



Bedrijfsjuridische berichten

Goederen- en faillissementsrecht

Het voorontwerp Insolventiewet

De schuldsanering natuurlijke personen

mr. M. Timmerman¹

■ 54

I. Inleiding

Als het door de Commissie insolventierecht opgestelde voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet in ongewijzigde vorm de huidige Faillissementswet gaat vervangen, dan heeft dat mede tot gevolg dat de in de Faillissementswet opgenomen Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) uit 1998 zal verdwijnen.

De Commissie verklaart in paragraaf 1 van haar toelichting op het voorontwerp dat haar keuze voor een uniforme insolventieprocedure tot gevolg heeft dat de huidige schuldsaneringsregeling natuurlijke personen niet blijft bestaan. De Commissie heeft in het voorontwerp gezocht naar een samenhangende oplossing voor de in de huidige praktijk gesignaleerde knelpunten. Als knelpunten noemt de Commissie dat het minnelijk traject niet tot zijn recht is gekomen doordat

Goederen- en faillissementsrecht

Het voorontwerp Insolventiewet

54 De schuldsanering natuurlijke personen, mr. M. Timmerman / 243

55 Titel 7: Voorzieningen buiten insolventie, mr. I. Spinath / 247

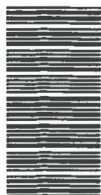
56 Vorderingen in titel 5 van het Voorontwerp Insolventiewet, mr. J.A. Stal / 250

Aansprakelijkheidsrecht

57 Abstracte begroting van overlijdensschade en het einde van het behoeftigheidsvereiste, (HR 11 juli 2008, RAV 2008, 88, C07/010HR, LJN BC9365), mr. dr. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai / 255

crediteuren de voorkeur bleken te geven aan de wettelijke schuldsaneringsregeling en er vaak te weinig tijd is voor een minnelijke regeling, terwijl ten aanzien van het wettelijk traject wordt gesignaleerd dat dit te lang en te duur is door veelvuldig benodigde bemoeienissen van bewindvoerder en rechter-commissaris. Voorts wordt als knelpunt genoemd dat over de wijze waarop de bewindvoerder de schuldenaar moet bijstaan geen eenduidigheid bestaat nu daarvoor richtlijnen ontbreken. De oplossing voor deze knelpunten heeft de Commissie gezocht in een versterking van het minnelijk traject, een verminderde belasting van de rechterlijke macht en een verruiming van de mogelijkheid om een schone lei te krijgen. De benadering van de schuldsanering voor natuurlijke personen in het voorontwerp is tot nu

1. Mr. M. Timmerman is advocaat bij Höcker Advocaten te Amsterdam.



overbodig wordt? Meer flexibiliteit bij het aanbieden van een akkoord in insolventie leidt ertoe dat het even eenvoudig en snel kan worden afgewikkeld als buiten insolventie zonder dat daarvoor een aparte regeling met een zeer beperkte reikwijdte noodzakelijk is.

3. De stille bewindvoerder

Kort besteed ik nog aandacht aan de tweede voorziening buiten insolventie: de stille bewindvoerder. De schuldenaar kan, indien redelijkerwijs is te voorzien dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, de rechtbank verzoeken tot benoeming van een stille bewindvoerder. De toelichting bepleit een ruime uitleg van dit criterium.⁶

In grote lijnen geldt het algemene bezwaar dat ik heb tegen het akkoord buiten insolventie ook voor de stille bewindvoerder. Gezien het beoogde versterkte reorganiserend vermogen van de insolventie, is het de vraag of het zinvol is instrumentarium toe te voegen dat het aanvragen van die insolventie juist verder weg brengt. Daarnaast vraag ik mij ook hier af wat de toegevoegde waarde van een schuldhelpverlener met geen of nauwelijks bevoegdheden zal zijn. In ieder geval zal hij een onafhankelijke rol dienen te vervullen. Dat lijkt moeilijk te rijmen met de voorbeelden die de toelichting vermeldt waar het de hulpverlening aan rechtspersonen betreft: aldaar worden de werkzaamheden vergeleken met de werkzaamheden die doorgaans door een 'turn-around specialist'; een advocaat, de accountant of de huisbank, worden verricht.⁷ De advocaat is echter een partij-adviseur pur sang, die de belangen van de schuldenaar voorop zal (dienen te) stellen. De huisbank zal daarentegen toch vooral de eigen belangen dienen, niet die van de schuldenaar en nog in mindere mate die van de overige schuldeisers.

De regeling en haar achtergrond overziend, vermoed ik dat een stille bewindvoerder slechts in uitzonderingsgevallen een rol van betekenis zal kunnen spelen, en dan vooral bij natuurlijke personen in niet al te gecompliceerde situaties. Maar ook daarvoor geldt dat ik zou menen dat het voorontwerp in haar algemeenheid voldoende is uitgerust om zonder deze aparte regeling (die

net als het akkoord buiten insolventie flink wat vragen oproept) de gestelde belangen te dienen.

