geld is uitgedrukt, bepaald moet worden naar de dag van de faillietverklaring als het moment waarop de rechten van de schuldeisers worden gefixeerd, en dat, als een surseance onmiddellijk aan het faillissement is voorafgegaan, art. 249 Fw niet meebrengt dat die waarde bepaald moet worden naar de dag van verlening van de surseance. In lijn met het arrest van 4 februari 1977 brengt art. 249 Fw evenmin mee dat tijdens de surseance vervallen rente is uitgesloten van verificatie in een opvolgend faillissement. In de surseance worden vorderingen bij de bewindvoerder ingediend ter plaatsing op de lijst met het oog op de stemming over een akkoord. In faillissement echter geschiedt de indiening van vorderingen bij de curator met het oog op vaststelling van die vorderingen en verdeling van de boedel onder de schuldeisers. Met het oog op de verdeling is in art. 128 Fw bepaald dat rente die na de faillietverklaring loopt en niet door pand of hypotheek is gedekt, niet kan worden geverifieerd. Hoewel art. 260 Fw volgens de memorie van toelichting “analoog” is aan art. 128 Fw, moet uit het voorgaande afgeleid worden dat deze bepalingen een uiteenlopende strekking hebben, verband houdende met de uiteenlopende doelen van surseance en faillissement. Daarom staat (de strekking van) art. 249 Fw niet eraan in de weg dat een vordering ter zake van tijdens de surseance tot aan de opvolgende faillietverklaring vervallen rente – die ingevolge art. 260 lid 1 Fw in de surseance buiten beschouwing is gebleven – in het faillissement wordt geverifieerd. De prejudiciële vraag moet derhalve op de volgende wijze worden beantwoord: indien de faillietverklaring wordt uitgesproken ingevolge een van de bepalingen van Titel II van de Faillissementswet of binnen een maand na het einde van de surseance, komt een vordering ter zake van rente die vanaf de datum van de surseance tot aan de datum van die faillietverklaring is vervallen over een vordering waarvoor de surseance werkt, in aanmerking voor verificatie in dat faillissement.

Uitspraak**Conclusie Advocaat-Generaal**

(mr. Timmerman)

1. Inleiding

De door de rechtbank Amsterdam ter beantwoording voorgelegde prejudiciële vraag gaat over de kwestie of de rentevordering vanaf de datum van surseance van betaling tot aan de datum van een opvolgend faillissement, over een vordering ten aanzien waarvan de surseance van betaling werkt, voor verificatie in aanmerking komt in het aansluitende faillissement.

2. Feiten en procesverloop

2.1. Aan het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 22 maart 2017 ontleen ik de volgende feiten.¹

2.2. Credit Suisse Brazil (Bahamas) Limited (hierna: "CS") heeft in 2012 twee kredieten verleend aan OSX Leasing Group B.V. (hierna: "OSX"). De twee daarop betrekking hebbende overeenkomsten bepalen dat OSX in geval van niet tijdige betaling van hetgeen zij onder de overeenkomst aan CS verschuldigd is een "default rente" van 11,5% per jaar over de hoofdsom aan CS verschuldigd is.

2.3. Op 30 maart 2015 is de totale hoofdsom onder de kredietovereenkomsten opeisbaar geworden. OSX is vanaf diezelfde datum in "default" geraakt ten aanzien van de (terug)betaling daarvan aan CS.

2.4. Op 28 april 2015 is aan OSX voorlopige surseance van betaling verleend. Bij beschikking van 15 juli 2015 is de voorlopige surseance van betaling ingetrokken en is OSX in staat van faillissement verklaard.

2.5. Ter verificatievergadering van 5 november 2015 heeft de curator de door CS ingediende vorderingen betwist, onder meer voor zover deze de rente betreffen die vanaf de (voorlopige) surseance van betaling tot aan de datum waarop het faillissement van OSX is uitgesproken (hierna: "de Betwiste Rentekosten") is vervallen. De rechter-commissaris heeft partijen ter zake verwezen naar een door hem bepaalde terechtzitting van de rechtbank Amsterdam.

2.6. CS vordert in de renvooiprocedure dat de rechtbank de vordering van CS bestaande uit de Betwiste Rentekosten in het faillissement van OSX erkent tot een bedrag van USD 2.153.040,09 (EUR 1.970.031,68), althans een bedrag dat de rechtbank in goede justitie rechtvaardig acht.

2.7. Voor zover in het onderhavige geval van belang heeft de rechtbank in rov. 4 van haar vonnis het volgende overwogen:

"4.1. De rechtbank overweegt dat de enige vraag die partijen verdeeld houdt is of de vordering van CS ter zake van de Betwiste Rentekosten dient te worden erkend.

