

# De omgangswijze van curatoren met boedelschuldeisers gezien vanuit het verbintenissen- en faillissementsrecht

*Mr. S. A. Meesterman\**

## 1 Inleiding

Boedelschuldeisers zijn belangrijke partijen bij het beheer en de vereffening van faillissementsboedels. Bij het beheren en vereffenen van faillissementsboedels maken curatoren immers kosten. Deze kosten betaalt de curator vanuit de boedel, voordat hij uitkeringen aan de faillissementsschuldeisers doet. Bezien vanuit de curator zijn deze kosten boedelschulden. De bijbehorende schuldeisers zijn de boedelschuldeisers.<sup>1</sup> De Faillissementswet bevat geen definitie van boedelschulden of boedelschuldeisers.<sup>2</sup> De wetgever heeft bovendien in de parlementaire geschiedenis enkel de rechtsgevolgen van boedelschulden toegelicht, maar geen rechtvaardiging voor of ontstaanswijze van boedelschulden gegeven.<sup>3</sup> De Hoge Raad heeft deze leemte met het wijzen van verschillende arresten opgevuld. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad in het Koot Beheer/Tideman-arrest drie categorieën van boedelschulden onderscheid. Boedelschulden ontstaan (a) op grond van de wet, (b) omdat de curator een schuld in zijn hoedanigheid is aangaan, of (c) omdat de curator in strijd heeft gehandeld met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.<sup>4</sup> In technisch-juridische zin worden boedelschulden gekwalificeerd als schulden van de gefailleerde, maar zij komen ten laste van de curator in zijn hoedanigheid en dus van de

boedel.<sup>5</sup> De curator functioneert hierbij dus als ‘uitvoerend’ schuldenaar.

Doordat boedelschuldeisers zich grotendeels buiten het regime van de Faillissementswet bevinden, is hun precieze rechtspositie onduidelijk.<sup>6</sup> Zo oordeelde onze hoogste rechter in het Paperlinx-arrest dat rentevorderingen over huurboedelschulden zelf ook boedelschulden opleveren.<sup>7</sup> Het arrest leek op het eerste oog een pasklare rechtsregel te geven, maar blijkt juist de aanleiding voor vele (praktische) vervolgvragen te zijn. Het blijft bijvoorbeeld onduidelijk of curatoren, als de boedel eigenlijk te weinig middelen lijkt te bezitten om alle boedelschuldeisers volledig te kunnen betalen, boedelvorderingen met grote rentepercentages onmiddellijk mogen voldoen om verdere groei van het rentebedrag te voorkomen. Het Paperlinx-arrest legt dus de al bestaande onduidelijkheden over de omgangswijze van curatoren met boedelschuldeisers bloot en compliceert bovendien het takenpakket van curatoren jegens deze categorie schuldeisers verder.<sup>8</sup> Met dit artikel hoop ik nader licht te werpen op deze onduidelijkheden.

\* Mr. S.A. Meesterman is werkzaam bij Houthoff te Amsterdam. Dit artikel is een bewerkte versie van de afstudeerscriptie van de auteur voor de onderzoeksmaster Onderneming & Recht aan de Radboud Universiteit. Zij bedankt mr. J.B.A. Jansen voor zijn begeleiding tijdens het scriptietraject.

- 1 K.A. Messelink & R. van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen* (Recht en Praktijk nr. InsR10), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 242.
- 2 J.R. van Faassen & F.A. van Tilburg, *De boedelschuldeiser in het faillissementsproces*, in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rikkert (red.), *De curator en het faillissementsproces(recht)*. Insolad Jaarboek 2020, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 263.
- 3 G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896, p. 384.
- 4 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Koot Beheer/Tideman), r.o. 3.7.1. Zie voor een recente bevestiging hiervan bijv. HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Ridderkerkse Taxicentrale), r.o. 2.6.2.

- 5 F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 168; Van Faassen & Van Tilburg 2020, p. 275.
- 6 Verstijlen 1998, p. 168; T.T. van Zanten, *De verplichting tot betaling van boedelschulden en de verschuldigheid van rente in geval van een boedel-faillissement*, TvI 2020/29, afl. 4, p. 219.
- 7 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, NJ 2022/29 m.nt. A.C.A.D. Bakker (Paperlinx), r.o. 3.3.3-3.3.4. De Hoge Raad oordeelde in het Paperlinx-arrest over de faillissementsrechtelijke kwalificatie van contractuele verdragingsrente die verschuldigd is over een huurschuld. De huurprijs is krachtens art. 39 Fw vanaf de dag van de faillietverklaring een boedelschuld. Als verzuim ten aanzien van de huurprijs bestaat, brengt – volgens de Hoge Raad – de aard van deze boedelschuld mee dat ook de met de vordering verbonden verplichting tot betaling van de (contractuele) rente moet worden aangemerkt als een boedelschuld. Daarbij oordeelde de Hoge Raad dat, het feit dat de curator het voldoen van boedelschulden mag uitstellen omdat onduidelijkheid over de toereikendheid van de boedel bestaat, dit het verschuldigd zijn van (contractuele) rente over deze uitstelperiode niet verhindert.
- 8 I.F.M. Lakwijk, O.B.J. Poorthuis & M.J.W. van Ingen, *Insolventie zonder fixatie; over het verdelen van een bewegende taart*, in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het verdelingsvraagstuk*. Insolad Jaarboek 2022, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 131-132.

Ik onderzoek op welke manier curatoren zich dienen te verhouden tot boedelschuldeisers op grond van hun taakopdracht in faillissement. Ik kijk hiervoor naar het verbintenis- en het faillissementsrecht en baseer mij op nationaal juridisch-dogmatisch literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Ter beantwoording van de probleemstelling zet ik in paragraaf 2 de verbintenisrechtelijke verhouding en in paragraaf 3 de faillissementsrechtelijke verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers uiteen. Ik sluit in paragraaf 4 af met een conclusie.

## 2 Verbintenisrechtelijke verhouding

### 2.1 Algemene zorgplicht

Boedelschuldeisers vallen grotendeels buiten het stelsel van de Faillissementswet, waardoor de rechtsverhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers primair verbintenisrechtelijk van aard is.<sup>9</sup> Ik richt mij daarom in deze paragraaf op de verbintenisrechtelijke verhouding tussen curatoren als ‘uitvoerend’ schuldenaren enerzijds en boedelschuldeisers anderzijds. Ik bespreek allereerst de algemene zorgplicht van curatoren jegens boedelschuldeisers, waarna ik vervolgens inga op de twee specifiekere verbintenisrechtelijke bevoegdheden van curatoren inzake opschorting en verrekening.

