

Wat is nu bijzonder?

Enige kanttekeningen naar aanleiding van ECLI:NL:RBOVE:2013:3427

mr. M.J.W. van Ingen¹

1. Inleiding

De algemene faillissementskosten worden ingevolge art. 182 lid 1 Fw omgeslagen over 'ieder deel van de boedel, met uitzondering van hetgeen na een executie overeenkomstig art. 57 of art. 60 lid 3 tweede zin Fw, toekomt aan de pand- en hypotheekhouders, aan de schuldeisers met een retentierecht en aan beperkt gerechtigden, huurders en pachters wier recht door de executie is vervallen of verloren is gegaan, maar met inbegrip van hetgeen krachtens een zodanige executie aan de curator is uitgekeerd ten behoeve van een schuldeiser die boven een of meer van voormelde personen bevoorrecht was.'² De rekensom die de wet hier geeft voor het omslagpercentage is dus eenvoudig: de som van de algemene faillissementskosten gedeeld door al het actief dat tot de boedel behoort.³

De algemene faillissementskosten zijn die kosten die zijn gemaakt in het belang van het faillissement en de vereffening in het algemeen en dienen om

die redenen ten laste van elk deel van de boedel te komen.⁴ De ratio achter de bepaling is dat de regering het bij het opstellen van de Faillissementswet onbillijk vond om de algemene faillissementskosten enkel ten laste van de concurrent crediteuren te laten komen en kwam zo met de redactie van art. 182 Fw. De tekst daarvan werd al in 1899 niet duidelijk gevonden. De regering wijzigde de tekst echter niet, maar verduidelijkte de toelichting door te verklaren dat '*feitelijk de omslag slechts (zal) behoeven te geschieden over die deelen van den boedel, waarvan de opbrengst tot eene afzonderlijke verdeling aanleiding geeft*'.

Het rekenkundige effect van die benaderingswijze kan overigens zijn dat wanneer vervolgens wordt verdeeld, de preferente crediteuren hun vorderingen volledig voldaan zien. Dat rekenkundig effect stuitte bij invoering reeds op de nodige kritiek, die onverminderd voortduurt.⁵

Art. 182 Fw is echter een verbetering van het systeem dat gold toen het faillissement nog geregeld was in het Wetboek van Koophandel, waarin de boedelkosten eenvoudigweg van de baten werden afgetrokken, zonder onderscheid te maken in de verschillende opbrengsten en vervolgens de uitdeling plaatsvond. In dat systeem kwamen de kosten per definitie voor rekening van de laagst gerang-

1. De auteur is verbonden aan Holla Advocaten en redacteur van dit tijdschrift.

Met dank aan Mr J. Wind voor zijn heldere en kritische blik op het concept.

2. De oorspronkelijke wettekst was beperkter: '(...) *ieder deel van den boedel, met uitzondering van hetgeen overeenkomstig de bepaling van artikel 57 door den pand- of hypotheekhoudenden schuldeischer zelf is verkocht*'. Van der Feltz II, p. 239-240.

3. Terzijde zij opgemerkt dat Polak-Wessels, *Insolventierecht, deel VII, Vereffening van de boedel*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 7138 en 7139 stelt dat anders dan de tekst van art. 182 Fw doet vermoeden ook als kosten worden omgeslagen de vorderingen die op alle goederen bevoorrecht zijn en in rang boven alle hoe dan ook bevoorrechte vorderingen gaan, waaronder de kosten van de faillissementsaanvraag en de 'kosten voortvloeiend uit art. 21 Iw'. Het is niet duidelijk waarop Wessels zich hier baseert, maar het heeft er alle schijn van dat hij hier de omslag van art. 182 Fw verwacht met de inbreng door de pandhouder ingevolge art. 57 lid 3 Fw juncto 21 Iw (waarvoor naast de omslag onder meer de door hem genoemde vorderingen van belang zijn). De visie dat pre-faillissementsvorderingen in de omslag zouden moeten worden betrokken lijkt mij ook in strijd met art. 182 Fw en Wessels lijkt dat ook niet te doen in zijn rekenvoorbeeld onder nummer 7176.