4. Tot slot

De twee nieuwkomers, het akkoord buiten insolventie en de stille bewindvoerder, beogen het reorganiserend vermogen van de schuldenaar te bevorderen. Hoewel zij in theorie daaraan kunnen bijdragen, lijken zij bij nadere beschouwing weinig toe te voegen en misschien zelfs afbreuk te doen aan het algemene uitgangspunt. Toegegeven, mijn bezwaren zijn wellicht niet alle even genuanceerd. Maar we zitten nu eenmaal nog in de voorontwerpfase, dus dan mag het nog. Wellicht verdient deze regeling toch nog heroverweging?

Vorderingen in titel 5 van het Voorontwerp Insolventiewet

mr. J.A. Stal¹

■ 56

1. Inleiding

Uitgangspunt van het huidige faillissementsrecht is, blijkens de Memorie van Toelichting daarop uit 1893 (Van der Feltz I, p. 27), het te gelde maken van het gehele vermogen van de schuldenaar en de billijke verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers. In het kader van de verdeling onderscheidt het faillissementsrecht twee soorten schulden: de boedelschuld en de faillissementsschuld. De eerste soort schulden moet de curator rechtstreeks uit de boedel voldoen. Voor de tweede categorie geldt dat schuldeisers hun vorderingen ter verificatie bij de curator moeten aanmelden. Voldoening van deze schulden vindt pas plaats, als de boedelschulden zijn voldaan en met inachtneming van de zekerheidsrechten en voorrechten. Schulden die niet tot de eerdergenoemde categorieën behoren, zijn de zogenaamde niet verifieerbare schulden. Deze mogen niet uit het vermogen van de schuldenaar/failliet worden voldaan en vallen buiten het faillissement.

Het voorontwerp Insolventiewet kent dezelfde

6. Toelichting voorontwerp bij art. 7.2.1, p. 398-399: 'Zo kan het zinvol kan zijn als de benoeming van een stille bewindvoerder kan worden verzocht als er een aanmerkelijke kans bestaat dat de schuldenaar in staat van insolventie zal raken, of als de schuldenaar in ernstige financiële problemen verkeert.'

7. Toelichting voorontwerp bij afdeling 7.2, p. 398.

1. Mr. J.A. Stal is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Amsterdam.

drie soorten schulden, zij het dat het voorontwerp de actiefzijde van de verbintenis centraal stelt. Het spreekt over boedelvorderingen en insolventievorderingen. Dat de soorten vorderingen dezelfde zijn, wil niet zeggen dat de grenzen daartussen ongewijzigd zijn gebleven. Het voorontwerp Insolventiewet poogt met name de wildgroei van de boedelvorderingen en de positie van de preferente insolventiecrediteuren terug te dringen, waardoor de omvang van de insolventievorderingen en de *paritas creditorum* moet toenemen. Dit artikel dient als een verkenning van de grenzen die in titel 5 van het voorontwerp worden getrokken.

2. Huidig recht

De Faillissementswet kent geen definities van de begrippen boedelvordering en faillissementsvordering (de vordering die ter verificatie moet worden ingediend). De indeling van vorderingen in het faillissement is naar huidig recht 'rechttersrecht'. Slechts in een beperkt aantal gevallen bepaalt de Faillissementswet dat een verplichting een boedelschuld is, bijvoorbeeld in de art. 39 en 40 (huurpenningen respectievelijk loon na faillissement), of juist geen boedelschuld is, bijvoorbeeld in art. 28, derde lid (de proceskosten in een door de curator overgenomen procedure, waarin hij de vordering van eiser niet betwist).

Van belang voor het onderscheid tussen de verschillende vorderingen zijn de algemene uitgangspunten van de Faillissementswet, zoals het fixatiebeginsel en de *paritas creditorum*. De boedelvorderingen en niet verifieerbare vorderingen vormen uitzonderingen die het uitgangspunt van de gelijkheid van crediteuren – uiteraard met inachtneming van zekerheidsrechten en voorrechten – doorbreken. Aan de eerste soort is een soort voorrangspositie verbonden; de curator moet ze zonder verificatie voldoen vóór de faillissementsvorderingen (voor zover mogelijk). De tweede categorie vorderingen wordt in het geheel niet voldaan. Voor deze uitzonderingen zouden goede rechtvaardigingen dienen te bestaan. Terughoudendheid bij het onderbrengen van vorderingen in een van deze beide categorieën is, gelet op de *paritas creditorum*, geboden.