4.2. CS beantwoordt die vraag bevestigend, de curator beantwoordt die vraag ontkennend. De door partijen gebezigde argumenten laten zich als volgt samenvatten.

4.3. De curator betoogt dat artikel 260 lid 1 Faillissementswet (Fw) voor surseance van betaling hetzelfde inhoudt als artikel 128 Fw voor faillissement, te weten dat de rentevordering wordt gefixeerd op de datum waarop (voorlopig) surseance van betaling wordt verleend. Volgens hem volgt uit artikel 249 Fw, dat ertoe strekt dat surseance van betaling en faillissement als een geheel worden behandeld (HR 27 mei 1988, NJ 1988/964), dat slechts de tot die datum vervallen rente in het faillissement kan worden erkend.

4.4. CS betoogt dat artikel 260 lid 1 Fw een ander doel heeft dan artikel 128 Fw, zoals ook surseance van betaling een ander doel heeft dan faillissement. Anders dan artikel 128 Fw is artikel 260 lid 1 Fw niet geschreven ter fixatie van vorderingen. Het dient slechts ter bepaling van de positie van de schuldeisers tijdens een eventuele stemming, tijdens de (voorlopige) surseance van betaling, over een aangeboden akkoord. In artikel 249 Fw wordt niet verwezen naar artikel 128 Fw en ook voor het overige neemt die bepaling niet weg dat fixatie van de rentevordering pas aan de orde is op de dag van faillietverklaring, aldus CS.

4.5. In de jurisprudentie is de vraag die partijen verdeeld houdt verschillend beantwoord. (...) De Hoge Raad heeft zich

over deze vraag tot nu toe nog niet uitgesproken.”

2.8. De rechtbank heeft op de comparitie van partijen van 10 november 2016 met partijen besproken om de rechtsvraag die hen verdeeld houdt op de voet van art. 392 Rv aan de Hoge Raad voor te leggen bij wijze van prejudiciële beslissing. De rechtbank heeft de gezamenlijk door partijen geformuleerde prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voorgelegd.

2.9. 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 vraag door de Hoge Raad zou moeten worden beantwoord.

3. De gestelde prejudiciële vraag ex art. 392 lid 1 Rv

3.1. De door de rechtbank voorgelegde prejudiciële vraag luidt als volgt:

“Komt een vordering ter zake van rente vervallen 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 voor verificatie in een opvolgend faillissement dat wordt uitgesproken ingevolge een der bepalingen van Titel II van de Faillissementswet of wel binnen een maand na het einde der surseance”.

4. Rentevorderingen in faillissement en surseance van betaling

Rentevorderingen in geval van faillissement ex art. 128 Fw

4.1. In geval van faillissement bepaalt art. 128 Fw dat rente die loopt vanaf de datum van faillietverklaring niet kan worden geverifieerd. Dit wetsartikel heeft alleen betrekking op ten tijde van de faillietverklaring bestaande vorderingen.² Aan het artikel ligt het fixatiebeginsel ten grondslag. De schuldeisers concurreren in het faillissement voor het bedrag dat zij op het ogenblik van faillissement van de schuldenaar te vorderen hebben.³

4.2. Voor schuldeisers met een pand- en/of hypotheekrecht ligt het voorgaande anders. Zij kunnen hun rentevordering over de periode vanaf faillissement op grond van art. 128 Fw pro memorie ter verificatie indienen bij de curator. De rentevorderingen van de pand- en/of hypotheekhouders over de periode vanaf faillissement worden voldaan voor zover de opbrengst van de goederen waarop hun zekerheidsrecht is gevestigd daarvoor toereikend is. De ratio achter deze uitzondering is dat het pand- en/of hypotheekrecht meestal niet alleen is bedongen tot zekerheid van de betaling van de hoofdsom, maar ook als waarborg voor de betaling van de over de hoofdsom verschuldigde rente.⁴ Resteert na uitwinning van de goederen waarop het zekerheidsrecht was verstrekt nog een rentevordering, dan geldt dat de resterende rentevordering vanaf faillissement niet kan worden geverifieerd.⁵

4.3. Art. 128 Fw is niet van toepassing op rente die wordt opgebouwd vanaf faillissement die over boedelvorderingen verschuldigd is. Rente over boedelvorderingen is onbeperkt verschuldigd en levert zelf als zodanig ook een boedelschuld op.⁶

Rentevorderingen in geval van surseance van betaling ex art. 260 Fw

4.4. Voor rentedragende vorderingen kent art. 260 Fw voor de surseance van betaling een soortgelijke regeling als art. 128 Fw.⁷ Bij surseance van betaling kunnen schuldeisers hun vorderingen indienen bij de bewindvoerder, die deze op grond van art. 259 lid 1 Fw op de lijst plaatst in verband met de stemming over het akkoord, waarbij de bewindvoerder aangeeft of en in hoeverre hij de vordering erkent.⁸ Rentedragende vorderingen worden op grond van art. 260 lid 1 Fw op de lijst geplaatst met bijrekening van de rente tot de aanvang van de surseance van betaling. De rente loopt gedurende de surseance van betaling door, maar kan niet meer op de lijst worden (bij)geplaatst.