4. W.L.P.A. Molengraaff, *De faillissementswet verklaard*, bewerkt door C.W. Star Bussmann, Zwolle 1951, p. 519

5. Men zie de bijdrage van A.E. Bles, 'Art. 182 Faillissementswet', *W* 7224 (1899), 7234 (1899), 7827 (1899) en 7834 (1902), die overigens ook op de nodige kritiek stuitte, vgl. G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, diss., Deventer 1997, p. 125-144, alsmede voetnoot 11 en de daar aangehaalde literatuur. Het door Bles aangedragen alternatief is om te slaan over de uitkeringen en niet over het actief. Hoe billijk die oplossing ook mijns inziens is (of alternatief: lijkt), zij is uiteindelijk niet gevolgd. Vgl. tevens Rb. 's-Gravenhage 1 maart 1899, *W* 7252 en Rb. Dordrecht 7 juni 1916, *NJ* 1916, p. 1178. Een discussie overigens die bijna een eeuw nadien opnieuw gevoerd werd, vgl. C.E. Polak, 'Omslag in de omslag (?) van algemene faillissementskosten', *NJB* 1994, p. 154 e.v. Vgl. tevens Polak-Wessels, *Insolventierecht, deel VII, Vereffening van de boedel*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 7175.

schikten. Art. 182 maakt duidelijk dat dit niet noodzakelijkerwijs het geval is in het huidige systeem.⁶

2. Wat zijn de algemene faillissementskosten?

Maar wat zijn nu de algemene faillissementskosten? Een definitie van wat gerekend moet worden tot de algemene faillissementskosten geeft de wet niet. De regering had destijds het oog op de kosten gemaakt in het belang van het faillissement en de vereffening in het algemeen, maar deze ruime omschrijving geeft nauwelijks richting. Is het immers niet zo dat de curator zijn volledige werkzaamheid richt op het faillissement en de vereffening in het algemeen en dat die vereffening niet kan worden voltooid zo lang er nog vermogensbestanddelen zijn die vereffend moeten worden? Langs die weg kan zelfs een zodanig ruime opvatting van de algemene faillissementskosten worden gehanteerd dat er niet of nauwelijks bijzondere faillissementskosten zijn. Dat dilemma laat zich goed lezen in een uitspraak van de Rb 's-Gravenhage uit 1912:

(...) dat ingevolge art. 182 Faill.wet over ieder deel van den boedel moeten worden omgeslagen de algemeene faillissementskosten.

dat als zodanig zijn te beschouwen de kosten die gemaakt zijn in het belang van het faillissement en van de vereffening in het algemeen, zooals de regeering het uitdrukte in hare memorie van toelichting op het ontwerp dezer wetsbepaling 'de kosten der algemeene executie';

dat onder die kosten dus zeer zeker valt het levensonderhoud bedoeld bij art. 100 der Faill. Wet, een voorschrift blijkens het opschrift van de desbetreffende afdeeling der wet, behoorende tot de voorzieningen na de faillietverklaring en het beheer des curators;

dat daargelaten of niet reeds alle boedelschulden behooren tot de algemeene faillissementskosten, (onderstreeping vI) daaronder ook zeer zeker vallen de boedelschulden, bedoeld bij art. 39 en 40 der Faill.wet;

dat deze immers, ook blijkens de geschiedenis van het ontstaan dezer artikelen, hunne bedoeling is om in het belang van de vereffening van den boedel, de mogelijkheid te openen om met den gefailleerde loopende huur- en arbeidsovereenkomsten te beëindigen en hieruit volgt dat de dientengevolge ontstane kosten zijn kosten der algemeene executie.”⁷

De Hoge Raad heeft dit begrip afgekaderd als “alle boedelschulden, met dien verstande dat bijzondere faillissementskosten er buiten vallen”⁸