Alle schuldeisers en schuldenaren – en dus ook boedelschuldeisers en curatoren – dienen zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2/6:248 BW).<sup>10</sup> Dit houdt in dat partijen bij het uitvoeren van verbintenissen als redelijke mensen dienen te handelen en met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening moeten houden.<sup>11</sup> Het privaatrecht heeft bovendien een algemene zorgplicht als grondnorm, die partijen voorschrijft om rekening te houden met andermans belangen.<sup>12</sup> De zorgplicht wordt verzwaard in gevallen waarin de afhankelijkheid van de schuldeiser toeneemt en waarbij van de schuldenaar meer inspanningen ten behoeve van het belang van zijn schuldeiser worden verwacht.<sup>13</sup> De hoedanigheid van partijen – bijvoorbeeld het optreden als curator – is hierbij relevant.<sup>14</sup>

Verder dient een schuldenaar de ‘zorg van een goed schuldenaar’ te betrachten. Om te beoordelen of een schuldenaar voldoende zorg heeft betracht, wordt aangesloten bij een maatman. Meer kennis en kunde kunnen aanleiding zijn voor een strengere maatmannorm.<sup>15</sup> Mijns inziens is het functioneren van de curator als schuldenaar aanleiding voor het aannemen van een strengere maatmannorm. Bij het bepalen van de zorg,

die een curator als ‘uitvoerend’ schuldenaar in acht dient te nemen, geldt immers de Maclounorm.<sup>16</sup> Deze norm is ontwikkeld binnen het vraagstuk van aansprakelijkheid van curatoren. De Hoge Raad heeft in het Maclou-arrest bepaald dat de bijzondere kenmerken van de taak van de curator meebrengen dat zijn persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een specifieke zorgvuldigheidsnorm. Deze norm luidt dat ‘een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht’.<sup>17</sup> Het gedrag van de curator wordt dus niet vergeleken met de maatmanschuldenaar, maar met de maatmancurator als schuldenaar.

Het recht kent geen bijzondere insolventierechtelijke zorgplicht van curatoren jegens boedelschuldeisers.<sup>18</sup> Curatoren dienen wel als ‘uitvoerend’ schuldenaren voldoende rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van boedelschuldeisers, zich (overeenkomstig de Maclou-norm) als goede schuldenaren te gedragen en te voldoen aan de algemene zorgplicht. Deze gedragsnormen vloeien voort uit het reguliere privaatrecht. De gefailleerde – die in technisch-juridische zin de schuldenaar van de boedelschulden is<sup>19</sup> – dient deze verplichtingen buiten faillissement ook jegens zijn schuldeisers in acht te nemen.

De vervolgvraag is of de zorgplicht van curatoren gelijk is aan de algemene zorgplicht van schuldenaren jegens hun schuldeisers, of dat er een verhoogde zorgplicht voor curatoren in hun verhouding tot boedelschuldeisers geldt. Curatoren nemen een bijzondere positie in het rechtsverkeer in,<sup>20</sup> wat heeft geresulteerd in bovengenoemde specifieke zorgvuldigheidsnorm.<sup>21</sup> In het maatschappelijk verkeer wordt aangenomen dat een curator een objectief persoon is, wiens rol een bijzonder vertrouwen uitstraalt.<sup>22</sup> In die zin kunnen curatoren naar mijn mening worden geplaatst binnen de groep beroepsbeoefenaren die tot taak heeft om zorg te dragen voor bepaalde maatschappelijke belangen en in wier werkzaamheden mensen meer vertrouwen hebben. Door deze vertrouwenspositie – die mijns

<sup>9</sup> Van Faassen & Van Tilburg 2020, p. 275.

<sup>10</sup> B. Wessels, Het ontslag van de curator, FIP 2015/116.

<sup>11</sup> R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, Hartkamps Compendium van het vermogensrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2017/319 en 320; Asser/Sieburgh 6-I 2020/55.

<sup>12</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai, Zorgplichten en zorgethiek (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 97 en 99-100.

<sup>13</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 137 en 220.

<sup>14</sup> F.J. de Vries, De overeenkomst in het algemeen (Mon. BW nr. B54), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 27 en 74.

<sup>15</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 110, 112 en 371.

<sup>16</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn (Maclou), r.o. 3.6; Tjong Tjin Tai 2006, p. 181-182.

<sup>17</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn (Maclou), r.o. 3.6.

<sup>18</sup> Verstijlen 1998, p. 171; B. Wessels, Insolventierecht. Vereffening van de boedel (deel VII), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 58.

<sup>19</sup> Verstijlen 1998, p. 168; Van Faassen & Van Tilburg 2020, p. 275; concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2021:415, r.o. 3.15, bij HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, NJ 2022/49 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Paperlinx); Wessels 2021, p. 57; T.T. van Zanten, Classificatie van verplichtingen in faillissement (oratie Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 10-11.

<sup>20</sup> HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437 m.nt. P van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm q.q.), r.o. 3.4; Rb. Roermond 26 september 2002, ECLI:NL:RBROE:2002:AE8076, r.o. 4.8; Rb. Noord-Nederland 12 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:163, r.o. 6.

<sup>21</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn (Maclou), r.o. 3.6.

<sup>22</sup> Verstijlen 1998, p. 307.

inziens vergelijkbaar is met de positie van bijvoorbeeld notarissen en advocaten – worden in het rechtsverkeer hogere eisen aan de zorg van curatoren gesteld.<sup>23</sup> Naar mijn mening is het waarschijnlijk dat op grond van de bijzondere positie van curatoren binnen faillissementen, en daardoor binnen het rechtsverkeer, meer inspanningen van curatoren jegens boedelschuldeisers mogen worden verwacht dan van ‘gewone’ schuldenaren jegens ‘gewone’ schuldeisers. Bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht van curatoren dient immers de maatmancurator als uitgangspunt te worden genomen, waardoor een verhoogde algemene zorgplicht voor de gerechtvaardigde belangen van boedelschuldeisers geldt. Dit is een inkleuring en verzwaring van de algemene zorgplicht. Deze zorgplicht van curatoren jegens boedelschuldeisers is echter niet onbegrensd. Het belang van een juiste faillissementsafwikkeling weegt immers in beginsel zwaarder dan de (onverwijfde) voldoening van boedelschulden.<sup>24</sup>