4.5. Art. 232 Fw bepaalt dat de surseance van betaling niet werkt ten aanzien van vorderingen waaraan voorrang is verbonden, behoudens voor zover zij niet verhaald kunnen worden op de goederen waarop de voorrang rust. Op grond van art. 257 lid 2 Fw komen vorderingen ten aanzien waarvan de surseance van betaling niet werkt, niet voor indiening

bij de bewindvoerder in aanmerking. Dit betekent dat de rente over de voornoemde vorderingen gedurende surseance doorloopt. Schuldeisers met een vordering waartegen de surseance van betaling niet werkt blijven tevens buiten de beraadslaging en stemming over het surseanceakkoord.⁹ Wordt een niet-concurrente vordering toch bij de bewindvoerder ingediend ter plaatsing op de lijst, dan werkt de surseance op grond van art. 257 lid 2 Fw ook ten aanzien van die vordering en gaat het aan de vordering verbonden voorrecht, retentierecht, pandrecht of hypotheek verloren, behoudens voor zover de vordering voor de aanvang van de stemming over het akkoord door de schuldeiser wordt teruggenomen.

Overgang van surseance van betaling naar faillissement ex art. 249 Fw

4.6. Art. 249 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. Het wetsartikel bepaalt onder andere dat: (i) het tijdstip waarop enkele termijnen (m.b.t. faillissementspauliana en bestuurdersaansprakelijkheid) aanvangen berekend wordt vanaf de aanvang van de surseance van betaling; (ii) de curator de bevoegdheid van de bewindvoerder op grond van art. 228 lid 1 Fw uitoefent; (iii) handelingen door de schuldenaar met medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders verricht, worden beschouwd als handelingen van de curator, en dat boedelschulden uit de surseance van betaling boedelschulden in het faillissement zijn.

4.7. 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.¹⁰ Blijkens HR 10 januari 1975, *NJ* 1976, 249 (Postgiro-arrest) geeft art. 249 Fw geen uitputtende regeling voor alle vragen die zich kunnen voordoen wanneer de surseance van betaling onmiddellijk overgaat in faillissement.¹¹ De bedoeling van het artikel is dat de surseance van betaling en het opvolgende faillissement als een geheel worden beschouwd.¹²

4.8. De hiervoor bedoelde eenheid van surseance van betaling en faillissement volgt ook uit HR 27 mei 1988, *NJ* 1988/964 (AMRO/Den Hollander). 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. (…)”

4.9. Vanwege de strekking en het niet uitputtende karakter van art. 249 Fw is in de feitelijke rechtspraak en literatuur wel aangenomen dat art. 260 lid 1 Fw voor surseance van betaling hetzelfde inhoudt als 128 Fw voor faillissement, zodat rentevorderingen dienen te worden gefixeerd op de datum waarop de surseance van betaling wordt verleend en dat de rente die gedurende de surseance van betaling ontstaat daarom niet meer in het opvolgend faillissement kan worden geverifieerd.¹³

4.10. Uit de oordelen van de Hoge Raad in HR 10 januari 1975, *NJ* 1976, 249 (Postgiro-arrest) en HR 27 mei 1988, *NJ* 1988/964 (AMRO/Den Hollander) mag m.i. niet worden afgeleid dat art. 249 Fw steeds toepassing moet vinden in gevallen waarin de surseance van betaling wordt opgevolgd door een aansluitend faillissement. Een dergelijke benadering volgt ook uit HR 4 februari 1977, *NJ* 1978, 66 (Dreyfus/Keulen & Oliemans q.q.). In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat een vordering op de gefailleerde die in buitenlands geld is uitgedrukt en ten behoeve van verificatie in het faillissement op grond van art. 133 Fw diende te worden omgerekend naar de geschatte waarde op de dag van de faillietverklaring en niet naar de geschatte waarde op dag waarop de onmiddellijk aan de faillietverklaring voorafgaande surseance van betaling was verleend. De Hoge Raad overwoog als volgt:

“(…) dat weliswaar in art. 133 geen tijdstip voor de daar genoemde schatting wordt vermeld, doch uit het systeem der

Faillissementswet, zoals dat onder meer blijkt uit de artt. 23, 24, 33, 38, 39 en 128-131 dier Wet, voortsloeg dat de rechten van schuldeisers in het faillissement worden gefixeerd op het ogenblik van de faillietverklaring; dat dit voor de toepassing van art. 133 niet anders is, als het faillissement een surseance van betaling onmiddellijk is voorafgegaan; dat weliswaar in een surseance van betaling voor het plaatsen van ingediende vorderingen op een lijst art. 133 door art. 260 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, maar die plaatsing in een surseance slechts behoeft te geschieden voor de doeleinden van een stemming over een akkoord als dat is aangeboden, terwijl aan die plaatsing gevolgen zijn verbonden bij een eventuele homologatie van dat akkoord; dat de dan plaats vindende schatting dan ook geen betekenis meer heeft als de surseance eindigt door opvolgend faillissement; dat ook uit art. 249, regelen inhoudende voor het geval de faillietverklaring, zoals in het onderhavige geval, wordt uitgesproken met gelijktijdige beëindiging van de surseance van betaling, het tegendeel niet kan worden afgeleid; (...)"

4.11. Uit de samenhang tussen de drie hiervoor genoemde arresten leid ik het volgende af. Aan art. 249 Fw ligt het beginsel van continuïteit ten grondslag dat inhoudt dat de faillissementsboedel als een voortzetting van de surseanceboedel moet worden gezien.¹⁴ Het faillissement en de daaraan voorafgaande surseance van betaling dienen zoveel mogelijk als een eenheid benaderd te worden, behoudens in die gevallen waarin dit niet met de strekking van de desbetreffende bepaling te verenigen is.¹⁵ Van geval tot geval zal dus moeten worden beoordeeld of de surseanceperiode als onderdeel van het faillissement dient te worden beschouwd.¹⁶

4.12. Wat betekent dit nu voor het onderhavige geval? Ik meen dat de strekking van art. 260 Fw zich slecht laat verenigen met de eenheidsgedachte die aan art. 249 Fw ten grondslag ligt. Hoewel de MvT bij art. 260 Fw aangeeft dat het artikel een regel bevat die analoog is aan die van art. 128 Fw, kan het indienen van een vordering bij de bewindvoerder ter plaatsing op de lijst m.i. niet gelijk worden gesteld met het indienen van een vordering bij de curator ter verificatie.¹⁷ De verificatieprocedure heeft tot doel om tot een bindende vaststelling van de vorderingen te komen, terwijl de indiening van de vorderingen bij de bewindvoerder tijdens de surseance van betaling vooral plaatsvindt met het oogmerk om als erkend schuldeiser toegelaten te worden tot de stemming over het surseanceakkoord.¹⁸ Daarnaast volgt uit HR 4 februari 1977, *NJ* 1978, 66 (Dreyfus/Keulen & Oliemans q.q.) dat het systeem van de Faillissementswet meebrengt dat de rechten van schuldeisers gefixeerd worden op het moment van faillissement en dat uit art. 249 Fw niet het tegendeel kan worden afgeleid.¹⁹

4.13. Dit brengt mij tot de volgende slotsom. Nu de eenheidsgedachte surseance van betaling en faillissement niet goed valt te verenigen met het karakter van art. 260 Fw en er onvoldoende aanknopingspunten zijn te vinden om van het uitgangspunt af te wijken dat fixatie van de rechten van schuldeisers plaatsvindt op het moment van faillissement, dient dit ertoe te leiden dat de over de periode van surseance van betaling opgebouwde rente in het opvolgende faillissement moet kunnen worden geverifieerd. Deze opvatting is ook in de jurisprudentie en literatuur te vinden.²⁰

5. Beantwoording van de prejudiciële vraag

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

De vordering ter zake van rente vervallen 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, komt in aanmerking voor verificatie in een opvolgend faillissement dat wordt uitgesproken ingevolge een der bepalingen van Titel II van de Faillissementswet of wel binnen één maand na het einde der surseance.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vraag als voorgesteld in onderdeel 5.

Hoge Raad

(...; red.)

2. De prejudiciële procedure

Bij het vonnis van 22 maart 2017 heeft de rechtbank op de voet van art. 392 Rv de hierna in 3.3 weergegeven prejudiciële vraag aan de Hoge Raad gesteld.

De partijen hebben geen schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot beantwoording van de prejudiciële vraag zoals in onderdeel 5 van die conclusie vermeld.