3. Bijzondere faillissementskosten

Maar wat zijn nu bijzondere faillissementskosten? Ook daarvan geeft de Faillissementswet geen definitie. De regering hield destijds voor bijzondere faillissementskosten een zelfde definitie aan als voor algemene faillissementskosten, met dien verstande dat het niet ging om het faillissement in het algemeen, maar om een bepaalde opbrengst. De bijzondere faillissementskosten zijn dus in die visie die kosten die zijn gemaakt in het belang van het realiseren van een bepaalde opbrengst. Die definitie tot uitgangspunt nemend wordt in de rechtspraak en literatuur gezocht naar handvatten. Boekraad hanteert een heel enge definitie van bijzondere faillissementskosten, waar De Liagre Böhl een veel ruimer begrip hanteert.⁹ De Insolad werkgroep Afwikkeling Faillissementen kwam uiteindelijk met een eigen definitie van het begrip bijzondere faillissementskosten, waarbij de nadruk met name lag op de werkbaarheid. Als bijzondere faillissementskosten kwalificeren:

de kosten die er toe strekken een bepaalde bate voor de boedel te verkrijgen of een bepaald actief te behouden of ten gelde te maken, onder de voorwaarde dat:

- de uiteindelijke opbrengst ervan niet kan worden verkregen zonder het maken van die kosten en;
- deze kosten eenduidig en zonder toerekeningsproblemen kunnen worden gekoppeld aan die specifieke actiefpost en;
- deze kosten niet hoger zijn dan de opbrengst en;
- de kosten niet, ook zonder de opbrengst, toch ten laste van de boedel zouden komen.

Bij deze definitie hebben de leden van de werkgroep geprobeerd een zo werkbaar mogelijke omschrijving te hanteren. Dat laat onverlet dat de Hoge Raad zich tot dusverre maar zeer beperkt heeft uitgelaten over de bijzondere faillissementskosten en zonder zelf een duidelijke definitie te hanteren. Wel lijkt de Hoge Raad een ruim begrip van bijzondere faillissementskosten te hanteren.¹⁰ De vraag blijft echter: wat heeft een boedelcrediteur nu aan dit onderscheid?

6. Ik laat onbesproken de verschillende visies over hoe de omslag moet plaatsvinden. Er zijn een aantal benaderingswijzen te onderscheiden, zoals uiteen gezet door A.H. Korthals Altes, '(Semi)separatisten op de tocht?', WPNR 5420 (1978), voetnoot 9. Korthals Altes sluit zich aan bij visie nummer 2, wat de heersende leer lijkt te zijn.

7. Rb. 's-Gravenhage 7 november 1912, W 9412 (1913) (Botermans en Duk/Lâbourel q.q.)

8. HR 30 juni 1995, NJ 1996/554 (MeesPierson/Mentink q.q.).

9. Vergelijk hieromtrent het Insolad Rapport Afwikkeling Faillissementen, Deventer, 2011, p. 21 en de daar aangehaalde literatuur.

10. Vgl. G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, diss, Deventer 1997, p. 100 e.v.

4. Wat heeft een crediteur aan kwalificatie als bijzondere faillissementskosten?

Het antwoord op deze opgeworpen vraag is, in beginsel, eigenlijk eenvoudig: niets. Het is een wijdverbreid misverstand dat de kwalificatie van een vordering als bijzondere faillissementskosten de crediteur van die vordering in een betere/andere positie geeft. Dat is niet het geval.

Het systeem van verhaalsrechten wordt door de wet extensief geregeld. Het uitgangspunt is de gelijkheid van crediteuren, de *paritas creditorum*, behoudens wettelijke regels van voorrang of voorrecht. Voorrechten zijn in de wet geregeld en dit systeem geldt niet slechts voor pre-faillissementsvorderingen, maar ook voor boedelvorderingen bij een negatieve boedel zoals door de Hoge Raad in zijn arrest van 28 september 1990, *NJ 1991/305 (De Ranitz q.q./Ontvanger)* buiten twijfel is gesteld. De Hoge Raad spreekt in rechtsoverweging 3.5 van dat arrest niet over bijzondere of algemene faillissementskosten. Het onderscheid daartussen is immers dan niet van belang.