Ten aanzien van boedelvorderingen lijkt van terughoudendheid weinig sprake. Aanvangend met het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger uit 1990² hanteert de Hoge Raad tot op heden voor de vaststelling van boedelvorderingen het zoge-

naamde toedocriterium. Volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 18 juni 2004³ dient:

'en verplichting die is ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling als boedelschuld [te] worden aangemerkt. Dit wordt niet anders doordat de desbetreffende verplichting mede haar grond vindt in een al voor faillietverklaring bestaande rechtsverhouding'.

In het arrest ging het om de opzegging van een huurovereenkomst door de curator op grond van art. 39 Fw. De curator, die tot ontruiming gehouden was, weigerde vervolgens om op het perceel aanwezige verontreinigde stoffen te verwijderen. De verhuurder is daartoe zelf overgegaan en vorderde vergoeding van de daarbij gemaakte kosten als boedelschuld. Immers, door toedoen van de curator was de huurovereenkomst opgezegd en ontstond voor de curator de verplichting tot ontruiming, inclusief verwijdering van de verontreinigde stoffen, die al voor de faillietverklaring op het terrein aanwezig waren. De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het hof dat van een boedelschuld sprake was. Het door de Hoge Raad ontwikkelde criterium lijkt ertoe te leiden dat eenvoudigweg elke schuld die door toedoen van een curator ontstaat, en ongeacht of deze haar grondslag vindt in een voor of na faillissement ontstane rechtsverhouding, boedelschuld is. Het criterium is erg ruim en heeft in de literatuur daarom veel kritiek ontmoet. Desondanks wenst de Hoge Raad vast te houden aan het toedocriterium. Uitgedaagd door curator Van Galen overweegt de Hoge Raad in het arrest uit 2004 (r.o. 4.3): '*Voor heroverweging van deze oordelen* [de twee eerdere arresten waarin het toedocriterium werd aanvaard – JS] *ziet de Hoge Raad geen aanleiding*'.

3. Voorontwerp Insolventiewet; algemeen

Aan de uitgangspunten van het insolventierecht heeft de Commissie Insolventierecht nauwelijks getornd. Dat betekent niet dat er op onderdelen geen (grondige) wijzigingen zijn. De vorderingen in de insolventie zijn zo'n gedeeltelijk gewijzigd onderwerp. De Commissie Insolventierecht heeft het wenselijk gevonden te komen tot een omschrijving van het begrip boedelvordering en een beperking van de boedelvorderingen. De laatste wens is ingegeven door de constatering dat onder het huidige recht in insolventies vaak sprake is

2. HR 28 september 1990, NJ 1991/305, gevolgd door HR 12 november 1993, NJ 1994/229 (Frima q.q./Blankers).

3. NJ 2004/617 (Van Galen q.q./Circle Vastgoed), r.o. 4.3.

van een omvangrijke last aan boedelvorderingen. Omdat die direct ten laste van de boedel komen, verkleinen zij de ruimte voor de insolventieschuldeisers – preferente en concurrente – voor het ontvangen van een gedeelte van hun vorderingen uit de boedel. De omvangrijke boedelvorderingen leiden vaak tot negatieve boedels, waaruit de insolventieschuldeisers geen enkele uitkering krijgen. Bovendien bedreigt een omvangrijke last aan boedelvorderingen de mogelijkheid van de bewindvoerder om de onderneming te continueren, een uitgangspunt waaraan de Commissie Insolventierecht een groot gewicht toekent, maar dat in de huidige insolventiepraktijk nauwelijks wordt gerealiseerd.⁴ De beoogde beperking van het aantal boedelvorderingen betekent niet dat boedelschuldeisers ineens met lege handen staan. In beginsel zal een insolventievordering resteren. Daarmee doet het voorontwerp recht aan het uitgangspunt dat zoveel mogelijk schuldeisers gelijk worden behandeld, welke gelijke behandeling alleen mag worden doorkruist, indien daarvoor een voldoende rechtvaardiging bestaat.⁵ De gelijkheid van schuldeisers wordt mede bevorderd door de positie van de preferente insolventiecrediteuren minder sterk te maken. Zij zullen, indien aan hen enige uitkering kan plaatsvinden, niet hun volledige vordering voor die van de concurrente schuldeisers voldaan zien, maar ‘slechts’ een tweemaal zo groot percentage van hun vordering ontvangen als concurrente schuldeisers, zie art. 6.3.2 Voorontwerp dat is ontleend aan de WSNP.⁶ Deze regeling die voor preferente insolventieschuldeisers een verslechterring van hun positie ten opzichte van het huidige recht betekent, vloeit voort uit de kritische houding van de Commissie Insolventierecht ten opzichte van de bestaande preferenties. De Commissie zou het liefst het merendeel daarvan willen afschaffen. Omdat de preferenties vooral zijn geregeld buiten het Insolventierecht (bijvoorbeeld de algemene vermogensrechtelijke voorrangregels in titel 10 boek 3 BW en de fiscale voorrechten – het bodemrecht – in art. 21, eerste en tweede lid Invorderingswet 1990), vallen zij buiten de opdracht aan de Commissie en kan zij kan slechts haar wens terzake kenbaar maken en de rechten van de preferente schuldeisers verminde-