Naar mijn mening leidt de verhoogde algemene zorgplicht van curatoren voorts niet tot geheel andere of indringendere informatieplichten dan die voor reguliere schuldenaren gelden. In de verhouding tussen curatoren en (toekomstige) boedelschuldeisers staat, net zoals binnen het reguliere rechtsverkeer, de onderzoeksplicht van boedelschuldeisers in beginsel centraal. Het uitgangspunt is dat potentiële wederpartijen van de boedel voor hun eigen belangen dienen op te komen.<sup>25</sup> Van toekomstige boedelschuldeisers wordt verwacht – zeker nu in principe duidelijk is dat zij overeenkomsten aangaan met een curator in zijn hoedanigheid als beheerder van een failliete boedel – dat zij rekening houden met het risico om niet betaald te worden.<sup>26</sup> In principe gelden dan ook dezelfde mededelingsplichten voor de curator als die voor de gefailleerde hadden gegolden, indien er geen faillissement was geweest. Er bestaan immers geen insolventierechtelijke verplichtingen voor curatoren tot het doen van mededelingen jegens potentiële wederpartijen.<sup>27</sup>

Wel dienen curatoren – op grond van hun bijzondere faillissementsrechtelijke positie – alle toekomstige boedelschuldeisers met wie zij contracteren mee te delen dat de boedel onvol-

doende financiële middelen bezit of gaat bezitten, indien de betreffende curator dit weet of redelijkerwijs voorziet.<sup>28</sup> Curatoren dienen deze mededeling mijns inziens rechtstreeks te richten aan de specifieke (potentiële) boedelschuldeiser. Een opmerking in het faillissementsverslag is daartoe in de meeste gevallen onvoldoende. Deze mededeling vindt immers vaak achteraf plaats,<sup>29</sup> waardoor potentiële boedelschuldeisers op dat moment al een verplichting jegens de boedel zijn aangegaan zonder op de hoogte te zijn van de (negatieve) stand van de boedel. Ook indien vooraf wel uit het faillissementsverslag blijkt dat de boedel negatief is (of dreigt te worden), meen ik dat curatoren – op grond van hun bijzondere positie en het (grote) risico op niet-betaling – specifieke boedelschuldeisers op de hoogte dienen te stellen van de stand van de boedel. Indien curatoren deze mededeling achterwege laten, handelen zij mogelijk niet als over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curatoren die hun taken met nauwgezetheid en inzet verrichten, en dreigt persoonlijke aansprakelijkheid via de reguliere privaatrechtelijke routes van art. 6:74 en/of 6:162 BW.<sup>30</sup>

## 2.2 Opschorting

Het verbintenisrecht bestiert ook de specifieke bevoegdheden van curatoren jegens boedelschuldeisers. Een van de verbintenisrechtelijke bevoegdheden waar de curator mogelijk gebruik van kan maken, is opschorting.<sup>31</sup> De verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers is immers primair verbintenisrechtelijk van aard, waardoor boedelschuldeisers in ieder geval hun vorderingen te gelde kunnen maken met alle middelen die schuldeisers volgens het reguliere privaatrecht bezitten.<sup>32</sup> Mijns inziens leidt dit er omgekeerd ook toe dat een curator zich jegens boedelschuldeisers op zijn opschortingsrecht mag beroepen, indien aan de gebruikelijke voorwaarden van art. 6:52 BW is voldaan.<sup>33</sup> Het maakt hierbij geen verschil dat

23 Tjong Tjin Tai 2006, p. 174-175 en 187.

24 Rb. Breda 21 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC8337, JOR 2008/178, r.o. 3.7; Rb. 's-Gravenhage 15 december 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU9041, JOR 2012/64 m.nt. G.A.J. Boekraad, r.o. 3.4 en 3.6; Hof 's-Gravenhage 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2593, JOR 2013/150 m.nt. C. Rijkjenberg, r.o. 2.9; Rb. Utrecht 12 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ3543, JOR 2014/18, r.o. 4.7; Rb. Rotterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3504, JOR 2016/253 m.nt. D.M. van Geel, r.o. 4.2; Rb. Oost-Brabant 11 mei 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:3186, JOR 2017/300 m.nt. J.B.A. Jansen, r.o. 4.13.

25 HR 14 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6527, JOR 2000/182, r.o. 3.6.3; Hof 's-Gravenhage 7 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ9634, JOR 2014/176, r.o. 8.2.

26 Rb. Middelburg 22 oktober 1997, JOR 1998/11, r.o. 4.5; Verstijlen 1998, p. 314; Rb. Maastricht 27 oktober 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9013, r.o. 6.3.4; Rb. Haarlem 16 februari 2005, JOR 2005/220, r.o. 5.8 en 5.11.

27 Verstijlen 1998, p. 284-285. Zie hierover ook par. 3.4.

28 J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenisrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 15; G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 221; Verstijlen 1998, p. 296; Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF5670, JOR 2003/152, r.o. 4.5.3; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2004, JOR 2004/255, r.o. 4.8.1-4.8.2; Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT3349, r.o. 4.5.1; Hof 's-Gravenhage 7 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ9634, JOR 2014/176, r.o. 9.2.

29 J.H.M. van de Wiel, Pleidooi voor een wettelijke regeling voor de afwikkeling van boedelschulden, FIP 2022, afl. 3, p. 6-7.

30 Verstijlen 1998, p. 297; Rb. Utrecht 17 maart 1999, JOR 1999/107, r.o. 4.2 en 4.5; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2004, JOR 2004/255, r.o. 4.8.2; D. Jongma, Vereffening van de negatieve faillissementsboedel, AA 2010, p. 858; Hof 's-Hertogenbosch 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3363, JOR 2018/313 m.nt. T.T. van Zanten, r.o. 6.9; F.M.J. Verstijlen, Een kwart eeuw curatorenaansprakelijkheid, TvI 2020/20, afl. 2, p. 126.

31 Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1154, JOR 2015/13 m.nt. S.R. Dammings, r.o. 4.8; Rb. Oost-Brabant 24 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3692, TvA 2020/72, r.o. 4.9-4.10. Zie (impliciet) ook E.A.L. van Emden, Aansprakelijkheid van curator en bewindvoerder in insolventiezaken, MvV 2019, afl. 11, p. 376.