3. Beantwoording van de prejudiciële vraag

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

(i) CS heeft in 2012 twee kredieten verleend aan OSX Leasing Group B.V. (hierna: OSX). Elk van de twee daarop betrekking hebbende overeenkomsten bepaalt dat OSX in geval van niet-tijdige betaling van hetgeen zij ingevolge de overeenkomst aan CS verschuldigd is, een “default rente” van 11,5% per jaar over de hoofdsom aan CS verschuldigd is.

(ii) Op 30 maart 2015 is de totale hoofdsom onder de kredietovereenkomsten opeisbaar geworden. OSX is vanaf diezelfde datum in “default” geraakt ten aanzien van de (terug)betaling daarvan aan CS.

(iii) Op 28 april 2015 is aan OSX voorlopig surseance van betaling verleend.

(iv) 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.

(v) Ter verificatievergadering van 5 november 2015 heeft de curator de door CS ingediende vorderingen betwist, onder meer voor zover deze de rente betreffen die is vervallen vanaf de (voorlopige) surseance van betaling tot aan de datum waarop het faillissement van OSX is uitgesproken (hierna: de betwiste rentekosten). De rechter-commissaris heeft partijen ter zake verwezen naar een door hem bepaalde terechtzitting van de rechtbank.

3.2. In de onderhavige (renvooi)procedure vordert CS dat haar vordering bestaande in de betwiste rentekosten in het faillissement van OSX wordt erkend tot een bedrag van US \$ 2.153.040,09 (€ 1.970.031,68).

De curator bestrijdt de vordering op de grond dat uit art. 260 lid 1 Fw in verbinding met art. 249 Fw volgt dat de in het faillissement ingediende rentevordering van CS wordt gefixeerd op de datum waarop (voorlopig) surseance van betaling is verleend.

Volgens CS vindt een fixatie van haar rentevordering ingevolge art. 128 Fw pas plaats met ingang van de dag van faillietverklaring.

3.3. De rechtbank heeft in verband hiermee de volgende prejudiciële vraag gesteld:

“Komt een vordering ter zake van rente vervallen 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 voor verificatie in een opvolgend faillissement dat wordt uitgesproken ingevolge een der bepalingen van Titel II van de Faillissementswet ofwel binnen een maand na het einde der surseance”.

3.4.1. Ingevolge art. 128 Fw kan rente die na de faillietverklaring loopt en niet door pand of hypotheek is gedekt, niet geverifieerd worden. De schuldeiser heeft ter zake van niet door pand of hypotheek gedekte rente in het faillissement

dus alleen een concurrente vordering ten belope van het bedrag dat hij op het moment van de faillietverklaring te vorderen heeft.

3.4.2. In geval van surseance van betaling wordt een rentedragende vordering ingevolge art. 260 lid 1 Fw op de (in art. 259 Fw bedoelde) lijst gebracht met bijrekening van de rente tot de aanvang van de surseance. Na aanvang van de surseance loopt de rente wel door, maar deze wordt niet meegerekend voor de bepaling van de hoogte van de vordering. De hoogte van de vordering is van belang voor de vaststelling of de meerderheid die art. 268 lid 1 Fw vereist, voor het aannemen van een akkoord heeft gestemd.

3.4.3. Indien ingevolge een van de bepalingen van Titel II van de Faillissementswet of binnen een maand na het einde van de surseance de faillietverklaring wordt uitgesproken, gelden op grond van art. 249 lid 1 Fw de in die bepaling genoemde regels. Art. 249 Fw strekt ertoe dat (onder de in dat artikel genoemde omstandigheden) de surseance en het daarop volgend faillissement als een geheel worden behandeld, in die zin dat onder meer overeenkomsten die tijdens de surseance met medewerking van de 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 (HR 27 mei 1988, **ECLI:NL:HR:1988:AD0343**, NJ 1988/964).

Aan de in art. 249 Fw besloten liggende hoofdregel van continuïteit en eenheid tussen surseance en opvolgend faillissement kan evenwel niet in alle gevallen, ongeacht de strekking van de in het concrete geval betrokken bepalingen, toepassing gegeven worden. Zo is in HR 4 februari 1977, **ECLI:NL:HR:1977:AB7003**, NJ 1978/66, geoordeeld dat de in art. 133 Fw bedoelde geschatte waarde van een ter verificatie ingediende vordering waarvan de waarde niet in Nederlands geld is uitgedrukt, bepaald moet worden naar de dag van de faillietverklaring als het moment waarop de rechten van de schuldeisers worden gefixeerd, en dat, als een surseance onmiddellijk aan het faillissement is voorafgegaan, art. 249 Fw niet meebrengt dat die waarde bepaald moet worden naar de dag van verlening van de surseance.