ren in het kader van de verdeling.⁷ Het voorontwerp behandelt in titel 5 de boedel- en insolventievorderingen en de verificatie van de insolventievorderingen. Anders dan de Faillissementswet bevat het voorontwerp een opsomming van zowel de boedelvorderingen (art. 5.1.1, tweede lid) als de insolventievorderingen (art. 5.2.1, eerste lid). Afdeling 3 is gewijd aan de verificatie van insolventievorderingen.

4. Boedelvorderingen

Het eerste lid van art. 5.1.1 voorontwerp bepaalt dat – evenals onder het huidige recht – boedelvorderingen ten laste van de boedel geldend gemaakt kunnen worden, zonder dat verificatie is vereist. Het tweede lid van art. 5.1.1 voorontwerp geeft een opsomming van elf soorten vorderingen (a t/m k) die in elk geval boedelvorderingen zijn:

- a. het salaris en de verschotten van de bewindvoerder;
- b. vorderingen uit wederkerige overeenkomsten van de schuldenaar, die de bewindvoerder verklaard heeft gestand te doen;
- c. vorderingen die voortvloeien uit een andere verplichting die door de bewindvoerder is aangegaan;
- d. vorderingen die voortvloeien uit een wettelijke aansprakelijkheid van de bewindvoerder op grond van onrechtmatige daad, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking (titels 3 en 4 boek 6 BW);
- e. vorderingen die voortvloeien uit het gebruik of verbruik van een goed door de bewindvoerder;
- f. vorderingen ter zake van loon en premieschulden voor arbeid die met instemming van de bewindvoerder is verricht;
- g. vorderingen die voortvloeien uit verplichtingen tot het in het genot van het gehuurde laten als bedoeld in art. 3.4.6, vierde lid, eerste zin, jens een huurder of pachter van de schuldenaar;
- h. vorderingen uit hoofde van een op de schuldenaar rustende kwalitatieve verplichting als bedoeld in art. 6:252 BW, voor zover het desbetreffende beding ten tijde van de insolventverklaring overeenkomstig het tweede lid van dat artikel was ingeschreven;
- i. vorderingen tot levering ter verdeling van een gemeenschap op de voet van art. 3:186, eerste lid BW, tenzij de goederen eerst na de insolventverklaring tot de gemeenschap zijn gaan behoren of het recht op levering eerst na de insolventverklaring is ontstaan;
- j. vorderingen die voortvloeien uit verbintenissen van de schuldenaar, na de insolventverklaring

4. Toelichting Voorontwerp Insolventiewet (hierna: Toelichting), Algemeen ad 13, p. 13 (de paginanummering is die van het Voorontwerp met toelichting, gepubliceerd op <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/>).

5. Toelichting, Titel 5 algemeen, p. 110.

6. Toelichting, Algemeen ad 16, p. 14.

7. Toelichting, Algemeen ad 16 en ad 21, p. 14 en 19.

ontstaan, voor zover de boedel als gevolg daarvan is gebaat;

- k. vorderingen, na de insolventverklaring ontstaan, waarvan de verschuldigdheid redelijkerwijs aan de boedel behoort te worden toegerekend.

Uit de tekst van en toelichting op het tweede artikellid volgt niet met zekerheid of de opsomming van de boedelvorderingen limitatief is. De tekst lijkt er enerzijds op te duiden dat buiten de in het tweede lid genoemde boedelvorderingen ook nog andere boedelvorderingen mogelijk zijn. Anderzijds vormt onderdeel k van het tweede lid een restcategorie, waaronder eventuele andere vorderingen begrepen zouden kunnen worden. De Toelichting (art. 5.1.1, p. 111) is niet eenduidig. Zij stelt dat een exacte aanduiding van alle vorderingen die boedelvordering opleveren, niet goed mogelijk is. Daarom is gekozen voor een algemene aanduiding (in het eerste lid), *'gevolgd door een opsomming van enkele categorieën van vorderingen die een boedelvordering opleveren'*. In de toelichting wordt voorts opgemerkt dat onderdeel k een enigszins open karakter heeft. Een enkele opmerking over een paar boedelvorderingen.⁸ De boedelvorderingen onder c doen sterk denken aan de boedelvorderingen die onder het huidige recht ontstaan met toepassing van het toedoen criterium. Dat betekent echter niet dat via deze categorie alle huidige boedelschulden ook onder de vigore van het voorontwerp boedelschulden zouden zijn. Het voorontwerp tracht de boedelvorderingen nu juist terug te dringen. Het verschil tussen het toedoen criterium onder de Faillissementswet en dat in het voorontwerp is erin gelegen dat het toedoen criterium in het voorontwerp 'slechts' verplichtingen uit overeenkomsten/toezeggingen omvat⁹ (rechtshandelingen ter zake van iets wat de bewindvoerder wil), terwijl hetzelfde criterium onder de Faillissementswet ziet op alle rechtshandelingen, ook die zien op iets wat de curator juist niet wenst (bijvoorbeeld het voortbestaan van een (huur-)overeenkomst).