32 Verstijlen 1998, p. 169; Van Faassen & Van Tilburg 2020, p. 275.

33 Zie ook Wessels 2021, p. 56.

de curator in technisch-juridische zin niet de schuldenaar van de vordering is.<sup>34</sup>

De vraag is vervolgens of de bevoegdheid van curatoren om bij onduidelijkheid over de toereikendheid van de boedel te wachten met het nakomen van hun betalingsverplichtingen jegens boedelschuldeisers,<sup>35</sup> een verruiming van de opschortingsbevoegdheid is. Gewone schuldenaren kunnen immers de nakoming van hun verbintenissen niet opschorten indien zij daarvoor (mogelijk) onvoldoende financiële middelen bezitten. Wessels en Van Zanten beschouwen deze bevoegdheid van de curator niet als opschortingsrecht, maar als een tot de boedelschuldeiser gericht ‘verbod van tenuitvoerlegging’.<sup>36</sup> De Hoge Raad lijkt in het Paperlinx-arrest te oordelen dat de bevoegdheid van curatoren om te wachten met het doen van betalingen inderdaad geen opschortingsbevoegdheid is. De Hoge Raad spreekt immers over de bevoegdheid om de betaling ‘uit te stellen’ om de gelijkheid van de boedelschuldeisers te kunnen waarborgen. Daarbij oordeelde de Hoge Raad dat de boedel door het betalingsuitstel in verzuim komt en rente verschuldigd is, terwijl dit niet het geval zou zijn wanneer uitvoering aan het opschortingsrecht van art. 6:52 BW wordt gegeven.<sup>37</sup>

### 2.3 Verrekening

Een andere verbintenisrechtelijke bevoegdheid van curatoren is de mogelijkheid om boedelschulden met boedelvorderingen te verrekenen. De artikelen in de Faillissementswet die over verrekening gaan (art. 53-55 Fw), zijn niet van toepassing op verrekening door curatoren. Deze artikelen gaan immers over de verrekening van faillissementsvorderingen door de schuldeiser van de gefailleerde. Hierdoor gelden de verbintenisrechtelijke verrekeningsvereisten van art. 6:127 e.v. BW.<sup>38</sup> Een boedelschuld is in technisch-juridische zin een schuld van de gefailleerde. Verrekening door de curator van een boedelschuld met een boedelvordering – die in technisch-juridische zin ook een vordering van de gefailleerde is – voldoet dus aan het we-

derkerigheidsvereiste.<sup>39</sup> Bovendien vallen de boedelschuld en de boedelvordering daardoor in hetzelfde vermogen.<sup>40</sup> Als de boedelschuld en boedelvordering daarnaast allebei bestaan uit het betalen van een geldsom in euro’s, is voldaan aan het gelijksoortigheidsvereiste.<sup>41</sup> Ten slotte dient de curator bevoegd te zijn tot betaling van de boedelschuld en tot het afdwingen van betaling van de boedelvordering. Indien ook aan deze vereisten is voldaan, kan een curator een succesvol beroep op verrekening van een boedelschuld met een boedelvordering doen, mits de verrekening ook in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.<sup>42</sup> Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij de verrekening van een huurvordering die kwalificeert als boedelschuld (art. 39 Fw) met een boedelvordering die de curator op de verhuurder heeft.<sup>43</sup>

In beginsel kunnen curatoren boedelschulden dus verrekenen met boedelvorderingen. Als een curator overgaat tot verrekening van een boedelschuld leidt dit tot een wijziging in de onderlinge rangorde van de boedelschuldeisers. Dit is niet problematisch, indien de boedel voldoende middelen bezit om alle boedelschulden te voldoen. Als de boedel negatief is, kan een boedelschuldeiser door de verrekening echter een feitelijke voorrangpositie verkrijgen. Dit is in strijd met de regel dat curatoren, in het geval van een negatieve boedel, de rangorde van boedelschuldeisers dienen te respecteren.<sup>44</sup> De vraag is of dit gegeven de verrekeningsbevoegdheid van curatoren beperkt.

Formeel gezien is voldaan aan de vereisten van art. 6:127 BW indien de curator bij een negatieve boedel een beroep doet op verrekening. De curator is immers – hoewel hij betalingen aan boedelschuldeisers dient uit te stellen bij onduidelijkheid over de toereikendheid van de boedel<sup>45</sup> – bevoegd tot betaling van de boedelschulden. Boedelschulden geven namelijk een onmiddellijke – opeisbare – aanspraak op de boedel, en betalingen door curatoren in strijd met de rangorde kunnen niet wor-

34 Zie voor voorbeelden waarbij curatoren een beroep deden op het opschortingsrecht Rb. Maastricht 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BY7936, r.o. 4.4.2; Rb. Zutphen 29 december 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BP0052, JOR 2011/302 m.nt. C. Nagtegaal, r.o. 7.16; Rb. Midden-Nederland 23 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1499, JOR 2016/311, r.o. 4.7.

35 HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413, NJ 2004/196 m.nt. W.M. Kleijn (Procall), r.o. 4 en 5.41; HR 31 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, NJ 2022/49 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Paperlinx), r.o. 3.2.5.

36 Van Zanten 2020, p. 216; HR 31 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, NJ 2022/49 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Paperlinx), r.o. 3.2.5-3.2.6; Wessels 2021, p. 139. Bovendien spreekt de Hoge Raad – of eigenlijk de A-G – in het Procall-arrest ook niet over een opschortingsbevoegdheid, maar enkel over een bevoegdheid om niet onmiddellijk tot voldoening van boedelschulden over te gaan (vgl. HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413, NJ 2004/196 m.nt. W.M. Kleijn (Procall), r.o. 4 en 5.41).

37 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, NJ 2022/29 m.nt. A.C.A.D. Bakker (Paperlinx), r.o. 3.2.6.

38 N.E.D. Faber, Verrekening (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht nr. 33), Deventer: Kluwer 2005, p. 521; B.A. Schuijling, Verrekening (Mon. BW nr. B40), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 68; Asser/Sieburgh 6-II 2021/242.

39 Dit is alleen anders indien de curator een boedelschuld wil verrekenen met een boedelvordering, die het gevolg is van een ingestelde Peeters/Gatzen-vordering. Deze vordering komt immers niet aan de boedel toe, maar aan de gezamenlijke schuldeisers (vgl. HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, JOR 2010/22 m.nt. N.E.D. Faber (Dekker/Lutèce), r.o. 3.4.4.2; Rb. Noord-Holland 4 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7773, JOR 2020/42 m.nt. F. Ortiz Aldana, r.o. 4.11; Schuijling 2019, p. 48-49).

40 Faber 2005, p. 467 en 572-573; Schuijling 2019, p. 68.

41 Schuijling 2019, p. 13.

42 Faber 2005, p. 522 en 573; Schuijling 2019, p. 68.

43 (Impliciet) Hof Leeuwarden 27 maart 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE0927, r.o. 11.

44 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305 m.nt. P. van Schilfgaarde (De Ranitz/Ontvanger), r.o. 3.5; Faber 2005, p. 522.

45 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305 m.nt. P. van Schilfgaarde (De Ranitz/Ontvanger), r.o. 3.5; HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413, NJ 2004/196 m.nt. W.M. Kleijn (Procall), r.o. 4 en 5.41; HR 31 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, NJ 2022/49 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Paperlinx), r.o. 3.2.5.

den teruggevorderd.<sup>46</sup> Daarnaast is de curator, ook bij een negatieve boedel, bevoegd om betalingen door boedelschuldeisers af te dwingen.<sup>47</sup> Verder treden bij een negatieve boedel geen veranderingen op met betrekking tot het wederkerigheidsvereiste, het gelijksoortigheidsvereiste en het vereiste dat schuld en vordering binnen dezelfde vermogens moeten vallen, waardoor ook hieraan is voldaan.