Art. 182 Fw ziet niet op de betaling van de boedelschulden, maar op de wijze waarop deze moeten worden toegerekend aan de activa van de boedel.¹¹ Het artikel geeft een voorschrift omtrent de inrichting van de uitdelingslijst en geen aanspraak voor een crediteur. Het gaat hier om een rekenvoorschrift. Daarbij dient bedacht te worden dat op het moment dat een uitdelingslijst wordt opgemaakt – en er dus een positieve boedel is – per definitie alle boedelschulden, ongeacht hun kwalificatie als bijzonder of algemeen en ongeacht hun rang, kunnen worden voldaan. Eerst dan komt de curator immers toe aan het opstellen van een uitdelingslijst en eerst dan wordt de kwalificatie tussen algemene en bijzondere boedelschulden van belang.

De betreffende boedelschuldeiser zal dat onderscheid niets uitmaken; hij ziet, of zelfs zag, zijn vordering immers voldaan. Het voorschrift van art. 182 Fw is ook niet te zijner behoeve gegeven, maar ten behoeve van de pre-faillissementscrediteuren.

5. Over paprika's en onbegrip

Hoezeer onbegrip bestaat over de bijzondere faillissementskosten ondervond de curator van paprikawerkerij De Koekkoek B.V. bij de rechtbank Overijssel.¹² De Koekkoek werd bij vonnis van 5 juni 2009 in staat van faillissement verklaard en voorafgaande aan het faillissement heeft Eneco de overeenkomst tot levering van energie opgezegd tegen 1 juli 2009. Op het moment van faillissement was de paprika-oogst in volle gang.

Eneco verzoekt de curator op 8 juni 2009 of hij de leveranties wil voortzetten. Kennelijk vindt er een telefoongesprek plaats waarna Eneco per email de curator bericht dat zij de energielevering zal doorzetten.¹³ Op 11 juni bericht Eneco dan nog aan de curator dat de fysieke beëindiging van de leveranties per 2 juli 2009 zal plaatsvinden, omdat dit is doorgegeven aan de netwerkbeheerder. De curator bericht vervolgens aan Eneco: 'Wij hadden telefonisch contact. Ik heb u gemeld dat de boedel van u geen leveranties van energie verwacht. Wij constateerden dat feitelijk gezien Eneco nog steeds energie levert. Ik heb u gemeld dat op dit moment de teelt wordt voortgezet. In verband daarmee wordt, naar verwachting opbrengst en winst gerealiseerd. De teelt geschiedt feitelijk voor rekening en risico van de bank (...). De door u geleverde (en nog te leveren) energie met ingang van faillissementsdatum moet worden gezien als kostenpost die voldaan moet worden uit de opbrengst van de teelt (...)'.

Eneco dagvaart vervolgens mr. Warnink zowel q.q. als pro-sé (welke pro-sé aansprakelijkheid door de rechtbank terecht snel van de hand wordt gewezen) en vordert – voor zover hier van belang – naast betaling van het energieverbruik van na datum faillissement ter hoogte van EUR 86.896,65 bij wege van boedelvordering, haar volledige restvordering met een verklaring voor recht dat deze vordering van (EUR 881.623,28 + 392.838,70 =) EUR 1.274.461,98 een boedelvordering is omdat de overeenkomst tot levering van energie door de curator stilzwijgend gestand is gedaan. Eneco betoogt dan voorts dat haar vordering bijzondere faillissementskosten betreft die in mindering strekken op de opbrengsten.¹⁴ Dat laatste beroep is opmerkelijk. Immers, iedere boedelvordering geeft een rechtstreekse aanspraak op de boedel, voor de betaling waarvan de uitdelingslijst niet hoeft te worden afgewacht,¹⁵ maar in het beroep dat Eneco doet ligt besloten dat zij van mening is dat aan die kwalificatie iets 'extra's' is verbonden.

De rechtbank stelt eerst vast dat er sprake is van een wederkerige overeenkomst waarop art. 37 Fw van toepassing is (r.o. 4.1). Vervolgens stelt de rechtbank vast dat deze niet door de curator gestand is gedaan, wat er eenvoudigweg toe leidt dat de vordering uit hoofde van die overeenkomst ter verificatie kan worden ingediend (r.o. 4.4). Tot zover is de uitspraak niet zo verwonderlijk. Ten aanzien van de leveranties vanaf datum faillissement concludeert de rechtbank dat de boedel door die leveranties is

11. vgl. G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, diss., Deverter 1997, p. 111.