De boedelvorderingen onder e en f omvatten de boedelvorderingen die onder het huidige recht worden genoemd in de art. 40, tweede lid respectievelijk 39, eerste lid Fw, maar dan met een beperktere strekking. Het voorontwerp kwalificeert de aanspraak na insolventverklaring van de verhuurder op huurpenningen en van de werk-

nemer op loon alleen dan als boedelschuld, wanneer de bewindvoerder daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van het gehuurde dan wel de werknemer daadwerkelijk arbeid ten behoeve van de boedel (met instemming van de bewindvoerder) heeft verricht. Voor zover dat niet het geval is, is sprake van een insolventievordering. Ondanks deze wijziging beoogt het voorontwerp geen wijziging van de positie van de individuele werknemer. In beginsel zal deze zijn gehele loonvordering gedurende de opzegtermijn – of hij nu werkzaamheden verricht of niet – betaald zien door het UWV op basis van de zogenaamde loongarantieregeling. Het is vervolgens het UWV dat de gevolgen van de wijziging ondervindt. Haar regresvordering is slechts boedelvordering, voor zover de werknemer met instemming van de bewindvoerder werkzaamheden voor de boedel heeft verricht. Voor het overige heeft het UWV een insolventievordering.¹⁰ Deze insolventievordering is op grond van art. 66, derde lid Werkloosheidswet weliswaar superpreferent, maar zou op grond van art. 6.3.2, eerste lid slechts tot een tweemaal zo hoge uitkering als concurrente schuldeisers leiden. Het is zeer de vraag of deze vermindering van de rechten van het UWV voor de regering acceptabel zal zijn.

De vorderingen onder k vormen een *'open rest-categorie'* (Toelichting, art. 5.1.1, p. 113). Met deze categorie verlaat het voorontwerp het toedoen criterium en introduceert het het toerekeningscriterium. De hier bedoelde boedelvordering dient *door of na* insolventverklaring te zijn ontstaan en de verschuldigdheid daarvan dient in redelijkheid aan de boedel te kunnen worden toegerekend. De materiële vordering moet daarvoor na insolventverklaring zijn ontstaan. Door-slaggevend zal zijn of de materiële verschuldigdheid van de desbetreffende schuld in overwegende mate wordt bepaald door rechtsfeiten die zich na insolventverklaring hebben voorgedaan.¹¹ Voorwaar geen eenvoudig toepasbaar criterium gezien de vaagheid, zo stellen Verstijlen en Smelt niet geheel ten onrechte.¹² Boekraad erkent dat de huidige redactie een punt van discussie is, maar juicht het toerekeningscriterium toe en verduidelijkt dat.¹³ Het begrip 'toerekening aan de boedel' interpreteert hij zo, dat een schuld zodanig verband dient te houden met de afwikkeling van het

8. Zie voor een uitgebreidere en kritische beschrijving F.M.J. Verstijlen en A.A.J. Smelt, 'Boedelschulden in het voorontwerp Insolventiewet', *TvI* 2008, 15, p. 89.

9. Toelichting, art. 5.1.1, p. 111.

10. Toelichting, art. 3.4.3, p. 67.

11. Toelichting, art. 5.1.1, p. 113.

12. A.w. (noot 8), p. 97 e.v.

13. G.A.J. Boekraad, 'De classificatie van vorderingen in het voorontwerp Insolventiewet: een einde aan de wildgroei van boedelvorderingen?', in: *WPNR* 6760 (2008), p. 525 e.v.

faillissement dat deze kan worden toegerekend aan de gezamenlijke schuldeisers te wier behoeve die afwikkeling plaatsvindt. Er is dan een rechtvaardiging om de schuldeiser een bevoorrechte positie als boedelschuldeiser te geven, dat wil zeggen een uitzondering op de *paritas creditorum*. De verwachting lijkt gerechtvaardigd dat – gelet op het open (of: vage) karakter van deze categorie – de omvang van deze categorie boedelvorderingen zal moeten worden vastgesteld door de rechter. Gezien de huidige, ruime opvatting van de Hoge Raad over boedelvorderingen, zou het streven naar terugdringing van de boedelvorderingen wel eens niet succesvol kunnen zijn.