De curator heeft in het geval van een negatieve boedel een soortgelijke taak tegenover de boedelschuldeisers als hij tegenover de faillissementsschuldeisers bij een positieve boedel heeft. Het beheer dat hij over de boedel voert, is dan immers primair in het belang van de boedelschuldeisers, nu de curator geen uitkeringen aan de faillissementsschuldeisers kan doen. Het belang van de boedelschuldeisers is het ontvangen van een zo hoog mogelijke uitkering op hun vorderingen, waardoor de curator zich ook hier richt op het nastreven van boedelmaximalisatie.<sup>48</sup> Mijns inziens kan het belang van de boedel, in geval van verrekening, een doorkruising van de rangorde van de boedelschuldeisers bij een negatieve boedel rechtvaardigen.<sup>49</sup> Dit leidt ertoe dat curatoren, ook bij een negatieve boedel, boedelschulden met boedelvorderingen mogen verrekenen als aan de vereisten van art. 6:127 BW is voldaan én de verrekening in het belang van de boedel is. Hiervan is (kort gezegd) sprake als de verrekening meer geld voor de gezamenlijke schuldeisers oplevert dan zij kost.<sup>50</sup>

### 3 Faillissementsrechtelijke verhouding

#### 3.1 Betalingsverplichting en het respecteren van de rangorde

Hoewel de rechtsverhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers primair verbintenisrechtelijk van aard is, beïnvloedt het faillissementsrecht deze verhouding sterk. In deze paragraaf zet ik uiteen in welke mate de verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers faillissementsrechtelijk gekleurd is. Allereerst richt ik mij op de betalingsverplichting van curatoren en hun taak om de rangorde van boedelschuldeisers te waarborgen. Daarna ga ik nader in op de bevoegdheid van curatoren om de rangorde tussen boedelschuldeisers te doorkruisen, het opsporen van (onbekende) boedelschuldeisers en de informatieverplichtingen van curatoren jegens boedelschuldeisers.

De belangrijkste verplichting van curatoren is dat zij de taak hebben om alle boedelvorderingen te voldoen, voordat de faillissementsschuldeisers uitkeringen ontvangen of de gefailleer-

de het beheer over zijn vermogen terugkrijgt.<sup>51</sup> Mijns inziens vloeit deze verplichting voort uit de algemene taakopdracht van curatoren binnen een faillissement en het systeem van de wet. De curator dient de boedel immers in het belang van de gezamenlijke faillissementsschuldeisers te beheren en te vereffenen. Dit kunnen curatoren enkel doen indien zij kosten voor het beheer en de vereffening kunnen maken die gelden als boedelschuld. Het vloeit vervolgens uit het systeem van de wet voort dat de kosten van executie en vereffening – en dus de boedelschuldeisers – eerst uit de opbrengst worden voldaan, voordat curatoren de netto-opbrengst aan de faillissementsschuldeisers doen toekomen.<sup>52</sup>

In het geval dat de boedel ontoereikend dreigt te worden, verandert de betalingsverplichting van curatoren jegens boedelschuldeisers van aard. De verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers lijkt dan van een primair verbintenisrechtelijke naar een faillissementsrechtelijke te transformeren. De boedelschuldeisers dienen immers nog steeds te worden betaald – mits de boedel dat uiteindelijk toelaat –, maar de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het respecteren van de rangorde van de boedelschuldeisers in dat geval belangrijker is dan hun onmiddellijke en rechtstreekse aanspraak.<sup>53</sup> Verstijlen omschrijft dit als ‘de taak van de curator om (...) voor de rangregeling tussen de boedelschuldeisers zorg te dragen’.<sup>54</sup> Bij een negatieve boedel is ook sprake van een *concursum creditorum* tussen de boedelschuldeisers, waardoor – onder anderen – Boekraad en Verstijlen aannemen dat de boedelschuldeisers zich dan in dezelfde bijzondere, door de redelijkheid en billijkheid beheerste, rechtsverhouding bevinden als de faillissementsschuldeisers vlak voor faillissement.<sup>55</sup> De omgangswijze van de curator met de boedelschuldeisers bij een (dreigend) boedeltekort komt, volgens Verstijlen, overeen met de omgang van de curator met de faillissementsschuldeisers tijdens een regulier faillissement.<sup>56</sup>

#### 3.2 Rangordewijziging van boedelschuldeisers

Hoewel curatoren bij een negatieve boedel in beginsel de rangorde van boedelschuldeisers dienen te respecteren, zullen zij soms bepaalde boedelschulden meteen willen voldoen om faillissementsboedels behoorlijk te kunnen beheren en vereffenen. Dit zijn vaak schulden aan door de curator ingeschakelde derden.<sup>57</sup> Verschillende auteurs hebben aangenomen dat curatoren bij (potentieel) negatieve boedels een discretionaire bevoegdheid hebben om bepaalde boedelschuldeisers feitelijk

46 R.J. van Galen, De rangorde onder boedelschulden in faillissement (I), WPNR 1997, afl. 6266, p. 255; Wessels 2021, p. 51; Van de Wiel 2022, p. 7.

47 J. Wind, Verrekening boedelschuld met boedelvordering, TvCu 2018, afl. 4, p. 83.

48 Verstijlen 1998, p. 174-175.

49 Zie over de doorkruising van de rangorde ook par. 3.2.

50 Zie in gelijke zin Faber 2005, p. 522; Schuijling 2019, p. 68.

51 Verstijlen 1998, p. 171; M.J.M. Franken, Het insolventiepassief (Recht en Praktijk nr. InsR13), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 160; Van de Wiel 2022, p. 5. Zie ook regel 6.4 van de INSOLAD Praktijkregels voor curatoren 2019 (hierna: INSOLAD Praktijkregels).

52 Boekraad 1997, p. 31; Franken 2019, p. 105; Van Zanten 2022, p. 10-11.

53 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305 m.nt. P. van Schilfgaarde (De Ranitz/Ontvanger), r.o. 3.5.

54 Verstijlen 1998, p. 174-175.

55 Boekraad 1997, p. 217; Verstijlen 1998, p. 173. Zie bijv. ook A.J. Tekstra, De dood of de gladiolen: beslaglegging op de faillissementsrekening, FIP 2012, afl. 3, p. 79.