3.4.4. In lijn met het zojuist genoemde arrest van 4 februari 1977, brengt art. 249 Fw evenmin mee dat tijdens de surseance vervallen rente is uitgesloten van verificatie in een opvolgend faillissement.

In de surseance worden vorderingen bij de bewindvoerder ingediend ter plaatsing op de lijst met het oog op de stemming over een akkoord. In faillissement echter geschiedt de indiening van vorderingen bij de curator met het oog op vaststelling van die vorderingen en verdeling van de boedel onder de schuldeisers. Met het oog op de verdeling is in art. 128 Fw bepaald dat rente die na de faillietverklaring loopt en niet door pand of hypotheek is gedekt, niet kan worden geverifieerd.

Hoewel art. 260 Fw volgens de memorie van toelichting “analoog” is aan art. 128 Fw (Kamerstukken II 1933-1934, 424, nr. 3, p. 11), moet uit het voorgaande afgeleid worden dat deze bepalingen een uiteenlopende strekking hebben, verband houdende met de uiteenlopende doelen van surseance en faillissement.

Daarom staat (de strekking van) art. 249 Fw niet eraan in de weg dat een vordering ter zake van tijdens de surseance tot aan de opvolgende faillietverklaring vervallen rente – die ingevolge art. 260 lid 1 Fw in de surseance buiten beschouwing is gebleven – in het faillissement wordt geverifieerd.

3.5. De prejudiciële vraag moet derhalve op de volgende wijze worden beantwoord.

Indien de faillietverklaring wordt uitgesproken ingevolge een van de bepalingen van Titel II van de Faillissementswet of binnen een maand na het einde van de surseance, komt een vordering ter zake van rente die vanaf de datum van de surseance tot aan de datum van die faillietverklaring is vervallen over een vordering waarvoor de surseance werkt, in aanmerking voor verificatie in dat faillissement.

4. Beslissing

De Hoge Raad beantwoordt de prejudiciële vraag op de hiervoor in 3.5 weergegeven wijze.

Noot

1. Kan een schuldeiser in een op een surseance van betaling volgend faillissement van de schuldenaar zijn per faillissementsdatum bestaande rentevordering, ook voor zover de rente betrekking heeft op de daaraan voorafgegane surseanceperiode, ter verificatie indienen? Over deze kwestie waren de literatuur en de lagere jurisprudentie verdeeld. De bevestigende beantwoording door de Hoge Raad van de aldus luidende, aan hem voorgelegde prejudiciële vraag, is mijns inziens wetssystematisch juist en alleszins bevredigend. Ik sluit aan bij hetgeen ik over deze kwestie eerder schreef in mijn noot onder Rb. Rotterdam 27 februari 2008, «JOR» 2008/242, alsmede in mijn dissertatie, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 420. In de door mij bepleite zin oordeelden Rb. Amsterdam 16 december 1955, *NJ* 1956/567; Rb. Rotterdam 21 oktober 1977, *NJ* 1978/193; Rb. Utrecht 19 november 2003, «JOR» 2004/83; en Hof Amsterdam 3 januari 2008, «JOR» 2008/112. In andere zin oordeelden Hof Amsterdam 15 januari 2004, «JOR» 2004/89, m.nt. JJvH; Rb. Amsterdam 25 januari 2006, «JOR» 2006/220; Rb. Amsterdam 1 februari 2006, «JOR» 2006/221; en Rb. Rotterdam 27 februari 2008, «JOR» 2008/242.

2. Uit art. 260 lid 1 Fw vloeit voort dat (in het kader van een door de schuldenaar tijdens de surseance aangeboden akkoord) een rentedragende (concurrente) vordering op de in art. 259 Fw bedoelde lijst van vorderingen kan worden gebracht met bijrekening van de rente tot aan de surseancedatum. Na de aanvang van de surseance loopt de rente wel door, maar deze wordt niet meegerekend voor de bepaling van de hoogte van de vordering van de schuldeiser bij de vaststelling of in het kader van de stemming over een akkoord de in art. 268 lid 1 Fw vereiste meerderheid is behaald. Vgl. r.o. 3.4.2 van het voorliggende arrest. Art. 128 Fw gaat met betrekking tot een faillissement van eenzelfde gedachte uit. Rente lopende tot aan de faillissementsdatum komt voor verificatie in het faillissement in aanmerking; na de faillissementsdatum lopende rente kan tijdens het faillissement niet worden geverifieerd, tenzij (en slechts voor zover) deze door pand of hypotheek is gedekt. Vgl. r.o. 3.4.1 van het voorliggende arrest. In dit verband moet overigens worden bedacht dat verificatie van door pand of hypotheek gedekte rente slechts aan de orde komt ingeval de pand- of hypotheekhouder de rente niet op de voet van art. 57 Fw (in samenhang met art. 132 lid 2 Fw jo. art. 483e Rv) als separatist op de opbrengst van het bezwaarde goed verhaalt of kan verhalen. Zie over een en ander Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nrs. 420 en 431.