5. Negatieve boedel

In art. 5.1.2 regelt het voorontwerp de volgorde waarin de bewindvoerder de boedelschulden moet voldoen, indien sprake is van een negatieve boedel. Daarvan is sprake, wanneer de boedel niet in staat is alle boedelvorderingen te voldoen. Het voorontwerp sluit voor de volgorde aan bij het huidige recht.¹⁴ Eerst dienen de kosten van de executie van een bepaald goed tot maximaal de opbrengst van het goed te worden voldaan. Daarna volgen het salaris en de verschotten van de bewindvoerder. De overige boedelvorderingen dienen *pro rata parte* te worden voldaan, met inachtneming van de wettelijke voorrangsregels en achterstelling. In geval van de afwikkeling van een negatieve boedel hecht de Commissie Insolventierecht blijkbaar minder aan de gelijkheid van (boedel)schuldeisers. Een regeling vergelijkbaar met die in art. 6.3.2 voorontwerp, op grond waarvan een preferente schuldeiser ‘slechts’ een tweemaal zo hoog percentage op zijn vordering krijgt betaald als de concurrente schuldeiser, heeft zij achterwege gelaten. Bij de afwikkeling van de negatieve boedel kan de onverschuldigde betaling in insolventie een rol spelen, de zogenaamde Ontvanger/Hamm q.q.-problematiek. De Hoge Raad heeft, ook in latere arresten, geoordeeld dat onder bepaalde omstandigheden een onverschuldigde betaling aan de boedel na insolventverklaring direct en bij voorrang ongedaan dient te worden gemaakt, buiten de eigenlijke boedelafwikkeling om. De schuldeiser hoeft niet pondspondsgewijs met de andere boedelschuldeisers mee te delen.¹⁵ Deze rechtspraak is niet in het voorontwerp gecodificeerd.

Men wil de rechtsontwikkeling op dit punt aan de rechter overlaten.¹⁶

6. Insolventievorderingen

Art. 5.2.1, eerste lid voorontwerp geeft een opsomming van de insolventievorderingen. De eerste categorie (a) bestaat uit de vorderingen die op het tijdstip van de insolventverklaring reeds bestaan. Dit criterium vloeit voort uit het zogenaamde fixatiebeginsel, een van de uitgangspunten van het insolventierecht. Tot deze categorie behoren blijkens de Toelichting (art. 5.2.1, p. 115) evenals onder het huidige recht ook de regresvordering bij hoofdelijkheid en belastingschulden die materieel betrekking hebben op de periode voor insolventverklaring, maar waarvoor pas daarna een aanslag wordt opgelegd.

De tweede groep (b) betreft vorderingen die de schuldeiser uit hoofde van beëindiging van een voor insolventverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst heeft verkregen of vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van het tekortschieten in de nakoming van een voor de insolventverklaring op de schuldenaar verkregen vordering. Ook hier gaat het om vorderingen die formeel pas na faillissement ontstaan, maar hun grondslag vinden in het tijdvak voor de insolventverklaring.

Met de derde categorie (c) handhaaft het voorontwerp het door de Hoge Raad ontwikkelde toedoen criterium, zij het dat dat in het voorontwerp leidt tot een insolventievordering in plaats van een boedelvordering. Het gaat om vorderingen die weliswaar *na* insolventverklaring zijn ontstaan, maar waarvan de verschuldigdheid in redelijkheid aan de periode *voor* de insolventverklaring kan worden toegerekend. De Toelichting (art. 5.2.1, p. 115) vermeldt dat de huidige boedelschulden uit hoofde van het toedoen criterium materieel gezien hun oorsprong vaak hebben in de periode voor insolventverklaring. De Hoge Raad meent echter dat zij toch een boedelvordering zijn, omdat zij worden geëffectueerd door toedoen van de curator. Als voorbeeld gebruikt de Toelichting (Titel 5 algemeen, p. 110) de casus uit het arrest Van Galen q.q./Circle Plastics. Het gaat daarin om de vordering van de verhuurder tijdens het faillissement tot vergoeding van kosten die zijn verbonden aan het na de beëindiging van de huurovereenkomst door de curator verwijderren van de achtergelaten verontreinigde zaken. De Hoge Raad vindt deze vordering een boedelvordering omdat zij een gevolg is van de opzegging

14. Toelichting, art. 5.1.2, p. 114.

15. HR 5 september 1997, NJ 1998/437.

16. Toelichting, art. 5.1.2, p. 114.

van de huurovereenkomst door de curator. Onder het voorontwerp geldt dat de ontruimingsverplichting (en dus de verplichting tot afvoer van de verontreinigde zaken) weliswaar ontstaat na insolventverklaring en door opzegging van de huurovereenkomst door de curator, maar materieel gezien aan de periode voor de insolventverklaring kan worden toegerekend, omdat de verontreinigde zaken al voor insolventverklaring in het gehuurde aanwezig waren en duidelijk was dat zij op enig moment afgevoerd dienden te worden.