56 Verstijlen 1998, p. 174.

57 Franken 2019, p. 502.

voorrang te verlenen door hun vorderingen direct te voldoen.<sup>58</sup> Deze bevoegdheid is ook erkend in (lagere) rechtspraak.<sup>59</sup> Het is niet helemaal duidelijk op grond waarvan curatoren deze bijzondere bevoegdheid toekomt.<sup>60</sup> Ik meen dat de discretionaire bevoegdheid omtrent de feitelijke voorrang voortvloeit uit de taakopdracht van curatoren tijdens faillissement om de boedel te beheren en te vereffenen. Het is immers voor het beheer en de vereffening van de boedel essentieel dat derden met wie de curator heeft gecontracteerd, direct kunnen worden betaald.

Na het Paperlinx-arrest is het denkbaar dat curatoren boedelvorderingen met hoge rentepercentages ook eerder willen betalen om te voorkomen dat het rentebedrag onnodig oploopt.<sup>61</sup> Zowel bij negatieve als bij positieve boedels, waarbij onduidelijkheid over de uiteindelijke toereikendheid bestaat, kan het afwikkelen van een boedelschuld met een snel oplopend rentebedrag een lastige opgave voor curatoren zijn. Curatoren willen immers niet te vroeg overgaan tot de betaling van concurrente boedelvorderingen om rekening te houden met toekomstige boedelschulden, die nog tijdens de faillissementsafwikkeling kunnen ontstaan, maar tegelijkertijd voorkomen dat de boedelmiddelen geheel opgaan aan de oplopende rentevergoedingen.<sup>62</sup> Eerdere (gedeeltelijke) voldoening van dergelijke boedelschulden leidt tot een beperking van de boedelmiddelen en het bewaren van boedelactief, waardoor de betaling in het belang van de gezamenlijke (boedel)schuldeisers kan zijn.<sup>63</sup> Of dit in een specifiek faillissement ook het geval is, zal de curator precies en tijdig moeten uitrekenen. Naar mijn mening kan de eerdere betaling van boedelschulden met een hoog rentepercentage geoorloofd zijn, indien inderdaad blijkt dat de betaling in het belang van de gezamenlijke (boedel)schuldeisers is.

Curatoren dienen enkel de rangorde van boedelschuldeisers te doorkruisen indien zij – net zoals bij het aangaan van boedelschulden<sup>64</sup> – oordelen dat de doorkruising redelijk dan wel noodzakelijk is met het oog op de belangen van de gezamenlijk

ke (boedel)schuldeisers. Het is immers, ondanks hun bijzondere positie in faillissementen, niet aan curatoren om in alle vrijheid de rangorde van boedelschuldeisers te doorkruisen.<sup>65</sup> In principe dient een curator immers bij een negatieve boedel de rangorde tussen de boedelschuldeisers te respecteren. Dit uitgangspunt rechtvaardigt – zeker bij de feitelijke voorrang van boedelschulden met hoge rentepercentages die schuldeisers zelf kunnen afdwingen – terughoudendheid bij doorkruisen van die rangorde door curatoren.

### 3.3 Opsporen van (onbekende) boedelschuldeisers

Naast de betalingsverplichting van curatoren bestaan er andere praktische aspecten met betrekking tot de faillissementsrechtelijke verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers. Een eerste daarvan is of curatoren actief op zoek dienen te gaan naar boedelschuldeisers die zich niet hebben gemeld voor de betaling van hun boedelvorderingen. Vanuit verbintenisrechtelijk oogpunt is het antwoord op deze vraag simpel en luidt het ontkenend. Als een schuldeiser blijft stilzitten en handelingen achterwege laat waarmee zijn schuldenaar de schuld zou erkennen en voldoen, komt dit stilzitten in principe voor rekening en risico van die schuldeiser. Dit vloeit voort uit het wettelijk systeem: de wetgever heeft stilzitten immers uiteindelijk gesanctioneerd met verjaring.<sup>66</sup> Zorgvuldige schuldenaren – onder wie curatoren – dienen rekening te houden met het ontstaan van schulden, ook als zij het bestaan daarvan niet kennen. Na verloop van tijd zal het vermogen van de schuldenaar echter niet langer op nakoming van de (onbekende) schulden zijn gericht. Het verjaringsregime beschermt schuldenaren tegen dergelijke (onbekende) schulden.<sup>67</sup> In beginsel gelden de reguliere verjaringstermijnen voor de verjaring van boedelschulden. Boedelschulden betreffen in de praktijk vaak verplichtingen tot betaling die voortvloeien uit (huur)overeenkomsten, waardoor die termijn meestal vijf jaar zal zijn (art. 3:307/3:308 BW).<sup>68</sup>

De Hoge Raad heeft recentelijk bevestigd dat curatoren geverifieerde faillissementsvorderingen pas kunnen voldoen als de vorderingen van alle boedelschuldeisers zijn voldaan, en dat het faillissement – en daarmee de beheers- en vereffeningstaak van de curator – bij een positieve boedel vervolgens in beginsel pas kan eindigen als de vorderingen van alle geverifieerde schuldeisers (gedeeltelijk) zijn voldaan.<sup>69</sup> Curatoren hebben

58 Zie bijv. Boekraad 1997, p. 217-218; Verstijlen 1998, p. 181; Messelink & Van den Bosch 2018, p. 242; Franken 2019, p. 502; Van de Wiel 2022, p. 6. Zie ook art. 6.4 INSOLAD Praktijkregels.

59 Zie bijv. Rb. Haarlem 1 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ6794, JOR 2009/339, r.o. 4.17; Hof 's-Hertogenbosch 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3363, JOR 2018/313 m.nt. T.T. van Zanten, r.o. 6.6.4 en 6.9; Hof 's-Hertogenbosch 19 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1026, r.o. 2.19; Hof Arnhem-Leeuwarden 26 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:10097, JOR 2022/48 m.nt. M.H. Remmink, r.o. 4.5. Anders: Rb. Middelburg 13 april 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AZ5314, r.o. 4.2.

60 Zie voor een opsomming van verschillende visies in de literatuur L.J. van Eeghen, Van de (on-)mogelijkheden een negatieve boedel te vereffenen, Ondernemingsrecht 2000, afl. 17, par. 2.

61 Lakwijk, Poorthuis & Van Ingen 2022, p. 125-126; Van de Wiel 2022, p. 7. Het voldoen van boedelschulden met hoge rentepercentages in weerwil van de geldende rangorde is naar mijn weten nog niet aan bod gekomen in de jurisprudentie.

62 Tekstra 2012, p. 78; Van de Wiel 2022, p. 7.

63 Van Eeghen 2000, par. 1.

64 Franken 2019, p. 108-109; Wessels 2021, p. 78.

65 A.A.J. Smelt, Ongerechtvaardigde verrijking van boedelschuldeisers?, NTBR 2017/6, afl. 2, p. 41.

66 Asser/Sieburgh 6-II 2021/377 en 382.

67 J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring (diss. Amsterdam VU; Recht en Praktijk nr. 162), Deventer: Kluwer 2008, p. 30-31 en 56.