3. Art. 260 en 128 Fw geven niet uitdrukkelijk aan hoe met de rentevordering moet worden omgegaan indien een surseance van betaling wordt gevolgd door een faillissement. De vraag rijst of de regeling van art. 249 Fw voor dit geval met zich brengt dat de surseancedatum moet worden aangehouden als het moment waarop de (niet door pand of hypotheek gedekte) rentevordering van de schuldeiser wordt gefixeerd. Aan art. 249 Fw ligt de gedachte ten grondslag dat de surseance en het daaropvolgende faillissement (een en ander als in het artikel bedoeld) in zeker opzicht een eenheid vormen en als een geheel worden behandeld. Zie voor deze gedachte onder meer HR 10 januari 1975, *NJ* 1976/249, m.nt. BW (*Giro/Standaardfilms*) en HR 27 mei 1988, *NJ* 1988/964, m.nt. G (*AMRO/NAPM*). Zie ook r.o. 3.4.3 van het voorliggende arrest. De in art. 249 Fw gegeven opsomming van kwesties waarbij van de genoemde eenheidsgedachte wordt uitgegaan, is volgens de hiervóór genoemde arresten van de Hoge Raad niet limitatief, zodat het enkele feit dat het artikel de voorliggende rentekwestie niet regelt, niet reeds beslissend is. Het komt uiteindelijk aan op de strekking van art. 249 Fw en de strekking van art. 260 en 128 Fw.

4. Aan de in art. 249 Fw besloten liggende hoofdregel van continuïteit en eenheid tussen de surseance van betaling en het daaropvolgende faillissement kan – zoals de Hoge Raad in r.o. 3.4.3 van het voorliggende arrest terecht overweegt – niet in alle gevallen, ongeacht de strekking van de in het concrete geval betrokken bepalingen, toepassing worden gegeven. Uit HR 4 februari 1977, *NJ* 1978/66 (*Dreyfus/Keulen en Oliemans q.q.*), waarnaar de Hoge Raad in r.o. 3.4.3 en 3.4.4 van het voorliggende arrest verwijst, blijkt reeds dat de genoemde eenheidsgedachte niet onverkort geldt. Het arrest uit 1977 heeft weliswaar betrekking op art. 133 Fw, maar eenzelfde benadering ter zake van art. 128 Fw dringt zich op. Art. 133 Fw bepaalt dat vorderingen op de gefailleerde, waarvan de waarde onbepaald of onzeker is of niet in (Nederlands) geld is uitgedrukt, geverifieerd worden voor hun geschatte waarde in Nederlands geld. Bij deze waardering moet worden uitgegaan van de aanvang van de dag van faillietverklaring. Dit moment geldt volgens de Hoge Raad ook indien aan het faillissement een surseance van betaling is voorafgegaan. Volgens de Hoge Raad vloeit een en ander voort uit het systeem van de Faillissementswet, dat uitgaat van een fixatie van de rechten van schuldeisers

per faillissementsdatum, en kan uit art. 249 Fw (en de daarin neergelegde eenheidsgedachte) niet het tegendeel worden afgeleid. Het valt niet goed in te zien waarom dit bij de toepassing van art. 128 Fw (of art. 130 en 131 Fw) anders zou zijn. Zie Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nrs. 420 en 423, alsmede de noot onder Rb. Rotterdam 27 februari 2008, «**JOR**» **2008/242**. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 3.4.4 van het voorliggende arrest dan ook terecht (en overeenkomstig de conclusie van de A-G) dat in lijn met het genoemde arrest uit 1977 moet worden geoordeeld dat (de strekking van) art. 249 Fw niet eraan in de weg staat dat, indien een surseance van betaling wordt gevolgd door een faillissement, de tijdens de surseance vervallen (en buiten beschouwing gebleven) rente in een opvolgend faillissement kan worden geverifieerd, een en ander mede gelet op de uiteenlopende strekking van art. 260 en 128 Fw, welke verband houdt met het uiteenlopende doel van een surseance van betaling respectievelijk een faillissement.

prof. mr. N.E.D. Faber

Voetnoten

1

Rb. Amsterdam 22 maart 2017, *JOR* 2017/146 m.nt. T.T. van Zanten.