Art. 5.2.1, eerste lid onder c is de tegenhanger van art. 5.1.1, tweede lid onder k. In beide gevallen gaat het om vorderingen die na insolventverklaring ontstaan. Behoort de verschuldigdheid redelijkerwijs aan de boedel (de periode na insolventverklaring) te worden toegerekend (art. 5.1.1, tweede lid onder k voorontwerp) dan is sprake van een boedelvordering. Kan de verschuldigdheid aan de periode voor insolventverklaring worden toegerekend dan is sprake van een insolventievordering (art. 5.2.1, eerste lid onder c voorontwerp). Ook voor het vaststellen of sprake is van een insolventievordering als bedoeld onder c zal van belang zijn of de materiële verschuldigdheid van de desbetreffende schuld in overwegende mate wordt bepaald door rechtsfeiten die zich voor dan wel na insolventverklaring hebben voorgedaan (Toelichting, art. 5.1.1, p. 113). Deze vaststelling die in eerste instantie door de bewindvoerder zal plaatsvinden, zal volop voor procedures opleveren.

De laatste categorie (d) betreft vorderingen die een hoofdelijk medeschuldenaar op de schuldenaar zal verkrijgen krachtens hun ten tijde van de uitspraak van de insolventverklaring reeds bestaande onderlinge rechtsverhouding als hoofdelijke medeschuldenaren (binnen de grenzen van art. 5.3.25 voorontwerp). Zie onder het huidige recht de art. 136 en 299, eerste lid sub e Fw.

7. Verificatie van insolventievorderingen

De huidige regeling van de verificatie van insolventievorderingen is op een aantal ondergeschikte punten in het voorontwerp aangepast. De aanpassingen zijn vooral bedoeld om tot een versnelling van het verificatieproces te komen. Zo geeft art. 5.3.3 de mogelijkheid van verificatie zonder verificatievergadering. Die mogelijkheid staat open, indien geen verificatiegeschillen zijn te verwachten. Art. 5.3.13 geeft de rechter-commissaris de mogelijkheid een andere wijze van geschillenbeslechting ter zake van de verificatie op te leggen dan de renvooiprocedure, waarmee

doorgaans veel meer tijd zal zijn gemoeid. De mogelijkheden om na de verificatievergadering alsnog vorderingen in te dienen, keren in het voorontwerp niet terug.¹⁷

8. Tot slot

Het voorontwerp Insolventiewet bevat op het belangrijke punt van de vorderingen in het faillissement (boedelvorderingen en insolventievorderingen) een wijziging ten opzichte van het huidige recht: het terugdringen van boedelvorderingen ten gunste van insolventievorderingen. Deze wijziging lijkt allerwege (behalve door de Hoge Raad) gewenst. Gelet op het reeds verschenen commentaar op de ontworpen regeling is de vraag of deze nu al voldoende en voldoende duidelijk weergeeft hoe het eventuele nieuwe recht eruit zou moeten zien. Op dit punt zal ongetwijfeld nog de nodige discussie over het voorontwerp plaatsvinden.

17. Toelichting, Titel 5 algemeen, p. 110.

Aansprakelijkheidsrecht

Abstracte begroting van overlijdensschade en het einde van het behoeftigheidsvereiste

(HR 11 juli 2008, RAV 2008, 88, C07/010HR, LJN BC9365)

mr. dr. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai¹

■ 57

1. Inleiding

De laatste jaren is er een tendens tot uitbreiding van schadevergoeding aan naasten van iemand die letsel heeft ondergaan of is overleden. Het wetsvoorstel affectieschade is het bekendst, daarnaast

1. Eric Tjong Tjin Tai is universitair hoofddocent privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg.

zijn er ook in de rechtspraak tendensen in deze richting. In een recent arrest heeft de Hoge Raad langs een ogenschijnlijk rechtlijnige wetstoepassing weer een stapje verder gezet. Om dit arrest te kunnen plaatsen zullen eerst het wettelijk kader en de toepasselijke rechtspraak worden geschetst.