68 Rb. Roermond 13 december 2001, ECLI:NL:RBROE:2001:AD7086; (impliciet) Hof 's-Hertogenbosch 30 november 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS2114, r.o. 4.8.1; Rb. 's-Hertogenbosch 28 februari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC6148, RI 2008/39; B. Wessels, Insolventierecht. Gevolgen van de faillietverklaring (1) (deel II), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 467; Rb. Oost-Brabant 9 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:57, JOR 2020/127 m.nt. C.R. Zijdeveld, r.o. 4.7; Wessels 2021, p. 139.

69 HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, NJ 2020/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.2.3.

dus de taak om boedelschuldeisers voor de faillissementschuldeisers te betalen,<sup>70</sup> waardoor het faillissement niet kan worden afgewikkeld indien niet alle vorderingen van de (bekende) boedelschuldeisers zijn voldaan.<sup>71</sup> In het geval van een negatieve boedel hebben curatoren bovendien de taak om de rangorde van boedelschuldeisers te respecteren.<sup>72</sup> Hier vallen ook de boedelschuldeisers onder die (nog) geen aanspraak op de betaling van hun boedelvordering hebben gemaakt. Naar mijn mening verzaken curatoren dus zowel bij positieve als bij negatieve boedels hun faillissementsrechtelijke taak als zij – ondanks hun kennis van het bestaan van bepaalde boedelschulden waarvan de boedelschuldeisers zich nog niet hebben gemeld – deze boedelschulden onbetaald laten en doorgaan met de afwikkeling van het faillissement. Dit geldt mijns inziens eveneens voor het onbetaald laten van (bekende) rentevorderingen, die immers gekwalificeerd worden als boedelschulden.<sup>73</sup>

Uit de faillissementsrechtelijke taak van curatoren vloeit naar mijn mening dus voort dat curatoren uit zichzelf moeten overgaan tot de daadwerkelijke betaling van de aan hen bekende boedelschulden, ook als de betreffende boedelschuldeisers zich niet hebben gemeld of geen erkenning van hun boedelschulden hebben afgedwongen. Curatoren zouden boedelschuldeisers eerst kunnen uitnodigen – bijvoorbeeld via een brief of e-mail – om niet-ingediende boedelschulden alsnog ‘aan te melden’. Het aanmelden van een boedelvordering is echter geen verplichting van boedelschuldeisers. Ook als zij hun vorderingen immers niet actief afdwingen, hebben zij een onmiddellijke en rechtstreekse aanspraak op de boedel en heeft de curator een daarmee corresponderende betalingsverplichting. Als een boedelschuldeiser geen betaling afdwingt, dient de curator naar mijn mening in principe, indien mogelijk, dan ook zelf over te gaan tot betaling. Schuldeisersverzuim verlost een schuldenaar immers niet van zijn verplichting om tot betaling over te gaan en bovendien kan de curator zonder te betalen niet verder met de vereffening van de boedel.<sup>74</sup>

De bovengenoemde zelfstandige betalingsverplichting geldt mijns inziens enkel voor de gevallen waarin de betaling van de boedelschulden noodzakelijk is voor het beheer en de vereffe-

ning van de faillissementsboedel. Hiervan is mijns inziens enkel sprake als de curator binnen de verjaringstermijn van vijf jaar over kan gaan tot de vereffening van de faillissementsvorderingen. Indien immers pas na verloop van vijf jaar duidelijkheid over de toereikendheid van de boedel bestaat of de curator pas na die tijd over kan gaan tot de uitbetaling van de faillissementsschuldeisers, bestaat in de tussentijd geen reden om op grond van de bijzondere positie van curatoren binnen faillissement af te wijken van het wettelijke uitgangspunt dat schuldeisers zelf hun vorderingen geldend dienen te maken om verjaring te voorkomen. De curator hoeft naar mijn mening dan dus ook niet over te gaan tot zelfstandige betaling van de boedelschulden wanneer de desbetreffende boedelschuldeiser zelf geen aanspraak op betaling maakt. Wanneer curatoren bovendien geen weet hebben van het bestaan van bepaalde boedelschulden, kan mijns inziens niet van hen worden verwacht dat zij actief op zoek gaan naar schuldeisers van wie ze het bestaan niet kennen. Ik meen dat dit een ongerechtvaardigde vertraging van een doelmatige afwikkeling van het faillissement oplevert en een dergelijke zoektocht bovendien te ver verwijderd is van het wettelijke uitgangspunt dat schuldeisers in principe hun eigen vorderingen dienen af te dwingen.<sup>75</sup>

#### *3.4 Informatieverplichtingen tijdens faillissement*

Een laatste aspect van de verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers betreft de vraag of curatoren bekende boedelschuldeisers dienen te informeren over de voortgang van het faillissement. Vooropgesteld dient te worden dat de Faillissementswet geen informatieverplichtingen van curatoren jegens boedelschuldeisers bevat. Er gelden enkel algemene verplichtingen die de openbare kennisgeving van belangrijke momenten in het faillissement betreffen, zoals de publicatie van periodieke faillissementsverslagen (art. 73a lid 1 Fw).<sup>76</sup> Het faillissementsverslag is openbaar, en dus ook door boedelschuldeisers in te zien, en strekt ertoe om belanghebbenden te informeren omtrent de staat van de boedel en de voortgang van het faillissement.<sup>77</sup>

Verder dienen curatoren volgens de INSOLAD Praktijkregels een ‘transparante afwikkeling van het faillissement’ en ‘zoveel mogelijk openheid jegens (...) eventuele andere betrokkenen die een gerechtvaardigd belang hebben’ na te streven.<sup>78</sup> Curatoren dienen informatieverzoeken van belanghebbenden in beginsel in behandeling te nemen, tenzij bijvoorbeeld een onevenredige tijdsbesteding (en daarmee het belang van de boedel) zich daartegen verzet. Curatoren mogen voor de afhande-

70 Boekraad 1997, p. 31; Verstijlen 1998, p. 171; Franken 2019, p. 105; Wesels 2021, p. 58; Van Zanten 2022, p. 10-11. De betaling van boedelschulden is op zichzelf geen doel van het faillissement (vgl. concl. A-G G. Snijders, ECLI:NL:PHR:2022:384, r.o. 4.16, bij HR 17 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:868), maar mijns inziens wel een noodzakelijke horde die genomen moet worden, zodat de curator verder kan met het beheer en de vereffening van de faillissementsboedel.

71 Franken 2019, p. 169; Van de Wiel 2022, p. 7.

72 Verstijlen 1998, p. 174-175.

73 Anders: T. Broer, Rente over boedelschulden zijn ook boedelschulden, de gevolgen voor de insolventiepraktijk, FIP 2022/154, afl. 5, p. 13.