2

HR 14 december 1984, *NJ* 1985, 288 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Cath/Heidam).

3

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

4

Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, II, p. 127.

5

Art. 128 Fw derde volzin geeft hier het volgende over aan: "Voor zover interesten op de opbrengst van het onderpand niet batig gerangschikt worden, kan de schuldeiser uit deze verificatie geen rechten ontleen."

6

Zie in deze zin: N.E.D. Faber, *Verrekening*, Kluwer: Deventer 2005, p. 493.

7

De MvT spreekt van een regeling die analoog is aan die van art. 128 Fw. Zie: Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, wetswijzigingen, p. 534.

8

Omdat bij surseance van betaling geen sprake is van verificatie van vorderingen in juridische zin, wordt in art. 259 lid 1 Fw gesproken over het op de lijst plaatsen van de vordering, Zie: *Wessels Insolventierecht VIII* 2014/8342.

9

Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, II, p. 479.

10

Wessels Insolventierecht VIII 2014/8265.

11

HR 10 januari 1975, *NJ* 1976, 249 m.nt. B. Wachter (Postgiro-arrest).

12

Zie in deze zin o.a.: Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2014, par.16.7.4; B. Wachter in onderdeel 4 van zijn noot bij HR 10 januari 1975, *NJ* 1976, 249 (Postgiro-arrest).

13

Hof Amsterdam 15 januari 2004, *JOR* 2004, 89 m.nt. J.J. van Hees (summier gemotiveerd met slechts een verwijzing naar art. 260 en 128 Fw); Rb. Amsterdam 25 januari 2006, *JOR* 2006, 220; Rb. Amsterdam 1 februari 2006, *JOR* 2006, 22; Rb. Rotterdam 27 februari 2008, *JOR* 2008, 242 m.nt. N.E.D. Faber; Rb. Arnhem 3 oktober 2002, **ECLI:NL:RBARN:2002:AF1691**; Zie: T.T. van Zanten in onderdeel 2 van zijn noot bij Rb. Amsterdam 20 mei 2017, *JOR* 2017/146 (onderhavige zaak); B.G. Arends, Verificatie van een rentevordering over de surséanceperiode, *Journal IF&Z* 2007/2. Arends betoogt dat omdat surseance van betaling en faillissement op grond van art. 249 Fw als één geheel moeten worden gezien, de rente die ontstaat tijdens de surseance niet kan worden geverifieerd in een opvolgend faillissement. Dit is naar zijn oordeel het meest in lijn met het systeem van de Faillissementswet en doet recht aan het fixatiebeginsel en de paritas creditorum.

14

Zie in gelijke zin: *Wessels Insolventierecht V* 2014/5118.

15

Zie in deze zin ook: *Wessels Insolventierecht V* 2014/5118.

16

Zie in deze zin ook: R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Kluwer: Deventer 2013, p. 117.

17

Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen, p. 534.

18

E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement. Naar huidig en nieuwe recht*, met medewerking van J.T. Dantuma en E.A. Brood, Deventer: Kluwer 1991, p. 281; *Wessels Insolventierecht VIII* 2014/8325.

19

Zie in gelijke zin N.E.D. Faber in onderdeel 4 van zijn noot bij Rb. Rotterdam 27 februari 2008, *JOR* 2008/242; F.M.J. Verstijlen, GS Faillissementswet, art. 260 Fw, aant. 2.2.3.

20

Zie: Rb. Amsterdam 16 december 1955, *NJ* 1956, 567; Rb. Rotterdam 21 oktober 1977, *NJ* 1978, 193; Rb. Utrecht 19 november 2003, *JOR* 2004, 83; Hof Amsterdam 3 januari 2008, *JOR* 2008, 112; zie de noot van Faber bij Rb. Rotterdam 27 februari 2008, *JOR* 2008, 242; R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Kluwer: Deventer 2013, nr. 102, p. 116-117; Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2014, par. 9.3.2.1 en 16.7.4.; A.L. Leuftink, "Surséance van betaling", Kluwer: Deventer 1995, nrs. 13.6 en 20.12; T.J. Dorhout Mees, *Nederlands Handels – faillissementsrecht*, V. Recht van reclame; faillissement, surséance van betaling en akkoord, 1988 Quint: Arnhem – Gouda, nr. 536; F.M.J. Verstijlen, GS Faillissementswet, art. 260 Fw, aant. 2.2.3; *Wessels Insolventierecht VIII (surseance van betaling)* 2014/8268; *Wessels Insolventierecht V (verificatie van schuldvorderingen)* 2014/5116.