12. Rb. Overijssel 3 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3427 (*Eneco/Warnink q.q.*)

13. Niet geheel duidelijk is of die doorlevering geschiedt op verzoek van de curator.

14. R.o. 3.2. Saillant detail is dat uit de faillissementsverslagen valt op te maken dat de netto-opbrengst van de oogst EUR 218.000,- bedroeg.

15. Vgl. HR 28 november 1930, *NJ 1930*, p. 253, met dien verstande dat bij een negatieve boedel de curator de *paritas* weer zal dienen te respecteren, zoals blijkt uit het hier voor aangehaalde arrest *De Ranitz/Ontvanger*, alsmede Polak-Wessels, *Insolventierecht, deel VII, Vereffening van de boedel*, Deventer 2013, nr. 7176 en de daar vermeldde literatuur en jurisprudentie.

gebaat, zodat ingevolge art. 24 Fw een boedelvordering is ontstaan.¹⁶ Omtrent de vraag welk bedrag dan verschuldigd is voor die leveranties verschillen partijen eveneens van mening. Eneco maakt aanspraak op de contractprijs, dat in lijn ligt met haar betoog dat er sprake is van stilzwijgende gestanddoening. Waar de rechtbank dat afwijst, valt de rechtbank terug op de – lagere – dagprijs voor de energieleveranties. In rechtsoverweging 4.7 lijkt de rechtbank echter volledig uit het oog te verliezen wat nu bijzondere faillissementskosten zijn. De rechtbank overweegt:

‘4.7 Voorts heeft Eneco betoogd dat de boedelvordering als directe executiekosten met voorrang uit de opbrengst van de oogst moet worden voldaan. (...) In de onderhavige zaak is de curator overgegaan tot het oogsten van de paprika’s en het vervolgens te gelde maken daarvan. Met Eneco is de rechtbank van oordeel dat dit bezwaarlijk anders kan worden gekwalificeerd dan als – zij het beperkte en tijdelijke – voortzetting van de bedrijfsactiviteiten. Uit deze voortzetting zijn kosten voortgevloeid waaronder de litigieuze energiekosten, zodat deze als bijzondere faillissementskosten dienen te worden aangemerkt. Dit betekent dat de energiekosten ten bedrage van € 16.919,51 in mindering dienen te strekken op de bruto-opbrengsten uit de voortzetting.’

De rechtbank beslist dan in het dictum:

‘5.1 verklaart voor recht dat als gevolg van het (tijdelijk) voortzetten van de bedrijfsactiviteiten van de Koekoek een voor directe voldoening vatbare boedelvordering ad € 16.919,51 is ontstaan, welke boedelvordering met voorrang als bijzondere executiekosten uit de opbrengst van de oogst moet worden voldaan;’

De overweging is om twee redenen opmerkelijk. Vastgesteld hebbende dat art. 182 een voorschrift geeft omtrent de inrichting van de uitdelingslijst, geeft de rechtbank hier feitelijk een aanwijzing aan de curator. De curator is echter volstrekt vrij, met

16. Die conclusie van de rechtbank lijkt te kort door de bocht omdat uit de vaststaande feiten niet meer blijkt dan dat de oogst voor rekening en risico van de bank geschiedde. Van enige handeling van de schuldenaar ten opzichte van Eneco blijkt niets, zodat ik zou menen dat de redenering van de rechtbank onjuist is en art. 24 Fw toepassing mist. Dat laat onverlet dat het mij wel voorkomt dat sprake is van een – concurrente – boedelschuld. Terzijde zij opgemerkt dat ook verwonderlijk is dat de curator bericht dat de oogst voor rekening en risico van de bank geschiedde, nu er sprake was van te velde staande beplantingen waarop ‘s Rijks schatkist het voorrecht van art. 21 Iw heeft, en uit het eerste openbaar faillissementsverslag valt ook op te maken dat de Belastingdienst daarop aanspraak maakte. De boedel ontving uiteindelijk een boedelbijdrage. Dit echter terzijde.