2. De uitbreiding van letselschade

Uitgangspunt van ons burgerlijk recht is dat schade slechts kan worden gevorderd door degene jegens wie een onrechtmatige daad is begaan. Dit volgt uit de eisen van onrechtmatigheid en relativiteit. Een aandeelhouder van een vennootschap die is benadeeld door een derde heeft bijvoorbeeld geen actie tenzij deze derde een specifieke zorgvuldigheidsverplichting jegens hem heeft geschonden (HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 (Poot/ABP)). Zogenaamde afgeleide schade wordt in beginsel niet vergoed. Op dit – ook buiten ondernemingen – geldende uitgangspunt zijn op drie manieren correcties aangebracht. Als eerste zijn er gevallen waarin er een onrechtmatige daad jegens de derde wordt geconstrueerd, ook al werd dat in het verleden niet aangenomen. Aangenomen dat de derde schade heeft geleden is zo'n constructie langs de weg van de zorgvuldigheidsnorm niet zo lastig: men hoeft alleen te oordelen dat de laedens zich mede gelet op het belang van deze derde van de daad had te onthouden. Dit ziet men bij shockschade. Omdat daaraan vrij stringente eisen worden gesteld (er moet bijvoorbeeld sprake zijn van geestelijk letsel, dus immateriële schade: HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV (Woudsend)) zijn er stemmen opgegaan om ook in gevallen waar niet strikt aan deze eisen werd voldaan toch vergoeding toe te kennen (affectieschade). Het wetsvoorstel 28 781 om zo'n actie toe te kennen is nog in behandeling.

Als tweede zijn er gevallen waarin schade wordt verplaatst en het daardoor redelijk is dat de werkelijke drager van de schade verhaal kan nemen op de laedens. Voorbeelden zijn het verhaalsrecht van de werkgever ex art. 6:107a BW en het verhaalsrecht ex art. 6:107 BW voor verplaatste letselschade.

Als derde kan op grond van de wet een afgeleide actie worden toegestaan voor specifieke gevallen. De wetgever heeft dit toegestaan bij zogenaamde overlijdensschade (art. 6:108 BW). De gedachte is dat het wegvallen van een gezinslid leidt tot benadeling van de overige gezinsleden, die immers steunden op de financiële dan wel feitelijke bijdrage van dat gezinslid. De onrechtmatigheid van de daad jegens het gezinslid wordt dus doorge-

trokken naar de gevolgen voor de andere gezinsleden; de wet stelt niet de eis dat zelfstandig onrechtmatig jegens hen is gehandeld.

De tweede en derde categorie zijn limitatief omschreven in art. 6:107-108 BW; om die reden moet terughoudend worden omgegaan met uitbreiding via de zelfstandige onrechtmatige daad (de eerste categorie).² Deze terughoudendheid doet er niet aan af dat via de weg van ruimere invulling van schadeposten toch een uitbreiding kan worden gegeven. Hierbij zijn twee lijnen aan te geven: de invulling van letselschade in het algemeen, en de invulling van de schade die onder art. 6:108 BW valt.

3. Uitbreiding van het begrip letselschade

Een van de manieren waarop de vergoeding kan worden uitgebreid is door het door derden geleden nadeel aan te merken als door de gelaedeerde zelf geleden schade. Als een derde namelijk een inspanning verricht ten behoeve van de gelaedeerde kan men evengoed zeggen dat er kennelijk een behoefte bestond van de gelaedeerde. Indien de behoefte voortkwam uit de fout, vormt zij schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Dat de behoefte feitelijk (en misschien zelfs verplicht) is vervuld door de derde, doet aan die vergoedingsplicht niet af. Het voordeel van deze voldoening mag niet in mindering op de schade worden gebracht, het gaat de laedens niet aan. We betreden hier het lastige grensgebied tussen schadebegroting en voordeelsverrekening. De constructie, dat zeker voordeel de laedens niet aangaat, is bekend waar het gaat om bijvoorbeeld een uitkering uit een ongevalssommenverzekering of giften van derden. Zij is ook toegepast op verplegingskosten en huishoudelijke hulp: HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (Wrongful birth), HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (gem. Losser/Kruidhof), r.o. 3.3.2. Blijkens het laatste arrest mag de rechter abstraheren van het feit dat de ouders de verpleging op zich hebben genomen. Zodanige abstracte schadebegroting betreft in wezen de vraag naar voordeelsverrekening, of zo'n omstandigheid de laedens aangaat. Grens hierbij is dat het inhuren van professionele hulp in de concrete omstandigheden normaal en gebruikelijk moet zijn (HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504 (Krüter-Van de Pol/Wilton-Fijenoord)). Zie nader over

2. Overigens is terughoudendheid geen absoluut beletsel; smartengeld ex art. 6:106 BW is bijvoorbeeld mogelijk op grond van zelfstandige onrechtmatige daad in een casus waar art. 6:108 BW geen voorziening voor heeft (HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216).