74 C.A. Streefkerk, Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 28. Er kan hier worden betwist of sprake is van schuldeisersverzuim, omdat als uitgangspunt geldt dat een (boedel) schuldeiser niet verplicht is tot medewerking aan het verkrijgen van de hem toekomende prestatie en dus ook niet verplicht is om zijn boedelvordering aan te melden voor betaling (vgl. Streefkerk 2018, p. 2).

75 Dit geldt naar mijn mening ook in het geval van een negatieve boedel. Boedelschuldeisers kunnen hun vorderingen dan niet te gelde maken, maar zij kunnen wel bij curatoren erkenning van hun vorderingen – desnoods door middel van een verklaring voor recht – afdwingen of de verjaring van hun vordering stuiten. Anders: C.R. Zijdeveld, annotatie bij Rb. Oost-Brabant 9 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:57, JOR 2020/127, par. 9-10.

76 Verstijlen 1998, p. 284.

77 R.D. Vriesendorp, Het onderhandelbare curatorenarief: een doos van Pandora?, Tvl 2019/15, afl. 3, p. 113.

78 Art. 8.1 INSOLAD Praktijkregels.

ling van dergelijke informatieverzoeken een redelijke vergoeding vragen.<sup>79</sup> Mijns inziens kunnen boedelschuldeisers worden gekwalificeerd als andere betrokkenen die bij de faillissementsafwikkeling een gerechtvaardigd belang hebben. Boedelschuldeisers hebben immers in het kader van de betaling van hun boedelvorderingen belang bij het (zorgvuldige) beheer van de boedel.<sup>80</sup> Naast de openbare informatie in het faillissementsverslag kunnen boedelschuldeisers dus informatieverzoeken aan curatoren doen. Indien het verschaffen van deze informatie niet op onevenredige wijze tegen het belang van de boedel ingaat, dient de curator te voldoen aan een dergelijk informatieverzoek van een boedelschuldeiser.

Het is onduidelijk of op curatoren ook een informatieplicht rust om zelfstandig over te gaan tot het verschaffen van informatie over de faillissementsafwikkeling aan boedelschuldeisers. Deze informatieplicht vloeit niet voort uit de Faillissementswet, maar kan mogelijk wel uit de transparantie- en openheidsverplichtingen van art. 8.1 INSOLAD Praktijkregels of uit de bijzondere positie van curatoren tijdens faillissement worden afgeleid. Van Zanten meent dat curatoren zelfstandig informatie over de ontoereikendheid van de boedel dienen te verschaffen, wanneer boedelschuldeisers aanspraak op de boedel maken, maar de curator niet tot betaling kan overgaan.<sup>81</sup> Mijns inziens is dit de enige zelfstandige informatieverplichting van curatoren jegens specifieke boedelschuldeisers. In andere gevallen zullen boedelschuldeisers immers onmiddellijk en rechtstreeks worden betaald, waardoor zij geen belang hebben bij actieve informatieverstreking door de curator. Bovendien kunnen boedelschuldeisers, indien zij wel behoefte hebben aan andere informatie, een informatieverzoek bij de curator indienen.<sup>82</sup>

#### 4 Conclusie

Doordat boedelschuldeisers zich grotendeels buiten het regime van de Faillissementswet bevinden, is hun precieze rechtspositie onduidelijk. In dit artikel heb ik geprobeerd om deze onduidelijkheden te verhelderen door te kijken op welke manier curatoren op grond van hun taakopdracht in faillissement met boedelschuldeisers dienen om te gaan.

In principe is de verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers primair verbintenisrechtelijk van aard, nu de Faillissementswet grotendeels niet van toepassing is. Deze primair verbintenisrechtelijke verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers wordt naar mijn mening wel sterk beïnvloed door de bijzondere faillissementsrechtelijke positie van curatoren.

Ik meen immers dat er binnen de verbintenisrechtelijke verhouding een verhoogde algemene zorgplicht, inclusief informatieplichten in het geval van een (verwachte) negatieve boedel, voor curatoren geldt. Daarnaast kunnen curatoren niet alleen een beroep doen op het reguliere opschortingsrecht, maar hebben zij ook een aanvullende uitstelbevoegdheid jegens boedelschuldeisers tot hun beschikking. Bovendien wordt de verrekeningsbevoegdheid van curatoren faillissementsrechtelijk ingekleurd. Verrekenen is immers enkel mogelijk indien dit in het belang van de (negatieve) boedel is. Naast de faillissementsrechtelijke inkleuring van de verbintenisrechtelijke verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers komt uit de faillissementsrechtelijke taak van curatoren nog een aantal bijzonderheden voort. Zo heb ik de (actieve) betalingsverplichting van curatoren, de verplichting tot het respecteren van de rangorde, de mogelijkheden van doorkruising van diezelfde rangorde en de informatieverplichtingen van curatoren besproken.

Hoewel de rechtsverhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers dus primair verbintenisrechtelijk van aard is, gaan beide partijen met elkaar om binnen de bijzondere faillissementssituatie. Dit zorgt er mijns inziens voor dat de verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers vooral door de bril van het faillissementsrecht dient te worden bekeken. Curatoren dienen zich dus in algemene zin op grond van hun taakopdracht in faillissement tot de boedelschuldeisers te verhouden op een wijze die (noodzakelijkerwijs of redelijkerwijs) in het belang van de boedel is. Hoewel de rechtsverhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers niet faillissementsrechtelijk gereguleerd is en het algemene privaatrecht noodzakelijkerwijs het kader geeft, wordt dit kader naar mijn mening zodanig sterk ingekleurd door de taak en de bijzondere positie van curatoren tijdens faillissement, dat de gehele verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers uiteindelijk in dienst staat van het beheren en vereffenen van de boedel. Dit maakt de algemene verhouding tussen curatoren en boedelschuldeisers dus eigenlijk primair faillissementsrechtelijk van aard.

<sup>79</sup> Art. 8.1 en 8.4 INSOLAD Praktijkregels.

<sup>80</sup> Rb. Alkmaar 23 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK1060, JOR 2010/281, r.o. 3.5; Wessels 2015.

<sup>81</sup> Van Zanten 2020, p. 213.

<sup>82</sup> Zie ook HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR3406, NJ 2005/250 m.nt. P. van Schilfgaarde (JOMED II), r.o. 4.1, waarin de Hoge Raad oordeelde dat in beginsel geen plaats is voor een uit het ongeschreven recht voortvloeiende verplichting van de curator om aan een individuele faillissementsschuldeiser inlichtingen te verstrekken of verantwoording af te leggen.