inachtneming van de wettelijke voorschriften, tot inrichting van de uitdelingslijst en voor bezwaren tegen de uitdelingslijst kent de faillissementswet een bijzondere procedure: het verzet tegen de uitdelingslijst.¹⁷ De rechtbank was niet bevoegd om enig oordeel te geven omtrent de vraag of hier sprake is van bijzondere of algemene faillissementskosten. Zij doet dat waarschijnlijk ook niet bewust, maar zowel bij de rechtbank als bij Eneco lijkt de gedachte te zijn dat door de kwalificatie van een boedelvordering als bijzondere faillissementskosten een bevoorrechte positie voor Eneco ontstaat, voor welke bevoorrechte positie m.i. overigens geen enkele rechtsgrond aanwezig is.

6. Is het fijn om bijzonder te zijn?

Het onbegrip van de rechtbank en Eneco staat niet op zichzelf. Hetzelfde standpunt wordt ook veelvuldig ingenomen door het UWV in den lande in het geval de curator nog enige tijd de ondernemingsactiviteiten heeft voortgezet. Ook zij verlangen dan dat hun vordering wordt gekwalificeerd als bijzondere faillissementskosten, waarbij allereerst al de vraag rijst of een crediteur dit kan verlangen anders dan bij wege van verzet tegen de uitdelingslijst. Een vervolgvraag die de werkelijke functie van de kwalificatie aantoont is of het fijn is om bijzonder te zijn. Een voorbeeld ter illustratie.

In een faillissement is een vrij actief (gevormd door het afmaken van onderhanden werk) van 200. Daarnaast is er een opbrengst uit verpande debiteuren vorderingen, waarop art. 58 lid 1 Fw van toepassing is (zogenaamd gebonden actief) van 300 (De vordering van de pandhouder bedraagt ook 300). De faillissementskosten bedragen 200, waarvan 100 gevormd door de loonvordering van het UWV over de boedelperiode. De (preferente) pre-faillissementsvordering van het UWV bedraagt 150.

In de definitie van de Werkgroep Afwikkeling Faillissementen zijn deze 200 algemene faillissementskosten en de voorgestane wijze van afwikkeling is dan ook:

Actief		Omslag	Ter verdeling
Onderhanden			
Werk	200	80	120
Gebonden actief	300	120	180
	500	200	300

Dat betekent dat voor de pandhouder ter beschikking is 180, terwijl voor de overige schuldeisers (waaronder het UWV met diens preferente pre-faillissementsvordering) ter beschikking is 120, terwijl de boedelschulden, waaronder de boedelvordering van het UWV, volledig is betaald.

Het UWV stelt echter dat haar boedelvordering, gelet op het afronden van het werk moet worden

17. De uitdelingslijst heeft te gelden als een aanbod aan de crediteuren, vgl. Molengraaff annotatie onder HR 26 augustus 1929, W 12030.

beschouwd als bijzondere faillissementskosten. Als de curator die redenering volgt betekent dat dus dat die 100 in mindering strekt op de opbrengst van het onderhanden werk, waardoor de algemene faillissementskosten (slechts) 100 bedragen. Let wel: rekenkundig. In beide gevallen worden immers alle boedelschulden volledig voldaan. De uitkomst wordt dan als volgt:

<i>Actief</i>		<i>Omslag</i>	<i>Ter verdeling</i>
Onderhanden			
Werk	100	25	75
Gebonden actief	300	75	225
	400	100	300

De pandhouder zal de benadering van het UWV zeker een warm hart toedragen, want juist hij profiteert van deze discussie: Hij krijgt nu 225 in plaats van 180. Het UWV zou moeten constateren dat door haar benadering juist minder geld ter verdeling op onder meer haar eigen vordering beschikbaar is: $(100 + 75 =) 175$ in plaats van $(100 + 120 =) 220$.

Natuurlijk is dat niet altijd het geval, maar het voorbeeld maakt duidelijk dat bij een positieve boedel de boedelschuldeiser toch wel betaald wordt. Behalve als het bijzondere er in is gelegen dat het UWV minder krijgt, is het in dit voorbeeld in ieder geval niet plezierig om bijzonder te zijn.